

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - ECJ

FACULDADE DE DIREITO

**DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DA INFORMAÇÃO NA MÍDIA: A
SOCIEDADE DE SUPERINFORMAÇÃO E A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE**

Thiago da Cruz Resende da Matta

RIO DE JANEIRO

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - ECJ

FACULDADE DE DIREITO

**DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DA INFORMAÇÃO NA MÍDIA: A
SOCIEDADE DE SUPERINFORMAÇÃO E A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE**

Thiago da Cruz Resende da Matta

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Mattietto

RIO DE JANEIRO

2015

**DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DA INFORMAÇÃO NA MÍDIA: A
SOCIEDADE DE SUPERINFORMAÇÃO E A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE**

Thiago da Cruz Resende da Matta

**Monografia aprovada como requisito para a obtenção do título de
Bacharel em Direito, Escola de Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Estado do Rio de Janeiro, pela seguinte banca examinadora:**

Prof. Leonardo Mattietto

Orientador

Prof.

Prof.

Rio de Janeiro, de junho de 2015.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me dado as oportunidades que tive de crescer e amadurecer; e por ser meu maior companheiro e auxiliador em tudo o que faço. Através dEle obtive forças quando pensava não conseguir mais, ânimo quando me dava por esgotado e esperança quando perdido.

Aos meus pais por sempre me apoiarem e me proporcionarem o espaço necessário para crescer e formar meu próprio eu. Sua constante presença e vigilância me guiaram para os caminhos corretos. Graças aos seus sacrifícios pude obter uma educação de qualidade e ter chances de chegar aonde cheguei.

Agradeço à minha família e amigos por todo o apoio e compreensão nestes cinco anos de graduação. Em especial, Maria Paula Werneck que, durante todo o processo de formulação e edição do presente trabalho esteve ao meu lado, se colocando a disposição, sempre com conselhos e encorajamentos.

Aos professores que tive, agradeço pelo investimento em mim e sua fé na pessoa que posso me tornar.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Leonardo Mattietto, agradeço pelo auxílio e disponibilidade na condução deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho trata da apreciação do direito de autodeterminação da informação como desdobramento do princípio da dignidade humana e instrumento de tutela dos direitos da personalidade, no contexto da sociedade de superinformação. O avanço tecnológico tem tornado cada vez mais comum a violação da esfera da vida privada do indivíduo, com ou sem seu consentimento. Tal ação, por muitas vezes, é tomada por parte das empresas midiáticas no desempenho do que julgam ser as garantias constitucionais de expressão, informação e liberdade de imprensa. Neste sentido, o presente trabalho propõe-se a analisar o confronto entre direitos fundamentais envolvidos na relação da mídia com o particular, no decorrer do desempenho das atividades midiáticas e do dia-a-dia do particular, em especial no tocante aos limites impostos às liberdades constitucionais pela tutela da personalidade, identificando também métodos à serem usados para a solução dos referidos embates de modo à preservar ao máximo cada postulado constitucional.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Mídia. Direitos da Personalidade. Privacidade. Liberdades Constitucionais.

ABSTRACT

This paper deals with the appreciation of the right to self-determine information as a development of the principle of human dignity and as an instrument to protect the personality rights in the context of the current hyperinformation society. Technological advances have made increasingly common violations to the private life sphere of the individual, be it with or without their consent. Such action, is often taken by the media companies in the performance of what they believe to be the constitutional guarantees of expression, information and freedom of speech. That being said, this paper proposes to analyze the confrontation between fundamental rights involved in media's relationship with the particular, during the performance of media activities and the day-to-day life of individuals, especially in regard to the limits imposed on constitutional freedoms for the protection of personality, also identifying methods to be used for the solution of these conflicts while aiming to preserve the most of every constitutional postulate.

Keywords: Right to be forgotten. Media. Rights of Personality. Privacy. Constitutional freedoms.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PRIVACIDADE.....	10
1.1. AS ESFERAS DA VIDA HUMANA: DIFERENÇA ENTRE PRIVACIDADE E INTIMIDADE	10
1.2. A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE PELA TUTELA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	13
1.2.1. Controle espacial.....	14
1.2.2. Controle contextual.....	16
1.2.3. Controle temporal.....	17
2. A INTERNET E A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO.....	21
2.1. MÍDIAS SOCIAIS E O DIREITO AO ESQUECIMENTO	21
2.2. A RELAÇÃO DA MÍDIA COM O DIREITO DE SER ESQUECIDO: ANÁLISE DO CASO "GOOGLE SPAIN" E SUAS REVERBERAÇÕES NA ESFERA JURÍDICA	25
2.2.1. O caso Google Espanha.....	26
2.2.2. Apreciação do tema pelo STJ.....	29
3. DIREITO DE EXPRESSÃO, À INFORMAÇÃO, INFORMAR E SER INFORMADO.....	39
3.1. DIREITO DE EXPRESSÃO.....	39
3.2. DIREITO À INFORMAÇÃO.....	42
3.3. LIMITES ÀS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS DE INFORMAÇÃO, EXPRESSÃO E IMPRENSA.....	45
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

INTRODUÇÃO

É inegável a função desempenhada pela imprensa na sociedade moderna. Em um Estado Democrático de Direito, as liberdades de imprensa, de informação e expressão, ganham enorme significância, atingindo o patamar de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Contudo, a imprensa não mais se restringe a revistas e periódicos, mas integra um conglomerado maior da mídia. Diante da expansão do alcance e complexidade da internet, direitos antes exercidos e violados em uma amplitude denominada "plano real" passam a ser objeto de diversas manifestações características à rede mundial de computadores, elevando conflitos materiais ao universo virtual.

Conflitando com as liberdades acima mencionadas, estão os direitos da personalidade, dotados também de natureza constitucional. Os mesmos são compreendidos como direitos decorrentes da dignidade humana, definidos pela doutrina como o mínimo necessário para uma existência digna. Ressalta-se aqui a diferença entre existência e sobrevivência, na qual a primeira abarca uma gama maior de direitos e garantias quando comparada com a segunda.

O princípio da dignidade humana foi formulado a fim de proteger valores e interesses de grande relevância ao indivíduo, seja em face da atuação de terceiros, ou do poder público. Do referido princípio, à luz das garantias fundamentais à imagem, honra e privacidade, origina-se o direito ao esquecimento, inicialmente postulado pela doutrina norte americana como o "direito de ser esquecido".¹

O direito de ser esquecido foi formulado na intenção de proteger particulares que cometeram ilícitos penais e cumpriram a devida pena, ou que foram citados em investigações criminais, mas foram considerados inocentes, em relação a efeitos prejudiciais ligados à fatos pretéritos que não convém serem memorados.

Ocorre que o embate entre a liberdade de expressão e a honra, ou privacidade, antes travado em grande parte na mídia clássica, adquire agora novas dimensões na esfera virtual que, por sua vez, traz consigo consequências mais

¹ ROSEN, Jeffrey, The Right to Be Forgotten (Fev. 13, 2012), disponível em: http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten?em_x=22

gravosas. Tal fato se dá diante da facilidade de disseminação de qualquer informação na rede que, caso não seja devidamente retirada, irá se perpetuar no âmbito da *web*, adquirindo grande potencial de propagação e exposição, podendo ser acessada a qualquer tempo, por qualquer pessoa.

Diante do ambiente configurado, no qual a esfera da vida pública se aproxima cada vez mais da esfera privada, quem padece em virtude disso são, em grande parte, pessoas não públicas, por terem divulgados na Rede dados à seu respeito, sejam verdadeiros ou falsos, prejudiciais ou não, sofrendo assim, ataque aos seus direitos da personalidade.

Observa-se, então, a dicotomia da tutela da personalidade com o papel da mídia na sociedade contemporânea. O referido conflito não é novidade, contudo, em vista do avanço tecnológico, os meios nos quais tais confrontos se apresentam são recentes.

Dessa forma, o presente estudo visa a identificar os contornos adquiridos pelo discurso midiático contemporâneo, destacando sua atuação no mundo virtual, a fim de estabelecer parâmetros e critérios a serem observados pelo julgador, na condição de intérprete da lei, no processo de ponderação dos referidos direitos fundamentais à cada caso concreto.

Para se alcançar o objetivo pretendido no presente trabalho, primeiramente é necessário analisar a vida humana e suas dimensões, visando a compreender a distinção entre as esferas pública, privada e íntima; e sua relação com o direito ao esquecimento e a tutela da vida privada.

Neste sentido, no segundo capítulo identifica-se o papel específico do direito ao esquecimento no âmbito da internet. Neste é abordado o uso de mídias sociais e sua interação com o direito acima mencionado.

No mesmo capítulo, são feitos estudos de casos, tanto estrangeiros, que originaram a apreciação do direito ao esquecimento como um desdobramento do princípio da dignidade humana, Caso Google Spain; quanto nacionais, nos quais o Superior Tribunal de justiça julgou dois recursos especiais que materialmente tratavam do confronto do referido direito com o campo de atuação da mídia. Tais análises visam a obter uma compreensão maior do conceito do direito de ser

esquecido e da forma como vem sendo aplicado juridicamente, tanto no âmbito nacional, quanto internacional.

Por fim, em vias de fundamentar as discussões materiais apresentadas, promove-se uma análise dos direitos fundamentais de expressão, informação e de ser informado, feixe de direitos que configura a base da atuação da mídia na sociedade contemporânea, analisando-se eventuais limites no exercício divulgação de informações. Neste capítulo é tratado o confronto entre as liberdades constitucionais e os direitos da personalidade.

Trata-se de pesquisa exploratória que, a partir da análise dos componentes da vida do indivíduo, direitos e garantias individuais constitucionalmente estabelecidos e casos julgados referentes ao direito ao esquecimento, busca trazer maior compreensão acerca da apreciação da tutela dos direitos da personalidade perante a sociedade moderna e a atuação da mídia.

1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PRIVACIDADE

Diante do avanço tecnológico na era moderna, as barreiras erguidas ao redor da vida privada do particular começam a se dissolver. Assim, torna-se demasiadamente complicado distinguir o que deveria ser tutelado pelos direitos da personalidade no âmbito da circulação de informações.

Assim, vale iniciar o presente trabalho discorrendo acerca da distinção entre a intimidade e privacidade, bem como suas relações com a proteção aos direitos da personalidade, em especial o direito ao esquecimento.

1.1. AS ESFERAS DA VIDA HUMANA: DIFERENÇA ENTRE PRIVACIDADE E INTIMIDADE

A doutrina jurídica aborda a vida humana por meio de diversos pontos de referência, contudo, os mais relevantes são os direitos da personalidade. Tais postulados normativos encontram-se previstos na Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º, transcrito abaixo, e de acordo com o disciplinado por Alice Monteiro de Barros², visam a consolidar a proteção e integridade física, moral e intelectual.

"X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

Perante tal postulado, urge conceituar intimidade e privacidade.

A vida humana é composta basicamente por três esferas: esfera pública, privada e íntima. Visualizando tais esferas como círculos concêntricos, pode-se dizer que o círculo exterior compreenderia a esfera pública, e sendo considerado como as relações com o meio social, detentoras ou não de interesse, ou ainda, vontade de divulgação. O segundo círculo faz correspondência à esfera privada que por sua vez abrange situações e fatos dotados de maior carga emocional. Assim, em referência ao menor círculo, resta a esfera da intimidade, que aduz à maneira de ser,

² BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2009, p.25

compreendendo o mundo intra-psíquico e os sentimentos ligados ao auto reconhecimento.³

Diante do Texto Constitucional, percebe-se que o próprio legislador fez uso de distinção ao tratar da privacidade e da intimidade, de modo que, no artigo supratranscrito há clara cisão entre o direito à intimidade e os demais direitos ligados à privacidade, a saber: direito à honra, imagem e vida privada e outros.

O direito à intimidade é fortemente correlacionado à ideia de proteção e resguardo do indivíduo, sendo especialmente considerado ao se falar em interações relativas aos sentidos, em especial, audição e visão, do próximo.⁴ No mesmo sentido, a intimidade como característica inerente à vida humana traz consigo uma noção de que, apesar de vivermos em um mundo regido por comandos e estímulos sonoros, o pensamento, ou melhor, o raciocínio silencioso, é mais uma comprovação que a abstenção de manifestação por meio da escolha de não falar algo, funciona também como uma proteção e característica inerente do ser.

Diante de tal pensamento, deduz-se que a liberdade é exercida também por meio da decisão de vocalizar, comunicar ou não, de forma verbal ou escrita esses raciocínios, fatos ou atos da vida pessoal.⁵ O direito à intimidade, visto por essa ótica, seria o direito de não externalizar uma opinião em certa ocasião, mas resguardar-se o direito de permanecer calado, meditar, reconsiderar e até mesmo estar só, "*to be alone*" segundo o Direito Norte-Americano.

Caio Mário⁶ assevera ainda que o direito à intimidade possuiria um condão duplo, no qual o indivíduo possuiria não somente o direito de estar sozinho e de se manter em silêncio, mas também o de não ser indevidamente incomodado por pessoa alheia, ou autoridade pública, a não ser nos casos em que haja ato de ordem pública para determinar tal interação.

³ DINIZ, Maria Helena. Teoria Geral do Direito Civil, 1º volume, Editora Saraiva, 22ª edição, 2005. São Paulo, p. 135.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Op cit. p.29

⁵ BARBOSA JUNIOR, Floriano. Direito à intimidade como direito fundamental e humano na relação de emprego, São Paulo: LTr, 2008, p.62

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, volume I, Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil, 20ª edição, Editora Forense, 2004. p. 259.

No tocante à vida privada, observa-se sua consagração não somente no âmbito do direito pátrio, mas também na esfera internacional. Assim determina a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu artigo 12, *in verbis*:

“Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”⁷

Ainda no âmbito internacional, é pertinente destacar o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, que encontra-se em vigor desde 2010, dispondo o seguinte:

“Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”⁸

A proteção à privacidade e a intimidade se apresenta de maneira mais organizada pela chamada "teoria das esferas" que, de acordo com José Adércio Sampaio⁹, se fundamenta em três camadas da personalidade: *esferas sociais e públicas, esfera da vida privada e esfera mais interna*¹⁰, como já mencionado acima.

Tais esferas seriam concêntricas e apresentariam maior proteção ao se comparar camadas interiores com as mais exteriores. Assim, a intimidade seria dotada de proteção total, compreendendo o espaço mínimo de reserva garantido à pessoa, enquanto a privacidade seria dotada de uma proteção relativa, referente a cada caso.

Acerca da distinção entre privacidade e intimidade lecionam Luciane da Silva Onça e Leda Maria Messias da Silva:

⁷ ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem. 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acessado em 05 de Março 2015

⁸ ROMA. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>> Acessado em 05 de Março 2015

⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte, p. 254

¹⁰ SAMPAIO, op. cit., p. 254-259

"Ainda que os conceitos de intimidade e vida privada estejam interligados, os mesmo podem ser diferenciados pelo menor grau de amplitude do primeiro. No âmbito da vida privada, estão os fatos pessoais que devem permanecer ocultos ao público, mas que são compartilhados com aqueles com os quais se mantém relações pessoais. Em contra partida, no âmbito da intimidade, estão os fatos pessoais que não são compartilhados nem mesmo com os mais próximos."¹¹

Assim, resta sedimentado que da classificação do sistema de esferas apresentado, o círculo mais relevante ao direito ao esquecimento seria a esfera privada, sobre a qual haveria relatividade casuística quanto à distribuição de proteção e resguardo.

Todos os momentos da vida humana são dotados da possibilidade de se tornarem "imortais" e perpétuos, sejam eles grandes ou pequenos. Na sociedade de superinformação o compartilhamento de dados pode se dar de maneira restrita, contudo, o indivíduo não detém o total controle acerca do contorno e relevância que suas informações possam ser levadas a ter.

Para tudo deve haver um fim. A vida é formada pela soma de diversos pequenos momentos passageiros, sobre os quais o particular deveria exercer o controle acerca dos quais permaneceriam de conhecimento geral, sendo estes os que cooperam para sua própria dignificação, e quais deveriam cair no esquecimento.

Algum fato destinado ao esquecimento no contexto da memória humana, adquire com a internet, novo prazo de validade, uma vez que estaria inserido não mais em um arquivo pessoal, mas passaria a integrar a memória virtual, a qual não se submete aos efeitos temporais e apresenta maior resistência quanto à supressão de informações.

1.2. A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE PELA TUTELA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento encontra-se intimamente relacionado à doutrina de proteção à privacidade. Tal proteção encontra seu fundamento

¹¹ ONÇA, Luciane da Silva; SILVA, Leda Maria Messias da. Os direitos da personalidade da imagem, honra, privacidade e intimidade do empregado nas relações de emprego. In: Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 10, n.1, 2010.

normativo tanto na Constituição da República em seu artigo 5º, X, XI e XII, quanto no Código Civil em seu artigo 21. Diante de tais postulados, e da condição atual da sociedade, o Conselho de Justiça Federal achou por bem esclarecer a tutela do direito ao esquecimento em seu Enunciado nº 531, a saber:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.¹²

Sobre o tema, também se posiciona Francesco Carnelutti,

"(...) as pessoas crêem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não."¹³

Assim, infere-se que, apesar de ter uma forte relação com o Direito Penal e o Processo Penal, o direito ao esquecimento possui aplicabilidade também no Direito Civil, mais precisamente no direito à privacidade como um desdobramento do direito à dignidade humana. O direito de ser esquecido compreende então uma noção de controle de dados no fator temporal, formando juntamente com o controle espacial e o contextual, a tríade de proteção à privacidade.

1.2.1. Controle espacial

¹² FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado VI. Jornada de Direito Civil. Disponível em : <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VI%20Jornada.pdf/view?searchterm=enunciado>>. Acessado em 18 de Março 2015.

¹³ Carnelutti, Francesco; "As Misérias do Processo Penal", 1995, p.36 ed. 1995, José Antonio Cardinalli, Conan. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/asmiseriasdoprocessopenal.pdf>> Acessado em 13 de março 2015.

A vida humana é composta por um conjunto de decisões e ações pessoais que, juntas, estabelecem a conduta de cada indivíduo. Ocorre que, esse processo de formação de comportamento carece de diversas formas de proteção perante o avanço tecnológico, especialmente no que tange à segurança e comunicação audiovisual.

Com o surgimento de novas tecnologias, fez-se presente a clara divisão, e por muitas vezes, publicação das escolhas que compõem o comportamento humano. Tal divisão figura na fragmentação de dados de natureza comportamental, que podem ser determinados por meio de algumas opiniões e gostos que, convertidos em dados, sejam de maneira unitária, sejam conjuntamente, compõem uma representação do particular.

Diante deste paradigma, resta evidenciado o papel da privacidade na posição de garantidora do livre desenrolar da vida privada, através do oferecimento de meios para que o indivíduo controle as informações acerca de si mesmo e mantenha-as em seu alcance, para delas dispor.

O papel da privacidade como instrumento de controle de informações do ser humano extrapola a ideia de que esta seria apenas o direito de ser deixado só. Introduce-se, então, a ideia de que o controle detido pelo indivíduo advém de sua interação em um ambiente social, mediante fatos de natureza externa a serem assimilados e de natureza interna já assimilados externamente, que possibilitam seu livre desenvolvimento e manifestação de vontades, sem que sejam imediatamente postas sob o escrutínio de opiniões, informações e ditames externos ao indivíduo.

Encontra-se aqui a origem do direito à privacidade no princípio da dignidade humana, visto que esta se baseia no direito de existir dignamente, o que seria alcançado ao passo que o indivíduo detém o controle sobre o fluxo interno e externo de informações que, por sua vez, permitem um conhecimento acerca do meio no qual se está inserido e sobre o qual poderá se expressar e conseqüentemente, no qual desenvolver seu senso de personalidade.

Neste sentido, o exercício do direito a privacidade seria então o direito de dominar o fluxo de informações a seu respeito, a fim de garantir ao indivíduo o direito à construção de sua própria esfera privada. Neste sentido, Alan Westin

entende o direito à privacidade como sendo “a reivindicação de indivíduos, grupos ou instituições em determinar por si mesmos quando, como e quanto de informações sobre si mesmos será comunicado aos outros”¹⁴.

À luz deste conceito, começamos a entender a privacidade como o direito de autodeterminação de informações, que quando aplicado ao contexto tecnológico contemporâneo se traduz como sendo o direito inerente ao indivíduo de controlar a disponibilidade de seus dados pessoais.

1.2.2. Controle contextual

O controle contextual, associado ao espacial, permite que o particular consiga determinar sua posição em relação ao meio. Isto se dá pois, através do controle contextual, consegue-se ter mais do que uma determinação da informação, ao passo que o indivíduo detém o conhecimento do tempo, meio e contexto nos quais suas informações serão divulgadas e recebidas.

Com efeito, quando uma informação é liberada fora de seu contexto, há uma situação que fere muito mais do que somente o direito à privacidade. Agora, querendo o particular ratificar a condição na qual se encontra, deverá abrir mão de informações adicionais, a fim de reinserir a informação equívoca em seu contexto natural.¹⁵

A consequência disso é que o indivíduo se encontra muito mais exposto e vulnerável do que pretendia, visto que a quantidade de dados compartilhados foi muito maior do que o planejado.

O Superior Tribunal de Justiça já se deparou com uma situação na qual a privacidade estava incluída neste contexto. O caso julgado refere-se à correlação de número residencial em anúncio de casa de massagem e para que houvesse a devida retratação dos fatos e a correção da informação, o interessado teve que se expor mais do que o desejado, disponibilizando outras informações com via de

¹⁴ WESTIN, Alan F. Privacy and freedom. New York: Atheneum, 1967, p. 7.

¹⁵ ROSEN, Jeffrey. Out of context: the purposes of privacy. Journal Social Research. New York: The New School for Social Research, V. 68, n. 1, 2011, p. 209-211.

provar que seu número de telefone não era, de modo algum, relacionado ao anúncio.¹⁶

1.2.3. Controle temporal

Ao controle temporal atribui-se a função mais importante relacionada ao direito ao esquecimento. À este é atribuído o resguardo do indivíduo no tocante às escolhas pessoais já realizadas. Este é o poder de decisão do indivíduo em relação aos dados do passado que não mais se possui desejo de recordar, ou memorar.

Uma das certezas da vida humana é o constante desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. A vivência e experiência trazem consigo certa carga de conhecimento que alteram a consciência do particular e seu próprio senso de si. Seria desumano exigir uma consciência imutável ao indivíduo. A imposição de um comportamento e forma de pensamento estáveis teria o efeito de acorrentar o particular e impedir o seu progresso.

É estabelecido, não somente pela psicanálise¹⁷, mas também pela neurociência que a consciência do homem é formada através de um processo que envolve tanto a memória, quanto esquecimentos, de modo que somos aquilo que recordamos (ou que, de um modo ou de outro, resolvemos esquecer).

Dessa forma, a memória e o esquecimento são instrumentos através dos quais a pessoa constrói seus processos mentais por meio do controle interior e subjetivo, devendo ser garantido ao indivíduo exercer, também, o controle externo e objetivo. O controle temporal se foca exatamente na liberdade do indivíduo de modificar seu comportamento livremente, sem temor de estar sempre ligado à pessoa que um dia foi.

Tal garantia do particular não é inteiramente estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido inserido tanto no Código de Defesa do Consumidor em

¹⁶ STJ, REsp. n. 506.437/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julg. 16.09.2003.

¹⁷ Como há muito ensinou Freud, a própria existência da pessoa é pautada por processo de remoção de fatos traumáticos que ficam retidos no inconsciente humano, de forma que a consciência da pessoa possa sobreviver sem a dor de eventos indesejados. LA PLANCHE, Jean. PONTALIS. Vocabulário da Psicanálise. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 430.

seu artigo 43, §1º,¹⁸ quanto no Código de Processo Penal, em seu artigo 748,¹⁹ que abordam a dimensão do controle temporal acerca de dados pessoais. O Código de Defesa do Consumidor disciplina a suspensão de registros de caráter pessoal do indivíduo após transcorrido certo tempo da situação que o dotou de caráter devedor. Já o Código de Processo Penal regulamenta a limitação ao acesso de informações ligadas ao cumprimento da pena pelo particular condenado, após o término da mesma.

Em relação ao artigo 748 do Código de Processo Penal, faz-se relevante a atenção para o seguinte julgado:

“Processual penal. Recurso em mandado de segurança. registro de dados criminais. manutenção pelo instituto de identificação. violação à direito líquido e certo. Sigilosidade. Arquivos de acesso exclusivo via autorização judicial. Inteligência do art. 748 do cpp. Recurso parcialmente provido. 1. É uníssono o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, ‘por analogia aos termos do art. 748 do Código de Processo Penal, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados, a ações penais trancadas, a processos em que tenha ocorrido a reabilitação do condenado e a absolvições por sentença penal transitada em julgado ou, ainda, que tenha sido reconhecida a extinção da punibilidade do acusado decorrente da prescrição da pretensão punitiva do Estado’ (STJ, 5ª T, RMS 24.099/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 23.06.2008. 2. ‘Tais dados entretanto, não deverão ser excluídos dos arquivos do Poder Judiciário, tendo em vista que, nos termos do art. 748 do CPP, pode o Juiz Criminal requisitá-los, de forma fundamentada, a qualquer tempo, mantendo-se entretanto o sigilo quanto às demais pessoas. (Precedente)’ (RMS 19501/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 1/7/05) 3. Recurso ordinário parcialmente provido para, concedendo em parte a segurança, determinar a vedação de acesso aos registros constantes dos bancos de dados do Instituto de Identificação, salvo pelo Poder Judiciário para efeito de consulta fundamentada de Juízes Criminais” (STJ, 5ªT, RMS 33.300/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Jorge Mussi, j. em 23.10.2012).

Em outras palavras, o direito ao esquecimento concede ao particular o controle da disponibilidade de seus dados após o decurso de certo período, mediante à utilização de seu direito de autodeterminação da informação, seja por meio de supressão ou restrição.

¹⁸ “Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”.

¹⁹ “A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”.

Todavia, o direito ao esquecimento não é instituto pleno, devendo ser relativizado em face de interesses de maior relevância, mesmo mediante expressa manifestação de contravontade por parte do particular, como pôde ser observados nos julgados supra. Tal fato pode ocorrer mediante duas situações: (i) quando há na relação valor existencial de relevância igual ou superior ao do particular e (ii) quando se trata de informações dotadas de carga histórica, que possuam suas disponibilidades apoiadas em uma das correntes de liberdade de expressão.

Este sopesamento entre o direito ao esquecimento e demais interesses tem sido alvo de diversos debates ao redor do mundo. Na União Européia há debate na Comissão acerca da diretiva 95/46/CE²⁰ sobre o tratamento a ser oferecido à proteção de dados pessoais. A proposta trazida pela Vice-Presidente da Comissão trata diretamente da previsão de direito ao esquecimento,²¹ que possibilitará aos cidadãos administrar a disponibilidade de seus dados, e querendo, dirimi-los. Contudo, a concretização do direito ao esquecimento como limite à divulgação de dados tem sido ponto de grande debate.

A busca por um ponto de equilíbrio entre os direitos tem sido dificultosa no que tange a utilização de mídias tradicionais, como as veiculação televisiva e impressa. Tendo em conta o universo cibernético, essa dificuldade tem se apresentado maior ainda. Isto se dá pelo caráter descentralizado, pluriforme, social e democrático que a Rede apresenta.

Neste contexto, Jeffrey Rosen, estudioso da privacidade nos Estados Unidos, ao discursar sobre o direito ao esquecimento, acaba por referir-se à Peter Fleischer, executivo da Google Inc., e formula alguns questionamentos acerca da possibilidade, ou falta dela, de se aplicar o direito ao esquecimento no mundo

²⁰ Disponível em: ec.europa.eu/justice/data-protection/minisite/. Acesso em 08 de Abril 2015.

²¹ Art. 17 da Proposta de Revisão da Diretiva Europeia sobre Dados Pessoais:

“The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data relating to them and the abstention from further dissemination of such data, especially in relation to personal data which are made available by the data subject while he or she was a child, where one of the following grounds applies:

(a) the data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed;

(b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or when the storage period consented to has expired, and where there is no other legal ground for the processing of the data;

(c) the data subject objects to the processing of personal data pursuant to Article 19;

(d) the processing of the data does not comply with this Regulation for other reasons”.

virtual²²: (i) Se a pessoa disponibiliza algum dado pessoal seu na Rede Mundial de Computadores e terceiro replica os dados em seu próprio domínio virtual, teria a pessoa, que originalmente publicou a informação, o direito de suprimir? (ii) Se a pessoa disponibiliza uma informação acerca de terceiro, ela teria o direito a suprimir tais dados? e (iii) Se um indivíduo disponibiliza algo na Rede, teria ele, após certo decurso de tempo, o direito de suprimi-lo?.

Aqui, fica evidente o confronto entre os entendimentos relativos ao direito ao esquecimento de juristas norte-americanos e europeus, já que os primeiros tendem à responder as alegações acima de forma negativa, enquanto que o último grupo costuma se posicionar afirmativamente.

Desta situação se extrai a dificuldade que se tem de tratar do direito de autodeterminação da informação em qualquer esfera que se relacione com o universo virtual. A Rede é instituto mundial, estando presentes em quase que na totalidade das nações que compõem o mundo, contudo, há posicionamentos diversos até mesmo dentro de cada nação, o que acaba resultando em uma espécie de insegurança jurídica no aspecto mundial, pois não há um tratamento uniforme acerca da proteção à esfera privada do homem.

²² ROSEN, Jeffrey. The Right to be Forgotten. *Standord Law Review*. N. 64, Online 88. Disponível em: <stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten>. Acesso em 02 de Abril 2015

2. A INTERNET E A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

Devido ao intenso avanço tecnológico a internet passou por um processo de expansão muito rápida e intensamente. Como resultado houve sua inserção no dia-a-dia de grande parcela da sociedade. Em virtude do disposto, situações que se passavam no chamado "mundo real" acabaram por ocorrer também em meio ao mundo cibernético.

Ao processo acima descrito, não fogem os direitos fundamentais muito menos as liberdades constitucionais, na medida que seus confrontos se transpuseram para as telas de celulares, computadores e demais aparelhos eletrônicos.

Assim, é necessário que se entenda o novo campo de atuação da liberdade de expressão e como ela pode vir a afetar os direitos da personalidade, mais especificamente, o direito de ser esquecido como exercício do direito de autodeterminação da informação.

2.1. MÍDIAS SOCIAIS E O DIREITO AO ESQUECIMENTO;

A sociedade contemporânea compreende o período de maior velocidade no desenvolvimento tecnológico. O aprimoramento da internet, desde o fim do século XX e a popularização do acesso à rede têm gerado um fluxo de proporções hercúleas de informações. A digitalização de materiais literários, surgimento de sites de relacionamento, e a criação de inúmeras redes sociais têm ocupado grande papel no dia a dia de cada um. Todos estes meios contribuem para que haja cada vez mais facilidade e rapidez na disponibilização e difusão de informações no universo cibernético, sejam elas falsas, verdadeiras, públicas ou privadas.

Acerca do rápido alastramento e organização dos dados no mundo virtual vale mencionar a atuação e presença do Big Data na sociedade moderna. Big Data nada mais é do que o amplo conjunto de dados, que devido à sua imensidão, carece de meios e ferramentas para lidar com esse grande volume de maneira à possibilitar

que cada dado e informação possa ser não somente acessados, mas também aproveitados e analisados em tempo hábil.

Em outras palavras, o Big Data consiste na análise de quantidade significativa de dados em vis de obter informações e resultados que não seriam possíveis caso o estudo fosse feito de maneira compartimentalizada.

A evolução da esfera de ocupação da Rede é o que faz com que a doutrina contemporânea classifique esta como uma sociedade de superinformação. Neste sentido, fomenta-se a discussão acerca da proteção à privacidade dos indivíduos no tocante à dados e informações pessoais.

Configura-se então uma dicotomia. De um lado há o anseio pelos usuários de que o mundo virtual seja dotado de livre comunicação e navegação, sem a presença de exames sistemáticos; de outro, figura o interesse do Estado de exercer poderio sobre a "Rede das Redes".²³

As mídias sociais ocupam grande parte do tempo de seus usuários. Particulares chegam à disponibilizar grande carga de dados na "nuvem", para só depois perceberem que as informações compartilhadas passam a integrar a própria Rede. O verdadeiro choque ocorre ao se perceber que a internet é instrumento de uso constante, estando disponível indefinidamente em favor de empresas, corporações e qualquer terceiro interessado.

Esta consciência, por sua vez, tem fomentado debate acerca da importância de se proteger seus dados pessoais de outras pessoas ou, até mesmo, Estados. Os usuários das mídias sociais querem, ao mesmo tempo, dar ciência de seus dados para terceiros, e manter sua vida privada, livre da atuação de hackers e da espionagem.

De acordo com Marcelo Cardoso Pereira, a sociedade atual é regida pela máxima de que "informação é poder"²⁴. Trata-se de uma sociedade dependente de informação, a qual é valorizada tanto para ser disponibilizada, tanto para ser mantida em sigilo.

²³ PEREIRA, Marcelo Cardoso. Direito à intimidade na Internet. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004

²⁴ PEREIRA, op. cit. p. 141.

A informação compõe o principal resultado da vida social na atualidade. O filósofo francês Gilles Lipovetsky²⁵ assevera que vivemos em uma época regida pelo consumismo, sendo que o objeto de desejo e consumo almejado por muitos é a informação.

Em virtude disso, nasce a concepção de que o direito ao esquecimento perante a chamada sociedade de superinformação extrapolaria o conceito de apenas "ser deixado em paz". A evolução tecnológica e a popularização do uso das mídias sociais, dão ao direito ao esquecimento novo contorno, o "direito de ser esquecido".

Esta faceta serviria como uma regulamentação para as interações virtuais indivíduo-indivíduo e indivíduo-tecnologia. A dificuldade reside no constante crescimento da relação do usuário com a própria tecnologia. A esse respeito, Alvin Toffler posiciona-se da seguinte maneira:

"Transportada para um gráfico, a linha que representa o progresso durante a última geração subiria verticalmente até ultrapassar os limites da página. [...] Milênios ou séculos se passam, e então, em nossa própria época, como uma súbita ruptura dos limites, acontece um fantástico salto para a frente. A razão disso tudo é que a tecnologia se alimenta de si mesma. Tecnologia torna possível mais tecnologia, como podemos ver se observarmos por um momento o processo de inovação"²⁶

A novidade da tecnologia, bem como o anseio do ser humano de se sentir parte de um todo têm resultado em uma cultura de supercompartilhamento. Usuários de redes sociais acabam por documentar cada aspecto de suas vidas e, por muitas vezes, disponibiliza-los de maneira indiscriminada.

A utilização de mídias sociais tem aumentado a cada ano. Estudos apontam que 73% dos brasileiros que possuem acesso à internet fazem uso de Redes Sociais.²⁷ Ocorre que, na sociedade contemporânea, fatos do cotidiano são quase que instantaneamente registrados em redes sociais, seja por meio de notícias, fotos ou vídeos disponibilizados nestas plataformas de comunicação, e nenhum desses registros possui um "prazo de validade". Assim, um mero clique

²⁵ LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

²⁶ TOFFLER, LUCCA; SIMÃO FILHO, 2001, p. 25

²⁷ Disponível em: <<http://infoqr.am/usuarios-de-redes-sociais-por-pais?src=web>>. Acessado em 17 de Abril 2015

pode acabar resultando na violação de diversos direitos fundamentais como o da privacidade, da honra ou o direito à imagem, que se tornam extremamente frágeis mediante essas novas tecnologias.

Além de se entrelaçar com os dois direitos supracitados, o uso de mídias sociais acaba atravessando também outros direitos importantes, como o de manifestação de pensamentos e o de opinião.

O desafio reside determinação de até que ponto se deve favorecer a liberdade de informação, e a partir de quando entra em foco a proteção à vida privada através do direito ao esquecimento.

Ao observar termos e condições de adesão de diversas plataformas sociais virtuais, pode-se perceber que a grande maioria delas, e certamente as mais populares possuem cláusulas de propriedade sobre o conteúdo nelas disponibilizados. Acerca da plataforma mais popular, o *Facebook*, não há o que se falar em proteção à esfera da privacidade, já que os dados ali disponibilizados se tornam de domínio da empresa para dispor deles como bem entender. O mesmo ocorre com dados de navegação; o *Facebook*²⁸ monitora constantemente os *cookies*²⁹ advindos da navegação na Web, a fim de obter informações ligadas ao comportamento e uso de dados da rede pelo indivíduo. Esta prática, contudo, é feita com o consentimento dos usuários, através dos termos e condições de adesão à exemplo dos seguintes:

“Para o conteúdo coberto pelas leis de direitos de propriedade intelectual, como fotos e vídeo (conteúdo IP), você nos concede especificamente a seguinte permissão, sujeita às configurações de privacidade e aplicativos: você nos concede uma licença mundial não exclusiva, transferível, sub licenciável, livre de royalties, para usar qualquer conteúdo IP publicado por você ou associado ao Facebook (Licença IP). Essa Licença IP termina quando você exclui seu

²⁸Disponível em < <https://www.facebook.com/about/privacy>>. Acessado em 20 de Abril 2015

²⁹ “Um cookie é um dado que um Web site pode enviar a seu navegador, que poderá ser então armazenado em seu computador como um identificador que identifica seu computador. Embora os cookies sejam usados apenas para medir o uso de websites (como por exemplo o número de visitantes e a duração da visita) e a eficiência (como por exemplo os tópicos que mais interessam os visitantes), para permitir facilidade de navegação ou uso e, como tal, não estar associado a nenhuma informação pessoal, também são usados quando da personalização da experiência de um visitante conhecido a um website por estar associado com as informações de perfil ou preferências do usuário”. (IBM, 2013).

conteúdo IP ou sua conta, a menos que seu conteúdo tenha sido compartilhado com outros e eles não o tenham excluído”³⁰

“Você nos concede permissão para usar seu nome, a imagem do perfil, conteúdo e informações em relação a conteúdo comercial, patrocinado ou relacionado (como uma marca que você gosta) fornecido ou aperfeiçoado por nós. Isto significa que, por exemplo, você permite uma empresa ou outra entidade a nos pagar para exibir seu nome e/ou imagem do perfil com seu conteúdo ou informações, sem qualquer compensação a você. Se você tiver selecionado um público específico para seu conteúdo ou informações, respeitaremos sua escolha quando usarmos esses dados”³¹

Dessa forma, todas e quaisquer informações compartilhadas através da referida rede social, por menores que sejam, fogem ao total controle do usuário. Seja pelo registro dessa informação por parte dos demais usuários ou pela própria empresa.

Relaciona-se aqui o uso de mídias sociais com o conceito já estabelecido de Big Data. As empresas de mídias sociais fazem uso do grande fluxo de informações ao seu alcance, disponibilizados pelos usuários (conscientemente ou não), de maneira a criar uma experiência virtual personalizada para cada usuário.

Diante de tal conjuntura, resta evidenciada a dificuldade de se consolidar uma proteção de dados em meio à uma sociedade de superinformação. Especialmente quando os referidos dados são, por muitas vezes, compartilhados propositalmente. No advento de um possível arrependimento acerca da disponibilização da informação seria praticamente impossível apagar inteiramente os dados da Rede.

2.2. A RELAÇÃO DA MÍDIA COM O DIREITO DE SER ESQUECIDO: ANÁLISE DO CASO "GOOGLE SPAIN" E SUAS REVERBERAÇÕES NA ESFERA JURÍDICA

Perante a base teórica descrita acima, faz-se útil para melhor compreensão a ilustração da aplicação do confronto supra citado à casos concretos, à começar pelo relato do caso Google Espanha, que delimitou o direito ao esquecimento em meio à atividades virtuais, bem como dois julgados do Superior

³⁰ in Declaração de direitos e responsabilidades, item 2.1

³¹ in Declaração de direitos e responsabilidades, item 10.1

Tribunal de Justiça que, além de ilustrar a internalização do direito de ser esquecido, o disciplinam mediante à atividade midiática.

2.2.1. O caso Google Espanha

No ano de 1998 o jornal espanhol "*La Vanguardia*" publicou dois anúncios referentes à venda forçada de propriedades como resultado de débitos de previdência social. Os anúncios foram publicados à pedido do Ministério Espanhol de Trabalho e Assuntos Sociais com o intuito de atrair potenciais compradores aos leilões das propriedades. Uma versão eletrônica dos anúncios foi posteriormente veiculada na Rede.

Uma das propriedades sobre a qual versava o anúncio pertencia a Mario Costeja Gonzáles, que acabou sendo citado na publicação. Em novembro de 2009, Mario entrou em contato com o jornal a fim de informar que ao colocar seu nome na ferramenta de pesquisa do Google, ele tinha sido direcionado aos anúncios de 1998. Mario requisitou então que os dados ligavam seu nome à publicação fossem removidos, argumentando que a venda da propriedade tinha se consumado havia 11 anos e, por isso, perdeu sua relevância. A resposta do jornal foi denegatória do pedido de Mario, informando-lhe que a retirada dos dados não seria apropriado visto o envolvimento do Ministério de Trabalho e Assuntos Sociais.

Mario Costeja entrou então em contato com o Google Espanha em 2010, pedindo a retirada dos links relacionados aos anúncios de venda. O Google Espanha encaminhou a solicitação de Mario para o Google Inc., registrado nos Estados Unidos, com o argumento de que seria este o responsável pelos dados. Subsequentemente, Mario formalizou uma queixa perante a Agência Espanhola de Proteção de Dados (*Agencia Española de Protección de Datos, AEPD*) pedindo que o jornal fosse obrigado a remover os dados e que o Google Espanha ou o Google Inc. fossem obrigados à retirarem os links que levavam aos dados.

A queixa foi rejeitada pelo diretor da AEPD no que tange ao jornal, mas foi acolhida no pedido referente ao Google Espanha ou Google Inc., pedindo que os

mesmos removesses os links em questão e pusessem fim ao acesso à essa informação.

Diante dessa decisão, tanto o Google Espanha, quanto o Google Inc. moveram ações separadas perante a Suprema Corte Nacional Espanhola (Audiencia Nacional). Ambas as queixas eram baseadas nos seguintes argumentos: (i) o Google Inc. não encontrava-se sob jurisdição da União Europeia, segundo a Diretiva 95/46/EC (Diretiva de Proteção de Dados) e sua subsidiária Google Espanha não era responsável pela ferramenta de busca; (ii) a ferramenta de busca não processava nenhum tipo de dados pessoais; (iii) mesmo que houvesse processamento de dados pessoais, o Google Inc. nem o Google Espanha poderiam ser responsabilizados, em virtude de ocuparem somente a posição de controladores de dados e por fim (iv) Mario Costeja não possuía, em qualquer hipótese, o direito de apagar material legalmente publicado.

A Suprema Corte juntou as duas ações, submetendo o julgamento da causa à orientações fornecidas pela CJEU (Corte de Justiça da União Europeia) acerca das Diretivas de Proteção de Dados acerca de três argumentos: (i) a jurisdição territorial da própria Diretiva; (ii) a posição legal ocupada pela ferramenta de busca no escopo da Diretiva, especialmente no tocante às disposições materiais da Diretiva e se uma ferramenta de busca se encaixaria no papel de controlador de dados; e (iii) se a Diretiva em si estabeleceria o chamado direito ao esquecimento.

Diante da natureza recente das questões à serem avaliadas, a Suprema Corte pediu a opinião do Advogado Geral, que se posicionou no sentido de que a Diretiva de Proteção de Dados foi estabelecida antes da era Google, e que as operações realizadas por ambas as companhias Google os colocava sobre a jurisdição da Diretiva.

Acerca do segundo argumento, o Advogado Geral se posicionou acerca do âmbito material da Diretiva, e que o Google não poderia ser considerado controlador de dados pois, apesar de suas atividades como ferramenta de busca envolverem o processamento de informações pessoais, isso não faria da empresa uma controladora de dados, tendo em vista que o processamento se dava de maneira indiscriminada e aleatória. Em sua opinião, a Diretiva dispunha que o controlador estava ciente da existência de uma categoria de informações de cunho

peçoal e que, ao processá-las, o faz com intento relacionado diretamente ao processamento de dados pessoais.³²

O Advogado Geral considerou ainda a questão do direito ao esquecimento, orientando a Corte no sentido de que, em sua opinião, os direitos à liberdade de informação e expressão se sobressaem perante o direito de apagar informações. Dispôs que a Corte não adotasse uma posição casuística perante tais demandas, pois acabariam resultando em uma retirada automática de links ou por um número incomensurável de requisições à serem analisadas pela ferramenta de pesquisa mais popular e importante.³³

A Corte de Justiça da União Europeia julgou o caso e determinou, entre outras questões, que uma ferramenta de pesquisa na internet é responsável pelo processamento que realiza em dados pessoais que acabam em páginas da web publicadas por terceiros, decidindo então que prevalecia o direito de remoção da informação.

Este foi o primeiro grande caso julgado no qual conflitam o direito à privacidade e à proteção de dados com o interesse público no acesso de tal informação. Na linha do Tribunal Europeu, faz-se necessário diferenciar figuras públicas e privadas, de modo à respeitar tanto o direito ao esquecimento quanto o direito à memória.

Percebe-se a internet como um todo, em especial, as redes sociais levaram o ser humano à uma condição de autoexposição até então nunca testemunhada. As diversas ferramentas utilizadas para o compartilhamento de dados tornam cada vez mais difícil a remoção da informação.

³² No original: "the controller is aware of the existence of a certain defined category of information amounting to personal data and the controller processes this data with some intention which relates to their processing as personal data". Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=138782&occ=first&dir=&cid=45442> Acessado em 22 de Abril 2015

³³ No original: "automatic withdrawal of links to any objected contents or to an unmanageable number of requests handled by the most popular and important internet search engine service providers."

Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=138782&occ=first&dir=&cid=45442> Acessado em 22 de Abril 2015

2.2.2. Apreciação do tema pelo STJ

Diante do caso explicitado no tópico anterior, percebe-se que o reconhecimento do direito ao esquecimento tem sido colocado em pauta apenas recentemente e sendo fomentado tendo em vista o crescente receio ocasionado pelo uso de tecnologias e meios de informação, que por sua vez, encontram-se ainda em sua infância. Tendo em vista o avanço técnico e cultural da sociedade, resta evidente o grande potencial de exposição de dados de âmbito privado ou público.

Em resposta ao crescente potencial de exposição, e amparado no disposto pelo Enunciado 531 da CJF, relacionado aos novos contornos delineados ao princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, que o Superior Tribunal de Justiça, em sua 4ª Turma fez uso da tese do "Direito ao Esquecimento" no ano de 2013 para julgar dois casos relevantes. São os Recursos Especiais n. 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ, decididos por unanimidade, e devido ao conteúdo de sua decisão, devem ser aprofundados.

Os julgados se referem aos casos "Chacina da Candelária" e "Aída Curi", propostos com o intuito de obter condenação ao pagamento de indenizações com o argumento de que o direito de "ser deixado em paz", vertente do direito ao esquecimento, e direito da personalidade, não foram observados. Ambos casos foram levados perante a Corte, tendo em vista a matéria a qual tratavam, que configura novo conceito na ordem jurídica nacional.

O Recurso de n. 1.334.097/RJ trata da seguinte situação: certo indivíduo havia sido investigado, no ano de 1993, na condição de partícipe de homicídios ocorridos em 23 de julho do mesmo ano, no Rio de Janeiro. Tais mortes ficaram conhecidas como "Chacina da Candelária", e o investigado em questão acabou sendo absolvido ao término do processo. Ele então, ajuizou ação em face da empresa Globo Comunicações e Participações S/A, que era transmissora do programa televisivo "Linha Direta - Justiça", por tê-lo mencionado, em um episódio,

como uma das figuras de relevância para com o evento, apesar de mencionar sua absolvição.³⁴

O proponente alegou que a veiculação do episódio trouxe à memória da sociedade certa situação já esquecida, ligando sua imagem à de um "chacinador" e desrespeitando assim seu direito ao à paz, privacidade, anonimato e "de ser esquecido".³⁵

A apreciação de primeiro grau foi feita pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, que identificou no referido caso, choque do direito ao esquecimento do proponente com os direitos de imprensa e informação. Entendeu o julgador que estes últimos superavam o primeiro, e o pedido foi julgado improcedente.³⁶

Ao decidir o caso, o juiz achou por bem não imputar quaisquer ônus à Globo Comunicações e Participações S/A, por entender que não houve dolo por parte da ré, visto que, em sua opinião, a veiculação do episódio não resultou em dano à imagem do autor da ação. A emissora teria realizado simples relato do caso, mencionando, inclusive a inocência do autor e chegando ao ponto de relatar que a investigação do ocorrido resultou na acusação de três indivíduos inocentes, dentre eles, o proponente da ação.

Contudo, ao ser julgada em grau de apelação pelo desembargador Eduardo Gusmão Alves Brito Neto, membro do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no ano de 2008, a sentença restou reformada e a empresa apelada condenada ao pagamento de cinquenta mil reais à título de danos morais.

A condenação se baseou no entendimento de que mencionar o nome do investigado era desnecessário para a recontagem da história, visto que o mesmo não desempenhou papel central no ocorrido, tendo alcançado o anonimato.

Dispõe ainda o Relator:

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013a. p. 1. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 10 de Abril 2015

³⁵ BRASIL. Op. Cit. p.1

³⁶ BRASIL. Op. Cit. p. 1-2

No âmbito da Constituição encontra-se um claro sinal no sentido de se preservar os interesses individuais do cidadão, porquanto está no art. 221 da Carta que a programação das emissoras deve atender ao respeito aos valores éticos sociais da pessoa e da família. Porque longe de acolher a prevalência constante do interesse coletivo sobre o particular, preocupa-se a Constituição em preservar o indivíduo, dotando-lhe de uma esfera mínima de proteção capaz de assegurar sua felicidade, objeto legítimo de desejo por todos e nesta qualidade protegidos pelo Estado³⁷

Observa-se então que, em via de recurso, foram considerados os mesmos direitos analisados pelo juízo cível, a saber: direito de se informar e direito de ser esquecido. Contudo, o Relator não seguiu a posição adotada pelo juízo *a quo*.

Diante da oposição de embargos infringentes, a posição adotada pelo tribunal foi mantida, entendendo-se que a notícia poderia ter sido veiculada sem vinculação da imagem do Autor ou feita ainda através do uso de pseudônimos sem que houvesse prejuízo ao direito de ser informado.

Ainda segundo o relator, “consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.”³⁸, sendo esse direito fundamental o "direito de ser deixado só" ou ainda o direito ao esquecimento.

Em virtude de tal decisão, a Globo Comunicações e Participações S/A interpôs recurso especial alegando a impossibilidade de haver danos indenizatórios em virtude da ausência de ilicitude em suas ações.

A empresa alegou que os dados por ela transmitidos possuem natureza comum, sendo objeto de diversas outras formas de reprodução. Defendeu também a tese de que de forma alguma houve invasão à esferas privada e íntima do indivíduo, uma vez que as informações já eram objeto de debate na esfera social e que ajudavam a compor patrimônio histórico do povo, tendo a emissora realizado o simples papel de recontar o ocorrido, mencionando, inclusive, a constatação de inocência.

A defesa se posicionou de maneira voltada para a ideia de que o reconhecimento e eventual acolhimento de um direito de ser esquecido traria

³⁷ BRASIL. Op. Cit. p. 5

³⁸ BRASIL. Op. Cit. p 7-8

consigo não somente a violação aos direitos de imprensa e liberdade de expressão, mas também à memória coletiva, impactando a sociedade em seu recordar histórico. Além disso, a Corte estaria ampliando o conceito de privacidade para que fosse usado como limite aos demais direitos, alegando que a proteção à esfera da vida privada já estaria regulamentada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Levantou-se a preocupação de que o direito ao esquecimento em sua vertente ligada à obrigação de esquecer traria grande abalo à segurança jurídica. Esta situação se concretizaria pois, exercendo-se a obrigação de esquecer, torna-se possível transformar um ato lícito desde sua criação, em ilícito, especialmente no que se refere aos direitos de informar e ser informado. À título de exemplo, pode-se usar o próprio caso em tela, que na época da consumação do fato, a veiculação de informações sobre o caso era completamente legal, tendo em vista o interesse público e os direitos acima mencionados, de informar e ser informado.

Haveria então, uma abordagem casuística quanto à aplicação do direito ao esquecimento, devendo, o julgador, sobre o que seria permitido ou não noticiar, o que seria ou não esquecido e o que deveria ou não ser preservado.

O relator faz referência às discussões que têm ocorrido na União Europeia, especialmente às diretivas 1995/46/CE e 2003/58/CE que debatem a dicotomia entre o direito à liberdade de informação e a proteção da vida privada no contexto virtual. Ambas as diretivas se posicionam no sentido de abrir espaço para o cumprimento do direito ao esquecimento no uso da Rede.

Diante da extensão e complexidade da Rede das redes, haveria, quando comparado à épocas anteriores, um maior potencial de exposição de dados na atual sociedade de superinformação, devido à dificuldade de se atingir, não só de maneira completa, mas também definitiva, a retirada de informações da web.

A decisão aborda também, os efeitos da internalização do direito ao esquecimento no ordenamento normativo brasileiro referente ao uso da mídia televisiva. É estabelecido que para se aplicar o direito ao esquecimento na esfera cibernética, seria necessária análise mais específica e detalhada em virtude da facilidade de disseminação dos dados.

Considerando as particularidades do caso, o relator se posicionou da seguinte forma:

[...] mais grave que a venda ou a entrega graciosa da privacidade à arena pública [como ocorre quando da disponibilização a público, pelo próprio indivíduo, de suas informações pessoais], como uma nova mercadoria para o consumo da coletividade, é sua expropriação contra a vontade do titular do direito, por vezes um anônimo que pretende assim permanecer.³⁹

Demonstrando preocupação com os efeitos das novas tecnologias na sociedade e considerando o cuidado em se ter uma ferramenta de imprensa livre, fundada no Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federativa em seu artigo 1º, bem como a tendência de invasão à esfera privada do indivíduo, o ministro formula seu voto. Neste, destaca a obrigatoriedade do respeito aos valores e princípios mediante ao exercício do direito de liberdade da imprensa.

Fazendo menção à Carta Magna, que institui a liberdade de expressão e imprensa em seu artigo 200, o relator ressalta que o mesmo dispositivo constitucional em seu § 1º estabelece limites a essas liberdades por meio da inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem. Em relação específica à mídias televisivas destaca ainda o artigo 21, IV da CRFB/88 que impõe às mesmas o "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família".

Acerca do tratamento ofertado à dignidade da pessoa humana e os limites à liberdades, o ministro disciplina o seguinte:

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos⁴⁰

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013a. p. 18. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 10 de Abril 2015

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013a. p. 22. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 10 de Abril 2015

Em resposta à preocupação da defesa com a preservação da memória histórica da sociedade, o relator reconhece que crimes dotados de grande vulto acabariam por integrar, de fato, a cultura da sociedade, mesmo que esta seja local.

Faz-se necessário, então, distinguir os crimes considerados como históricos dos demais que possuem apenas grande interesse midiático.

O acórdão frisa então a existência de uma distinção entre fatos considerados de interesse público e fatos de interesse do público. A diferenciação se perfaz no caráter que aquele possui de salvaguardar a segurança e a saúde, ao passo que este seria fundamentado apenas na curiosidade ou repulsa do público.

Decide o relator que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro agiu corretamente ao decidir pela condenação, frisando que o direito ao esquecimento como instrumento de proteção da vida privada encontraria espaço de atuação no sistema normativo brasileiro.

Por fim, o Tribunal Superior julgou pela limitação da liberdade de imprensa através do exercício do direito ao esquecimento como proteção à esfera privada do recorrido, lançando mão não somente do princípio da razoabilidade, mas também da ponderação dos demais princípios em pauta.

Na mesma linha manifestou-se também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que, ao julgar o caso *Ovchinnikov contra João Vale e Azevedo*, adotou a posição de que em determinadas situações, a proteção da vida privada poderia servir como limite à publicação de dados de domínio público. Observemos:

"[...] uma restrição à reprodução da informação que já entrou no domínio público pode ser justificada, por exemplo, para impedir a continuação da divulgação dos detalhes da vida privada de uma pessoa singular que não pertencem ao debate político ou público de uma matéria de importância geral"⁴¹

De acordo com tal assertiva, o limite à divulgação de dados seria exercido pelo direito à intimidade quando se tratasse de informações de caráter alheio à matéria pública, que estivesse sendo alvo de exploração por parte de empresas midiáticas.

⁴¹ JÄÄSKINEN, Niilo. Conclusões do Advogado Geral da União Européia. Apresentada em 25 de junho de 2013. Processo C131/12. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris>> Acesso em: 28 de Abril 2015

O segundo caso a ser estudado é o Recurso Especial n. 1.335.153/RJ⁴² que trata de ação movida pelos irmãos vivos de Aída Curi buscando compensações morais, materiais e relacionadas à imagem, em face da empresa Globo Comunicações e Participações S/A por retransmitir a notícia depois de anos de sua consumação. O homicídio de Aida, no ano de 1958 ganhou grande repercussão à época, em virtude das circunstâncias relacionadas ao ocorrido. Sobre a importância do referido caso, Leandra Francischett disserta:

" O Caso Aída Curi foi um dos primeiros casos de tentativa de estupro seguida de homicídio noticiado nacionalmente, sendo que este chegou a ter repercussão internacional, tendo em vista a localidade e as circunstâncias do crime. A título de curiosidade: O caso refere-se à morte de Aída Jacob Curi, jovem de 18 anos, ocorrido no dia 14 de julho de 1958 no bairro de Copacabana no Rio de Janeiro. A garota foi levada à força por dois rapazes ao topo de um edifício, na Avenida Atlântica, onde, ajudados pelo porteiro do prédio, tentaram abusar sexualmente da moça, que, segundo a perícia, lutou contra os três agressores por pelo menos trinta minutos até vir a desmaiar por fadiga. Segundo a conclusão das investigações, para encobrir o crime os agressores atiraram a jovem do terraço do prédio tentando simular um suicídio, o que causou a sua morte. Apenas um dos jovens foi condenado pelo homicídio, os outros dois, apenas por atentado ao pudor e tentativa de estupro."⁴³

Os proponentes alegaram que a empresa explorou o ocorrido, buscando enriquecimento, sem resguardar a situação emocional da família e a carga ainda suportada em virtude do ocorrido. Ademais, foi alegado que houve dano à imagem de Aida por meio da comercialização do ocorrido. Os argumentos da defesa foram os mesmos expostos no caso anterior.

Tanto em seu julgamento pela 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ quanto no juízo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em grau de apelação, o pedido dos autores foi julgado improcedente. Tais decisões se fundamentaram no fato de que "[...] a matéria jornalística não foi maliciosa nem extrapolou o objetivo de retratar os fatos acontecidos"⁴⁴, e que as informações veiculadas seriam dotadas de

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153/RJ. Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013b. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 10 de Abril 2015

⁴³ FRANCISCHETT, Leandra. 50 anos do assassinato de Aída Curi: O fotojornalismo fazendo escola na revista *cruzeiro*. 2008. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/francischettleandra-assassinato-de-aida-curi.pdf>> Acesso em: 15 de Abril 2015

⁴⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0123305-77.2004.8.19.0001. p.1

grande relevância, dada a atual importância do reconhecimento e percepção dos crimes contra a honra da mulher.

O julgamento da apelação para julgar o pedido improcedente se baseou no fato de que as informações veiculadas pela emissora, eram de caráter público, podendo ser encontradas em arquivos jurídicos. Assim, não se aplicavam ao caso, as hipóteses passíveis de indenização: (i) quando a informação possui o objetivo e o potencial de denegrir a pessoa de quem se trata, ou ainda atacar sua honra e (ii) quando a utilização da informação está relacionada à fins comerciais.

Ademais, para que haja violação do direito de ser esquecido, é condição primordial que o fato escape à memória, o que não ocorreu no caso em tela. O fato criminoso chegou a ser intensamente estudado academicamente, e nunca saiu da esfera do interesse público.

Vale então ressaltar que os meios de comunicação devem exercer também sua função social, que seria disponibilizar espaço para que questões relevantes e problemáticas pudessem ser debatidas, extrapolando à esfera pessoal do indivíduo e integrando o direito à memória da coletividade. Nas palavras do relator: “O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente”.⁴⁵

Inconformados com a decisão da turma recursal, os apelantes interpuseram recurso especial, com fundamentos semelhantes aos do recurso referente ao caso anterior, contudo, a decisão da Turma foi oposta à relatada acima. No caso de Aida, os ministros entenderam, por maioria, que não houve dano, uma vez que, em sua ótica, a dissociação do nome da vítima ao crime retratado pela emissora seria impossível.

É entendimento do ministro relator que o decurso de tempo acaba por aliviar a carga emocional posta sobre a família da vítima e que no caso de Aida, ocorrido há várias décadas, não haveria o que se falar em sofrimento familiar pela veiculação do crime.

⁴⁵ Op Cit. p. 4

O acórdão do Superior Tribunal discute mais uma vez o confronto dos direitos à informação e os da personalidade.

"Agora, uma vez mais, o conflito entre liberdade de informação e direitos da personalidade ganha a tônica da modernidade, analisado por outro prisma, desafiando o julgador a solucioná-lo a partir de nova realidade social, ancorada na informação massificada que, diariamente, choca-se com a invocação de novos direitos, hauridos que sejam dos já conhecidos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles, por sua vez, resultantes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana"⁴⁶

Mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, a Turma decidiu que o descontentamento da família com a veiculação da notícia não possuía a mesma carga da liberdade de imprensa.

Os julgadores opinaram de modo a deixar claro que há mecanismo no ordenamento jurídico para remover certa informação da memória da sociedade, contudo, o mesmo não poderia ser aplicado na situação em tela.

A memória, desempenhando seu papel de fonte de conhecimento e aprendizado, justifica que determinados acontecimentos, dotados de grande importância histórica e repercussão, não podem ser ignorados e muito menos esquecidos, sob o risco de serem repetidos. A título de exemplificação podemos citar o tratamento desumano dado à população africana e indígena em nosso país durante o período da colonização, o advento do holocausto na Alemanha e muitos outros.

Diante dos casos relatados, observa-se uma expansão da proteção das esferas privada e íntima do indivíduo, que se expressaria através do limite temporal para a veiculação de informações.

A relevância das decisões citadas reside na inovação à ordem jurídica brasileira de que os dados uma vez esquecidos, devem ser submetidos ao juízo de razoabilidade de modo a determinar a legitimidade ou não de sua veiculação.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153/RJ. Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013b. p. 12. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 10 de Abril 2015

De acordo com este raciocínio, caberia ao julgador determinar da contemporaneidade, ou não, das informações em sua pauta, utilizando além do juízo acima mencionado, o princípio constitucional da proporcionalidade.

3. DIREITO DE EXPRESSÃO, À INFORMAÇÃO, INFORMAR E SER INFORMADO

Ao reportar uma notícia, a mídia faz uso de ao menos duas liberdades constitucionais, de expressão e informação, que abrangem três direitos fundamentais, o direito à expressão, à informação, de informar e ser informado.

Contudo, ao exercer suas atividades ela pode vir a ferir certos direitos da personalidade, como demonstrados nos casos estudados no capítulo anterior. Assim, faz-se necessário análise minuciosa da atividade desempenhada pela mídia e as liberdades a ela garantidas pela Carta Magna, bem como os possíveis limites ao exercício de suas funções.

3.1. DIREITO DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um direito instituído pela Constituição da República, que cuida de assegurar seu exercício em seu artigo 5º, incisos IV e IX, *in verbis*:

"IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"⁴⁷

A Carta Magna se posiciona acerca de garantir a liberdade no artigo 220, § 2º, ao dispor: " é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística".

Tal é a importância do direito à expressão que o mesmo é previsto também em diversos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

A doutrina se posiciona de modo à extrair do direito à expressão três valores.

O chamado "argumento humanista", reconhecido por Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes⁴⁸ trata a garantia constitucional em tela como meio de atingir a auto-realização individual e a busca pela verdade. Esta concepção reconhece o caráter dual da expressão: trata-se, não somente, de um emissor, mas também de um receptor.

Por essa ótica, o direito de se expressar, quando exercido, corresponderia simplesmente à uma necessidade do homem, ao passo que os permitiria comunicar livremente suas ideias e pensamentos. Em relação ao receptor, o argumento reconhece a importância de se ter contato com variadas posições e opiniões acerca de diferentes tópicos, para que o indivíduo escolha qual adotar.

Sobre tal assunto, disciplina Daniel Sacramento que não caberia ao Estado ditar quais seriam as linhas de raciocínio à serem seguidas pelos particulares, muito menos obrigatoriamente concordar com as mesmas.⁴⁹

Este pensamento é defendido por Kathleen M. Sullivan e Gerald Gunther, da seguinte forma:

A supressão de uma opinião é errada, seja ou não tal opinião verdadeira; se for verdadeira, a verdade é negada à sociedade; se for falsa, é negada à sociedade uma melhor compreensão da verdade que surge no conflito dela com o erro; e quando a opinião recebida é em parte verdadeira e em parte errada, apenas permitindo a exposição de visões discrepantes a sociedade poderá saber a verdade por inteiro.⁵⁰

Em suma, nenhuma forma de pensar deve ser tolhida pela sociedade. A dialética de ideias, além de resultar em uma sociedade mais tolerante àquilo com que discorda, abre espaço para que o indivíduo exerça sua capacidade pensante e desenvolva novas opiniões e ideologias.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 360.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, ano 1, n.4, p. 53-105, out/dez, 2006. p. 86

⁵⁰ SCHACHTER, Madeleine; KURTZBERG, Joel. Law of Internet Speech. 3. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2008. p. 10

O "argumento democrático" preconiza a liberdade de expressão na proteção do ideal democrático. A visão adotada a que é a de que a função da expressão superaria à esfera individual, cobrindo a sociedade como um todo e garantindo o livre debate de ideais políticos, não controlados pelo poder político dominante. Mediante tal argumento, aspectos de interesse público, como saúde, educação, economia, e demais questões políticas, deveriam ter sua livre expressão assegurada.

O terceiro argumento, chamado de "cético", coloca a liberdade de expressão nas funções fiscalizadora e organizadora do poder público. Essa corrente preconiza a liberdade do cidadão de comunicar qualquer corrupção, abuso de poder ou ainda falta de decoro exigido para o exercício da função pública, sendo a expressão, meio de controle da sociedade sobre a esfera do poder público.

Em relação à aplicação do direito à liberdade de expressão, configura-se necessário mencionar a dimensão objetiva e eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais.

O Estado Liberal de Direito inaugurado pela Revolução Francesa trouxe consigo a noção de prestação negativa do Estado. Aqui, valorizava-se a liberdade, igualdade, separação de poderes e supremacia da constituição, todos como instrumento de controle governamental, visando a garantia dos direitos individuais e fundamentais. Neste período os princípios e direitos eram dotados de dimensão subjetiva, na qual havia grande preocupação com o sujeito sobre quem eram exercidos os referidos direitos e não com o objetivo pretendido pelo legislador ao preconizar tal direito.

Após o advento deste modelo estatal, consagrou-se nova ordem, o Estado Social de Direito, inaugurado pela Constituição mexicana em 1917. Esta nova estrutura possuía basicamente os mesmo pressupostos do sistema anterior, mas entendia, também, ser necessário cobrar do Estado posturas concretas, e não somente uma abstinência. Seu foco era a disponibilização de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. É aqui que são inauguradas a dimensão objetiva e eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é aquela voltada para que estes alcancem seus objetivos e fins constitucionalmente estabelecidos. Considera-se aqui os direitos fundamentais como diretrizes às posturas estatais. Para tal, faz-se necessária uma aplicação horizontal dos mesmos, a fim de que seja superada a visão que restringe os direitos fundamentais às relações particulares-Estado. A partir deste ponto, como pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, os direitos e garantias fundamentais devem ser aplicados também às relações dos particulares com algum outro indivíduo.

Diante da situação apresentada, posicionam-se Gilmar Mendes e Inocêncio Coelho acerca da amplitude da liberdade de expressão:

“enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor – ou não”⁵¹

De acordo com a doutrina supratranscrita, extrai-se também que a expressão de opiniões e pensamentos pode se dar das mais diversas formas, sejam elas escritas, faladas, demonstradas por meio de fotografias, gestos, ou qualquer forma de expressão disponível ao particular.

3.2. DIREITO À INFORMAÇÃO

No período da ditadura brasileira, o princípio em questão, juntamente com o já mencionado princípio da livre expressão do pensamento, sofreram fortes ataques por meio de censuras à mídias escritas, televisivas e musicais.

Diante do ocorrido, com vias à assegurar o devido exercício dos direitos em questão, a Carta Magna de 1988 traz em seu artigo 220 a garantia da livre expressão por parte da imprensa, desde que observados o artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV do mesmo diploma legal.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 362.

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

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;⁵²

Contudo, tendo em vista a velocidade com a qual a tecnologia evolve e desenvolve, há, por vezes, certa dificuldade em se determinar quais informações veiculadas seriam por parte da imprensa. Sobre isso, se posiciona Nuno e Souza segundo o qual "imprimir palavras, desenhos fotografias em que se expressa o que se pensa e se fornece informações ao público acerca de factos e atividades próprias ou alheias"⁵³. Sobre o mesmo aspecto, Darcy de Arruda Miranda disciplina:

"Se é certo que, nos primórdios de sua vulgarização, a palavra imprensa englobava num mesmo conceito todos os produtos das artes gráficas, das reproduções por imagens e por processos mecânicos e químicos, envolvendo livros, gravuras, jornais e impressos em geral, hodiernamente, em virtude de seu grande desenvolvimento, essas mesmas artes se subdividiram, esgalhando-se em planos distintos, formando cada qual uma nova especialidade, não sendo mais possível jungir a imprensa ao conceito dos velhos

⁵² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

⁵³ SOUZA, Nuno J. Vasconcelos de Albuquerque e. A liberdade de imprensa. Coimbra : Almedina, 1984, p. 42.

tempos. Urge, portanto, emancipá-la dos anexos, dando-se-lhe a conceituação moderna de jornalismo, desvinculando-a do conceito genérico de impressos"⁵⁴

Tendo em vista que a liberdade de imprensa não é pressuposto universal, mas sim limitado por certos aspectos, vale mencionar o Código Civil de 2002, em especial os artigos 20 e 21:'

"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. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes."

" Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."

Tendo em vista os choques ocasionais entre o direito à informação acima disciplinado e os direitos à personalidade já tratados no presente estudo, Elimar Szaniawski pontua:

"O legislador, infelizmente, não arrolou em lei todas as características da categoria, como o de tratar-se de direito nato, absoluto, intransmissível, indisponível, irrenunciável, ilimitado, imprescritível, impenhorável e inexpropriável. Estas características, embora marcantes, não podem ser consideradas em grau absoluto, uma vez que existem exceções, surgindo o direito à disponibilidade relativa pelo seu titular, ou quando o direito da personalidade deverá ceder frente a outro direito fundamental, ou se estiver diante de um interesse público ou social preponderante."⁵⁵

Diante do exposto, observa-se que a ordem jurídica brasileira não comporta direitos absolutos e que, havendo embate entre os princípios estudados, a solução será apresentada mediante análise do caso concreto, tendo por finalidade o respeito ao princípio da dignidade humana.

⁵⁴ MIRANDA, Darcy de Arruda. Comentários à lei de imprensa. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 50.

⁵⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.p. 180.

Sobre os direitos da personalidade e seus contornos, vale mencionar os enunciados 139⁵⁶ e 274⁵⁷ aprovados na III e IV Jornadas de Direito Civil. Tais postulados evidenciam a necessidade de ponderação em se tratando do conflito entre os direitos da personalidade e as liberdades de informação e expressão.

Dessa forma, considera-se que a legislação cuidou por assegurar a possível aplicação de cada direito e garantia individual, à qual se devem somar direitos implícitos como o direito ao esquecimento, decorrente do princípio da dignidade humana.

3.3. LIMITES ÀS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS DE INFORMAÇÃO, EXPRESSÃO E IMPRENSA

É cediço que a liberdade de informação, expressão e imprensa ocupam importante função na sociedade contemporânea, adquirindo status de cláusulas pétreas constitucionais, não podendo ser suprimidas por Emendas Constitucionais. De acordo com a doutrina de Luís Roberto Barroso,⁵⁸ a maioria dos direitos fundamentais assemelha-se aos princípios em sua característica normativa.

Contudo, seria prejudicial ao funcionamento da ordem jurídica que tais garantias fossem exercidas de forma absoluta, sem se submeter à princípios e conceitos aplicados à todos.

Os direitos fundamentais, ao assumirem características principiológicas, diferem das regras. Havendo conflito entre estas, deve ocorrer total aplicação ou abstenção. A solução para a aplicação de uma regra ou outra é apresentada pelos tradicionais critérios de solução de antinomias: o hierárquico, no qual a lei superior seria aplicada em detrimento da inferior; o cronológico, no qual lei posterior

⁵⁶ Enunciado CJF 139. Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito do seu titular, contrariando a boa-fé objetiva e os bons costumes.

⁵⁷ Enunciado 274 do CJF. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição Federal.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 235, p. 1-36, jan./mar.2004.

prevalece sobre lei anterior; ou o da especialidade, no qual lei especial prevalece em detrimento de lei geral.⁵⁹

Perante a problemática apresentada, a Constituição Federal cuidou de, ao sedimentar as referidas liberdades, vinculá-las à certames e diretrizes principiológicas que visam gerir o exercício dos direitos e garantias, afirmando então que os mesmos não são ilimitados.

Em relação à liberdade de imprensa, a doutrina estipula como limites à serem respeitados o interesse social e a veracidade da notícia. Tais limites proporcionariam espaço para a criação de opinião pública, ao passo que possibilitam ao particular refletir e se posicionar mediante às escolhas lhe impostas pela sociedade.

Na opinião de Judicael Sudário de Pinho:

A liberdade de informação refere-se essencialmente à informação verdadeira, assim ocorrendo porque a imprensa é formadora de opinião pública, com relevante função social, possibilitando o amplo desenvolvimento da liberdade de opção da sociedade para reforçar o regime democrático.⁶⁰

Dessa forma, fica claro que no exercício da liberdade de expressão, e mais especificamente na liberdade de imprensa, não somente a relevância social seria destaques, mas também a veracidade das informações, uma vez que o direito de ser informado, como desdobramento do direito à informação não seria respeitado havendo comunicação de dados irreais.

Marcelo Novelino, em seu livro *Direito Constitucional*, ensina o seguinte acerca da matéria em análise:

"I – veracidade: a velocidade de transmissão das informações os dias de hoje exige uma investigação proporcional, no sentido de que seja feito todo o esforço "possível" para se averiguar a veracidade da informação ("constitucionalmente veraz"). Como os equívocos não

⁵⁹ _____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 328-330.

⁶⁰ PINHO, Judicael Sudário de. *Colisão de Direito Fundamentais: liberdade de comunicação e direito à intimidade*. *Revista Themis, Fortaleza, CE, v. 3, n. 2, p. 107-161, 2003*. Disponível em: <<http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp.content/uploads/2008/10/themis-v4-n1.pdf>> Acesso em: 03 jan. 2014.

serão raridade, o direito de retificação, em contrapartida, também deve ser assegurado de maneira rápida;

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

III – forma adequada de transmissão: a informação deve ser transmitida de maneira adequada para a formação da opinião pública, sem se estender a aspectos que não interessam a este ponto de vista e sem conter expressões injuriosas ou insultantes às pessoas sobre cuja conduta se informa.”⁶¹

Segundo a lição do referido doutrinador, configura-se que mais do que veracidade e interesse público, a liberdade de imprensa somente restaria configurada caso fosse comprovado também relevância social aos fatos noticiados e legitimação quanto à forma que serão disponibilizados.

O próprio texto constitucional trata dos limites às liberdades. No tocante à informação e expressão, previstas no artigo 220 da Carta Magna, o § 1º do referido artigo cuida por impor limites aos direitos e garantias individuais ao mencionar que deve ser “observado o disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XVI”.

Assim, verifica-se que após disciplinar que a liberdade de informação e expressão, bem como à de imprensa não poderiam ser restritas ou mitigadas, a própria Constituição Federal estabelece diretrizes para o exercício de tais liberdades; à saber: vedação do anonimato, indenização quando configurados danos patrimoniais e à imagem, direito de resposta e a proteção da intimidade, privacidade, imagem e honra dos indivíduos.

Em relação ao meio tecnológico e virtual, o artigo 222, § 3º do texto constitucional estabelece que os meios de comunicação devem, obrigatoriamente, obedecer os princípios estabelecidos no artigo 221, dentre os quais se destaca o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Dentro da limitação aqui estabelecida extrai-se que o constituinte não queria somente proteger a dignidade pessoal, mas preocupava-se também com os valores familiares.

⁶¹ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

Destacando o princípio da dignidade humana, Paulo Gustavo Gonet⁶², em seu livro "Curso de Direito Constitucional" preconiza que esta deve ser a base na qual o Estado democrático se fundamenta, e ponto de partida para a interpretação de qualquer direito.

O princípio da dignidade humana estabelece que o indivíduo deve ser sempre priorizado em face de suas criações, seja Estado, economia, literatura, o ser humano é sempre dotado de maior valor.

Sobre o papel do referido princípio como limitador das liberdades constitucionais, Paulo Gonet estabelece também:

"Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é reduzida à singela condição de objeto, apenas como meio de satisfação de algum interesse imediato. O ser humano não pode ser exposto – máxime contra a sua vontade – como simples coisa motivadora da curiosidade de terceiros, como algo limitado à única função de satisfazer institutos primários de outrem, nem pode ser reificado como mero instrumento de divertimento, com vista a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana."⁶³

No mesmo sentido, assim expõe George Marmelstein em sua obra *Curso de Direitos Fundamentais*:

"Apesar de a liberdade de expressão, em suas diversas modalidades, ser um valor indispensável em um ambiente democrático, infelizmente, o que se tem observado com muita frequência é que a mídia nem sempre age com o nobre propósito de bem informar o público. Muitas vezes, os meios de comunicação estão interessados em apenas vender mais exemplares ou obter índices de audiência mais elevados. Por isso, é inegável que a liberdade de expressão deve sofrer algumas limitações no intuito de impedir ou diminuir a violação de outros valores importantes para a dignidade humana, como a honra, a imagem e a intimidade das pessoas, ou seja os chamados direitos da personalidade".⁶⁴

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 346.

⁶³ MENDES, Op. Cit. p.346

⁶⁴ MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Há também uma forma de limitação às liberdades de imprensa e de informação pelo poder judiciário. A chamada "censura judicial" é utilizada em vias de obstruir a distribuição de informações que ferem os direitos individuais preconizados pela Constituição Federal e é bastante temida pela mídia, no que concerne à divulgação de notícias ligadas à má administração do poder público.

Frisa-se que, como dito anteriormente, a existência de uma imprensa justa e imparcial é de suma importância para o sistema democrático, visto que proporciona aos particulares espaço e condições para desenvolverem suas ideias e então compartilhá-las.

Outro limite imposto pela jurisprudência brasileira à liberdade de expressão é o denominado "discurso de ódio". Neste ponto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência afirmam que tal comportamento não é inserido sob o condão da liberdade de expressão.⁶⁵ O Supremo Tribunal Federal já se posicionou acerca de tal questão, ao julgar o Habeas Corpus 82.424 e determinar que o *hate speech* causaria um choque da dignidade humana e igualdade com a liberdade de expressão, devendo aquelas ser resguardadas pela mitigação desta.

Vale mencionar também que a liberdade de expressão não deve ser exercida quando violar tipos penais e implicarem em quaisquer crimes ou ilícitos penais.

Assim, resta evidenciado que apesar de as liberdades constitucionais estarem inseridas no rol de direitos fundamentais e desempenharem importante papel no desenvolvimento de uma sociedade democrática, as mesmas não podem ser consideradas absolutas, prevalecendo sobre direitos inerentes ao ser, como os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, pois estaria configurado prejuízo à ordem democrática nacional.

⁶⁵ De acordo com o determinado por Daniel Sarmiento, o conceito de *hate speech* seria "o relacionado à proteção, ou não, de manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores". (Ibid. p. 55.)

CONCLUSÃO

Não há como negar que, na sociedade contemporânea, as informações são divulgadas e difundidas com extrema facilidade. A mídia encontra-se presente em todos os veículos de comunicação, especialmente na Rede, ambiente, por natureza, receptivo e aberto à quaisquer tipos de informações, sejam elas benéficas ou prejudiciais ao particular.

Dito isto, observa-se que os direitos da personalidade estão em destaque no contexto da sociedade de hiperinformação, especialmente ao se constatar o espaço cada vez menor que separa a esfera da vida privada da esfera pública. A vontade do titular não mais configura condição *sine qua non* para a divulgação de dados, sendo esta feita, por diversas vezes, sem a devida autorização.

Diante da facilidade na disseminação de dados, opiniões e informações, coloca-se em destaque os direitos focados na tutela da personalidade, dentre eles, o chamado "*right to be forgotten*" ou "*right to be let alone*".

Em relação ao direito ao esquecimento, destaca-se sua violação perante à divulgação de informações do particular que não correspondem aos critérios necessários para a vinculação da notícia pela mídia, a saber: interesse público e contemporaneidade.

Diante da falta de contemporaneidade da informação veiculada, ou seja, disseminação de dados referentes ao passado do particular, cria-se em meio à sociedade uma imagem e percepção da pessoa que pode não mais corresponder à quem é hoje. Como dito no corpo do presente trabalho, as experiências e memórias moldam a pessoa do particular, a vivência proporciona oportunidades de auto-reflexão e autoanálise, de modo que, ao decorrer do tempo, a pessoa aprende e evolui, dando forma à outro ser interior.

Entendendo-se os direitos da personalidade como característicos à própria natureza humana, conseqüentemente atribui aos direitos oponibilidade *erga omnes*, intransmissibilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

Os direitos supra mencionados são resguardados por princípios, como o da dignidade humana, da proteção à privacidade, entre outros. Os princípios, em

geral, são tidos como espécies de diretrizes segundo as quais deve se exercer os direitos e liberdades. Contudo, por serem dotados de uma maior abstratividade do que as regras, e abarcarem valores frequentemente contrários, é comum que haja a colisão de um princípio com outro.

Dos confrontos pertinentes ao presente trabalho, destaca-se o conflito de direitos fundamentais no qual se apresentam os direitos da personalidade, como a privacidade, imagem, honra e o próprio direito ao esquecimento atuando como tutela da privacidade, possuidores de *status* constitucional; contra as liberdades de informação, expressão e imprensa que também exibem caráter constitucional, não podendo sofrer espécie alguma de limitação ou censura.

Quando deparado com este tipo de confronto, o julgador, no papel de intérprete tanto da norma quanto do caso concreto, não deve lançar mão dos processos tradicionais para a solução de antinomias. Não há aqui uma regra quanto à decisão de qual princípio se sobressai em detrimento de outro, mas cabe ao julgador utilizar a técnica da ponderação de interesses.

No processo de decisão, o intérprete deve fazer uso do sopesamento dos valores e interesses conflitantes, a fim de preservar, na medida do possível, cada princípio envolvido. A este, cabe ainda, a função de assegurar que nenhum princípio tenha seu núcleo básico atacado e suprimido por outro, embora haja casos nos quais este resguardo resta impossibilitado.

A título exemplificativo, tem-se o caso de um menor que necessita de operação cardíaca para a substituição de uma válvula em seu coração por válvula suína, sob risco de morte caso a operação não ocorra. Contudo, diante da religião dos pais, os mesmos decidem não autorizar a realização do procedimento cirúrgico. Sendo esta demanda levada perante um juiz e decidida em sede de antecipação de tutela, tendo em mãos os laudos e recomendações médicos, a decisão afirmativa ao caso, em vias de realização da cirurgia, feriria o princípio da liberdade de crença religiosa dos pais, enquanto que a decisão negativa, poderia vir a ferir o direito à vida e o conseqüente princípio da dignidade humana.

O papel da aplicação do princípio da proporcionalidade, somado ao sopesamento de interesses e direitos, determina que os princípios podem ser

aplicados com força e intensidades distintas, correspondentes à cada caso concreto.⁶⁶

Cabe destacar a importância do princípio da proporcionalidade na resolução de conflitos. O mesmo pode ser subdividido em três princípios: adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito, que compõem o teste da proporcionalidade. Tal exame visa assegurar que a medida a ser tomada obedeça à adequação (seja pertinente ao seu fim/objetivo), necessidade (é a menos restritiva em relação aos demais direitos) e a proporcionalidade em sentido estrito (a ação causa menos prejuízo do que a inércia).

Tendo em vista o dito em linhas anteriores acerca das características principiológicas dos direitos fundamentais, os mesmos devem se submeter à igual processo de resolução de conflitos.⁶⁷

Dessa forma, quando alguma liberdade ou garantia constitucional for de encontro à direitos da personalidade, cabe ao julgador, no processo de estudo do caso, ponderar e sopesar os elementos e valores em questão, de modo que não há como se estabelecer uma regra prévia para a solução dos embates, mas sim uma análise casuística. Assim, torna-se possível a limitação de algumas liberdades constitucionais quando confrontadas com os direitos da personalidade.

É importante frisar que a vedação ao estabelecimento de diretrizes para a ponderação não se refere à demandas que visam proteger preventivamente direitos da personalidade, desde que presentes certeza e iminência do ataque. Assim, não é necessário que se configure a manifestação de uma violação para se recorrer à demanda judicial, sendo que a iminência de tal violação já basta para que o caso concreto seja analisado pelo julgador.

Destaca-se que é atribuída maior importância para a tentativa de evitar que ocorra danos à personalidade do particular, do que buscar compensação pelo prejuízo *a posteriori*. Porém, aconselha-se que o poder judiciário prossiga com

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 328-330.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 235, p. 1-36, jan./mar.2004

cautela nos referidos casos, sob pena de censurar indevidamente a liberdade de expressão.

Diante do panorama exposto ao longo do presente trabalho, conclui-se que apesar de ser considerado um direito relativamente novo ao ordenamento jurídico, o direito ao esquecimento desempenha importante papel na tutela dos direitos da personalidade, ao passo que atua como uma barreira de proteção à privacidade do particular perante atividades de terceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 235, p. 1-36, jan./mar.2004

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias Do Processo Penal**, p. 36. Conan, ed. 1995. Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/asmiseriasdoprocessopenal.pdf>

FRANCISCHETT, Leandra. **50 anos do assassinato de Aída Curi**: O fotojornalismo fazendo escola na revista cruzeiro. 2008. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/francischettleandra-assassinato-de-aida-curi.pdf>> Acesso em: 15 de Abril 2015

JÄÄSKINEN, Niilo. **Conclusões do Advogado Geral da União Européia**. Apresentada em 25 de junho de 2013. Processo C131/12. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris>> Acesso em: 28 de Abril 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

ONÇA, Luciane da Silva; SILVA, Leda Maria Messias da. **Os direitos da personalidade da imagem, honra, privacidade e intimidade do empregado nas relações de emprego**. In: Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 10, n.1, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na Internet**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

ROSEN, Jeffrey, **The Right to Be Forgotten** (Fev. 13, 2012), disponível em: http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten?em_x=22

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. Revista deDireito do Estado. Rio de Janeiro, ano 1, n.4, p. 53-105, out/dez, 2006.

SCHACHTER, Madeleine; KURTZBERG, Joel. **Law of Internet Speech**. 3. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, aos comitês econômico e social e aos comitês das regiões: uma abordagem sobre a proteção dos dados pessoais na União Europeia**. Bruxelas, 4 de novembro de 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_en.pdf> Acesso em: 12 de Abril 2015

_____. **Diretiva 1995/46/EC do Parlamento Europeu e do Conselho**. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Bruxelas, 24 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu>> Acesso em: 12 de Abril 2015

_____. **Diretiva 2002/58/EC do Parlamento Europeu e do Conselho**. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Bruxelas, 12 de julho de 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>> Acesso em: 12 de Abril 2015