



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Direito ao Esquecimento frente à Liberdade de Expressão  
e à Liberdade à Informação

Letícia Maria Siqueira Marinho

Rio de Janeiro  
2016

LETÍCIA MARIA SIQUEIRA MARINHO

**O Direito ao Esquecimento frente à Liberdade de Expressão  
e à Liberdade à Informação**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior  
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro  
2016

# O DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À LIBERDADE À INFORMAÇÃO

Letícia Maria Siqueira Marinho

Graduada pela Universidade do Estado do  
Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** Em um momento em que os meios de comunicação se ampliam e o trânsito de informações nunca foi tão grande, o direito ao esquecimento vem assumindo um papel importante enquanto direito personalíssimo na proteção dos indivíduos. Nesse contexto, a divulgação de fatos perpassa tanto pela ótica do indivíduo como do coletivo, de modo que a colisão entre o direito ao esquecimento e as liberdades comunicativas se torna comum e, até certo ponto, inevitável. A essência do trabalho é analisar esse conflito, estudando o direito ao esquecimento e as liberdades comunicativas, e como esses se relacionam no caso concreto.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Civil. Direitos fundamentais. Direitos da personalidade. Direito ao Esquecimento. Liberdade de expressão. Liberdade de informação.

**Sumário:** Introdução. 1. O Espaço do Direito ao Esquecimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2. A Proteção Constitucional das Liberdades Comunicativas. 3. A Colisão do Direito ao Esquecimento com as Liberdades Comunicativas e o Entendimento Atual dos Tribunais Superiores. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo busca discutir, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, qual a aplicação e alcance do direito ao esquecimento, e como este deve ser efetivado em casos que colidam com direitos fundamentais tais como a liberdade de expressão.

De origem histórica com bases no direito penal, o direito ao esquecimento assumiu relevante importância nos últimos tempos em outros ramos do direito, tomando posição destacada com a crescente propagação dos usos das mídias digitais e a escalada exponencial de informações que são disponibilizadas diariamente em diversos meios, físicos ou não. É nesse ambiente em que diversas informações, tanto alheias ou não, propagam livremente que surge outro aspecto do fenômeno: juntamente com a ânsia por informar e emitir opiniões, nasce também para outros a vontade de poder retirá-las, fazer desaparecer dados sobre si mesmo.

Assim, o direito ao esquecimento justamente vem para tutelar tais situações jurídicas, mas encontra limitações ao esbarrar na liberdade de expressão garantida na Constituição Federal, que assegura o direito não só a se expressar livremente como ao livre acesso à informação. Desta forma, apresentam-se atuais e pertinentes as seguintes reflexões: até que ponto o direito ao esquecimento está sendo tutelado no ordenamento jurídico em vigor? De que maneira este direito se relaciona aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, em especial a liberdade de expressão e a liberdade à informação? E em uma situação de colisão entre tais direitos, quais critérios e fundamentos são utilizados pelos tribunais na solução dessa lide?

O trabalho enfoca a importância do direito ao esquecimento na sociedade atual em uma perspectiva de direito personalíssimo, assim como sua existência no ordenamento jurídico frente aos demais direitos tutelados pela Constituição Federal a fim de que possa ser determinado qual o seu alcance, o que se tornou tema de discussão direta e recente no Superior Tribunal de Justiça e aguarda julgamento com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo, busca-se analisar a estrutura e natureza jurídica do direito ao esquecimento como um direito personalíssimo, sua evolução histórica e seu alcance atual nas relações jurídicas.

O segundo capítulo destina-se a contrapor a noção de direito ao esquecimento com outros direitos positivados na Constituição Federal que possuem mesma área de incidência, em especial o direito à informação e a liberdade de expressão, analisando quais os valores defendidos e tutelados.

Por fim, em um terceiro capítulo busca-se defender a necessidade de ponderação dos direitos em colisão no caso concreto, levando em consideração quais valores específicos

devem ser protegidos em cada hipótese, baseando-se nos critérios adotados pelos tribunais superiores em decisões paradigmáticas.

A pesquisa a ser realizada pretende-se de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva, utilizando-se como fontes principais a legislação, a doutrina (livros e artigos científicos) e a jurisprudência.

## **1. O ESPAÇO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO**

Ainda que já aceito na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira como um direito digno de ser tutelado pelo ordenamento jurídico, definir o direito ao esquecimento ainda apresenta-se como um desafio. A esse respeito, a doutrina internacional traz duas vertentes do direito ao esquecimento: o *right of oblivion* e o *right to erasure*. A primeira vertente se refere às informações públicas que perderam essa qualidade, desaparecendo os motivos que justificaram a divulgação. Historicamente, se relaciona a diversos casos de difamação e violação de privacidade de indivíduos, especialmente ex-detentos. Por sua vez, a segunda vertente seria relacionada ao poder do titular dos dados de exigir que a informação seja apagada, de modo que o sujeito da informação passe a ser o devido titular de seus dados pessoais<sup>1</sup>.

O direito ao esquecimento surge na atual estrutura do ordenamento jurídico brasileiro como um direito personalíssimo, tendo tanto raízes constitucionais como legais, apresentando-se como decorrente da dignidade da pessoa humana<sup>2</sup> e intimamente ligado ao direito à privacidade, à imagem e à honra<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> GEORGE, Damian, TAMÒ, Aurelia. Oblivion, Erasure, and Forgetting in the Digital Age. *JIPITEC*, v. 5, n. 2, p. 71-87, set. 2014.

<sup>2</sup> Segundo a Constituição Federal Brasileira de 1988:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Como direito inerente à personalidade, entende-se, portanto, tratar-se de direito que é inato, visto que essencial à condição humana<sup>4</sup>, sendo direito autônomo de cujo todo indivíduo é titular. Tal fato decorre de sua apresentação como emanção da dignidade da pessoa humana, devendo ser protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim considerado, sua proteção se justifica uma vez que se caracteriza como sendo direito oponível a toda a sociedade e ao Estado<sup>5</sup>.

Ainda que hoje o seu enquadramento e tutela se encontrem em grande parte a cargo da legislação civilista e da Constituição Federal, o direito ao esquecimento apresenta sua origem na esfera criminal, relacionando-se ao direito à ressocialização de indivíduos condenados, cuja pena já restou cumprida e que buscam não mais ser associados aos fatos desabonadores a eles atribuídos.

Contudo, com as demandas atuais referentes às novas tecnologias e mídias digitais, visualiza-se um novo potencial lesivo contra os direitos da personalidade, surgindo, assim,

---

III - a dignidade da pessoa humana”

[...]

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

[...]

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

<sup>3</sup> De acordo com o Código Civil Brasileiro:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

[...]

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

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

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

[...]

<sup>4</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 14 set. 2015.

uma nova faceta do direito ao esquecimento relativo à transmissão de dados na Internet<sup>6</sup>. Note-se que, se por um lado as mídias físicas vêm e vão com notícias, trazendo e esquecendo as manchetes, no meio virtual nada se esquece tão facilmente, eis que os dados e informações permanecem como que em uma grande estante virtual à disposição de todos os indivíduos a distância de apenas um clique<sup>7</sup>.

Nesse sentido, em voto proferido no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luis Felipe Salomão resumiu bem a diferença do alcance das violações perpetradas no meio digital – e a conseqüente importância do direito ao esquecimento nesta seara:

[...] A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade - mas também se torna mais complexa - quando aplicada à *internet*, ambiente que, por excelência, *não esquece* o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse *cyberespaço*. Até agora, tem-se mostrado inerente à *internet* - mas não exclusivamente a ela - a existência de um "resíduo informacional" que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado [...] <sup>8</sup>

Diante desse quadro, não se pode ignorar que a aplicação do direito ao esquecimento no meio digital implica em um fenômeno de universalização de seu alcance. Considerando que a lógica e estrutura da rede virtual é complexa e independe de fronteiras dada a sua natureza incorpórea, tal fato esbarraria na possibilidade de utilização desse direito em nível mundial e, por conseguinte, numa série de questões jurídicas referentes a conflito de jurisdições soberanas, assim como choques de normas e conceitos<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Diálogos sobre Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 231-264.

<sup>7</sup> LIMA, E. N. K. P. Direito ao esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 50, n. 199, p. 271-283, jul./set. 2013.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cg/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1239004&tipo=0&nreg=201201449107&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130910&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>9</sup> VIVIANI, Luís. *Quando o direito ao esquecimento vira censura?* Disponível em: <<http://jota.info/quando-o-direito-ao-esquecimento-vira-censura>>. Acesso em: 14 out. 2015

Não obstante tais obstáculos apresentados, o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou em maio de 2014 a possibilidade dos europeus pedirem a retirada de dados pessoais na internet a partir do direito de esquecimento<sup>10</sup>.

Por sua vez, não se verifica no ordenamento pátrio regramento legal específico sobre o referido direito. Há, contudo, a interpretação referente ao artigo 11 do Código Civil presente no Enunciado 531, que foi aprovado na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), de março de 2013. A esse respeito, dispõe o Enunciado 531 que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Como justificativa apresentada à referida interpretação, pontuou-se que

[O]s 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.<sup>11</sup>

Diante da justificativa, vale destacar a interpretação dada ao direito ao esquecimento pelo Conselho, na medida em que restringe seu alcance ao uso do fato pretérito, e não ao direito de apagar ou reescrever a própria história. Em mesmo sentido Anderson Schreiber<sup>12</sup> aponta para esta restrição, indo um pouco além ao limitar o alcance do direito ao esquecimento quando em conflito com os demais direitos positivados no ordenamento:

Cumpre registrar que o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a História (ainda que se trate tão somente da sua própria história). O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. E não raro o exercício do direito ao esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de expressão, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento.

---

<sup>10</sup> CORTE DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *An internet search engine operator is responsible for the processing that it carries out of personal data which appear on web pages published by third parties*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140514-02.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>11</sup> ENUNCIADOS aprovados na VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>12</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 171-172.

Como todo direito da personalidade, o direito ao esquecimento não se apresenta absoluto, podendo ser restringido como fruto de ponderação frente a outros direitos. É justamente essa contraposição que será analisada no capítulo seguinte.

## **2. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES COMUNICATIVAS**

O direito ao esquecimento não é o único direito que tem incidência quando em se tratando do controle de divulgação de fatos e dados. Nessa seara, não é incomum a colidência do exercício deste direito personalíssimo com a proteção das liberdades comunicativas, cuja importância no que se relaciona a essa temática não se pode ignorar.

O conceito de liberdades comunicativas englobam tanto a liberdade de informação como a liberdade de expressão, também podendo ser a primeira tratada como uma faceta da liberdade de expressão em seu sentido amplo. Barroso<sup>13</sup> diferencia ambas ao tratar a liberdade de informação como o “direito individual de comunicar fatos e ao direito difuso de ser deles informado”, enquanto a liberdade de expressão “destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano”. Também no conceito de liberdade comunicativa está englobada a liberdade de imprensa, que se refere à liberdade dos meios de comunicação na divulgação de fatos e ideias, relacionando-se intimamente com as outras duas.

As liberdades comunicativas assumem uma dupla dimensão, tanto subjetiva como objetiva. A dimensão subjetiva se materializaria na proteção dos titulares desse direito frente ao Estado e terceiros quanto a qualquer tentativa de barrar ou prejudicar o seu exercício de exprimir opiniões e informações. Trata-se de um direito negativo em sua essência, cujo foco é a proteção do emissor, funcionando como um meio para o desenvolvimento da personalidade. Paralelamente, a dimensão objetiva se caracterizaria pelo reconhecimento de que tais liberdades apresentam-se como instrumentos essenciais para a manutenção de uma sociedade

---

<sup>13</sup> BARROSO, op. cit. Vide nota 5.

democrática, de modo que sua proteção e promoção pelo Estado são necessárias e atendem ao inegável interesse público de circulação de ideias – aqui, busca-se tutelar o interesse dos receptores em geral, assim como da sociedade como um todo, no que diz respeito à formação de opinião pública crítica e diversificada, que tanto se associam ao exercício da democracia.

A esse respeito, a liberdade de expressão recebeu tratamento constitucional em todas as constituições que vigoraram na história brasileira. Atualmente, é elencada como direito fundamental com previsão no Art. 5º, IX<sup>14</sup>, da Constituição da República de 1988, assim como as demais liberdades comunicativas também são tuteladas constitucionalmente como direitos fundamentais<sup>15</sup>.

Segundo Cláudio Chequer<sup>16</sup>, esse tratamento da liberdade de expressão como direito fundamental se justifica pelos seguintes fundamentos:

Vários são os fundamentos filosóficos que a autorizam como um direito fundamental. Entre os principais argumentos, podemos elencar um de natureza constitutiva, outros de natureza instrumental. Num primeiro plano, a liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de garantir a autossatisfação humana, apresentando-se, pois, como um fim em si mesma. A liberdade de expressão pode se apresentar ainda como um instrumento (um meio) para a realização de algo importante (um fim). Neste sentido, esse direito ora se apresenta como um meio para a descoberta da verdade, ora como um meio para a efetivação do processo democrático ou até mesmo para a garantia do desenvolvimento da sociedade ou da estabilidade governamental

<sup>14</sup> Segundo a Constituição Federal Brasileira de 1988:

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

[...]

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

<sup>15</sup> Acerca dos outros dispositivos constitucionais que garantem as liberdades comunicativas:

Art. 5º [...]

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

[...]

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

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

A liberdade de imprensa, por sua vez, recebeu tratamento especial no art. 220 da Constituição Federal:

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

<sup>16</sup> CHEQUER, Cláudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie"*.

Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/artigos-de-procuradores/liberdade-de-expressao-como-direito-fundamental-preferencial-prima-facie>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

Essa proteção constitucional às liberdades comunicativas se justifica primeiramente em razão de uma questão predominantemente histórica, visto que a Constituição Federal surgiu em um momento de transição democrática, com o rompimento com a ordem jurídica até então vigente, que por sua vez era pautada no autoritarismo e na censura.

Em outro espectro, as liberdades de expressão e de informação apresentam-se essenciais na formação da vontade individual, tanto daquele que emite como do que recebe a informação/opinião. Ao abranger o direito do emissor de exprimir seus sentimentos e ideias, definindo a forma e o conteúdo de sua manifestação, tais direitos permitem que o indivíduo exerça sua condição de ser humano ao externar reflexo de sua personalidade. Ao mesmo tempo, ao se garantir a liberdade de expressão e o direito de informação ao receptor, permite-se que este possa desenvolver sua personalidade de forma livre, de acordo com as ideias e opiniões que teve possibilidade de ser apresentado ao longo de sua trajetória. Em ambos os casos, verifica-se que se trata de direito que em muito se relaciona com a dignidade da pessoa humana, e não a contrapondo, como poderia se pensar.

Sobre esse último ponto, como é conferido ao indivíduo enquanto receptor a livre formação de ideias e opinião, não pode o Estado proibir a divulgação de ideias por entender que estas são erradas ou lesivas, ao argumento de serem capazes de persuadir negativamente os indivíduos. Aceitar isso seria entender que uma pessoa adulta não possui discernimento suficiente para que forme a sua própria convicção acerca de fatos a ela apresentados e, como uma forma de paternalismo estatal, retiraria a responsabilidade moral do receptor. Além do mais, seria uma forma de controle prévio que se aproxima à censura, o que o ordenamento brasileiro justamente buscou evitar com os dispositivos da Constituição Federal.

Por esses fatos, aponta Daniel Sarmiento<sup>17</sup> ao tratar da questão que “estas liberdades são violadas não apenas quando o Estado proíbe a discussão de algum assunto, mas também quando busca definir a forma como se dará este debate, e os aspectos ou personagens que deverão ser abordados ou olvidados pelo emissor”.

Ademais, como já discorrido acima acerca de suas duas dimensões, tem-se em mente que o direito à livre expressão e informação tem tutela constitucional não somente em favor do emissor das manifestações, mas também em proveito dos receptores e do público em geral. Essa faceta se mostra ainda mais exacerbada na liberdade de imprensa, garantia constitucional cujo principal destinatário é a sociedade, que pode a partir das informações divulgadas pelos veículos de comunicação, assumir pontos de vistas críticos sobre temas de interesse público e social, que influenciarão diretamente como se dará a relação da sociedade com o Estado.

É por essa razão que direitos como os relativos às liberdades comunicativas possuem proteção especial diante de sua relevância na garantia da democracia. Isso porque, na democracia, pressupõe-se que os indivíduos tenham o poder de influenciar, por meio da manifestação de suas opiniões, as opiniões dos demais cidadãos, de modo que ao fim prevaleça aquela considerada melhor, como produto de deliberação.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento<sup>18</sup> vai além:

Por isso, a liberdade de expressão é tão fundamental em qualquer regime democrático. É a sua garantia que possibilita que a vontade coletiva seja formada através do livre confronto de ideias, aberto a todos. É a sua principal projeção institucional – a liberdade de imprensa – que potencializa as interações discursivas na sociedade, e que confere maior transparência sobre a atuação do Estado e dos poderes sociais, ensejando o seu controle pela cidadania. Esta ligação visceral entre democracia e liberdades de expressão e de imprensa é amplamente reconhecida pela jurisprudência do STF.

Em razão dessa importância no tocante à promoção da democracia – no sentido de permitir as melhores escolhas dos cidadãos - e também pelo fato das liberdades de expressão e

---

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e o "Direito ao Esquecimento" na ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2015.

<sup>18</sup> Ibid.

informação servirem de fundamento para o exercício de outros direitos, é conferido a estas uma posição de preferência em relação aos direitos fundamentais quando considerados individualmente. São entendidas como direitos fundamentais *prima facie*, originalmente previstos na Corte Constitucional Americana e hoje reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, como no voto do Ministro Luiz Fux na ADPF 187:

É certo que a liberdade de expressão, como direito fundamental, merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso, *prima facie*, maior. Não se quer afirmar que haja qualquer espécie de hierarquia entre as normas constitucionais – o princípio da unidade da Constituição, amplamente reconhecido pela doutrina brasileira e pela jurisprudência desta Corte [...], não concebe essa distinção hierárquica –, mas é inegável que existe uma certa preeminência axiológica da liberdade de expressão<sup>19</sup>

Uma vez admitida a existência de direitos fundamentais *prima facie*, tal fato traz implicações tanto teóricas como práticas em relação a sua existência no ordenamento jurídico e seu possível conflito com demais direitos, como no caso do direito ao esquecimento. Deste modo, ao se analisar um caso concreto em que deseja a retirada de informação, por exemplo, a posição preferencial da liberdade de expressão e suas repercussões também deverão ser consideradas.

### **3. A COLISÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COM AS LIBERDADES COMUNICATIVAS E O ENTENDIMENTO ATUAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Em termos práticos, a posição preferencial determina a atribuição de um maior peso inicial às liberdades comunicativas ao se realizar a ponderação com outros direitos fundamentais a serem sopesados em um caso concreto. Ou seja, implica primeiramente em reconhecer uma prioridade das liberdades comunicativas quando em colisão com outros princípios constitucionais, dentre os quais podem consagrar direitos da personalidade, como o direito ao esquecimento.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

Dito isso, ela também importa em um controle mais estrito das medidas que envolvam restrições de tais direitos. Para que se admitam restrições, devem se tratar de medidas previstas legalmente e com objetivos fundados na Constituição Federal, observando-se, sempre, sua proporcionalidade considerado o trinômio adequação-necessidade-proporcionalidade em sentido estrito.

Ocorreria nessa hipótese, segundo Sarmiento<sup>20</sup>, algo similar a uma inversão de presunção de constitucionalidade das normas restritivas, de modo que o juiz pode inclusive nesses casos lançar mão de decisões contramajoritárias.

Reconhece-se neste campo, uma ampla legitimidade para decisões jurisdicionais contramajoritárias, visando a contrabalançar a tendência comum – mas lamentável – dos governos e maiorias políticas, de tentar silenciar os que expressam opiniões impopulares ou divulgam fatos que desagradam os que estão no poder.

Desse modo, diante de posição preferencial já discorrida das liberdades comunicativas, uma vez que se depare com um conflito entre o direito personalíssimo ao esquecimento e o direito fundamental à liberdade de expressão em sentido amplo, não se pode dizer que necessariamente um direito se sobrepõe obrigatoriamente ao outro. Apresenta-se necessária a ponderação considerando o caso concreto, em qual extensão os direitos estão sendo atingidos e quais medidas são proporcionais e efetivas.

Em todo caso, em se tratando da tutela de direito fundamental relativo à liberdade de expressão, a regra em geral a ser aplicada é a de que a tutela dos direitos da personalidade deve ser a posteriori, por meio de direito de resposta ou pela responsabilização dos emissores que abusaram do direito a se expressar livremente. Essa ordem de tutela – garantir a liberdade primeiro, responsabilizar depois - se coaduna com a postura adotada em nossa ordem constitucional em que a censura é vedada (art. 220, § 2º, da Constituição Federal). Ademais, é uma maneira de se fazer proteger ambos os direitos, ainda que não integralmente:

[d]ela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição

---

<sup>20</sup> SARMENTO, op. cit. Vide nota 17.

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<sup>21</sup>.

No plano prático, o presente embate entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão foi trazida à discussão no Superior Tribunal de Justiça em dois casos, que receberam tratamentos diferentes pela mesma turma.

No julgamento do REsp 1.334.097/RJ<sup>22</sup>, conhecido como “Caso Chacina da Candelária”, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela violação do direito de um envolvido na chacina que foi absolvido de todas as acusações, vez que a citação do inocente tantos anos após o ocorrido em episódio do programa “Linha Direta” lhe trouxe diversos transtornos de ordem pessoal. Neste sentido, considerou-se abusiva a vinculação do autor absolvido ao fato, apresentando seu nome e figura, considerando que a ocultação de sua pessoa não traria qualquer prejuízo a liberdade de imprensa. Reconheceu-se, portanto, o direito de um inocente de ser esquecido enquanto às acusações pretéritas, a fim de que possa seguir sua vida.

Resultado distinto foi o do REsp 1.335.153/RJ<sup>23</sup>, conhecido como “Caso Aída Curi”, em que se viu pela turma negado o direito ao esquecimento dos familiares de vítima de estupro e homicídio ocorrido em 1958, em relação à divulgação do caso nos dias atuais, entendendo o tribunal superior que se estaria diante de caso de relevante interesse público. Ademais, soma-se o fato que não seria possível a narração do fato pela imprensa sem que se mencionasse o nome da vítima, conhecido por meio desse.

---

<sup>21</sup> BARROSO, op. cit. Vide nota 5.

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1239004&tipo=0&nreg=201201449107&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130910&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10 set. 2015.

<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.335.153/RJ. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1237428&tipo=0&nreg=201100574280&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130910&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10 set. 2015.

Nos presentes casos, a dualidade no tratamento se justifica diante da ocorrência do interesse público: o direito ao esquecimento cede espaço quando este impossibilita a efetivação do direito a memória histórica e coletiva. Note-se que em ambos os julgados, tratavam-se de casos de importância histórica, mas tão somente o direito ao esquecimento dos autores do REsp. 1.335.153/RJ<sup>24</sup> impossibilitariam o interesse da população de ter acesso a tais fatos e informações. Casos de grande repercussão como os afirmados fazem parte da memória da sociedade e servem como lembrança e orientação para que não sejam repetidos pelas futuras gerações, por isso não podem ser esquecidos. O que não deve se admitir é a exploração sem medidas de fatos que não se apresentam relevantes à memória histórica.

Tendo como base tal diferenciação quanto à tutela do direito ao esquecimento dos indivíduos, é na internet e meios tecnológicos que ele encontra maior relevância, visto que o conteúdo publicado é predominantemente privado e sem relevância pública, devendo o indivíduo ter controle sobre a propagação – e eventual – esquecimento de seus atos e dados pessoais, razão pela qual a sua proteção será mais forte.

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem o direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha o direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a sua vida, por um acontecimento pretérito<sup>25</sup>.

Por fim, o que se verifica é que somente na análise concreta dos casos, mediante a ponderação acima analisada, poderá se observar quais interesses deverão prevalecer, considerando o direito ao esquecimento do indivíduo e o direito fundamental à liberdade de expressão como um todo. Desta forma, “o caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuada divulgação da notícia com

---

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 170.

os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida”<sup>26</sup>. Como apontado por Anderson Schreiber, não há solução simples.

## CONCLUSÃO

No ordenamento jurídico brasileiro atual, é certo que o direito ao esquecimento se apresenta como um direito da personalidade digno de tutela e proteção jurídica, apresentando-se como um reflexo da importância a que foi atribuída ao indivíduo. Tal direito assume cada vez mais como um importante aliado na proteção dos indivíduos no que toca os fatos da vida privada, em mais um dos contornos da tutela da dignidade da pessoa humana.

Ao mesmo tempo em que o direito ao esquecimento deve ser protegido e promovido, ele não é absoluto, e as situações nas quais ele é aplicado também terão incidência tantos outros direitos constitucionalmente previstos, em especial as liberdades comunicativas, de modo que não podem ser desconsideradas. Essas liberdades buscam principalmente garantir a proteção do interesse coletivo, tanto no sentido do acesso à informação presente como na manutenção da memória coletiva, e por essa razão devem ser protegidos.

Assim sendo, em casos em que a sociedade perca efetivamente com a não divulgação dos fatos, tanto para fins de promoção da informação, do direito à memória ou da democracia como um todo, a prevalência a princípio deve ser das liberdades comunicativas em detrimento do direito do indivíduo ao esquecimento. Isso não significa que o direito ao esquecimento não mereça a tutela pelo ordenamento, mas sua maior força se dará no âmbito das relações privadas, em que seus avanços são mais sentidos e significativos.

Como dois lados de uma mesma história, a colisão entre direito ao esquecimento e as liberdades comunicativas é inevitável. Trata-se de batalhas a serem travadas em cada caso, cujas especificidades são valiosas na resolução da questão, de modo que somente pela ponderação pode-se chegar a melhor solução. Em todo caso, ganha-se todos, pois

---

<sup>26</sup> Ibid, p. 172.

independente de maior ou menor incidência no caso, é indiscutível que o direito ao esquecimento existe e deve ser defendido.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação*. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista Trimestral de Direito Civil. Local: Rio de Janeiro, vol. 16, dezembro, 2003.

BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 09 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1239004&tipo=0&nreg=201201449107&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130910&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.335.153/RJ. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1237428&tipo=0&nreg=201100574280&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130910&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10 set. 2015.

CORDEIRO, Carlos José; PAULA NETO, Joaquim José. A concretização de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Cordeiro-e-Paula-Neto-civilistica-com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016

DESAFIOS contemporâneos da liberdade de expressão. Palestrante: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro, Emerj, 2015, 1 DVD.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e o "Direito ao Esquecimento" no ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Diálogos sobre Direito Civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.