



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

ISADORA ALMEIDA DARZÉ

**UMA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO
À LUZ DO DIREITO À INFORMAÇÃO**

Salvador
2017

ISADORA ALMEIDA DARZÉ

**UMA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO
À LUZ DO DIREITO À INFORMAÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação
lato sensu, Faculdade Baiana de Direito e Gestão,
como requisito parcial para obtenção do grau de
Especialista em Direito Público.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

ISADORA ALMEIDA DARZÉ

UMA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO À LUZ DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Público, Faculdade Baiana de Direito e Gestão, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017.

Dedico este trabalho a minha família, especialmente aos meus pais, que me apoiaram e incentivaram durante toda esta jornada.

AGRADECIMENTOS

Apesar de aparentar ser uma atividade solitária, não concluiria esta monografia sem a colaboração, mesmo que velada, da minha família, amigos e professores.

Inicialmente, gostaria de agradecer aos meus pais, meus maiores companheiros e incentivadores nesta jornada, por todo o suporte e amor ofertados.

Aos meus professores, sendo grandes exemplos profissionais, que contribuíram para a minha formação.

Por fim, minha gratidão aos meus amigos, que compartilham comigo as dificuldades e as alegrias dessa trajetória de conhecimento.

“Grandes coisas não se fazem por impulso,
mas pela junção de uma série de pequenas
coisas”.

Vincent Van Gogh.

RESUMO

Esse trabalho visa analisar o direito ao esquecimento, instituto que busca questionar a possibilidade de terceiros evocarem publicamente fatos ou dados pretéritos, especialmente os de natureza pessoal, sem a devida autorização de seus titulares. Busca, portanto, examinar a ingerência da proteção da personalidade no panorama atual da sociedade da informação, na qual impera uma ampla acessibilidade e capacidade de armazenamento de dados, inclusive de natureza pessoal. Afinal, no modelo de comunicação hodierno, qualquer um, em qualquer lugar, pode ter acesso a informações sobre qualquer pessoa ou qualquer coisa, basta um clique. Na primeira etapa, traça-se linhas gerais acerca da teoria geral dos direitos fundamentais. Na segunda etapa, analisa-se o cenário dos direitos fundamentais à livre manifestação de pensamento, expressão e informação, todos provenientes do direito fundamental à liberdade. Examinou-se, ainda nesta etapa, a possibilidade de restrição destes direitos fundamentais. Na quarta etapa, faz-se uma correlação do direito ao esquecimento, que se verifica, inicialmente, como derivação dos direitos da personalidade, com o direito à informação. Por fim, ao final do presente trabalho, constatou-se que, em que pese exista, numa situação de conflito entre direitos fundamentais, uma predileção a liberdade de informação, há casos em que o exercício de tal liberdade não justifica a ofensa a personalidade de outrem.

Palavras-chave: direito à informação; direito ao esquecimento; direitos fundamentais; direitos da personalidade; colisão entre direitos fundamentais.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	BREVE ESCORÇO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1	CONCEITO	12
2.2	AS PRINCIPAIS CARATERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.2.1	Historicidade	14
2.2.2	Universalidade	14
2.2.3	Inalienabilidade	15
2.2.4	Imprescritibilidade	15
2.2.5	Irrenunciabilidade	15
2.2.6	Indivisibilidade	16
2.2.7	Concorrência	16
2.2.8	Constitucionalização	16
2.2.9	Limitabilidade	16
2.3	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
2.3.1	Direito civis e políticos	18
2.3.2	Direitos sociais, culturais e econômicos	18
2.3.3	Direitos de solidariedade ou fraternidade	19
2.3.4	Direito à democracia, à informação, ao pluralismo	20
2.3.5	Direito à paz	20
2.4	AS PRINCIPAIS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
2.4.1	Função de defesa ou de liberdade	22
2.4.2	Função de prestação	23
2.4.3	Função de proteção perante terceiros	24
2.4.4	Função de não discriminação	24
2.5	A TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
2.6	A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
2.7	FENÔMENO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
3	DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO, EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO COMO REFLEXOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE	33
3.1	DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO	34

3.2	DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	36
3.3	DIREITO À INFORMAÇÃO	38
3.3.1	O direito de se informar	39
3.3.2	O direito de ser informado	39
3.3.3	O direito de informar	40
3.3.3.1	Direito à informação jornalística	41
3.3.3.1.1	<i>A notícia e crítica jornalística como bens jurídicos tutelados pelo direito à informação jornalística</i>	43
3.4	RESTRIÇÕES ÀS LIBERDADES DE PENSAMENTO, EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO	45
4	DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	50
4.1	OS CLÁSSICOS DIREITOS GARANTIDORES DA PERSONALIDADE	50
4.1.1	Os direitos da personalidade em espécie	52
4.1.1.1	Direito à honra	52
4.1.1.2	Direito à imagem	54
4.1.1.3	Direito à vida privada	57
4.1.1.4	Direito à intimidade	59
4.2	DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO NOVO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE	60
4.3	O ALCANCE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	63
4.3.1	O direito ao esquecimento em conformação com o direito à informação	64
4.3.2	A repercussão geral do Recurso Extraordinário de nº 833.248/RJ	72
5	CONCLUSÃO	75
	REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

O antagonismo entre a liberdades de informação e os direitos da personalidade despertou e ainda desperta grande interesse dos estudiosos do Direito. Tal atração, todavia, não é infundada, pois envolve, concomitantemente, interesses jurídicos da coletividade e de todos os seus integrantes individualmente considerados.

Com o advento de uma sociedade da informação, na qual a ampla democratização da informação tolhe progressivamente a fronteira entre as esferas privada e pública, verificou-se que tal estado de incompatibilidade entre esses direitos fundamentais adquiriu novos contornos jurídicos.

O novo modelo de comunicação social ampliou, como nunca, a possibilidade de acesso, divulgação, e armazenamento de informações e dados. A disponibilidade da informação é tão ampla que basta alguns segundos para se ter acesso a dados ou informações de qualquer natureza, inclusive pessoais.

A informação, inclusive, se apresenta mesmo que involuntariamente. Consequentemente, tal estado de superexposição de informações torna quase que inviável um pleno controle sobre a utilização de dados pessoais, bem como sobre divulgação de informações que digam respeito aos indivíduos.

Surge, nesse cenário, como novo instrumento garantidor da personalidade, o direito ao esquecimento. Em síntese, tal direito busca regulamentar a utilização, por terceiros, de dados ou informações condizentes as pessoas, especialmente aqueles exauridos em um passado longínquo, sem a devida autorização de seu titular.

O trabalho proposto, portanto, além de possuir inegável relevância social, é de suma atualidade, especialmente em razão da rede mundial de computadores, que tem capacidade infinita para eternizar e reviver qualquer espécie de dados e informações.

Desta maneira, este trabalho buscará analisar um novo panorama da proteção da personalidade numa sociedade onde reina a informação. Para tanto, debaterá sobre os contornos do direito ao esquecimento, como, também, a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, pretende-se examinar o panorama geral do direito à informação e dos direitos da personalidade, para, com isso, discutir o tema ora proposto, sintetizando-o no seguinte questionamento: é possível, com fulcro na proteção da personalidade, restringir a liberdade de informação para controlar a utilização de dados ou fatos pessoais pretéritos, especialmente pelos meios de comunicação social? Reescrevendo a mesma pergunta: os meios de comunicação social, com base na liberdade de informação, podem lembrar, indefinidamente no tempo, fatos ou atos passados, mesmo que tal conduta venha a ofender a dignidade das pessoas envolvidas?

Para tanto, abordou-se no primeiro capítulo, brevemente, sobre a teoria geral dos direitos fundamentais. Inicialmente, analisou-se o conceito de direitos fundamentais, seu fundamento na dignidade da pessoa humana e suas principais características. Após, foi abordada a classificação doutrinária dos direitos fundamentais em conjunto com a sua evolução histórica. Em seguida, foram analisadas as principais funções e a titularidade dessa classe de direitos. Neste mesmo capítulo, também foram tecidas breves considerações acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. E, por fim, discorreu-se sobre o fenômeno da colisão entre direitos fundamentais e sobre os possíveis critérios existentes para a resolução de tal problemática.

Já no segundo capítulo, analisou-se as liberdades de manifestação de pensamento, expressão e informação, todas derivações do direito fundamental à liberdade. Foram abordados suas disciplinas, abrangência e importância para a República do Brasil. Por fim, iniciou-se a discussão sobre a possibilidade de restringir tais liberdades frente a outros direitos fundamentais de igual relevância constitucional.

E, no derradeiro capítulo, debruçou-se sobre o objetivo central desse trabalho, qual seja, a aplicabilidade do direito ao esquecimento na sociedade da informação. Inicialmente, elaborou-se um panorama geral sobre tutela da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Após, ao abordar seu conceito, origem e seus fundamentos, concebeu-se que o direito ao esquecimento é um fenômeno proveniente da tutela constitucional a personalidade. Em sequência, debateu-se sobre uma possível interpretação do direito ao esquecimento à luz do direito fundamental à informação, direito este que goza de extremo prestígio nos Estados Democráticos de Direito.

Por fim, convém registrar que o presente estudo, em que pese não tenha a pretensão de esgotar o tema ora analisado, mas tão somente promover o seu debate, consiste numa ampla pesquisa bibliográfica jurídica. À vista disso, será utilizado a pesquisa bibliográfica e documental, recorrendo a leitura de períodos científicos, livros específicos, obras de referência, sobre a matéria, entre outros.

2 BREVE ESCORÇO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 fez a opção legislativa de incluir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, III. Com isso, a pessoa humana se tornou, ao mesmo tempo, o fundamento e o fim da sociedade. E o Estado, por sua vez, se tornou efetivamente um agente executor e protetor da dignidade humana.

Nesse cenário, o estudo dos direitos fundamentais adquiriu um maior destaque e relevância. Afinal, os direitos fundamentais são instrumentos indispensáveis a concretização e preservação da dignidade do homem.

2.1 CONCEITO

Não há consenso doutrinário no que concerne ao conceito e a terminologia dos direitos fundamentais. À vista disso, se torna imprescindível a fixação das vertentes que serão empregadas no corpo deste trabalho.

Diversas são as expressões empregadas para designar os direitos fundamentais, tais como direitos humanos, direitos públicos subjetivos, liberdade públicas, direitos do homem. Este trabalho, no entanto, adotará a expressão direitos fundamentais, seguindo a terminologia adotada pela Constituição Federal vigente no Brasil, pois esta denominação se mostra como o termo mais genérico, abrangendo todas as espécies ou categorias de direitos fundamentais.

Agora, no tocante a conceituação dos direitos fundamentais, devido a sua contínua e progressiva evolução e ampliação, a consecução de um conceito material amplo e proveitoso se mostra uma tarefa extremamente árdua. Não obstante, é imprescindível estipular parâmetros essenciais para se identificar, na ordem jurídica, os tais direitos fundamentais. (CUNHA JÚNIOR, 2015 p.448)

Para José Afonso da Silva (2015, p. 180), direitos fundamentais, que por ele são chamados de direitos fundamentais do homem, além de serem vetores que refletem a ideologia política de cada ordenamento jurídico, designam “[...] aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência

digna, livre e igual de todas as pessoas”. São fundamentais, pois são situações jurídicas imprescindíveis para a realização, convivência e, até mesmo, a sobrevivência da pessoa humana.

Já Guilherme Peña de Moraes (2008, p. 499) compreende os direitos fundamentais como direitos subjetivos, positivados ou não no texto constitucional, aplicáveis à relação do sujeito com o Estado ou na sociedade.

Rodrigo Padilha (2014, p. 515), por sua vez, conceitua os direitos fundamentais como: “[...] os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual”. Assim também compreende os doutrinadores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2015, p. 151), como se vê:

Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).

Neste trabalho, no entanto, adota-se a conceituação dada por Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 453), que entende direitos fundamentais como: “[...] aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas”.

Assim, sendo, os direitos fundamentais são instrumentos que asseguram, concretizam e conferem carga semântica ao princípio da dignidade da pessoa humana. São valores, portanto, que fundamentam e legitimam o ordenamento jurídico posto e o Estado Constitucional Democrático de Direito.

2.2 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem características que, além de traçar laços unificadores, os distinguem das demais categoriais jurídicas. Destarte, se torna imperioso traçar um esboço sobre as principais características dos direitos fundamentais.

2.2.1 Historicidade

Os direitos fundamentais são o resultado de um constante processo de construção, reconhecimento e consolidação. Não eclodem, portanto, de um isolado momento histórico, mas, sim, das progressivas conquistas humanitárias (AGRA, 2014, p. 165).

Os direitos fundamentais “[...] são o resultado de demandas concretas, ensejadas por incansáveis lutas contra as agressões e toda uma ordem de intolerância que afligiam os bens fundamentais e indispensáveis à existência digna da pessoa humana (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 496)

Enquanto históricos, são também mutáveis. Além de serem concebidos novos direitos fundamentais em razão das necessidades sociais vigentes, os já existentes podem sofrer processo de mutação para se adequarem as novas realidades sociais (FERNANDES, 2015, p. 335)

2.2.2 Universalidade

Os direitos fundamentais, inclusive por sua essência, se destinam a todos os seres humanos indistintamente. Vale dizer, no entanto, que o traço da universalidade comporta determinadas atenuações. Existem direitos fundamentais específicos que só interessam a alguns, como os direitos dos trabalhadores, e há outros que só pertencem a determinados sujeitos, como os direitos políticos (CUNHA JÚNIOR, 2015 p. 503).

Para Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2015, p. 143), esses direitos específicos, em que pese não sejam universais, são considerados fundamentais pois determinadas necessidades de certas pessoas podem ter a mesma importância que as necessidades básicas dos indivíduos, em sua generalidade.

2.2.3 Inalienabilidade

Por conta dessa característica, os direitos fundamentais não se encontram a disposição do seu titular, não podendo, conseqüentemente, serem objetos de transferência ou negociação. “ A inalienabilidade dos direitos fundamentais liga-se, diretamente, ao poder de autodeterminação do indivíduo, protegendo uma parcela de liberdade considerada imprescindível ao desenvolvimento do ser humano” (AGRA, 2014, p. 166)

2.2.4 Imprescritibilidade

Os direitos fundamentais, inclusive por seu caráter inalienável, são sempre dotados de exigibilidade. Não há, portanto, intercorrência temporal de não exercício que gere a perda da sua exigibilidade em razão da prescrição. (FERNANDES. 2015, p. 333; SILVA, 2015, p.183).

2.2.5 Irrenunciabilidade

Todos os seres humanos são dotados de um patamar mínimo de proteção inerente à sua condição humana. Conseqüentemente, esse patamar mínimo, retratado pelos direitos fundamentais, não é passível de renúncia. Por certo, a renúncia a esses direitos traduziria numa renúncia a própria condição humana que, por natureza, é irrealizável (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 166).

Em que pese o titular não possa dispor dos direitos fundamentais, pode deixar de exercê-los. Alguns direitos fundamentais, portanto, podem não ser exercidos pelo titular (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 504; SILVA, 2015, p. 183)

2.2.6 Indivisibilidade

Os direitos fundamentais não podem ser isoladamente considerados, pois pertencem a um todo. Devido a interdependência, o pleno exercício de um deles é condicionado a garantia e efetividade dos demais. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p.506-507)

2.2.7 Concorrência

Dessa característica extrai-se que os direitos fundamentais podem ser exercidos cumulativamente. “Como a vida em sociedade é cada dia mais complexa, uma mesma conduta dá ensejo à incidência de mais de uma prerrogativa, como, por exemplo, o direito de reunião em que seus membros estão exercitando o direito de crença, liturgia e culto” (AGRA, 2014, p. 167)

2.2.8 Constitucionalização

Como os direitos fundamentais são inerentes à condição humana, são anteriores e superiores a qualquer Estado e a qualquer positividade. No entanto, sua constitucionalização se mostra necessária para potencializar sua força normativa e conteúdo através da legitimidade do texto constitucional (AGRA, 2014, p. 167).

2.2.9 Limitabilidade

Por fim, os direitos fundamentais são direitos relativos e, conseqüentemente, limitáveis. Nenhum direito fundamental pode ser considerado como valor máximo a ser aplicado, independentemente de outras circunstâncias ou demais valores constitucionais. (TAVARES, 2013, p. 384). Caso contrário, um direito fundamental eventualmente aniquilaria outros valores constitucionais de mesma importância, inclusive de natureza fundamental.

[...] o conteúdo dos direitos fundamentais é, muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações de direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais (ou seja, posições jurídicas subjetivas fundamentais *prima facie*). Resulta, então, que é frequente, na prática, o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. [...]

A colisão dos direitos fundamentais pode suceder de duas maneiras: (1) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais); (2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais). (FARIA *apud* ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 164)

Constata-se, portanto, que inclusive em razão da natureza principiológica, os direitos fundamentais não podem ser ditos como absolutos. As restrições existem e se mostram imprescindíveis para a subsistência dos próprios direitos fundamentais e de demais valores de ordem constitucional. Nada obstante, eventuais limitações a um direito fundamental apenas encontram respaldo se depositada na necessidade de preservação e efetivação de outro valor constitucional ou de outro direito de mesma natureza.

É fundamental a preservação de um conteúdo mínimo, dito essencial, de cada um dos direitos fundamentais contra desproporcionais e indevidas restrições. A par disso, as limitações eventualmente impostas a um direito fundamental devem ser arquitetadas unicamente em nível concreto, observando-se as regras de máxima observância e mínima restrição aos direitos fundamentais envolvidos, através de técnicas de ponderação. (CUNHA JÚNIOR, 2015 p.505-506)

Assim sendo, os direitos fundamentais apenas podem sofrer restrições se resultar em ameaça a coexistência de demais valores constitucionais ou se o próprio texto constitucional assim autorizar, desde que se preserve um conteúdo mínimo do direito fundamental sacrificado.

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais, considerados como valores ligados à dignidade humana, sempre existem, seja em maior ou menor intensidade, em todas as sociedades. “É inegável, portanto, que a filosofia por detrás da limitação do poder e da dignidade humana sempre fez parte da consciência humana” (MARMELSTEIN, 2014, p. 30)

Notadamente, apesar de sempre existir a consciência da existência de valores ligados a essência humana, os direitos fundamentais muitas vezes não eram reconhecidos formalmente como direitos e, portanto, não eram capazes de serem invocados para limitar juridicamente a atuação do Poder Público. A noção de direito fundamental, enquanto norma jurídica constitucional, surgiu efetivamente com o advento do Estado Democrático de Direito, resultado dos movimentos liberais e burgueses do século XVIII (MARMELSTEIN, 2014, p. 30; CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 462)

2.3.1 Direitos civis e políticos

Com as Revoluções Liberais dos séculos XVII e XVIII, surgiram os direitos civis, ou individuais e políticos, também conhecidos como direitos fundamentais de primeira dimensão. Os direitos de liberdade, criados como instrumento de limitação da atuação estatal, objetivavam assegurar uma máxima autonomia e liberdade aos sujeitos. Caracterizam-se, portanto, como direitos de defesa frente ao Estado historicamente absolutista (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 157)

Ademais, os direitos fundamentais de primeira dimensão possuem natureza negativa. Ao Estado cabe apenas um dever de abstenção, ou seja, de apenas assegurar o exercício da liberdade dos cidadãos (FERNANDES, 2015, p. 315; SARLET, 2009, p. 47)

A primeira dimensão de direitos fundamentais é notada por sua essência individualista. Em que pese difundam a noção de igualdade, em verdade, apenas uma parcela da sociedade, era capaz materialmente de usufruir da sua liberdade e autonomia. Em razão disso, surge uma nova dimensão de direitos fundamentais. (AGRA, 2014, p. 157-158).

2.3.2 Direitos sociais, culturais e econômicos

Na busca de universalizar efetivamente às prerrogativas conferidas aos sujeitos pelos direitos civis e políticos de primeira dimensão, surgem os direitos fundamentais

de segunda dimensão, conhecidos como direitos sociais, culturais e econômicos. Através dessa nova dimensão de direitos fundamentais, pretensões, deveres e diretrizes são exigidas do Estado, especialmente para a promover uma maior liberdade e igualdade social, por meio da garantia de condições mínimas para uma vida digna. (TAVARES, 2013, p. 352- 353; AGRA, 2014, p. 158)

O reconhecimento desses direitos parte da ideia de que, sem as condições básicas de vida, a liberdade é uma fórmula vazia. Afinal, liberdade não é só a ausência de constrangimentos externos à ação do agente, mas também a possibilidade real de agir, de fazer escolhas e de viver de acordo com elas. (MARMELESTEIN, 2014, p. 46)

Constata-se que, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão, os de segunda dimensão têm natureza positiva. Do Estado exige-se uma atuação efetiva na satisfação das necessidades mínimas ao exercício de uma vida digna. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 158)

Os direitos sociais, no entanto, são frágeis no tocante a sua efetivação, pois sua realização depende, além da existência de meios e recursos, da vontade política do Estado. Eventuais omissões do poder público podem inviabilizar o propósito central dos direitos de segunda dimensão, qual seja, reduzir materialmente as desigualdades sociais e econômicas que debilitavam a dignidade humana. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p.493-494)

2.3.3 Direitos de solidariedade ou fraternidade

Após, surge uma terceira dimensão de direitos fundamentais dos quais são destinatários o ser humano, não em sua individualidade, mas enquanto gênero. Englobam o direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito de comunicação, direito à segurança, direito à solidariedade, direito à autodeterminação. Em suma, são direitos de titularidade coletiva ou difusa que buscam, através do princípio da solidariedade ou fraternidade, preservar a existência do homem enquanto gênero. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 494; FERNANDES, 2015, p. 316)

Acrescenta-se que, ao contrário das demais dimensões de direitos fundamentais, no tocante aos direitos de solidariedade ou fraternidade, o cidadão tem papel fundamental para a sua efetivação. Por se tratar de direitos coletivos, difusos ou

transindividuais, a responsabilidade para sua concretização também passa a ser coletiva, não ficando adstrita a atuação estatal (AGRA, 2014, p. 159)

2.3.4 Direito à democracia, à informação, ao pluralismo

Há uma forte tendência doutrinária no sentido de reconhecer uma nova dimensão de direitos fundamentais, na qual estão inseridos os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, embasados numa noção de globalização política. Estes direitos, criados com o propósito de consolidar uma democracia substancial, outorgam instrumentos necessários a uma democracia participativa (AGRA, 2014, p. 159; TAVARES, 2013, p. 355)

Nos dizeres de Paulo Bonavides (2013, p. 589-590), os direitos fundamentais de quarta dimensão, além de corresponderem a fase derradeira de institucionalização do Estado Social, são necessários à concretização da sociedade aberta do futuro. “[...] os direitos de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tao somente com eles será legítima a globalização política” (BONAVIDES, 2013, p. 591).

2.3.5 Direito à paz

Tradicionalmente o direito à paz representava um direito da fraternidade, situado na terceira dimensão de direitos fundamentais. Não obstante, com o intuito de abolir com a invisibilidade a que foi posta ao direito à paz, Paulo Bonavides propõe que esse direito encabece uma nova dimensão de direitos fundamentais, adquirindo uma maior visibilidade e importância (BONAVIDES, 2013, p. 602)

A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.

Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração. (BONAVIDES, 2013, p. 602-603)

Percebe-se, por fim, que devido a própria essência evolutiva do ser humano, os direitos fundamentais estão em contínuo e permanente desenvolvimento.

Desenvolvimento esse que é notado pela sua natureza complementar ou cumulativa. Os novos direitos fundamentais não substituem os já existentes, mas podem, eventualmente, provocar mutações para adequá-los as novas necessidades do ser humano (CUNHA JÚNIOR, 2015 p. 486; SARLET, 2009, p.45).

2.4 AS PRINCIPAIS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, inclusive por sua natureza histórica, são multifuncionais. Conquanto, Georg Jellinek, através da clássica teoria dos quatro *status*, buscou desenvolver as funções dos direitos fundamentais e se tornou o ponto de partida para outros desenvolvimentos doutrinários.

A teoria dos quatro *status* parte da premissa de que todos os sujeitos, integrantes de uma sociedade, estão vinculados ao Estado e com ele se relaciona através de quatro espécies de situação jurídica, quais sejam, *status* passivo (ou *subjectionis*), *status negativus* (ou *status libertatis*), *status* positivo (ou *civitatis*) e *status activus*. (AGRA, 2014 p. 162; ALEXY, 2015, p. 256; CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 456).

Pelo *status* passivo ou *status subjectionis*, o cidadão se encontra subordinado aos poderes públicos. Nesse contexto, o cidadão é titular de deveres, impostos pelo Estado, mas necessários a manutenção da vida em sociedade. (FERNANDES, 2015, p. 321; MENDES; BRANCO, 2015, p. 157)

O *status negativus* ou *status libertatis*, por sua vez, confere ao cidadão uma esfera individual de liberdade que, conseqüentemente, o protege de eventuais interferências estatais. Assim, o cidadão desfruta de um poder jurídico circunscrito, no qual o Estado apenas poderá intervir para salvaguardar o exercício da própria liberdade (AGRA, 2014, p. 162; ALEXY, 2015, p. 258).

Ademais, há o *status* positivo que outorga ao cidadão instrumentos para exigir do poder público a execução de prestações materiais imprescindíveis à satisfação das garantias presentes no ordenamento jurídico constitucional (FERNANDES, 2015, p. 321; SARLET, 2009, p.157).

Por fim, pelo *status activus* ao cidadão é conferido meios para uma participação ativa na vida política da sociedade que integra. Em verdade, diz respeito aos direitos

políticos vislumbrados numa perspectiva material e formal (AGRA, 2014, p. 162-163; DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 68)

Contata-se, portanto, que por meio da concepção clássica da teoria de Jellinek, os direitos fundamentais correspondem a cada um dos *status*, desempenhando distintas funções na busca da emancipação humana. Não obstante, embora precursora, essa teoria é alvo de críticas pertinentes, mas que fogem dos limites propostos por este trabalho.

Em suma, em que pese seja passível de críticas, da teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek é possível extrair as principais funções dos direitos fundamentais: função de defesa ou de liberdade, função de prestação, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação.

2.4.1 Função de defesa ou de liberdade

Os direitos fundamentais de defesa correspondem àqueles que têm como escopo a defesa do indivíduo contra as arbitrariedades estatais. São direitos que impõem ao Estado um dever de abstenção, de não interferência no âmbito de autodeterminação do indivíduo (AGRA, 2014, p. 163; SAMPAIO, 2013, p. 49).

[...]Os direitos de defesa vedam interferências estatais no âmbito de liberdade dos indivíduos e, sob esse aspecto, constituem normas de competência negativa para os Poderes Públicos. O Estado está jungido a não estorvar o exercício da liberdade do indivíduo, quer material, quer juridicamente. [...] (MENDES; BRANCO, 2015, p. 158)

Necessário ressaltar que a função de defesa não torna os direitos fundamentais imunes à atuação estatal. Em verdade, a função de defesa os salvaguardam da atuação abusiva do Estado, ou seja, que excede aos limites dispostos no texto constitucional (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 458; SARLET 2009, p. 168)

Por derradeiro, a função de defesa dos direitos fundamentais, além de impedir interferências na esfera de liberdade individual dos cidadãos, tutelam os bens jurídicos por eles protegidos contra ações do Estado que eventualmente os afetem. Ademais, a função de defesa dos direitos fundamentais impede que sejam extintas do ordenamento jurídico positivo certas posições jurídicas concretas do titular do direito (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 458; MENDES; BRANCO, 2015, p. 158)

2.4.2 Função de prestação

Os direitos de prestação impõem ao Estado uma obrigação de atuar na satisfação dos direitos fundamentais. São direitos, portanto, realizáveis por intermédio da atuação estatal (AGRA, 2014, p. 163-164; SAMPAIOR, 2013, p. 50-51).

Os direitos prestacionais são, em verdade, instrumentos necessários para a concretização das liberdades individuais. Ao Estado se impõe a prestação de condições jurídicas e materiais indispensáveis ao exercício efetivo das liberdades outorgadas pelos direitos de defesa (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 459; SARLET, 2009, p. 184-185).

Pela função de prestação, os direitos funcionais são promocionais. Por intermédio da atuação positiva do Estado, busca-se promover uma igualdade, não meramente formal, mas, sim, substancial.

Alguns direitos fundamentais dependem tão somente de normatização para que seja possível seu exercício pelo titular. Nesses casos, a função prestacional dos direitos fundamentais conferem aos indivíduos instrumentos hábeis a exigir do Estado uma atuação na produção de normas concretizadoras dos direitos carentes de regulamentação. Tratam-se, portanto, de direitos fundamentais à prestação jurídica (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 459; MENDES; BRANCO, 2015, p. 160).

Em contrapartida, alguns direitos fundamentais, mais do que normatização, dependem de uma atuação material do Estado, são os chamados direitos fundamentais à prestação material. Os direitos fundamentais à prestação material têm como objeto uma utilidade concreta ou um benefício material, ou seja, um bem ou serviço prestados pelo Poder Público. Em tal caso, de acordo com função de prestação, exige-se do Estado uma atuação ativa na elaboração e concretização de políticas públicas imprescindíveis ao exercício desses direitos (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 459; MENDES; BRANCO, 2015, p. 162-164)

Os direitos fundamentais à prestação material correspondem aos conhecidos direitos sociais por excelência. Por demandarem uma atuação positiva e material do Estado, a concretização desses direitos depende da existência de recursos econômicos favoráveis. Por esse motivo, parte considerável da doutrina nega a sua condição de verdadeiros direitos fundamentais. (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 459)

Todavia, havendo a disponibilidade desses recursos, ainda que em decorrência de remanejamento, defendemos que tais direitos habilitam o indivíduo a satisfazer-se, até judicialmente, das prestações de que necessita. O fato de dependerem de condição material da reserva do possível, por outro lado, não reduz a efetivação dos direitos sociais a um simples apelo ao legislados, pois há uma verdadeira imposição constitucional legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos. (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 459-460)

Ademais, parte da doutrina, aplicando a teoria do grau mínimo de efetividade dos direitos à prestação material, busca garantir um patamar mínimo de efetividade aos direitos à prestação material. Inclusive, ressaltando-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988, assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acolhem a garantia a um mínimo social (MENDES; BRANCO, 2015, p. 162-164).

2.4.3 Função de proteção perante terceiros

A função de proteção perante terceiros consiste no dever do Estado de salvaguardar o exercício de direitos fundamentais de eventuais interferências de terceiros. Por conseguinte, o Estado, além de se abster, deve garantir o livre exercício dos direitos fundamentais contra interferências externas que possam vir a afetá-los (AGRA, 2014 p.164).

De acordo com a função de proteção perante terceiros, ao Estado é imposto o dever de garantir o livre exercício das liberdades individuais sem que haja a interferência arbitrária de terceiros

2.4.4 Função de não discriminação

A função de não discriminação impõe, ao Estado, um tratamento igualitário a todos. O tratamento diferenciado apenas se justifica se, além de proporcionais, visarem uma diminuição das desigualdades sociais. (AGRA, 2014 p.164; CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 461).

2.5 A TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A princípio, pela leitura do *caput* do artigo 5 da Constituição Federal, os titulares dos direitos fundamentais são apenas os brasileiros e os estrangeiros residentes no país. Sendo assim, as pessoas jurídicas e os estrangeiros não residentes, mas em trânsito no país, não seriam protegidos por direitos fundamentais essenciais como o direito à vida, à liberdade. Deste modo, o dispositivo constitucional deve ser interpretado à luz do princípio da unidade da Constituição, para se entender que, salvo exceções previstas lei, todas as pessoas, físicas ou jurídicas, independentemente de sua nacionalidade ou residência, são titulares dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 169; CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 518)

Há quem proponha, através de uma interpretação restritiva, que as pessoas jurídicas apenas gozam de proteção quando existir expressa previsão constitucional. Tal posicionamento, todavia, não é a orientação majoritária. Prevalece, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que as pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais quando estes são compatíveis com a sua natureza e os seus (SARLET, 2009, p.223)

Contata-se, portanto, que se encontra superada a doutrina que inadmitia pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais. As pessoas jurídicas podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, desde que estes sejam suscetíveis de serem exercidos por pessoas jurídicas.

De dizer-se, inclusive, que há direitos fundamentais próprios às pessoas jurídicas. O direito à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos como logotipos, fantasias são garantias concebidas unicamente para pessoas jurídicas (SILVA, 2015, p. 194; MARMELESTEIN, 2014, p. 234).

A Constituição, em nenhum momento, diz expressamente que os estrangeiros não residentes no país não podem exercer os direitos fundamentais, apenas silencia a respeito. Assim, levando em conta o espírito humanitário que inspira todos o ordenamento constitucional, conclui-se que qualquer pessoa pode ser titular de direitos fundamentais. O importante é que a pessoa esteja, de algum modo, sob a jurisdição brasileira (MARMELESTEIN, 2014, p. 231-232).

Os estrangeiros não residentes no Brasil, portanto, também são titulares de direitos fundamentais quando estiverem sob a jurisdição brasileira. Inclusive, por força do

artigo 1 do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário e prevê que:

Artigo 1º Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Ressalta-se, por fim, que mesmo os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil não são titulares de todos os direitos fundamentais sem qualquer distinção. Há direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, que são atribuídos a determinadas categorias específicas de pessoas, como os direitos políticos que são reservados aos nacionais e os direitos trabalhistas, reservados unicamente aos trabalhadores (SARLET, 2009, p. 210-211)

2.6 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A princípio, os direitos fundamentais correspondiam a pretensões jurídicas de defesa contra intervenções estatais na esfera de liberdade dos indivíduos. Destarte, os direitos fundamentais eram oponíveis em face do Estado, entidade com posição de superioridade em relação aos particulares. A eficácia dos direitos fundamentais, portanto, era verticalizada, à medida que os titulares dos direitos fundamentais se encontravam em posição de subordinação à autoridade estatal (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 106-107; SOROMENHO-PIRES, 2011 p. 177).

Posteriormente, no entanto, notou-se que o Estado não era a única expressão material e espiritual de poder. Agentes particulares, especialmente os detentores de poder social e econômico, também eram ameaças aos direitos fundamentais. Por isso, reconheceu-se que os valores contidos nos direitos fundamentais também deveriam ser projetados nas relações privadas (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 513).

Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam (SARMENTO, 2006, p.26)

A incidência também nas relações privadas desencadeou a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais passaram de ser meros instrumentos de proteção dos particulares contra a atuação estatal a ser um conjunto de valores orientadores de todas as relações jurídicas, sejam públicas ou particulares.

É certo que alguns direitos fundamentais têm como sujeito passivo o Estado unicamente. À exemplo, o artigo 5, inciso LXXV da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Também não se discute a incidência dos direitos fundamentais quando estes são formulados especificadamente para serem exercidos em face de particulares, como ocorre com os direitos sociais do trabalho. No entanto, há direitos fundamentais, em especial direitos de defesa, em que se questiona em que medida alcançam as relações privadas. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 177; SARLET, 2009, p. 376-377).

A teoria da eficácia indireta ou mediata, com o intuito de conferir maior resguardo ao princípio da autonomia privada, defende que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas está condicionada a existência de previsão legal infraconstitucional que autorize tal incidência. As cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado devem ser interpretados, aplicados e integrados à luz dos direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 111-112; MOREIRA, 2015, p. 251; SARLET, 2009, p. 379; TAVARES, 2013, p.381)

Já para a teoria da eficácia direta ou imediata, os direitos fundamentais são aplicáveis direta e imediatamente às relações privadas, independentemente de produção legislativa. Isso pois, não só o Estado, mais também os particulares estão vinculados aos preceitos constitucionais. Os direitos fundamentais são valores que incidem em toda a ordem jurídica, no qual se situa também o direito privado. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 513; SOROMENHO-PIRES, 2011, p. 180)

Por fim, há quem negue a incidência, em qualquer hipótese, dos direitos fundamentais às relações privadas. Nesse sentido, a doutrina *state action*, proveniente dos Estados Unidos, fundada na intangibilidade da autonomia privada, concebe que os direitos fundamentais apenas vinculam o Estado, nunca os particulares. No entanto, nota-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao adotar a teoria *public function theory*, já está a superar tal doutrina, admitindo a

vinculação dos direitos fundamentais aos particulares que se encontrem no exercício de funções públicas (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 513; MARMELSTEIN, 2014, p. 342).

No tocante ao sistema jurídico brasileiro, o artigo 5, parágrafo 1 da Constituição Federal de 1988 determina a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais. Por isso, inclusive, na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal predomina a adoção da teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 513-514; FERNANDES, 2015, p. 354; MARMELSTEIN, 2014, p.342).

A título de exemplo, a Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário de número 201.819 do Rio de Janeiro, demonstra claramente sua tendência em aplicar a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse cenário, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional estão esculpidos em preceitos de ordem pública, razão pela qual não podem ser desrespeitados, mesmo em se tratando de relações meramente privadas.

[...] As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...]. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...] (RE 201.819/RJ, STF, Relator: Ministra Ellen Gracie, Data de Julgamento: 11/10/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma)

Ressalta-se, no entanto, que existem posicionamentos doutrinários diversos. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 113-115), por exemplo, concluem que na ordem constitucional brasileira o efeito horizontal dos direitos fundamentais tem caráter mediato ou indireto e, excepcionalmente, caráter imediato ou direto. Entendem que os direitos fundamentais apenas incidem nas relações privadas

mediante a atuação do Estado-juiz, sendo este o único destinatário imediato das normas de direito fundamental.

2.7 FENÔMENO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme já narrado em tópico anterior, os direitos fundamentais, devido ao seu amplo conteúdo axiológico e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico, apresentam natureza principiológica. Por conseguinte, não raramente os direitos fundamentais desfrutam de âmbitos de incidência conexos, chocando-se em casos concretos, ocasionando o fenômeno da colisão de direitos fundamentais.

Numa colisão entre direitos fundamentais, o exercício de um impede ou embaraça o exercício de outros direitos fundamentais. Sucede-se que, as normas de direito fundamental gozam de mesmo *status* constitucional e de mesmo patamar axiológico, não se admitindo o sacrifício puro e simples de um dos direitos fundamentais em razão de outro, até porque, não existe direito fundamental de natureza absoluta. Por isso se mostra necessário alcançar uma solução que harmonize os preceitos que tutelam interesses jurídicos contraditórios, mas respeitando e preservando a proteção constitucional dos diversos direitos fundamentais no quadro da unidade da Constituição Federal.

Tradicionalmente, diante de disposições contraditórias, o intérprete se valia, sucessivamente, de três critérios de solução de conflito normativo, quais sejam, o critério hierárquico, o critério temporal e o critério da especialização. Ao aplicar o critério hierárquico, prevaleceria a que detivesse *status* jurídico superior. Para o critério cronológico, prevaleceria a disposição mais nova. E quanto ao critério da especialização, prevaleceria a disposição específica sobre a disposição geral. Esses critérios tradicionais, todavia, não são adequados, nem satisfatório, quando o conflito se dá entre direitos fundamentais (BARROSO, 2007, p.100-102; DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 188)

Por serem normas constitucionais de força principiológica, e por conservar mesma hierarquia jurídica, os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos se mostram insuficientes para a solução de colisões entre direitos fundamentais. Por

esse motivo, a teoria dos princípios de Robert Alexy fez-se imprescindível para o expediente da colisão entre direitos fundamentais.

De acordo com os ensinamentos de Alexy (2015, p. 87-91), as normas podem ter natureza de regras ou princípios. Os princípios são normas mandamentais que devem ser realizadas na máxima extensão possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Os princípios, portanto, são normas que podem ser satisfeitas em graus variados, dependendo, inclusive, do resultado da colisão entre princípios e regras. Já as regras são normas que, se válidas, devem ser sempre satisfeitas. Não há, portanto, graduação de cumprimento de regras.

Um conflito entre regras somente deve ser solucionado pela introdução, em uma das regras conflitantes, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Não sendo possível a inserção dessa cláusula de exceção, uma das regras deve ser declarada inválida e, conseqüentemente, extinta do ordenamento jurídico. “Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”. (ALEXY, 2015, p. 92-93)

Constata-se, pois, que regras conflitantes não podem coexistir num mesmo ordenamento jurídico. Inclusive, por isso, é perigoso atribuir, aos direitos fundamentais, natureza de regra, porquanto, se considerados como regras, um direito fundamental ameaçaria a coexistência de outros valores constitucionais de igual importância, o que é incompatível com o sistema de valores constitucional, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

[...]. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sobre outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. [...] (ALEXY, 2015, p.93-94)

Diante de um conflito entre princípios, um poderá prevalecer sobre os demais, o que não significa, entretanto, que os preteridos serão suprimidos do ordenamento jurídico. Em verdade, todos os princípios conflitantes incidirão no caso concreto, mas, a depender das circunstâncias apresentadas, serão aplicados em diferentes

pesos, sendo que prevalecerá aquele que detiver uma maior relevância no cenário apresentado.

Deste modo, num conflito entre princípios deve-se buscar uma conciliação entre os princípios contraditórios através de uma aplicação em extensões variadas, segundo a sua respectiva relevância para a situação concreta, sem que se tenha que excluir um dos princípios do ordenamento jurídico unicamente pode contradizer o outro (MENDES; BRANCO, 2015, p. 183; REALE JÚNIOR, 2011, p. 922-923).

Nesse cenário, surge a ponderação como a técnica de decisão jurídica, aplicável aos casos em que a técnica tradicional de subsunção se mostra insuficiente, especialmente quando se tratar de casos que dão ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia e que indicam soluções distintas (BARROSO, 2007, p. 106; REALE JÚNIOR, 2011, p. 922-923).

O conflito entre direitos fundamentais, assim considerados como princípios, portanto, deve ser solucionado, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, por meio de um juízo de ponderação dos interesses jurídicos conflitantes. Através da técnica da ponderação, os direitos fundamentais em voga serão aplicados em graus variados, segunda a sua respectiva relevância a situação fática em questão.

A técnica de ponderação é um processo de aplicação do princípio da proporcionalidade, com o objetivo de alcançar, por meio de fórmulas retóricas, a solução mais equilibrada ao caso concreto. A ponderação, pois, é a solução atualmente mais adequada a otimizar o exercício de todos os direitos fundamentais colidentes.

A proporcionalidade compõe-se dos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. No tocante a adequação, a solução escolhida deve ser adequada e pertinente para atingir o resultado almejado. Quanto à necessidade, deve-se analisar qual é a solução menos prejudicial e, ao mesmo tempo, suficiente para proteger os direitos fundamentais. E, por fim, a solução deve ser proporcional, ou seja, o ônus imposto não deve sobrelevar o benefício que se pretende obter com a solução escolhida (MENDES; BRANDO, 2015, p. 184; CLÉVE; FREIRE, 2003, p. 238-239; SARLET, 2009, p. 397-398).

Nesse contexto, a solução gerada deve respeitar três pressupostos. Um, a solução só se justifica se alcançar efetivamente a finalidade almejada. Dois, a solução deve

ser a menos prejudicial aos demais direitos fundamentais envolvidos. E, por fim, a solução deve atenuar o alcance dos direitos preteridos apenas na medida necessária para garantir o direito que se sobrepôs.

Evidencia-se, ainda, que por serem valores de mesmo grau hierárquico e gozarem de mesmo patamar axiológico, a preponderância de um direito fundamental sobre o outro é condicionada as circunstâncias do caso concreto. Não se mostra possível decidir o conflito de forma abstrata, permanente e inteiramente dissociada das características da situação fática apresentada.

A relação de preferência é determinada em função das peculiaridades do caso concreto, o que significa dizer que em condições diversas a solução pode ser distinta. Não obstante, nada impede que uma solução prévia possa ser utilizada como respaldo à conclusão de conflitos futuros.

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para a solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro. (MENDES; BRANDO, 2015, p. 185).

A ponderação, por conseguinte, se mostra como a técnica de decisão jurídica que tem como função a preservação do amplo leque de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal. Afinal, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, se busca monitorar eventuais restrições as áreas de proteção dos direitos fundamentais. Mas, ainda assim, a ponderação deve ser adstrita a uma sólida fundamentação, para assim evitar que a decisão não seja arbitrária e incoerente.

3. DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO, EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO COMO REFLEXOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE

Para Montesquieu, nenhuma outra palavra recebeu tantas significações como a liberdade. Sua conceituação, inclusive, é questão central, tanto na Filosofia, quanto no Direito. (SARMENTO, 2003, p. 295). Com efeito, inúmeras foram e ainda são as definições emprestadas a liberdade.

Na visão de Francisco Amaral (2008, 21-22), por exemplo, a liberdade pode ser vista por diversas perspectivas. Sob o ponto de vista filosófico, a liberdade é a possibilidade de opção manifestada na liberdade de fazer ou no livre-arbítrio. Numa visão sociológica, a liberdade é a ausência de condicionamentos materiais e sociais. Do ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder, do indivíduo, de atuar com eficácia jurídica.

Merece destaque, também, a conceituação dada por John Stuart Mill (*apud* TAVARES, 2006, p. 165) que compreendia a liberdade como “a liberdade de buscar nosso próprio bem, de forma que cada um o conceba, desde que não se tente privar terceiros dos seus, ou impedir suas tentativas de obterem. ”

Isaiah Berlin (*apud* FERNANDES, 2015, p. 271), no seu ensaio intitulado “Dois conceitos de liberdade” de 1969, interpretava a liberdade através de duas concepções. Numa primeira dimensão, a liberdade traduzia-se na ausência de constrangimentos. E numa segunda dimensão, a liberdade se assemelhava a autonomia, ao autogoverno.

Para Gilmar Mendes e Paulo Branco (2015, p. 263), as liberdades são proclamadas, no texto constitucional, partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da sua autorrealização. A liberdade deve ser compreendida, portanto, como reflexo da dignidade da pessoa humana.

Em razão disso, adota-se neste trabalho, o conceito apresentado por José Afonso da Silva (2015, p. 235-236), sendo a liberdade um poder de atuar em busca da realização pessoal, em busca de sua felicidade. “Liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.

Na mesma linha, Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 555) entende o direito à liberdade como um poder de autodeterminar-se conforme a sua própria consciência. Traduz-se no poder de atuação em busca da realização pessoal e, conseqüente, felicidade.

A liberdade, portanto, é um instrumento de liberação do homem dos obstáculos, sejam eles, políticos, sociais, econômico ou naturais, que impedem ou dificultam à realização de sua personalidade. É um poder de realizar, sem interferências externas, suas próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier.

A Constituição Federal de 1988 consagra as mais diversas formas de liberdade. No entanto, devido aos fins específicos desta investigação, abordaremos apenas a liberdade de pensamento, de expressão e de informação.

3.1 DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO

O direito à liberdade de pensamento, também conhecido como direito à liberdade de opinião, consiste no direito de exprimir, através de qualquer forma, juízos, conclusões, opiniões ou convicções sobre algo. O direito ao livre pensamento, portanto, se caracteriza pela exteriorização do pensamento, na sua acepção mais ampla (SILVA, 2015, p. 243; MIRAGEM, 2009, p. 34; NUNES JÚNIOR, 1997, p. 24-25)

Constata-se, por sua conceituação, que o direito à liberdade de pensamento é o direito matriz de muitos outros. Por isso, o direito à liberdade de pensamento é considerado por muitos como um direito primeiro e primário. Além de se anterior, muitas vezes as demais liberdades são conseqüências lógicas da liberdade de pensamento. A liberdade de pensamento ampara, por exemplo, a liberdade de crença, a escusa de consciência, o direito à informação, o direito à expressão, entre outros (AGRA, 2014, p.194; BASTOS, 2011, p.400; GODOY, 2001, p. 56)

O pensamento, enquanto processo interno de reflexão, é somente do domínio e do conhecimento do próprio indivíduo, não sendo passível, portanto, de regulamentação. Apenas quando o pensamento é exteriorizado, sob qualquer forma, processo e veículo, a opinião ingressa no campo das relações sociais, tornando-se objeto de normatização.

[...] o homem é senhor quase absoluto da sua consciência, podendo, em consequência, nutrir e alimentar toda sorte de opiniões. O pensamento, enquanto não externado, se confunde com a liberdade de foro íntimo, a qual, não coloca nenhum problema para o direito ou para a vida social. (BASTOS, 2011, p. 400-401)

De qualquer sorte, a liberdade de pensamento deve ser compreendida em seu duplo aspecto, sendo considerado o direito de pensar livremente, como também o direito de exteriorizar o que pensa sobre o que for. Afinal, o livre pensar, na forma de uma convicção interna, é imprescindível para a formação das convicções do indivíduo. O processo necessário para a manifestação do pensamento se inicia internamente e tem fim ao se exteriorizar. A manifestação do pensamento é o resultado da própria liberdade de pensamento.

Ademais, para o ilustre Celso Bastos, a liberdade de pensamento apresenta duas garantias aos seus titulares. A primeira delas é a garantia da neutralidade, pois o conteúdo das manifestações de pensamento não deve ser utilizado como instrumento de discriminação ou de qualquer outra forma tratamento desigual. E a liberdade de pensamento também confere ao seu titular o direito de exigir o respeito quanto ao pensamento manifestado (NUNES JÚNIOR, 1997, p. 25-16)

O artigo 5, inciso IV da Constituição Federal prevê o direito à livre manifestação do pensamento. Todavia, a proteção constitucional conferida à liberdade de pensamento não se esgota do artigo 5, IV. O inciso VIII do mesmo artigo, por exemplo, consagra o respeito ao pensamento manifestado, prescrevendo que ninguém poderá ser “privado de direitos por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. Ressalta-se, também, o artigo 220, que também consagra o direito à livre manifestação de pensamento.

Acrescenta-se, ainda, que o direito à livre manifestação encontra guarida em diversos diplomas de direito externo, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que, no seu artigo XIX, dispõe que todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão, através de qualquer meio, e independentemente de fronteiras. E, na mesma esteira, o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica de 1969, o qual foi aderido pelo Brasil, também confere a todas as pessoas a liberdade de pensamento e expressão.

Ademais, dizer-se que, como a outra face da moeda, o direito à liberdade de pensamento também abrange o direito ao silêncio. Ninguém pode ser compelido a exteriorizar opiniões ou convicções se assim não desejar. (FERNANDES, 2015, p. 375; MENDES; BRANCO, 2015, p. 265; SILVA, 2015, p. 246).

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso IV, consagra a liberdade de manifestação do pensamento, sob qualquer forma, processo ou veículo. Todavia, como forma de assegurar outros direitos fundamentais, veda o anonimato.

Como o exercício do direito à livre manifestação de pensamento pode gerar danos a terceiros, o texto constitucional impõe a qualificação de seus emissores. Por conseguinte, é inconstitucional a veiculação de pensamento apócrifos ou anônimos, em razão da impossibilidade de identificação dos seus emitentes (AGRA, 2014, p. 195; FERNANDES, 2015, p. 375; SILVA, 2015, p. 247).

Por fim, merece destaque as palavras do ilustre Ruy Barbosa sobre a matéria: “De todas as liberdades, a do pensamento é a maior e a mais alta. Sem ela todas as demais deixam mutilada a personalidade humana, asfixiada a sociedade, entregue à corrupção o governo do Estado (BARBOSA *apud* GUERRA, 2004, p. 71)

O direito à liberdade de pensamento, por conseguinte, se mostra como um dos pilares de um Estado Democrático. O pluralismo de opiniões é essencial para a construção de uma vontade efetivamente livre e desembaraçada. Ademais, através do exercício da livre manifestação de pensamento, os cidadãos se expressam de acordo com suas próprias convicções, posicionando-se, inclusive, sobre as decisões políticas tomadas pelos seus representantes.

3.2 DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O pensamento humano pode manifestar-se, como visto acima, por meio de juízos de valor, mas também pode se manifestar por meio de sublimação das formas em si, sem se preocupar com o eventual conteúdo valorativo destas. Dessas outras formas de manifestação é que cuida o direito à liberdade de expressão (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 191).

A particularidade do direito de expressão reside na ausência de juízos de valor. O direito à liberdade de expressão consagra a liberdade de manifestação de sentimentos, sensações ou criatividade, independentemente da formulação de convicções, juízos de valor ou conclusões (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 191-192; CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 558).

Enquanto a liberdade de pensamento exterioriza opiniões, convicções, juízos de valor sobre algo, a liberdade de expressão exterioriza sensações humanas, tais como a pintura, arte, teatro, fotografia. Isto é, por intermédio da liberdade de expressão o titular revela suas sensações, sentimentos e criatividade.

Ressalta-se, ainda, que não é incomum, que, através do exercício da liberdade de expressão, o titular também manifeste um juízo de valor. Essa, inclusive, parece ser um dos motivos pelos quais muitos doutrinadores não fazem distinção entre o direito à liberdade de expressão e pensamento. De qualquer forma, nesses casos, haverá uma concorrência dos direitos fundamentais à liberdade de pensamento e à liberdade de expressão.

O direito à liberdade de expressão se encontra no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal. Nesse dispositivo, o texto constitucional assegura a livre manifestação da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Convém compreender que a imposição de licença, na interpretação do texto constitucional, consiste na prática de condicionar o exercício da livre expressão do pensamento a prévia autorização do poder controlador. Assim como, a censura traduz-se no policiamento ideológico do pensamento, tolhendo-se qualquer manifestação de pensamento que seja contrário aos ideais do poder censurador. (AGRA, 2014, p. 195; MENDES; BRANCO, 2015, p. 265).

A Constituição, por conseguinte, repudia, através da vedação a censura e licenças, um controle governamental prévio do conteúdo das mensagens a serem manifestadas. A proibição da censura, porém, não isenta o emissor de responsabilização, inclusive penal, sobre o conteúdo de sua manifestação de pensamento.

Em regra, manifestações da liberdade de expressão gozam de ampla proteção constitucional. Todavia, em algumas situações a liberdade de expressão se sujeita a

fiscalização ou regulamentação pelo poder público, o que não se confunde com censura ou exigência de licença prévia, pois ao Estado não cabe controlar o conteúdo das manifestações a serem difundidas. À exemplo, como dispõe o artigo 21, inciso XVI da Constituição Federal, compete a União exercer classificação indicativa de diversões públicas e de programas de rádio e televisão (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 559; FERNANDES, 2015, p. 375).

3.3 DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação, em seu sentido lato, compreende tanto a divulgação como a aquisição de informação. Sendo assim, o direito à informação, basicamente, apresenta três feições, quais sejam, o direito de informar, o direito de ser informado e o direito de se informar.

O direito de informar consiste na liberdade de difundir informações sem qualquer impedimento ou, assumindo outra face, o direito a meios para transmitir as informações. Já o direito de se informar é a liberdade de buscar as informações que desejar, como também pode ser compreendido como o direito de não ser impedido de se informar. Por fim, o direito de ser informado é o direito de ser mantido adequada e verdadeiramente informado (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2015 p.192-193; CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 559-560; MIRAGEM, 2009, p. 24).

Deste modo, como bem elucida José Afonso da Silva (2015, p. 248), o direito fundamental à informação “compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer.”

Mesmo entendimento compartilha o jurista Bruno Miragem (2009, p. 25), que expõe que:

[...] podemos concluir que o direito fundamental à liberdade de informação, em sua conformação constitucional, é o direito de receber, acessar e difundir informações, de acordo com uma relação de adequação jurídica e fática entre o conteúdo da informação difundida e o evento a que ela se refere.

Por fim, de acordo com o entendimento do ilustre Vidal Serrano Nunes Júnior (1997, p. 31), as três feições do direito à informação apresentam um elevado grau de

interdependência. Um ordenamento jurídico apenas poderá dispor sobre o direito de ser informado, por exemplo, se, ao mesmo tempo, atribuir a alguém o dever de prestar tais informações. Da mesma forma, o direito de informar pressupõe a imposição da obrigação do fornecimento de meios para a veiculação das informações por outrem.

3.3.1 O direito de se informar

O direito de se informar, como já dito, é o direito de colher as informações desejadas, como, também, o direito de não ser impedido de se informar. Sua previsão constitucional se encontra no artigo 5, inciso XIV que prescreve a liberdade de acesso à informação nos seguintes termos: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Ademais, como forma de tonificar a proteção ao direito de se informar, a Constituição estabeleceu ação constitucional própria para assegurar o acesso as informações relativas ao próprio indivíduo constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, qual seja, a *habeas data*, prevista no artigo 5, inciso LXXII.

3.3.2 O direito de ser informado

O direito de ser informado, por sua vez, é o direito de ser mantido constante e integralmente informado. Esse direito, todavia, inevitavelmente sofre algumas restrições. Como bem adverte Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2015 p.193), o direito de ser informado, da forma como está previsto no texto constitucional, apenas pode ser atribuído ao Poder Público. Isso porque, o direito de ser informado inexoravelmente impõe a outrem o dever de informar. Ocorre que a Constituição Federal apenas atribui expressamente o dever de informar ao Poder Público, como se verifica no artigo 5, inciso XXXIII da Carta Magna.

Seguindo esse raciocínio, por conseguinte, como a Constituição Federal não atribuiu o ônus de prestar informações aos particulares, o direito a receber informações fica restrito aos assuntos que envolvem órgãos estatais.

3.3.3 O direito de informar

Por fim, no tocante ao direito de informar, o artigo 229, *caput*, da Constituição Federal prevê que: “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”. Nessa acepção, o direito de informar, no ordenamento jurídico brasileiro, em regra, assume uma feição de permissão. A Constituição Federal de 1988 expressamente permite a todos os indivíduos a prerrogativa de veicular as informações que desejarem.

A Constituição Federal, em que pese vede qualquer forma de obstrução ao exercício do direito de informar, não garante, salvo em situações excepcionais, os meios necessários para a transmissão das informações. Nesse sentido, a Carta Magna limitou-se a garantir tal liberdade em seu sentido negativo de garantir a veiculação de informações por seus titulares (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 560; MENDES; BRANCO, 2015, p. 267; NUNES JÚNIOR, 1997, p. 32)

O constituinte, portanto, se ocupou de garantir que o direito de informar não sofresse qualquer espécie de restrição ou censura. Todavia, foi silente quanto a previsão de meios para veicular tais informações.

Apenas no tocante ao direito de resposta, assegurado no artigo 5, inciso V, a Constituição Federal garante meios para a transmissão de informações. Sempre que um indivíduo tiver sua honra agravada por um veículo de comunicação, este terá o direito de resposta que será transmitido pelo mesmo meio de comunicação. Essa é a única hipótese constitucional em que o direito de informar assume uma feição positiva de disponibilizar os meios para difundir informação (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 560; NUNES JÚNIOR, 1997, p. 32)

3.3.1.1 Direito à informação jornalística

O direito de informar consiste no direito de divulgar opiniões, convicções, ideias e também notícias a terceiros, sem que haja qualquer interferência ou censura. O direito de informar, por conseguinte, abrange o direito de transmitir ideias, convicções, conclusões, opiniões sobre algo, mas também abrange o direito de veicular notícias e os seus respectivos comentários ou críticas. (NUNES JÚNIOR, 1997, p. 32; CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 562-563)

Nesse cenário, o direito de informar tutela forma específica de informação, qual seja, a jornalística. A informação jornalística, assim, constitui direito fundamental imprescindível, inclusive, a concretização do direito coletivo à informação, isto é, o direito de ser informado.

Outrora, a imprensa, concebida como veículo impresso de comunicação, era o único meio de propagação de notícias e críticas. Por isso, preconizou-se, inicialmente, a liberdade de imprensa. Nesse cenário, assegurar a liberdade de imprensa significava assegurar a difusão pública de notícias e críticas (BASTOS, 2011, p. 402; GODOY, 2001, p. 62; GUERRA, 2004, p. 84; NUNES JÚNIOR, 1997, p. 32)

Sem embargo, com o avanço tecnológico, surgiram outros meios de difusão de informação, muitas vezes mais sofisticados, como a radiodifusão, a televisão e a internet, pelos quais passou-se a ser realizada a difusão pública de informações em conjunto com a tradicional imprensa impressa. Nessas circunstâncias, a tradicional liberdade de imprensa assumiu uma nova roupagem: o direito à informação jornalística. A denominação liberdade de imprensa foi sucedida pela denominação liberdade de informação jornalística, pois esta última alcança todas as formas de difusão de notícias e opiniões através de qualquer veículo de comunicação (GUERRA, 2004, p. 77; NUNES JÚNIOR, 1997, p. 32; SILVA, 2015, p. 248)

Os avanços tecnológicos observados em relação aos meios de comunicação, inclusive com o surgimento de novas mídias, alteraram substancialmente as formas de expressão de ideias e informações e – sobretudo – os efeitos de sua divulgação, uma vez que passam a atingir diretamente um número cada vez mais de pessoas. Nesse contexto é que a liberdade de informação assume uma importância decisiva, seja na formação da vontade política, ou mesmo na determinação de certo conceito social comum, a partir das informações tornadas públicas com tal finalidade. (MIRAGEM, 2009, p. 23)

Atento a essa realidade, a Constituição Federal, embora não suprimindo por completo o uso da expressão liberdade de imprensa, optou por adotar, no capítulo da comunicação social, locução mais abrangente, qual seja, o direito à informação jornalística.

O direito à informação jornalística se tornou uma denominação mais adequada ao direito fundamental em voga, pois compreende a difusão de informações e opiniões por intermédio de qualquer meio de veiculação e independentemente de fronteiras. Isso, todavia, não desqualifica o antigo instituto da liberdade de imprensa. O direito à informação jornalística, embora dilatado na sua abrangência e aprimorado no seu conteúdo normativo, conservou o mesmo objetivo da liberdade de imprensa, o de permitir o livre fluxo de informações e opiniões.

Os veículos de comunicação indiscutivelmente, como bem registra Ives Martins e Arnold Wald (p. 625) são os “pulmões” de uma sociedade democrática, pois por intermédio deles a sociedade exerce o controle das instituições estatais e daqueles que as dirigem. Apenas através dos meios de comunicação social a sociedade pode ter acesso amplo as notícias e fatos públicos e, assim, exercer um controle efetivo na atuação estatal.

Por conseguinte, o direito à informação jornalística, além de essencial ao desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, é fundamental a formação e manutenção de uma sociedade que se pretenda democrática. Em razão dessa tamanha relevância, constata-se que o direito à informação jornalística, em que pese seja um direito individual, é dotado de expressão coletiva. (BARROSO, 2007, p. 117; GODOY, 2001, p. 63-64; GUERRA, 2004, p. 82).

O direito fundamental à informação jornalística não se resume ao direito do seu emissor de divulgar ou propagar notícias e críticas. Em verdade, esse direito só se justifica pelo fato de que a coletividade, assim com os indivíduos singularmente considerados, tem o direito à informação (BASTOS, 2011 p. 401).

Para José Afonso da Silva (2015, p. 249), inclusive, o direito de ser informado, o direito de ter acesso às fontes de informação e, assim, obtê-las, precede o direito de propaga-las. Os meios de veiculação de informação e os próprios jornalistas são titulares de um direito fundamental de informar, mas, antes disso, possuem um dever

de informar à coletividade de forma idônea, pois, do contrário, se terá não informação, mas deformação.

Os meios de comunicação intrinsecamente detêm uma vultuosa responsabilidade democrática, pois são poderosos instrumento de formação da opinião pública. Em razão disso, o direito de informação jornalística caracteriza-se por ser um direito, mas antes disso, um dever fundamental de transmitir as informações de forma objetiva e criteriosa.

O direito à informação jornalística, assim, assegura a difusão pública de notícias e o correspondente direito de crítica, vedando-se qualquer restrição ao seu exercício, que é livre e assegurado pela Constituição Federal no artigo 220, parágrafos 1 e 2.

3.3.1.1.1 A notícia e crítica jornalística como bens jurídicos tutelados pelo direito à informação jornalística.

A Constituição Federal, embora consagre expressamente o direito à liberdade jornalística, foi silente quanto a delimitação do seu objeto. Por conseguinte, para melhor dispor sobre o regime jurídico da liberdade de informação jornalística, faz-se necessária uma análise pormenorizada de seu conteúdo.

A doutrina dedicada a matéria, em quase toda a sua totalidade, entende que o direito à informação jornalística tem como objeto a notícia e as suas respectivas críticas ou comentários. Cita-se, à exemplo, o entendimento do renomado José Afonso da Silva (2015, p. 248), que aponta que a informação jornalística “alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social”.

Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do AI 705.630 – AgR/SC, também aponta como conteúdo da liberdade de informação jornalística o direito de informar, o direito de buscar a informação, o direito de opinar e o direito de criticar. Ademais, no tocante a crítica, o Ministro expõe:

Reconheci, por isso mesmo, que o conteúdo da matéria [...] traduziu, na realidade, o exercício concreto, por aquele profissional da imprensa, da liberdade de expressão, cujo fundamento reside no próprio texto da Constituição da República, que assegura, a qualquer jornalista, o direito de expender crítica, ainda que desfavorável e mesmo que em tom contundente,

contra quaisquer pessoas ou autoridades. (AI 705.630-AgR/SC, STF, Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 22/03/2011, Órgão Julgador: Segunda Turma)

Sobre a notícia, dispõe Vidal Serrano Nunes Júnior (1997, p. 38):

Por notícia pode-se entender toda nota, ou anotações, sobre fato ou pessoa. Em suma, são aqueles fatos cujo conhecimento é necessário para que o indivíduo tenha concreta participação na vida coletiva de determinada sociedade

Já a crítica é uma valoração, favorável ou desfavorável, que se realiza sobre a notícia. Nada mais é do que uma manifestação de opinião sobre o fato objeto da notícia (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 563; STROPPIA, 2010, p. 162).

Infere-se, desse conceito, que a crítica, em primeiro lugar, é inteiramente subjetiva, ou seja, reflete as posições pessoais do crítico. Caso venha a discorrer quanto à forma de ver de outrem, será uma notícia, ou seja, uma informação de como aquele terceiro pensa, e não uma crítica. Em segundo lugar, a crítica pode tanto vir misturada à notícia (ao se divulgar a notícia cumulativa e confusamente já se faz a crítica), como pode vir separada dela, ou seja, primeiro se faz o relato factual, para, em seguida, tecer-se a crítica. (NUNES JÚNIOR, 1997, p.67)

A notícia, portanto, é a divulgação de fatos que, devido a inúmeras razões, são de interesse público. Já a crítica é o exame valorativo dos fatos e atos noticiados. Sendo que, a notícia pode vir ou não acompanhada da crítica, dependerá do arbítrio de seu emissor.

Todavia, outros, em menor número, não admitem que a crítica seja considerada como objeto de tutela do direito fundamental à informação jornalística. Autores como Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (1999, p. 86) entendem que a manifestação de opinião é uma forma de expressão de ideias e, sendo assim, não é informação, não devendo ser considerada como conteúdo de tal direito.

[...] Enquanto que a expressão de uma ideia, uma opinião, um pensamento, não encontra, necessariamente, qualquer apego aos fatos, à veracidade, à imparcialidade, atributos que não lhe cumpre preencher, a informação, como bem jurídico que é, não pode ser confundida com simples manifestação de pensamento. Quem veicula uma informação, ou seja, quem divulga a existência, a ocorrência, o acontecimento de fato, de uma qualidade, ou de um dado, deve ficar responsável pela demonstração de sua existência objetiva, despida de qualquer apreciação pessoal (CARVALHO, 1999, p. 24-25)

Ao adotar tal pensamento doutrinário minoritário, todavia, além de desmerecer a amplitude semântica do termo informação, restringiria o alcance e proteção do direito fundamental à liberdade jornalística, o que seria incompatível com os propósitos do sistema constitucional brasileiro. A propósito, como bem destaca Vidal Serrano Nunes Júnior (1997, p. 52), a crítica, em que pese nunca tenha auferido tratamento

discernido nas cartas constitucionais brasileiras, sempre foi tacitamente extraída dos instituídos jurídicos pertinentes a informação e a livre manifestação de pensamento.

Inegavelmente, as opiniões e críticas também exercem função informativa. As opiniões, análises e valorações sobre um fato também expandem e qualificam o conhecimento dos seus destinatários. Por certo, a vulgarização dos mais variados pontos de vista enriquece o debate democrático e, conseqüentemente, refinam a qualidade a própria informação.

Estar plenamente informado sobre um fato ou situação consiste, para além de conhecer sua descrição, ter opinião própria a seu respeito. E o conhecimento do ponto de vista alheio é, possivelmente, um dos mais eficientes catalisadores para a formação do próprio juízo, seja ele coincidente ou não com aquele emitido pelo veículo de comunicação. [...] a veiculação de determinado exame valorativo não elimina nem prejudica, mas contribui para a formação da opinião do receptor. A notícia e o exame valorativo do que se noticia compõem, assim, ingredientes igualmente essenciais da informação jornalística. (FREITAS, 2014, p. 77)

Ademais, corrobora o fato de ser quase infactível dissociar da notícia o juízo valorativo realizado por seu emissor. De fato, o emissor da notícia também é um interprete dos fatos e qualquer interpretação é fundada pela compreensão e pré-compreensão do intérprete (MIRAGEM, 2009, p. 18; SILVA, 2011 p. 64)

Deduz-se, portanto, que a notícia e a crítica são objetos do direito à informação jornalística. Sendo assim, o direito à informação jornalística compreende o direito de divulgar notícias e o direito de sobre elas tecer comentários ou críticas através de qualquer meio de comunicação social, seja impresso, digital, sonoro ou audiovisual.

3.4 RESTRIÇÕES ÀS LIBERDADES DE PENSAMENTO, EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

O pensamento, a expressão e a informação, por serem pilares essenciais a um Estado Democrático e fundamentais ao desenvolvimento da personalidade dos indivíduos singularmente considerados, podem ser vistos como direitos fundamentais preferenciais. Todavia, em que pese sejam direitos fundamentais que gozam de primazia, estão sujeitos, assim como todos os demais, a eventuais restrições (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 194-195; BARROSO, 2007, p. 117-120; BÔAS; FERNANDES, 2014, p. 68).

Como já dito nesse trabalho, não há direito fundamental absoluto. Todos, sem distinção, gozam de mesmo grau de importância e mesmo patamar hierárquico, inclusive, em razão do princípio da unidade da Constituição. Por conseguinte, nenhum direito fundamental goza de precedência pré-estabelecida. E, não deveria ser de outra forma, pois, caso contrário, outros valores constitucionais de igual importância, quedariam suprimidos diante de direitos fundamentais insuscetíveis de restrição

Nesse cenário, indiscutivelmente os direitos à liberdade de pensamento, expressão e informação, assim como todos os demais direitos fundamentais, estão suscetíveis a restrições previstas diretamente no texto constitucional, como também resultantes do processo de ponderação desses direitos fundamentais com outros valores constitucionais. Até porque, como bem ressalta Xavier O'Callaghan (*apud* NUNES JÚNIOR, p.85), as liberdades de pensamento, expressão e informação não são liberdades como as demais, pois afetam não só os seus titulares, mas também toda a coletividade, “posto que um sistema pluralista e democrático só pode existir se os cidadãos tiverem acesso a informações e opiniões de signo distinto [...]”.

À exemplo de restrição prevista no próprio texto constitucional, cita-se o artigo 139 da Carta Magna. Nesse dispositivo, o constituinte autoriza, na vigência de estado de sítio, a adoção de medidas restritivas à prestação de informações e a liberdade de imprensa. (NUNES JÚNIOR, 1997, p. 63). De qualquer modo, como princípios que são, é mais comum serem restringidos em razão de circunstancial concorrência com outros direitos fundamentais.

Como direitos fundamentais prescritos em normas de caráter principiológico, o pensamento, a expressão e a informação comumente entram em rota de colisão com os outros direitos fundamentais, especialmente os pertinentes às prerrogativas pessoais dos indivíduos.

Não raro, as liberdades de pensamento, expressão e informação entram em colisão com os direitos da personalidade. De um lado, a coletividade clama por se manifestar e acessar informações e, no outro, colocam-se, por vezes, os direitos à imagem, honra, intimidade, privacidade daqueles que são objeto de eventual discurso, opinião, informação ou notícia.

Como já abordado anteriormente, o conflito entre direitos fundamentais, incluindo-se aqui a manifestação de pensamento, expressão e informação, deve ser resolvido segundo as regras da ponderação, tendo em vista não existir superioridade hierárquica apriorística de um sobre os demais. Diante das circunstâncias fáticas apresentadas, os direitos fundamentais em voga serão aplicados em graus variados, respeitando a sua relevância ao caso concreto.

Por intermédio da técnica de ponderação, às vistas do caso concreto, faz-se concessões recíprocas de modo a se obter um resultado equânime e justo, sacrificando o mínimo possível de cada direito fundamental em voga. Desse resultado é desenvolvida uma regra que incidirá sobre a situação fática apresentada, regulando-o, mas que também pode ser aplicada a outros casos semelhantes, desde que haja similaridade jurídica e fática entre as situações.

Via de regra, existindo preponderância de um interesse coletivo, a ponderação oscilará em favor das liberdades de pensamento. Ao reverso, existindo agressão desmedida a personalidade de alguém, os direitos da personalidade irão preponderar no caso concreto, sem subtrair, contudo, os direitos fundamentais preteridos.

Alguns doutrinadores, todavia, sustentam que ao obstaculizar preventivamente a manifestação de pensamento, através da ponderação dos direitos fundamentais, estar-se-ia realizando uma censura prévia. Entendem que, em regra, a ofensa gerada ao direito invocado pode ser sanada através de posterior indenização, sendo esta uma melhor solução do que restringir o exercício da liberdade de expressão. Ademais, a Constituição expressamente teria optado apenas por uma sanção posterior caso o exercício do direito a expressão causasse danos a terceiros (MENDES; BRANCO, 2015, p. 279; MENDES, 1994, p. 297).

Em outro polo, doutrinadores argumentam que a Constituição Federal reclama, também, uma proteção preventiva dos direitos fundamentais em via de serem lesionados, caso contrário, a garantia constitucional da efetiva proteção judicial seria esvaziada. A intervenção judicial posterior somente encontraria respaldo nos casos em que não seria possível impedir o exercício da liberdade de manifestação de pensamento lesiva a outro direito fundamental. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 279).

Aqueles que defendem que eventuais abusos do direito à liberdade de expressão poderão ser naturalmente questionados através do judiciário

“esquecem-se” de um fator importante: o dano causado pode, de fato, levando-se em conta o sistema brasileiro da responsabilidade civil, ser irreparável. As informações divulgadas não podem ser “desdivulgadas”, e mesmo que se consiga, através de liminar, o recolhimento daquelas obras que, abusando do direito à liberdade de expressão, violam de forma inadmissível a vida privada e a intimidade [...], o dano poderá ser irreversível. (MAURMO; OLIVEIRA, 2014, p.51)

Deveras, qualquer restrição à liberdade de manifestação de pensamento, em princípio, soa como censura, que é vedada pelo sistema constitucional. Todavia, diante da necessária aplicação da técnica de ponderação, apenas a supressão discricionária e injustificada da liberdade de pensamento, sem a promoção de qualquer outro direito fundamental, se igualaria a um ato de censura.

Desse modo, as restrições realizadas através da ponderação, entendido como processo de aplicação da máxima da proporcionalidade, não devem ser vistas como atos de censura. Em verdade, a ponderação assegura a concomitância de todos os direitos fundamentais, inclusive os casuisticamente contrapostos.

Ademais, em se tratando de colisão entre direitos da personalidade e as liberdades de manifestação de pensamento, a ponderação se mostra inevitável, pois todos os direitos fundamentais envolvidos tutelam e instigam, em maior ou menor intensidade, o aperfeiçoamento da personalidade humana. As liberdades de manifestação de pensamento, expressão e informação também são meios indispensáveis a formação da personalidade humana, porquanto disponibilizam os instrumentos necessários ao desenvolvimento da autonomia individual.

A existência dessas limitações ao direito à liberdade de expressão se explica tanto (i) pela necessidade de harmonia entre os direitos individuais, como (ii) por uma questão de coerência, posto que seria, no mínimo, contraditório se a liberdade de expressão, que é um direito engendrado pelo homem para assegurar e possibilitar sua autodeterminação individual, estivesse em contradição com esta mesma finalidade, atentando contra o desenvolvimento da personalidade individual e desrespeitando direitos essenciais à própria personalidade. (TAVARES, 2013, p.174)

A ponderação se revela, portanto, um instrumento de manutenção de direitos que entre si são antagônicos, mas de mesmo propósito, qual seja, proporcionar que cada indivíduo possa determinar o rumo de sua existência, de acordo com suas predileções. Ao salvaguardar os direitos da personalidade e os direitos à livre manifestação de pensamento, expressão e informação, através da proporcionalidade, garante-se o homem seja responsável pelo seu próprio destino.

Como se percebe, nem sempre as liberdades de pensamento terão preferência sobre os demais direitos fundamentais da personalidade. De qualquer sorte, as

restrições à liberdade de pensamento só podem ser realizadas quando existir base fática que as ampare.

4. DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A superexposição de informações, inclusive pessoais, a velocidade em que tais dados são difundidos e a respectiva capacidade de armazenamento de tais informações são características de uma nova sociedade, a sociedade da informação. A sociedade da informação é todo esse contexto, no qual há um verdadeiro turbilhão de informações sobre tudo e sobre todos.

Numa sociedade da informação, o limiar entre a esfera pública e a esfera privada das pessoas se torna cada vez mais imperceptível. Facilmente qualquer um, em qualquer lugar, consegue obter e divulgar informações, das mais variadas naturezas, sobre outras pessoas. Consequentemente, essa evolução tecnológica da comunicação social tornou corriqueira intromissões em todos os aspectos da vida das pessoas.

A despeito de tal periculosidade, não é possível deter o progresso tecnológico. Assim, no âmbito jurídico é sentida uma necessidade de ampliação da tutela conferida a certos direitos, especialmente aos direitos da personalidade. Reivindicase, não apenas uma nova ética, mas também uma nova abordagem de mecanismos garantidores da personalidade, como o novo instituto do direito ao esquecimento.

4.1 OS CLÁSSICOS DIREITOS GARANTIDORES DA PERSONALIDADE

Especialmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, consideradas as atrocidades praticadas pelos movimentos nazistas, a humanidade sentiu a necessidade de disciplinar e assegurar valores imprescindíveis a subsistência do gênero humano (AMARAL, 2008, p. 284-285; FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 137). Nesse cenário, surgiram os direitos da personalidade, categoria de direitos que ilustram satisfatoriamente a mudança sistemática adotada pelos ordenamentos jurídicos para a proteção da pessoa humana, pois tais direitos destinam-se a propiciar e preservar condições ao pleno desenvolvimento da pessoa e de sua respectiva personalidade.

A expressão “direitos da personalidade” foi concebida por jusnaturalistas franceses e alemães para designar os direitos inerentes a condição humana. Todos os seres humanos são usufrutuários de direitos da personalidade, caso contrário a pessoa não seria mais pessoa. Os direitos da personalidade, por conseguinte, eram os direitos considerados essenciais a preservação da condição humana (SCHREIBER, 2014, p. 5; FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 137)

Francisco Amaral (2008, p. 281), resumidamente, traduz os direitos da personalidade como os direitos subjetivos que têm como objeto os bens ou valores essenciais da pessoa, considerados os seus aspectos físico, moral e intelectual. Isto é, são direitos essenciais a defesa da própria pessoa considerada em seus múltiplos aspectos.

Orlando Gomes (2008, p. 134), por sua vez, denomina os direitos da personalidade como sendo aqueles essenciais à pessoa humana. São os direitos que o ordenamento jurídico preconiza e disciplina a fim de resguardar a dignidade das pessoas.

Na mesma acepção, o ilustre Edilson de Farias (1996, p. 106-107) compreende os direitos da personalidade como os direitos, além de inerentes, essenciais a condição humana. Por esse ângulo, os direitos da personalidade abrangem todos os direitos garantidores do desenvolvimento da personalidade, sendo próprios da pessoa, considerada como ser humano, existentes desde o nascimento.

Nessa ordem de ideias, é possível asseverar serem os direitos da personalidade aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.139)

Assim sendo, os direitos fundamentais da personalidade têm como propósito salvaguardar o âmago da personalidade das pessoas, bem como as qualidades que lhe são inerentes. Constituem nada mais do que uma construção normativa garantidora da proteção jurídica à pessoa humana e à sua respectiva individualidade.

4.1.1 Os direitos da personalidade em espécie

Os direitos da personalidade têm tanto prestígio que muitas de suas disposições se encontram nos textos constitucionais. A tais direitos, portanto, são atribuídos *status* hierárquico superior nos sistemas jurídicos.

No ordenamento jurídico brasileiro não foi diferente. A Constituição Federal, de forma explícita, em seu artigo 5º, assegura, por exemplo, o direito à vida, à integridade física, à vida privada, à proteção intelectual, honra, imagem, entre outros. Assim, os direitos da personalidade foram alçados a natureza de direitos fundamentais, gozando de regime jurídico especial, consubstanciado no princípio geral do “maior valor dos direitos fundamentais” (FARIAS, 1996, p. 104)

Acrescenta-se, entretanto, que é bem verdade que os direitos da personalidade, assim como os direitos fundamentais, têm suas concepções arraigadas à própria condição humana. Todavia, os direitos fundamentais são o gênero, do qual os direitos da personalidade integram, mas não se confundem. Muitos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade.

Em síntese, a Constituição Federal normatiza o valor da dignidade da pessoa humana por intermédio dos mais variados direitos da personalidade. Nada obstante, para os fins propostos por este trabalho, merece breve registro os direitos fundamentais da personalidade dispostos no artigo 5º, inciso X, no qual a Carta Magna assegura a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas e o respectivo direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

4.1.1.1 Direito à honra

Nos dizeres da ilustre Mônica Castro (2002, p.5), a honra “é bem jurídico imaterial representativo das qualidades morais que o homem detém e pelas quais é reconhecido”. A honra, assim sendo, é o somatório das qualidades que individualizam os sujeitos, além de gerar o respeito pelos concidadãos.

Já para José Afonso da Silva (2015, p. 211), a honra é “o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”. E o direito à honra, por sua vez, é o instrumento garantidor da preservação da própria dignidade.

A honra constitui à respeitabilidade da pessoa no meio social. Revela-se, por conseguinte, como importante aspecto da vida relacional do ser humano e, por isso, a Constituição Federal reconheceu a necessidade de protegê-la e assim o faz no artigo 5º inciso X (SCHREIBER, 2014, p. 73)

Dessa forma, a honra é o valor moral íntimo do homem, bem como a sua estima social traduzida na respeitabilidade e na boa fama. Traduz-se no sentimento da própria dignidade pessoal.

Nesse cenário, a honra alberga a honra subjetiva e a honra objetiva. A honra subjetiva sintetiza o sentimento de autoestima do indivíduo, ou seja, o juízo que cada um alimenta a respeito de si próprio. Já a honra objetiva traduz a reputação que o indivíduo detém perante seus iguais (FARIAS, 1996, p. 109; MAURMO, 2014, p. 49; SCHREIBER, 2014, p. 74).

Do ponto de vista subjetivo, é a estima que toda pessoa possui de suas qualidades e atributos, que se refletem na consciência do indivíduo e na certeza em seu próprio prestígio.

No aspecto objetivo, a honra é a soma daquelas qualidades que os terceiros atribuem a uma pessoa e que são necessárias ao cumprimento dos papéis específicos que ela exerce na sociedade (CASTRO, 2002, p. 7)

Os ataques à honra podem se desenvolver no íntimo da pessoa, como no ambiente social do indivíduo. Assim pois, o direito à honra deve salvaguardar todos os atributos que fazem o indivíduo merecedor de apreço próprio e da reputação social. Isto é, ao direito à honra é imposto salvaguardar a honra objetiva e a honra subjetiva.

A extensiva proteção a tal direito se mostra, pois, imprescindível a higidez da personalidade e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana. (CASTRO, 2002, p.8). Inclusive, a honra é direito de tal forma protegido que sua violação, ocasionalmente, pode ser tipificada como crime pelo Código Penal.

Ofensas a tal direito da personalidade atingem a autoestima, a autoconfiança, a credibilidade do sujeito, como também o bem-estar do ofendido. A desonra, ainda,

tem a capacidade de refletir de imediato na opinião pública, implicando em perdas, além de emocionais, patrimoniais e sociais.

Arremata-se, por fim, que o direito à honra é inerente a condição humana. Por conseguinte, todas as pessoas gozam de proteção a sua honra, inclusive aquelas que, do ponto de vista social, são desacreditadas (CASTRO, 2002, p. 8; MAURMO, 2014, p. 48)

A proteção do direito à honra também alcança as pessoas jurídicas. Deveras, a reputação social e o bom nome não são bens exclusivos dos seres humanos. Sem embargo, a pessoa jurídica, por não usufruir de sentimentos íntimos que justifiquem um juízo acerca da sua integridade moral, não goza de proteção da honra na sua variação subjetiva. (CASTRO, 2002, p. 10; FARIAS, 1989, p. 110; GODOY, 2001, p. 43)

4.1.1.2 Direito à imagem

O direito à imagem, prescrito no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, compreende o direito a proteção da aparência, como qualquer outro sinal pessoal, de natureza física, pelo qual a pessoa possa ser reconhecida, à exemplo da voz. Ampara, por conseguinte, as expressões externas de individualidade, identidade e reconhecimento, nas suas mais diversas dimensões. (CASTRO, 2002, p. 17; SOUZA, 2003, p. 37-38)

O direito à imagem consiste no direito de salvaguardar a integridade das projeções caracterizadoras de sua personalidade e identidade no meio social. O direito à imagem, assim, garante a individualização dos indivíduos entre seus iguais.

Em decorrência da interpretação e da máxima efetivação dos preceitos constitucionais, o direito à imagem possui duas variações: imagem-retrato e imagem-atributo. Há, por conseguinte, duas modalidades de imagem a serem protegidas pelo direito fundamental e que merecem um melhor detalhamento.

O direito à imagem-retrato traduz nada mais do que a visão tradicional do conceito de imagem, pois corresponde a tutela dos atributos físicos do titular na sua projeção exterior. Trata-se de direito relativo a reprodução gráfica da figura humana através

do retrato, escultura, fotografia, filmagem e até mesmo da fala descritiva do indivíduo (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 204; MAURMO, 2014, p.51).

Assim, alcança o direito à imagem-retrato não apenas a fisionomia, mas também as partes distintas do corpo humano, individualmente consideradas, desde que seja possível se relacionar a parte à pessoa. Vozes, olhos, narizes, sinais, por exemplo, também recebem proteção do direito à imagem quando estes exprimirem uma representação da pessoa. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 204; CASTRO, 2002, p. 18; MAURMO, 2014, p.51)

O direito à imagem-retrato busca impedir a captação não autorizada da imagem de alguém, bem como a sua veiculação desautorizada ou injustificada. Sendo assim, a divulgação indevida de um retrato, como também a utilização da imagem de outrem como sua, hipótese na qual configura usurpação de fisionomia, são hipóteses de violação ao direito à imagem. Nesses casos, o uso indevido da imagem-retrato gera automaticamente o direito de oposição do titular dessa imagem (ARAUJO, 1989, p. 64; SELDERES, 2015, p. 53).

Da mesma forma, a imagem-retrato utilizada fora do contexto de sua produção também configura uso indevido de imagem. A imagem, a princípio, pode ter sido autorizada, ou mesmo permitida, mas utilizada de forma desvirtuada, ocasionando lesão a identidade do retratado.

Verifica-se, com frequência, violação de imagem em programa de televisão, que toma determinadas poses ou gestos de políticos, famosos ou personalidades artísticas, colocando-as em outro contexto, como se estivessem respondendo a pergunta ou se enquadrando na situação proposta pelo apresentador-narrador. Realmente, são reproduções corretas da imagem. Não há qualquer reparo contra isto. Os gestos foram produzidos, assim como as eventuais frases. O contexto, no entanto, é distorcido, ferindo a identidade circunstancial da imagem (ARAUJO, 1989, p. 67)

Ademais, para a configuração da sua violação, não se faz necessário que a divulgação da imagem seja vexatória ou imprópria. Para o direito de oposição do titular basta o uso indevido da imagem, ainda que seja favorável a vítima (MOURMA, 2014, p. 51).

De dizer-se, ainda, que há uma corrente doutrinária que entende que o direito fundamental à imagem também impede que terceiros venham a conhecer a imagem de uma pessoa (CHAVES, 2011, p.355-356). Entretanto, seguindo o parecer de ilustres como Carlos Roberto Gonçalves (2016, p.207), não se adotará tal

entendimento nesse trabalho por compreender que o direito à imagem não veda o conhecimento, mas apenas a utilização inadequada ou contra a vontade de seu titular.

Ao lado da imagem-retrato, há a imagem-atributo. A imagem-atributo é o conjunto de características, especialmente comportamentais, pelas quais o indivíduo é reconhecido pela coletividade. Configuraria, dessa maneira, espécie de retrato moral do indivíduo (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 204; SOUZA, 2003, p. 41-42).

A imagem-atributo concebe uma noção de imagem ligada as percepções, concepções e juízos coletivos atinentes as pessoas em seu ciclo social. A imagem, nesse contexto, aproxima-se do conceito social que o seu titular desfruta.

Através dessa nova vertente, enxerga-se a imagem também como um fator de comunicação social. A imagem “pode evocar uma série de sentimentos e associações, bem como é capaz de por si só transmitir uma mensagem” (SELDERS, 2015, p.51)

Assim, as particularidades que compõem a imagem-atributo são concebidas através de reiterada análise comportamental do seu titular nas relações sociais. Faz-se necessário, portanto, um mínimo de conhecimento da conduta social do titular frente a determinadas circunstâncias para que se fale em imagem-atributo (SOUZA, 2003, p. 42; FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 203)

A imagem-atributo, ao não confinar a proteção constitucional a fisionomia, ostenta uma visão mais atual sobre o conteúdo da imagem. Ao contrário, outorgar nova perspectiva advinda da concepção de homem como ser social.

Nesse cenário, alguns alegam a desnecessidade de subsistir a imagem-retrato pois similar a noção de honra objetiva. Para estes doutrinadores, a imagem-retrato estaria contida na honra, não se podendo concebê-la como direito autônomo (ARAÚJO, 1989, p. 13; CASTRO, 2002, p. 19)

Todavia, no excepcional dizer do ilustre Luiz Alberto Araújo (1989, p. 13), a imagem pode ser lesionada em situações em que a honra não é tocada. Da mesma forma, é possível destruir a honra de um indivíduo, sem, contudo, violar sua imagem. Nesse diapasão, Mônica Castro (2002, p. 19-20) e Edilson de Farias (1989, p. 121-122) também entendem que a imagem e a honra apresentam bens jurídicos distintos.

Nesse sentido, faz-se relevante reproduzir o exemplo dado pelo autor Carlos de Souza (2003, p. 51):

[...] uma pessoa que adota ostensivamente uma conduta contrária ao tabagismo, trabalhando, inclusive, em programas de conscientização sobre os males causados pelo fumo. Caso a mesma seja surpreendida com a publicação de matéria jornalística que a retrate, equivocadamente, como um fumante compulsivo, está caracterizada a lesão a imagem-atributo.

Nessa hipótese não há, novamente, qualquer ofensa à honra objetiva da pessoa, pois o ato de fumar, ainda que cresça atualmente a divulgação de suas consequências perniciosas, não implica em desonra para a pessoa. Todavia, há no caso em tela uma ofensa à imagem-atributo, pois a matéria jornalística contraria a conduta adotada pelo sujeito, retratando-o de forma ofensiva ao seu comportamento.

O direito à imagem exprime o controle que cada indivíduo detém sobre a divulgação das expressividades da sua individualidade, identidade e reconhecimento. Ao passo que a honra, em sua dimensão objetiva, diz respeito a reputação da pessoa no meio social (SCHREIBER, 2014, p. 108)

Em suma, o direito à imagem, nas suas variações de imagem-retrato e imagem-atributo, constitui direito da personalidade autônomo, distanciando-se do direito à honra. Não há, portanto, que se atrelar necessariamente uma ofensa a honra, ou a outro direito da personalidade, para que o dano à imagem seja configurado.

Lembre-se, ainda, que a pessoa jurídica também é titular do direito à imagem, mas apenas na vertente imagem-atributo. A pessoa jurídica, por não possuir estrutura biopsicológica, não exercerá direito à imagem-retrato (CASTRO, 2002, p. 24; FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 206).

Às pessoas jurídicas, nesse sentido, é conferida a imagem-atributo. Inclusive, no ambiente empresarial, a imagem da pessoa jurídica é um dos mais importantes fatores do sucesso e do fracasso da empresa no mundo dos negócios.

4.1.1.3 Direito à vida privada

Muitos autores consideram a vida privada como sinônimo da intimidade. Inclusive, em que pese a Constituição Federal expressamente tenha destacado a vida privada da intimidade, alguns doutrinadores brasileiros ainda não fazem qualquer distinção entre os institutos ou não veem utilidade na diferenciação, pois seus efeitos jurídicos são idênticos. (CASTRO, 2002, p. 31-32; MAURMO, 2014, p. 34)

Ora, é conhecida regra de hermenêutica a assertiva de que na lei não há palavras inúteis. Ademais, é inegável reconhecer que a Constituição Federal, ao distinguir os institutos da vida privada e da intimidade permite uma mais ampla proteção do indivíduo frente a qualquer espécie de atentado a sua personalidade. Com efeito, não desejando se prolongar nessa distinção terminológica, este trabalho se desenvolverá nos termos propostos pelos ditames constitucionais, considerando a intimidade e vida privada como institutos distintos.

Para Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2015, p. 283), o direito à vida privada conduz a pretensão de “não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral”. Na mesma lógica, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 215) aludem que o direito à vida privada consiste no direito de obstar que terceiros venham a conhecer, descobrir ou divulgar as particularidades de uma pessoa.

O direito à vida privada, nesse sentido, envolve a prerrogativa de viver sem ser molestado com exposições indevidas de sua intimidade por terceiros. Funda-se no legítimo interesse de salvaguardar sua privacidade do conhecimento e curiosidade alheia.

[...] a vida privada, à luz da Constituição Federal de 1988, é o conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Consiste ainda na faculdade que cada indivíduo tem de obstar à intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso à informações sobre a privacidade de cada um, e também que sejam divulgadas informações sobre esta área de manifestação existencial do ser humano (GUERRA, 2004, p.47-48)

“É, em outras palavras, o direito que tem cada indivíduo de excluir do conhecimento públicos fatos que denotem preferências e outros dados que a pessoa julgue devam ser subtraídos dessa esfera de informação” (CASTRO, 2002, p. 31-32)

De fato, vivemos em um mundo de incessante vigilância no qual há a disseminação de câmeras de vídeo-segurança, como também de bancos de dados pessoais. Isso, todavia, não pode ser confundido com ausência de tutela constitucional à vida privada. Constitui violação a tal direito, por exemplo, imagens ou mesmo vozes captadas de maneira oculta ou sem o conhecimento da pessoa captada. (TAVARES, 2013, p. 541-542; LÔBO, 2008, p.96).

Constata-se, por conseguinte, que existem duas formas básicas de atentar contra o direito à vida privada: a divulgação e a investigação. O direito à vida privada configurará lesionado quando terceiros levarem a conhecimento público fatos ou informações pessoais exclusivamente relevantes ao seu titular. Nada obstante, também haverá invasão da vida privada a investigação de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar (GUERRA, 2004, p. 48; SILVA, 2015, p. 210-211)

4.1.1.4 Direito à intimidade

Nos dizeres de Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 573), a intimidade é “[...] a vida secreta ou exclusiva que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo junto à sua família, aos seus amigos e ao seu trabalho”. Acrescentam Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2015, p. 201), a intimidade é o espaço no qual o titular deseja manter impenetrável, inclusive aos mais próximos.

A intimidade é tudo o que diz respeito unicamente a própria pessoa, ao seu modo de ser e agir em contextos mais reservados ou de total exclusão de terceiros. Nesse sentido, a intimidade é a esfera secreta da vida de seu titular, cujo acesso, pelos demais, é proibido ou amplamente restrito (TAVARES, 2013, p. 529; LÔBO, 2008, p.96; FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 217)

O direito a intimidade, por conseguinte, é um direito ligado a esfera mais íntima da personalidade dos sujeitos. O direito à intimidade, assim sendo, é uma prerrogativa atribuída aos sujeitos de manter, distante dos olhos e do conhecimento do coletivo, aspectos íntimos que traduzem a sua personalidade psíquica.

Na intimidade, a pessoa se recolhe à própria individualidade, resguardando seus segredos mais íntimos. A intimidade seria composta por tudo aquilo que seu titular não pretender revelar a ninguém ou a quase ninguém. Assim, acredita-se que à intimidade não deve ser objeto de relativização, mesmo quando frente a outro direito fundamental (MAURMO, 2014, p. 47; PALHARES, 2008, p. 54).

Por fim, no tocante o exercício do direito à intimidade e à vida privada por pessoas jurídicas, muito se discute acerca do tema, mas é certo que às pessoas jurídicas também se reconhece certa esfera de privacidade que, segundo Claudio Godoy

(2001, p. 53) “vai além do resguardo a seus produtos, invenções ou processos de fabricação para abranger sua forma de organização, projetos, enfim, meios de que dependem a consumação e êxito de sua atividade social”.

4.2 DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO NOVO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE

Indiscutivelmente o homem é um ser dinâmico, em contínua evolução. Consequentemente, a dignidade da pessoa humana, como princípio que visa proteger a essência do indivíduo, deve, também, ser um valor dinâmico e elástico (BITTAR, 1978, p. 110). Deve refletir o momento histórico e seu desenvolvimento social, como, também, o que cada sujeito de direito compreende como sendo sua dignidade. Desta maneira, os direitos da personalidade, como projeções da dignidade da pessoa humana, requerem constantes inovações e adaptações para atender às novas necessidades das pessoas.

Os direitos da personalidade devem se adequar as necessidades correntes dos indivíduos. Assim, na medida em que a sociedade e as relações interpessoais se tornam cada vez mais complexas, principalmente em razão da evolução tecnológica, novas situações de ameaça à dignidade demandam, dos direitos da personalidade, novas abordagens.

Na atual sociedade da informação, aumenta-se a preocupação com a circulação indiscriminada e maciça de informações, inclusive pessoais, como também a capacidade infinita de armazenamento de tais informações. A nova dinâmica de comunicação social tornou acessível o compartilhamento das mais variadas informações, restringindo o âmbito de privacidade de todos.

Os meios de comunicação social, hoje, além de descobrir, armazenar e divulgar informações, possuem uma acessibilidade desmesurável. Numa fração de segundos qualquer um, em qualquer lugar, poderá ter acesso as mais variadas informações sobre qualquer fato ou pessoa.

É evidente que o modelo atual de comunicação social tem seus benefícios. Contudo, também possui certos malefícios, entre eles: a ausência de delimitação quanto à

divulgação e armazenamento de informações e dados pessoais, especialmente aqueles exauridos em um passado longínquo.

Devido aos registros do passado, armazenados, especialmente no mundo digital, *ad infinitum*, os indivíduos podem ser tornar objetos de julgamentos perpétuos por atos praticados no passado, pois dificilmente conseguirão se desvencilhar de suas ações pregressas.

Perde-se, com isso, a capacidade de controlar a própria identidade, de realizar escolhas de estilo de vida, de preservar a opção de começar de novo e superar fatos pregressos, dificultando a narrativa particular da autoidentidade. [...]. Ao contrário do que se supunha, com as novas tecnologias, está cada vez mais difícil conseguir segundas chances, escapar à *scarlet letter* do passado digital (COSTA, 2013, p. 186).

Nesse cenário, questiona-se: por quanto tempo uma informação sobre uma pessoa pode permanecer em circulação? Existe um direito à reconstrução de sua história, livre de indesejadas lembranças, fruto de condutas passadas, que lhe retiram a paz? O indivíduo tem direito a não ser importunado por fatos pretéritos, sejam eles glorificantes ou vexatórios?

Assim, por intermédio dessas indagações, surgiu o debate acerca do direito ao esquecimento, novo instituto, decorrente dos direitos da personalidade, que busca impedir ofensas aos atributos que compõem e desenvolvem a personalidade.

Não há consenso doutrinário quanto a definição do direito ao esquecimento. Tal instituto vem sendo amplamente utilizado, de maneira discricionária, em alusão a qualquer pleito que demande a retirada, desindexação ou a não divulgação de determinada informação ou dado pessoal (TEFFÉ; BARLETTA, 2016, p. 44).

O direito ao esquecimento, para os professores Antonio Rulli Júnior e Antonio Rulli Neto (2014, p. 20), garante que os dados sobre uma pessoa somente serão conservados, de maneira a permitir a identificação do sujeito a eles ligados, apenas no tempo necessário a atender as suas finalidades.

Também nesta perspectiva, a comissão para revisão da Diretriz Europeia de Proteção de Dados definiu o direito ao esquecimento como a prerrogativa dos indivíduos de terem seus dados não mais processados e eliminados quando não são mais necessários para os propósitos legítimos (COSTA, 2013, p. 200)

Inclusive, tal concepção de direito ao esquecimento é facilmente contemplada no âmbito do processo penal. O ordenamento jurídico brasileiro, através da disposição

do artigo 748 do Código de Processo Penal, impede que os registros de condenações passadas não devem ser mencionados na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal. (RULLI JÚNIOR; RULLI NETO, 2014, p.19)

André Costa (2013, p. 197), por sua vez, anota que o direito ao esquecimento é o direito de impedir que dados pretéritos sejam revividos de modo descontextualizado, pois é prerrogativa da pessoa se revelar tal qual ela é no momento presente, dentro de sua realidade existencial e coexistencial.

Similar concepção compartilha Anderson Schreiber (2014, p. 171), que compreende o direito ao esquecimento como obstáculo a ressuscitação aleatória de fatos pretéritos que tenham potencial lesivo a personalidade do indivíduo. “Se toda pessoa tem direito a controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, deve-se admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável” (SCHEREIBER, 2014, p. 171)

Em termos mais amplos, o direito ao esquecimento permite que a pessoa, no âmbito da concretização de sua plena autodeterminação informativa, exerça o controle da circulação de seus dados após determinado período, mediante supressão ou restrição, ainda que estes tenham por conteúdo informações passadas e verídicas acerca do interessado (BUCAR, 2013, p. 10).

Não obstante, adota-se neste trabalho o entendimento compartilhado pelos renomados Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald. Para tais doutrinadores, em linhas gerais, o direito ao esquecimento não atribuiu a ninguém a prerrogativa de apagar fatos pretéritos ou de reescrever sua história. Trata-se, em verdade, da possibilidade de restringir, especialmente no que tange ao modo e à finalidade com que são lembrados, o uso de fatos passados ligados a si, como também é o direito de impedir que as informações e fatos pessoais sejam revividos de maneira descontextualizada (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.154).

Neste mesmo diapasão, menciona-se, ainda, a exposição de motivos do Enunciado de número 531, sobre o direito ao esquecimento, da VI Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

[...] 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.

Por mais pertinente que seja o pedido de retirada de circulação de determinada informação pessoal, por prejudicar o convívio daquele indivíduo em sociedade ou em razão de expor fato que não mais se coaduna com a sua identidade, não se mostra possível obrigar alguém a esquecer o que já aconteceu. A pretensão de destruir recordações acerca de fatos pretéritos é inviável. Todavia, deve-se questionar a forma como são usadas tais informações, mais especificadamente o modo e a finalidade com que são lembradas, com o objetivo de evitar que as pessoas, objetos das informações, não sejam perseguidas e estigmatizadas, ao longo de toda a sua vida, por fatos praticados no passado.

Assim, o direito ao esquecimento assegura a possibilidade de se discutir a utilização de informações pretéritas, mais especificadamente o modo e finalidade com que tais recordações são revividas, de forma a evitar danos, muitas vezes irreparáveis, aos envolvidos. Pretende-se, desta maneira, que fatos ocorridos no passado não ditem a vida presente e a vida futura das pessoas.

4.3 O ALCANCE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O anterior equilíbrio entre memória e esquecimento foi alterado drasticamente pelos avanços tecnológicos nos meios de comunicação. A lembrança, sendo a possibilidade de acesso a informações, que antes era exceção, se tornou regra quase que absoluta. (COSTA, 2013, p.187; TEFFÉ; BARLETTA, 2015, p. 37)

O liame entre o passado e o presente é cada vez mais estreito. Conseqüentemente, o propósito de conquistar um novo recomeço e novas oportunidades se torna, cada vez mais, uma tarefa quase que utópica, pois as pessoas não conseguem se desvencilhar de fatos e atos pretéritos ocorridos durante a sua existência.

Percebe-se, por conseguinte, que à custa da implacável capacidade de conservação de dados, especialmente pela internet, as pessoas se tornaram prisioneiras de sua própria trajetória de vida, “que nem sempre é contada de forma imparcial e

contextualizada, sendo colada à mercê do escrutínio de qualquer indivíduo que faça uma breve busca na rede” (TEFFÉ; BARLETTA, 2016, p. 37)

Tal usurpação da privacidade afeta diretamente o livre desenvolvimento da personalidade humana, na medida em que, submetido a tal forma de controle social, os indivíduos instintivamente anulam a sua individualidade, cerceando, conseqüentemente, a sua autonomia privada.

A excessiva divulgação de informações pessoais, além de atingir a capacidade de autodeterminação dos envolvidos, gera uma espécie de policiamento ideológico e social capaz de ocasionar episódios de preconceito e desigualdade. Nesse contexto, as pessoas se sentiriam coagidas a pensar e agir como a maioria, pondo fim a diversidade e a individualidade de todos, comprometendo, inclusive, o próprio exercício da liberdade de expressão (TEFFÉ; BARLETTA, 2016, p. 36-37; RULLI JÚNIOR; RULLI NETO, 2014, p. 21).

Assim, uma ausência de um equilíbrio entre as informações, que dizem respeito à pessoa humana, a serem divulgadas ao público, afetará a liberdade dos indivíduos, que ficarão à mercê de estigmatizações e repressão externa. Diante disso, a regulamentação do direito ao esquecimento se torna imprescindível na defesa de uma sociedade livre, não vigilante e seletiva.

4.3.1 O direito ao esquecimento em conformação com o direito à informação

Em que pese seja temática recente na doutrina e na jurisprudência pátria, a muito se discute acerca do direito ao esquecimento nos Tribunais Constitucionais Estrangeiros. Dentre os mais diversos julgados estrangeiros, o caso *Lebach* é uma referência no estudo do direito ao esquecimento.

Em 1969, a ocorrência de um assassinato de quatro soldados alemães ocasionou a condenação de duas pessoas a prisão perpétua e a condenação de um partícipe a seis anos de reclusão. Poucos dias antes da libertação do terceiro partícipe, determinado canal televisivo alemão, em razão da grande repercussão que o caso provocou na opinião pública, resolveu produzir documentário que retratava o crime. Neste documentário, todos os envolvidos eram citados nominalmente e

fotograficamente, com posterior encenação dos fatos por atores contratados para tal, os quais reproduziram, inclusive, o relacionamento amoroso entre os condenados, os atos de preparação para o ato criminoso, sua execução e a posterior perseguição policial. Nesse cenário, o partícipe, objetivando impedir a exibição de tal documentário, recorreu ao Poder Judiciário alemão (MOREIRA, 2015, p. 255; PAIVA, 2014, p. 274)

O Tribunal Constitucional Alemão, instado a se manifestar, entendeu que a transmissão do referido documentário provocaria danos irreparáveis aos direitos fundamentais do reclamante, especialmente no tocante a sua ressocialização. Nesta senda, a proteção constitucional da personalidade não autoriza que a imprensa explore, por tempo indefinido, informações pessoais da pessoa envolvida em crime, especialmente se isso causar empecilhos a sua ressocialização. Com efeito, o Tribunal autorizou a exibição de tal documentário, mas proibiu a menção ao nome do reclamante e a utilização de sua imagem (MOREIRA, 2015, p. 256-257; PAIVA, 2014, p. 274)

Percebe-se que o expediente acerca do direito ao esquecimento se desenvolve em torno dos direitos fundamentais da personalidade, do direito fundamental à livre manifestação de pensamento e os direitos dele derivados, como o direito à informação. Até que ponto os direitos da personalidade podem restringir o livre exercício da livre manifestação de pensamento?

Usualmente, para o equacionamento da problemática em torno dos direitos da personalidade e as liberdades de pensamento, há três construções doutrinárias, quais sejam, o regime de exclusão, o regime da necessária ponderação e o regime da concorrência normativa.

De acordo com a primeira vertente, a do regime de exclusão, os direitos da personalidade são considerados valores absolutos. Conseqüentemente, os direitos da personalidade iriam se sobrepor aos demais direitos fundamentais envolvidos, independentemente das circunstâncias fáticas apresentadas. “Tal doutrina, com efeito, fixa o princípio da inviolabilidade de quaisquer dos direitos da personalidade que, em nenhuma situação, ou sob qualquer pretexto (mesmo o de eventual interesse coletivo envolvido), poderiam ser violados.” (NUNES JÚNIOR, 1997, p. 85)

Essa linha de interpretação, não obstante, se mostra incompatível com os ditames constitucionais. Todos os direitos fundamentais, inclusive em razão do princípio da unidade da Constituição, possuem mesmo *status* jurídico e mesmo patamar axiológico. Consequentemente, não se admite o sacrifício puro e simples de um direito fundamental em razão de outro, até porque, não existe direito fundamental de natureza absoluta.

Acrescenta-se, ainda, que os direitos fundamentais em voga funcionam, em maior ou menor intensidade, como instrumentos do desenvolvimento da personalidade. A supressão dos direitos à livre manifestação de pensamento, expressão e informação, com o intuito de preservar a personalidade, a lesionaria, por via transversa.

A segunda vertente, a da necessária ponderação, se desenvolve em torno de uma necessária e casuística ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos. Os conflitos casuísticos entre os direitos da personalidade e o direito à livre manifestação de pensamento e informação devem ser solucionados por meio de uma ponderação entre os direitos em voga, pois só assim se poderá concluir se o resultado encontrado está ou não justificado constitucionalmente. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 565; FARIAS, 1996, p. 144-143; NUNES JÚNIOR, 1997, p. 85-86)

E, por fim, há terceira vertente, a da concorrência normativa. Tal vertente doutrinária reconhece que não há nenhum direito fundamental de natureza absoluta. No entanto, os direitos fundamentais de opinião, expressão e informação, por disporem de imensurável valor social, são direitos preferenciais face aos demais direitos, inclusive de mesma natureza. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 565; FARIAS, 1996, p. 144-143; NUNES JÚNIOR, 1997, p. 86-87)

Para a vertente da concorrência normativa, as liberdades de manifestação de pensamento, expressão e informação, por serem pressupostos essenciais a um sistema democrático, constituindo verdadeiros alicerces a instituição da opinião pública, revestem-se de natureza especial. Apesar de não serem direitos absolutos, restrições impostas a tais direitos, além de serem excepcionalíssimas, devem respeito, ao menos, a um “conteúdo mínimo, um núcleo essencial, onde seria incontornável mesmo pela presença comum de outro direito fundamental com ele em colisão”. (NUNES JÚNIOR, 1997, p. 87)

Indiscutivelmente o direito à informação, em sua ampla abrangência, é um dos pilares de um Estado que diz ser democrático. A informação é um vital combustível à sobrevivência das instituições democráticas, mais também é um escudo de proteção da autonomia e liberdade dos cidadãos individualmente considerados.

Ademais, o direito à informação, assim como as demais liberdades de opinião, são condições indispensáveis ao exercício de outras liberdades. Dessa forma, não é errôneo, por completo, apontar que a liberdade de informação desfruta de proteção qualificada em relação aos demais direitos fundamentais.

Inclusive, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 4.815, fundamentou tal percepção por meio de três argumentos que merecem a devida transcrição:

[...] a primeira razão, no Brasil, talvez diferentemente da Alemanha, talvez diferentemente da França ou da Europa em geral, é que, aqui entre nós, a história é tão acidentada e o histórico da liberdade de expressão tão sofrido que ela precisa ser afirmada e reafirmada, eventualmente, com certo exagero.

A segunda razão pela qual a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial em uma sociedade como a brasileira, e talvez nas sociedades democráticas em geral, é que a liberdade de expressão é não apenas um pressuposto democrático, como é um pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais. Para exercerem-se bem os direitos políticos, o direito de participação política, a liberdade de associação, a liberdade de reunião, o próprio desenvolvimento da personalidade, é preciso que haja liberdade de expressão, é preciso que haja uma livre circulação de fatos, opiniões e ideias para que cada um possa participar esclarecidamente do debate público. [...]. Portanto, a segunda razão é que, sem liberdade de expressão, não existe plenitude dos outros direitos, não existe autonomia privada, não existe autonomia pública.

E a terceira e última razão é que a liberdade de expressão é essencial para o conhecimento da história, para o aprendizado com a história, para o avanço social e para a conservação da memória nacional. (STF, Voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADIn 4.815, Data de Julgamento:10/06/2015, Plenário)

Todavia, tal proteção qualificada ao direito à informação não significa uma hierarquização dos direitos fundamentais, inclusive porque, como já dito em capítulo anterior, não existe direito fundamental absoluto. Significa que a sua relativização apenas se procederá caso sejam extremamente robustos os fundamentos para tal supressão. Assim, por lograr condição potencial de preferência, as restrições ao direito à informação serão absolutamente excepcionais.

[...]Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a

inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a idéia de ponderação (BARROSO, 2007, p.118)

É bem verdade que, na Constituição Federal de 1988, a regra geral é a vedação a qualquer espécie de censura. Desta forma, o paradigma que reina no sistema constitucional é o da responsabilização posterior por danos causados pelo exercício das liberdades de opinião, expressão e informação, através de mecanismos como o direito de resposta, retratação, indenização.

Sucedese que, em muitos casos, especialmente na seara do direito ao esquecimento, os danos causados pela divulgação de determinados dados podem ser irreparáveis. Os efeitos de eventual difusão de informações dificilmente serão suprimidos, mesmo que haja uma responsabilização a *posteriori*.

Aliás, os meios de difusão de informação jornalística detêm vigoroso poder social que, muitas vezes, transformam os cidadãos em reféns da informação, e não apenas destinatários destas. Em razão disso, imperioso se torna a defesa da liberdade de informação, mas também a liberdade em face da informação. (NUNES JÚNIOR, 1997, p. 84)

À vista disso, não se pode precisar abstratamente que, numa colisão, haverá uma absoluta precedência da liberdade de informação sobre o direito ao esquecimento. Notoriamente, existem casos em que o exercício de tal liberdade não justificará a ofensa a personalidade de outrem.

Não se deve esquecer que o direito à informação, antes de ser um direito, é um dever de informar à coletividade de forma objetiva e criteriosa. Ao emissor da informação lhe é incumbido o ônus de informar sem criar, distorcer ou deturpar os fatos.

É dever do emissor da informação, por conseguinte, ser diligente na apuração e divulgação de fatos que pretende tornar públicos. Tal dever de diligência, entretanto, não corresponde a obrigação de divulgar apenas verdades incontestáveis. Em verdade, o que se exige do informador é que a notícia por ele difundida seja fruto de um processo sério e profissional de busca de reconstrução da realidade (BARROSO, 2007, p. 121; CASTRO, 2002, p. 110; GODOY, 2001, p. 75-76)

[...] O jornalista não merecerá censura se buscou noticiar, diligentemente, os fatos por ele diretamente percebidos ou a ele narrados, com a aparência de verdadeiro, dadas as circunstâncias. É claro que não se admite a

ingenuidade do jornalista, em face da grave tarefa que lhe incumbe desempenhar” (MENDES; BRANCO, 2015, p.275)

Ocorre que, especialmente dentre os meios de veiculação de informação jornalística, há uma tendência moderna de proliferação de informações sensacionalistas. A gana de obter notoriedade e audiência faz com que, muitas vezes, à informação seja propagada de maneira dramatizada, polêmica, descontextualizada ou até mesmo abusiva.

O sensacionalismo não é ambiente estranho ao direito ao esquecimento. Em verdade, muitas vezes o seu debate gira justamente em torno do uso constante e aleatório de acontecimentos pretéritos, na maioria das vezes vexatórios e condizentes a privacidade de pessoas, sejam elas pessoas comuns ou que gozem de notoriedade, com a única finalidade de angariar audiência.

Evidentemente, tal forma de informar não visa efetivamente o enriquecimento do conhecimento da população, mas apenas engrandecer seu poderio social e econômico. O dado, a imagem, a informação reutilizada fora de contexto, adulterada ou fragmentada com o intuito de ser mais atrativa aos olhos do público não informa, mas, em verdade, desinforma.

Com efeito, como o sensacionalismo não se amolda ao fim informativo, não se pode autorizar que os direitos da personalidade possam ser violados para fins exclusivamente comerciais. E, justamente por isso, não raro as notícias sensacionalistas devem sucumbir por violarem direitos da personalidade, incluindo-se aqui o direito ao esquecimento. (GODOY, 2001, p.83-84).

Evidentemente, as pessoas públicas e notórias gozam de uma esfera de proteção da personalidade reduzida. Seja por conta da necessidade de auto exposição, de promoção pessoal ou de interesse público na transparência de determinada conduta, o regime de proteção da personalidade, especialmente no tocante a privacidade, de pessoas públicas e notórias é distinto (BARROSO, 2007, p. 111)

À exemplo, gestores da coisa pública, que agem em nome e no interesse da coletividade. Como seu ofício se desenvolve de forma pública, sob a fiscalização de seus eleitores, necessariamente seu âmbito de proteção da personalidade é mais restrito, sem, contudo, anulá-la por completo.

Não raramente, fatos pessoais pregressos do gestor público apresentam relevância ou interessam ao conhecimento público. Inclusive, o próprio processo de escolha

dos ocupantes dos cargos eletivos exige certa referência pública ao passado para que tal candidato comprove sua aptidão para a função pública de que deseja se investir. “Evidente que, nessas hipóteses, fatos em princípio reservados, de natureza estritamente pessoal, passam a apresentar interesse pela condição de seu protagonista, pela pertinência que guardam com a função pública dessa pessoa pública”. (GODOY, 2001, p. 80-81)

Esta menor proteção referente a pessoas públicas e notórias não significa, entretanto, supressão dos direitos da personalidade. Mesmo que estas pessoas estejam em posição de evidência social, não deixam de ser pessoas detentoras de dignidade. (SELDERS, 2015, p.55)

Mais ainda, e de outra parte, igualmente não se concebe que direitos da personalidade, mesmo de pessoas públicas e notórias, possam ser afrontadas para fins exclusivamente comerciais. E pelo simples fato de que, afinal, nessas hipóteses desvirtua-se qualquer interesse jornalístico para dar lugar ao interesse publicitário, o que não se justifica. Não há, enfim, nesses casos, interesse público que permita a vulneração de direitos da personalidade, mesmo daquelas pessoas públicas ou notórias. Isso inclusive quanto o fato noticiado seja verdadeiro (GODOY, 2001, p.82-83)

Noutra senda, dentro jornalismo policial também muito se discute acerca do direito ao esquecimento. Usualmente os veículos de comunicação social recordam, ou até mesmo reconstroem, inclusive por meio de dramatização, crimes históricos, que chocaram a sociedade, como também crimes que se tornaram conhecidos devido a maciça cobertura jornalística, reascendendo a desconfiança da sociedade quanto à índole dos indivíduos ali retratados.

Sem dúvidas, o crime, por sua própria natureza, foge da esfera estritamente pessoal do indivíduo, revelando grande interesse social. E não poderia ser diferente, pois o crime envolve a temática da segurança pública. (GODOY, 2001, p.88)

Acrescenta-se o fato de que o jornalismo policial revela dois importantes propósitos coletivos. Primeiro, o jornalismo policial propicia a divulgação de que a lei penal é efetiva e está sendo aplicada aos seus transgressores. Consequentemente, tal divulgação da resposta estatal ao fenômeno criminal desestimula potenciais infratores.

Dito isso, o jornalismo policial se mostra crucial para o convívio dos indivíduos em coletividade. No entanto, tal gênero jornalístico também é passível de restrições,

especialmente nos dias correntes, em que muito se fala sobre o direito ao esquecimento.

Indiscutivelmente, haverá preferência a liberdade de informação jornalística sempre que o fato criminoso, devidamente investigado e processado pelas autoridades públicas, for de interesse atual da sociedade. A atualidade e a pertinência na divulgação do fato criminoso, em regra, persistem enquanto não findo o cumprimento da sanção imposta pelo Estado. Sendo assim, não há que se falar em direito ao esquecimento quando persistir interesse atual na informação criminal.

Na mesma linha, em se tratando de crimes históricos, ainda que pretéritos, por pertencerem a história da coletividade, não devem ser esquecidos. Todavia, as pessoas implicadas nesses fatos apenas podem ter sua individualidade exposta se esta for indissociável da infração penal. É o caso, por exemplo, do assassinato da missionária Dorothy Stang, em que não se pode dissociar o crime de sua vítima.

Em contrapartida, se tratando de corrente fato criminoso, que já não se reveste de atualidade, deve-se poupar qualquer informação que eventualmente possa individualizar as pessoas envolvidas, sejam elas o infrator, as vítimas ou seus familiares. Assim, assegura-se aos direitos fundamentais envolvidos, a mais extensa e consistente proteção em concreto. A coletividade recebe devidamente a informação e os indivíduos envolvidos no fato criminoso mantêm salvaguardados seus direitos da personalidade.

Nesse cenário, não se mostra razoável a exposição, por tempo ilimitado, das pessoas envolvidas em fatos delituosos. Os infratores, após cumprida sua pena, têm o direito de não permanecerem com esse estigma, direito este, inclusive, conferido pela legislação, no artigo 748 do Código de Processo Penal. E as vítimas e seus familiares também têm direito a paz, sendo que a recordação de tal fato apenas reabriria feridas em processo de cicatrização.

Da mesma forma, não se pode negar o acesso à informação sobre temas que transcendem a esfera privada, como ocorre com os fatos delituosos. É direito da coletividade conhecer seu passado, revisitá-lo e sobre ele refletir, pois assim ela amadurece e se desenvolve.

Em síntese, o direito à informação quase que invariavelmente ocupa posição de preferência quando em colisão com outros direitos fundamentais. Não é diferente com o direito ao esquecimento.

De qualquer sorte, não é irrazoável balizar, de acordo com cada caso concreto, o modo e a finalidade para que são revividos fatos pretéritos, muitas vezes, de natureza pessoal, com o objetivo de resguardar substancialmente a dignidade dos cidadãos.

Enfim, como bem expressa o Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do Recurso Especial 1334097/RJ, o reconhecimento do direito ao esquecimento:

[...] além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. (STJ, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data do julgamento: 28/05/2013, Órgão julgador: Quarta Turma)

4.3.2 A repercussão geral do Recurso Extraordinário de nº 833.248/RJ

O Supremo Tribunal Federal apenas foi instado a se manifestar acerca do direito ao esquecimento, no âmbito cível, recentemente, por intermédio do Recurso Extraordinário de nº 833.248/RJ. Numa primeira análise, o plenário do Tribunal reconheceu a repercussão geral de tal matéria constitucional por ultrapassar os limites subjetivos da lide em questão e constituir tema relativo à harmonização de importantes preceitos constitucionais.

Resumidamente, o caso em tela versa sobre a recriação, por um programa televisivo, do crime que culminou na morte de Aída Curi, abusada sexualmente e morta em 1958 no Rio de Janeiro. A história desse famoso crime foi reconstruída, quase 50 anos depois, com a divulgação do nome e imagens reais da vítima o que, segundo alegam seus familiares, trouxe à tona lembranças do crime e todo o sofrimento que o envolve.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o caso, entendeu que, como o crime já se encontrava em domínio público, não seria possível narrar o fato criminoso sem fazer referência a vítima. Tal crime era indissociável de sua vítima. Por consequência, a

referência a pessoa da vítima, mesmo que não autorizada por seus familiares, não configurou dano passível de indenização.

Com a interposição de recurso extraordinário, os autos foram alçados ao Supremo Tribunal Federal, mas, até o presente momento, ainda não se encontram prontos para julgamento. Entretanto, já há parecer da Procuradoria Geral da República, merecedor de alguns apontamentos.

Em primeiro lugar, compreende a Procuradoria, que o ato de impedir ou restringir previamente a divulgação de programas de rádio e televisão é um ato censura prévia, expressamente vedada pela Constituição Federal. O controle das liberdades comunicativas deve ser realizado posteriormente a divulgação do conteúdo produzido. Somente após a difusão da matéria jornalística, se verificado abuso no exercício das liberdades de manifestação de pensamento, poder-se-ia provocar o Poder Judiciário a fim de obter devida indenização, direito de resposta ou até mesmo uma responsabilização criminal.

Assim, conclui a Procuradoria Geral que qualquer iniciativa, estatal ou particular, voltada a impedir a veiculação de dados ou a condicionar publicações a autorização prévia de terceiros, é proibida, pois configuraria censura prévia. Apenas em casos excepcionalíssimos, de grave ofensa a outros direitos fundamentais, seria possível conceber restrições prévias as liberdades de manifestação de pensamento de modo a impedir publicações ou a manutenção da divulgação de alguma obra, afinal não há direito fundamental de natureza absoluta.

Deste parecer, no entanto, o aspecto mais pertinente, do qual concordamos plenamente, são as consequências do instituto da repercussão geral sobre o direito ao esquecimento.

Da manifestação da Procuradoria Geral da República extrai-se que, a disciplina do direito ao esquecimento, por envolver inúmeras variáveis carecedoras de regulamentação, não deve ser realizada exclusivamente por meio de precedentes jurisprudenciais. As peculiaridades do caso concreto são características intrínsecas dos litígios sobre o esquecimento. “[...] para reconhecimento desse direito, cada situação precisa ser examinada especificamente, com pouco espaço para transcendência dos efeitos da coisa julgada, mesmo em processo de repercussão geral.”

Não cabe ao Poder Judiciário, especialmente por meio da sistemática da repercussão geral, em que se analisa a temática com base em algumas poucas lides que apresentam similitudes, a definição do direito ao esquecimento. Tal tarefa carece de cuidado e amadurecimento da doutrina, da jurisprudência, mas principalmente da atuação do poder legislativo.

5 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, por sua natureza, encontram-se em permanente estado potencial de conflito. Isto é, não raro, em situações concretas, direitos fundamentais repercutem de forma antagônica, requerendo do seu intérprete um expediente harmonizador de tais preceitos fundamentais.

Nesse cenário, surge o mecanismo da ponderação, técnica interpretativa compatível com o respeito e preservação constitucional dos múltiplos direitos fundamentais no quadro da unidade da Constituição Federal. O raciocínio ponderativo, basicamente, busca alcançar, por meio de fórmulas retóricas, uma solução em que os preceitos incompatíveis incidam no caso concreto, em extensões variadas, segundo a sua respectiva relevância para a situação fática, sem que se tenha que excluir um deles do ordenamento jurídico unicamente pode contradizer o outro.

Um dos conflitos mais correntes ocorre entre a liberdade de informação, variante da liberdade de manifestação de pensamento, e os direitos da personalidade. Os direitos fundamentais à livre manifestação de opinião, expressão, informação e os direitos da personalidade vivem em permanente tensão, especialmente agora, na vigência de uma sociedade na qual impera a informação.

Vive-se, hoje, num estado de superexposição de informações, das mais diversas naturezas, principalmente em razão da democratização do acesso a tais dados. Ademais, muito em razão da evolução tecnológica, tais informações e dados agora são eternizados na história.

A memória se tornou regra e o esquecimento uma raridade. Perde-se, com isso, o controle sobre a utilização de dados e a divulgação de informações, o que lesiona diretamente a individualidade dos cidadãos. As pessoas ficam acorrentadas ao seu passado, seja ele glorioso ou vexatório, impedindo-lhe seu desenvolvimento.

Por conseguinte, a sociedade da informação impôs uma adequação da tutela dos direitos da personalidade às novas necessidades dos indivíduos. Impôs a criação de novos mecanismos de proteção da personalidade, bem como a atualização dos diversos institutos jurídicos já existentes. E é nesse cenário que o direito ao esquecimento ganhou destaque.

O direito ao esquecimento, instituto muito conhecido no âmbito penal, não busca apagar fatos pretéritos ou reescrever a história. Visa, na verdade, discutir o modo e a finalidade com que são recordados fatos ou dados pretéritos ligados as pessoas, como também busca impedir que as informações e fatos pessoais sejam revividos de maneira descontextualizada.

Nesse sentido, o direito ao esquecimento adequa-se ao ordenamento jurídico brasileiro como instituto decorrente da proteção constitucional da personalidade. Em que pese não previsto expressamente na Constituição Federal, o esquecimento é derivação da proteção à dignidade da pessoa humana, princípio basilar da República do Brasil, que possui conteúdo elástico, aberto, flexível, de modo a refletir o momento histórico e o desenvolvimento social de seus titulares.

Todavia, o direito fundamental à informação, derivação do direito à livre manifestação de pensamento, é um pertinente obstáculo a plena aplicabilidade do direito ao esquecimento.

O direito à informação compreende a liberdade de busca, acesso, recebimento e divulgação de informações, ideias e notícias, de qualquer natureza, através de qualquer meio, sendo vedada qualquer forma de censura prévia. Assim, trata-se de direito essencial a formação e manutenção de uma sociedade que se pretenda democrática, como também é um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

Dessa forma, devido ao imensurável valor social do direito à informação, há uma predileção constitucional para soluções protetivas a liberdade de informação. Todavia, tal *status* de precedência não significa hierarquização dos direitos fundamentais, inclusive porque não existe direito fundamental de natureza absoluta. Significa, em verdade, que restrições ao direito à informação serão excepcionalíssimas e apenas se procederão caso sejam extremamente robustos os fundamentos para tal supressão.

Inclusive, não se deve esquecer que a Constituição Federal de 1988 veda qualquer forma de censura. Consequentemente, impera, como regra, o sistema de responsabilização posterior por danos causados pelo exercício das liberdades de opinião, expressão e informação, através de mecanismos como o direito de resposta, retratação, indenização.

Isto posto, conclui-se que o simples reconhecimento do direito ao esquecimento, por si só, não conduz ao imperativo absoluto de restrição ao acesso, divulgação ou circulação de informações ou dados. Pelo contrário, a aplicação desse direito será excepcional, incidindo apenas nos casos em que a lesão à personalidade se revele irremediável, ou seja, quando os efeitos de eventual difusão de informações dificilmente forem elididos, mesmo que haja uma responsabilização *a posteriori*.

À exemplo, o jornalismo sensacionalista indiscutivelmente é um propenso campo de incidência do direito ao esquecimento. Os meios de comunicação sensacionalistas cotidianamente veiculam informações de maneira dramatizada, polêmica, descontextualizada ou até mesmo abusiva com o intuito exclusivo de obter notoriedade e audiência.

O jornalismo sensacionalista, muitas vezes, transfigura informações e acontecimentos pretéritos, na maioria das vezes vexatórios e condizentes a privacidade de pessoas, com o único intuito de atrair público. Afinal, a informação, na sociedade da informação, é um inegável instrumento de poder e dominação.

Evidentemente, tal forma de jornalismo não informa. Na verdade, desinforma. E, justamente por isso, notícias sensacionalistas poderão, eventualmente, serem objeto de restrição por violarem direitos da personalidade, incluindo-se aqui o esquecimento. Não se mostra razoável que direitos da personalidade sejam violados para fins completamente desvirtuados.

Noutra senda, em se tratando de pessoas públicas e notórias, o direito ao esquecimento gozará de uma esfera de proteção ainda mais reduzida. Os gestores públicos, por exemplo, não poderão invocar o direito ao esquecimento quando fatos pregressos, mesmo que estritamente pessoais, forem de relevância ou do interesse do conhecimento público. Muitas vezes tais informações são essenciais para a comprovação da sua aptidão para a função pública, como também para a fiscalização de sua atuação como agente público.

Cita-se, ainda, a incidência do direito ao esquecimento no âmbito criminal, em que o debate acerca do esquecimento não é novidade, mas ainda é efervescente.

Inegavelmente, o crime, por sua natureza, transcende a esfera privada, sendo de grande interesse social. Da mesma forma, o jornalismo policial também possui

funções de interesse social, se revelando crucial para o convívio dos indivíduos em coletividade.

Assim sendo, no contexto do jornalismo policial, também haverá uma predileção do direito à informação. O que não impedirá, todavia, a incidência do direito ao esquecimento, especialmente quando for atingido o direito de ressocialização dos indivíduos ou quando for possível dissociar as pessoas envolvidas do fato criminoso, sem, contudo, afetar a essência da informação. Assim, assegura-se, aos direitos fundamentais envolvidos, a mais extensa e consistente proteção em concreto.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). **Jornada de direito civil IV**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>>. Acesso em 15 mar. 2017.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 1989. Disponível em < <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8840/1/tese.pdf>> Acesso em 6 fev. 2017.
- _____; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). **Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 97-136
- BASTOS, Celso Ribeiro. A liberdade de expressão e comunicação social. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs.). **Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direitos humanos volume II: direitos civis e políticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 399-404.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade e o projeto de código civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. ano 15. v. 60, p. 105-128, out./dez., 1978. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181034/000360223.pdf?sequencia=3>> Acesso 27 fev. 2017.
- BÔAS, Regina Vera Villas; FERNANDES, Francis Ted. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade: prática da ponderação de princípios, realizando a dignidade da condição humana. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. ano 15. v 60, p.57-81, out./dez., 2014.
- BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação, tese. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____; DANTAS, Miguel Calmon. Revisitando a metodologia da pesquisa em direito: as contribuições de Henri Capitant. **Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia**, Salvador, n. 16, p. 70-82, 2010/2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**.

. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 01 mar. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em 30 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1334097/RJ**. Relator: Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 28/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013> Acesso em 28 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direto de Inconstitucionalidade 4.815/DF**. Relatora: Exma. Ministra Cármen Lúcia. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento: 10/06/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em 30 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 705.630/SC**. Relator: Exmo. Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 22/03/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621516>>. Acesso em 27 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201819/RJ**. Relatora: Exma. Ministra Ellen Gracie. Órgão julgador: Segunda Turma. Julgamento: 11/10/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+201819%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6y69xa>>. Acesso em 12 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248/RJ**. Relator: Exmo. Ministro Dias Tofolli. Órgão Julgado: Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623869>>. Acesso em 7 abr. 2017.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro. ano. 2. v. 3, jul./set.,2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em 4 mar. 2017

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

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs.). **Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direitos humanos volume II: direitos civis e políticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 353-374.

CLÉVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (orgs). **Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231-243.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na internet: a *scarlet letter* digital. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 184-206.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *vesus* a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FREITAS, Ciro Torres. **Liberdade de informação jornalística e censura na internet**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2014. Disponível em < <https://pt.scribd.com/document/335419292/Ciro-Torres-Freitas-pdf> > Acesso em 27 jan. 2017.

GUERRA, Sidney. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Autolimitação do direito à privacidade. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro. ano 9. v. 34, p. 93-104, abr./jun., 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; WALD, Arnold. Liberdade de Imprensa: inteligência dos arts.5º, IV, IX, XIV e 220, §§1º, 2º e 6º da CF/1988 – opinião legal. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs.). **Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direitos humanos volume II: direitos civis e políticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 619-634

MAURMO, Júlia Pereira Gomes. A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. ano 15. v.57, p. 33-52, jan./mar., 2014.

_____; OLIVEIRA, Mário Henrique C. Prado de. Biografias não autorizadas: um embate entre a liberdade de expressão e a privacidade. **Revista de Direito privado**. São Paulo. ano 15. v 60, p.37-56, out./dez., 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. ano 31. v. 122, p. 297-301, mai./jun., 1994.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, Gismália Marcelino. **Manual de normalização para apresentação de trabalhos acadêmicos**. 3.ed. Salvador: Editora Unifacs, 2013.

MIRAGEM, Bruno. Liberdade de imprensa e proteção da personalidade no direito brasileiro: perspectiva atual e visão de futuro. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro. ano 10. v.40, p. 17-69, out./dez., 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MOREIRA, Thiago. Breves reflexões sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares: liberdade de informação v. direitos da personalidade – um estudo de direito comparado. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – De Jure**. Minas Gerais. v.14. n.24, p. 245-274, jan./jun., 2015

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

PALHARES, Cinara. Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementariedade? **Revista dos Tribunais**. São Paulo. ano 97. v. 878, p. 42-65, dez., 2008.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – De Jure**. Minas Gerais. v.13. n.22, p. 273-285, jan./jun., 2014

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Liberdade de Expressão-comunicação, limitações quanto ao seu exercício e possibilidade de regulamentação. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 163-178.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de.; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25. v.105, p.33-63, mai./jun., 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs.). **Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. Doutrinas Essenciais. Direitos humanos volume II: direitos civis e políticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 903-931.

RULLI JÚNIOR, Antonio; RULLI NETO, Antonio. Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação. **Revista ESMAT**. Palmas. ano 5. v.6, p. 11-30, jul./dez.,2014.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SELDERS, Maria Carolina Nery. A proteção jurídica da imagem de pessoas públicas. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. ano 16. v 64, p.39-80, out./dez., 2015.

STROPPIA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade jornalística**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Método, 2003, p. 294-341.

SILVA, Felipe Ventin da. **A tutela preventiva dos direitos da personalidade a liberdade de informação jornalística**. 2011. Dissertação (Mestrado Relações Sociais e Novos Direitos). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011. Disponível em <
[https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12371/1/FELIPE%20VENTIN%20DA%20SILVA%20-%20A%20TUTELA%20PREVENTIVA%20DOS%20DIREITOS%20DE%20PERSONALIDADE%20E%20A%20LIBERDADE%20DE%20INFORMA%C3%87%C3%83O%20JORNAL%C3%8DSTICA%20\(DISS~1.pdf](https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12371/1/FELIPE%20VENTIN%20DA%20SILVA%20-%20A%20TUTELA%20PREVENTIVA%20DOS%20DIREITOS%20DE%20PERSONALIDADE%20E%20A%20LIBERDADE%20DE%20INFORMA%C3%87%C3%83O%20JORNAL%C3%8DSTICA%20(DISS~1.pdf)> Acesso em 27 jan. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOROMENHO-PIRES, Antonio Carlos de Souza. Intimidade, personalidade e a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI**. São Paulo. v.75. ano 19, p. 157-186, abr./jun.,2011.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro. ano. 4. v.13, p. 33-71, jan./mar., 2003.