



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA INFORMAÇÃO: PROTEÇÃO DA
HONRA E DA INTIMIDADE NAS MATÉRIAS JORNALÍSTICAS

Stéfanie Mazza Ribeiro

Rio de Janeiro
2018

STÉFANIE MAZZA RIBEIRO

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA INFORMAÇÃO: PROTEÇÃO DA
HONRA E DA INTIMIDADE NAS MATÉRIAS JORNALÍSTICAS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA INFORMAÇÃO: PROTEÇÃO DA HONRA E DA INTIMIDADE NAS MATÉRIAS JORNALÍSTICAS

Stéfanie Mazza Ribeiro

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – Este trabalho discute a relação entre a aplicação de certos princípios e a limitação da incidência de outros, observando o momento atual da profusão de informações, no caso, as matérias jornalistas. Desse modo, é analisado o confronto entre a liberdade de noticiar e opinar, e o respeito aos direitos da personalidade que prezam pela preservação da esfera privada dos indivíduos. Verifica-se a possibilidade de se empregar meios para proteger a dignidade dos envolvidos em matérias jornalísticas sem que se permita o cerceamento do direito à informação, considerando o trauma da ditadura, amalgamado pela sociedade brasileira contemporânea.

Palavras-chave – Dignidade da pessoa humana. Direito Civil. Direito Constitucional. Direito Civil-Constitucional. Direitos da Personalidade. Direito ao esquecimento. Proteção da honra. Liberdade de expressão. Direito à informação. Princípios constitucionais.

Sumário – Introdução. 1.A evolução contextualização atual dos Direitos da Personalidade 2. A aplicação dos Direitos da Personalidade nos Tribunais. 3. Os conflitos entre direitos e princípios e suas soluções. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como escopo a discussão que envolve os limites da atuação jornalística pautada na liberdade de expressão e no direito à informação em relação aos princípios que informam a dignidade da pessoa humana, notadamente aqueles relativos à personalidade, tais como proteção da honra, direito à privacidade e direito ao esquecimento.

Para instrumentalizar esse objetivo é necessário analisar a evolução dos direitos da personalidade, o que se dará no primeiro capítulo. Para tal será traçado o histórico desses direitos, com destaque para o direito ao esquecimento e suas origens no direito à privacidade na era medieval, até a sua mais moderna acepção, que se relaciona com a auto determinação das informações. Ainda no primeiro capítulo será verificado o atual estágio de positivação dos direitos da personalidade na legislação brasileira, tanto na Constituição da República, de 1988, quanto na legislação civil em vigência.

No segundo capítulo será questionada a possibilidade de limitação de determinados direitos legitimamente garantidos, em caráter notadamente coletivo – nominalmente, o direito à informação e à liberdade de expressão, assim como prerrogativas profissionais relacionadas

ao jornalismo – em razão de atingirem a esfera de proteção da honra e dignidade individual dos envolvidos. Será necessário tratar dos conflitos entre as normas jurídicas e as novas tecnologias, expondo sua incapacidade de se antever às novas descobertas, principalmente no ambiente da internet, que criam novos dilemas e paradigmas.

Passada essa análise inicial, o terceiro capítulo se ocupará do exame da aplicação dos direitos da personalidade na prática dos Tribunais Superiores. Para cumprir esse intento é necessário traçar a relação entre os Princípios Constitucionais e as normas de Direito Civil, notadamente a doutrina do Direito Civil Constitucional, e sua influência na aplicação desses direitos. Referenciar-se-á, brevemente, casos nos quais se discutiu justamente a colisão entre princípios constitucionais e direitos previstos também na legislação civil.

A pesquisa será elaborada com o emprego do método hipotético-dedutivo, ou seja, serão propostas hipóteses que se julga serem viáveis, as quais argumentativamente serão objeto de comprovação ou rejeição ao final.

Assim, essa pesquisa terá abordagem qualitativa, uma vez que se pretende a análise da bibliografia atinente à matéria objeto de estudo, incluindo doutrina, legislação e em especial jurisprudência, para amparar a tese central.

1. A EVOLUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO ATUAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A tradicional divisão das diversas disciplinas do direito comporta duas colunas: o direito público e o direito privado. Essa divisão, embora desgastada, sobreviveu por séculos na sociedade moderna e, no caráter privatista, tinha sua principal base no *Code Civil* francês (ou, posteriormente, Código Napoleão), de 1804.

Por essa separação tinha-se que enquanto os negócios públicos, entendidos como aqueles entre cidadão e governo, deveriam possuir um regramento pautado pela autoridade do ente político, nos negócios entre particulares, por sua vez, prevaleceriam regras outras que indicavam no sentido da autonomia das partes.

O direito civil que descendeu do *Code* cuidava, portanto e principalmente, das questões atinentes à capacidade, família e propriedade, “o reino da liberdade individual”, nas

palavras de Maria Celina Bodin de Moraes¹. Desse modo, ainda no ensinamento da prestigiosa jurista, tinha-se pelo direito civil apenas as limitações necessárias a permitir a convivência em sociedade, privilegiando-se a plena liberdade para o desenvolvimento das atividades econômicas. O direito público, proferido pelo Estado, tratava de tutelar os interesses gerais².

De maneira gradual essa separação quase hermética foi esmorecendo, como havia de ser, a partir das próprias mudanças sentidas no cenário político geral, que indicavam um novo Estado, ao qual se passou a atribuir também a influência nos interesses individuais. Essa mudança é notada quando o Estado passa a atuar na economia, em contraponto à visão liberal anteriormente adotada. A partir desse ponto não se pode mais falar em liberdades absolutas no campo privado, com primazia do contrato e respeito à propriedade. O direito civil, tal qual sua concepção moderna tradicional, perde então seu lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em especial a partir da Primeira Guerra Mundial, no início do século XX, novas tendências políticas voltadas à justiça social passam a ditar esse novo modelo de Estado, mais intervencionista e preocupado com a regulamentação jurídica. A relação do direito público também se altera, com a mitigação da ideia de sujeição total do indivíduo frente ao poder estatal. O emergente Estado Democrático de Direito passa a ser entendido como instrumento de promoção de igualdades materiais. Como consequência direta, há regras constitucionais passam a incidir diretamente sobre as relações privadas.

Essa dinâmica se reproduziu no Brasil, tendo atingido um ponto central de evolução com a promulgação da Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002. A lógica absolutamente privatista foi abandonada para dar espaço a novas preocupações. Ao mesmo tempo, verificou-se ao longo do século XX, no Brasil e também na Europa Ocidental, um movimento de descodificação, atribuindo a diversas leis especiais a disciplina de matérias relevantes para cada ordenamento. No Brasil esse movimento culminou no papel reunificador do sistema atribuído à Constituição de 1988³.

Esse papel atribuído à Constituição faz-se sentir na sua irradiação para todas as disciplinas legais, inclusive o Direito Civil. Nesse ponto, a partir do Código Civil de 2002, o seu diálogo com a Constituição passou a estar ainda mais aparente, como, por exemplo, com a

¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil* – Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 4.

² *Ibidem.*, p. 5.

³ TEPEDINO, Gustavo. Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional* – Parte Geral. – Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 3.

inclusão dos direitos da personalidade, ausentes no Código Civil anterior, de 1916. Sintetiza Luiz Edson Fachin que o “Direito Formal chegou-se à legalidade constitucional. Nada obstante, de modo diferente dos civilistas tradicionais, o Direito Civil brasileiro contemporâneo tomou como norma vinculante os princípios constitucionais. Foi à fonte do novo constitucionalismo”.⁴

É nesse cenário que se solidifica a dogmática da utilização do Estado como instrumento para promover uma sociedade mais justa e igual, na qual se prestigiam os interesses dos cidadãos. É relevante a lição de Maria Celina Bodin de Moraes⁵:

[...] No Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que é este o valor que conforma todos os ramos do direito.

Prossegue a autora⁶:

A transposição das normas diretivas – isto é, do eixo central do sistema de direito civil – do texto do Código para o da Constituição acarretou relevantíssimas consequências jurídicas que se delinearam a partir da alteração da tutela ao indivíduo (oferecida pelo Código) para a proteção da dignidade da pessoa humana (garantida pela Constituição e por ela considerada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil). O princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade humana, mas não só, não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante; não apenas conduzindo somente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação (*rectius*, transmutação) do sistema de direito civil – de um direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico.

Assim, como também indica Tepedino⁷, a dignidade da pessoa humana é elevada ao patamar de valor máximo no ordenamento pátrio. Nessa esteira, o Código Civil de 2002, ao trazer as previsões relativas aos direitos da personalidade, nos artigos 11 a 21, os reconheceu como “valor ético emanado da pessoa humana e da consideração pelo direito civil do ser

⁴ Em sentido semelhante Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “Grande parte da doutrina especializada, antiga e moderna, encontra-se coesa em torno do caráter normativo das prescrições constitucionais, isto é, de sua juridicidade. As normas constitucionais, com efeito, são dotadas de supremacia (decorrente da rigidez constitucional) e elegem-se como as principais normas do sistema e não podem ser contraditas por qualquer regra jurídica, sendo precípua seu papel na teoria das fontes do direito civil.” MORAES. op. cit., p. 13.

⁵ Ibidem., p. 11.

⁶ Ibidem., p. 48.

⁷ TEPEDINO, op. cit., p 11.

humano em sua complexidade”⁸, os quais “são corolários de uma compreensão de pessoa como valor, que requer tutela privilegiada ao conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.”⁹

Não obstante a evolução que aponta para a constitucionalização do direito civil ser fruto de alterações ideológicas para um Estado mais intervencionista, observa-se que a tutela dos direitos da privacidade indicam principalmente um caráter mais individual, que se compatibiliza na primeira geração de direitos humanos, de origem nos interesses da burguesia. Desse leque de direitos da personalidade previstos no Código Civil, destaca-se a proteção à honra, à intimidade e à privacidade, nos artigos 17, 20 e 21. Mantém-se, assim, em certa medida, o caráter privado do direito civil, ainda que temperado pela dignidade humana em todas as suas demais acepções.

2. OS CONFLITOS ENTRE DIREITOS E PRINCÍPIOS E SUAS SOLUÇÕES

Desde logo quando se analisa a proteção dos direitos da personalidade ligados à intimidade e privacidade se faz necessário localizar esses direitos na evolução histórica dos chamados direitos humanos.

Tais direitos se caracterizam como pertencentes à primeira geração de direitos humanos, os quais exigem uma prestação negativa do Estado, isto é, não é necessário que o Estado faça algo, mas deixe de fazer – no máximo garanta que outros particulares tampouco façam.

Como ensina o professor Stefano Rodotà¹⁰, a privacidade surge como um direito a ser perseguido principalmente com a passagem da sociedade ocidental dos feudos, nos quais predominava a natureza comunitária das relações, para a ascensão da burguesia e o surgimento das cidades. Com esse movimento, a ideia de espaços públicos separados de espaços privados ganhou contornos mais definidos, alcançando-se assim a ideia de que há uma parte da vida da família que não está disponível para espectadores externos.

⁸ RODRIGUES, Rafael Garcia. “A pessoa e o ser humano no Código Civil”. In TEPEDINO, op. cit., p. 61.

⁹ Ibidem, p. 61

¹⁰ RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28.

Nesse sentido, o jurista italiano indica a existência de diferentes manifestações da privacidade¹¹: (i) o direito do indivíduo ao controle do modo como as informações a seu respeito serão utilizadas por outros; (ii) a proteção das escolhas de vida das formas de controle público e da incidência de estigmas sociais; e (iii) o direito a garantir que as informações a seu respeito não serão utilizadas fora de contexto. Em resumo aponta “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir a sua própria esfera particular. ”

É interessante notar, portanto, que se no seu surgimento o direito à privacidade era tido como um direito eminentemente individualista e negativo¹², hoje já aponta para a necessidade de efetivas ações do Estado para a garantia do seu amplo exercício. Tal evolução é notável no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com o advento da Constituição de 1988, que além de garantir o direito à intimidade, privacidade e imagem, dota os indivíduos de instrumentos para a sua proteção, tanto pela previsão no caso de violação daqueles direitos¹³, como com a previsão do *habeas data*.

Tais previsões não estão restritas à Constituição da República. É assim que, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, no *caput* do seu art. 43, prevê “O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.” Ou seja, mais do que impedir o acesso de terceiros à sua vida privada e íntima, projeta-se um direito ao conhecimento e controle das informações do indivíduo nessa nova ordem constitucional.

¹¹ RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. In: PEIXOTO, E. L. C. ; EHRHARDT JUNIOR, M. A. A. “*O Direito à Privacidade da Sociedade da Informação*”. In: LIMA NETO, Manoel Cavalcante de (Org.); LIMA, Alberto Jorge de Barros; NETTO, Antonio Alves Pereira Netto; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos. I Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas ENPEJUD: Poder Judiciário: estrutura, desafios e concretização dos direitos. Maceió: FUNDESMAL, 2016, p. 353-369.

¹² Como indica Carlos Nelson Konder em seu artigo “*Privacidade e corpo: convergências possíveis*” - Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 354-400, mai./ago. 2013, em um primeiro momento a concepção do direito à privacidade pela Suprema Corte dos Estados Unidos se resumia ao “direito de ficar só” ou o “direito de ser deixado só”, ou seja, nas palavras do autor: “a proteção jurídica de espaços livres de vigilância para o desenvolvimento da personalidade; a defesa de uma existência pessoal única contra perturbações exteriores, como o assédio e a observação.”

¹³ Conforme expressamente está disposto no art. 5º, X:

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;

Ocorre que a proteção da vida privada, das informações pessoais e da intimidade possui algumas resistências impostas pelo próprio ordenamento jurídico. Isso porque há uma gama de outros direitos constitucionalmente previstos, igualmente integrantes do grupo dos direitos fundamentais, que desafiam a sua ampla e irrestrita aplicação.

Vigora no Brasil a liberdade de expressão, vedada a censura nos meios de comunicação. Como indica Luís Roberto Barroso¹⁴, há apenas mecanismos de controle, os quais objetivam impedir a utilização abusiva da liberdade de expressão nos meios de comunicação. Ensina o autor¹⁵:

A Constituição brasileira de 1988 foi o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder. Ao reentronizar o Direito, as liberdades públicas e a negociação política na vida do Estado e da sociedade, removeu o discurso e a prática da burocracia tenocrático-militar que conduzira o país por mais de vinte anos.

Nesta nova ordem, a garantia da liberdade de expressão, em suas múltiplas formas, foi uma preocupação constante do constituinte, que a ela dedicou um conjunto amplo de dispositivos, alguns deles superpostos. Rejeitava-se, da forma mais explícita possível, o modelo anterior, no qual a censura, além de implementada independente da lei e até contra a as normas em vigor, ainda contava com uma cláusula permissiva, no art. VIII, d da Carta de 1967-69: (...).

De plano, portanto, é possível constatar que vige no país ampla liberdade de expressão, estando proibida a censura sob qualquer forma. Todos os caminhos conduzem a esse resultado: tanto a mera interpretação semântica do texto, como os elementos histórico e teleológico ou ainda os princípios fundamentais do Estado brasileiros, consagrados no texto constitucional.

Da análise, de um lado da proteção conferida à privacidade, intimidade e controle de informações, e de outro da garantida da liberdade de expressão e imprensa e direito à informação, surge um potencial conflito. Trazendo a discussão especificamente para o direito ao esquecimento, isto é, quando já houve a possível violação – ponderada ou não – do direito à honra e imagem do indivíduo, bem como do direito à privacidade e intimidade, em razão de veiculação de notícias pela imprensa, as quais se pretende limitar a divulgação, o conflito se afigura ainda mais complexo.

Isso porque em se tratando de notícias que atribuam fatos criminosos ao indivíduo, há um maior apelo popular pela sua divulgação em razão de seu cunho normalmente informativo. Em outro sentido, no entanto, a veiculação das referidas notícias podem possuir um espectro ainda mais amplo – e duradouro – que eventuais consequências penais de fato criminoso imputado ao indivíduo. É dizer: não raro ocorre de a divulgação da notícia a

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. – Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 350.

¹⁵ *Ibidem.*, p.354-356.

respeito do agente criminoso se estender mesmo depois de o indivíduo ter sido processado, condenado e cumprido a pena imposta ou, ainda, ter sido inocentado.

Como se sabe, a antes referida liberdade de expressão e informação é garantida constitucionalmente, não sendo admitida qualquer censura que prejudique a “*plena liberdade de informação jornalística*”¹⁶.

Nesse momento, entre o confronto da liberdade de informação, inclusive liberdade de imprensa, e a proteção da intimidade, honra, imagem e vida privada, que se traduzem como direito ao esquecimento, afigura-se a colisão de direitos fundamentais. Como ensina Luís Roberto Barroso¹⁷, na solução desses conflitos há de ser utilizada a técnica da ponderação de valores. Sobre o tema, destaca-se o ensinamento do professor Daniel Sarmento¹⁸:

A ponderação de interesses tem de ser efetivada à luz das circunstâncias concretas do caso. Deve-se, primeiramente, interpretar os princípios em jogo, para verificar se há realmente colisão entre eles. Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro. A compressão a cada bem jurídico deve ser inversamente proporcional ao peso específico atribuído ao princípio que o tutela, e diretamente proporcional ao peso conferido ao princípio oposto. Nestas compressões, deve ser utilizado como parâmetro o princípio da sua proporcionalidade em sua tríplice dimensão.

Posta a necessária ponderação entre os princípios e direitos em jogo, é necessário que o intérprete do texto legal, ao verificar os interesses no conflito, considere o direito de índole coletiva que indica para a liberdade de imprensa, temperado, logicamente, pelas restrições do parágrafo 1º do art. 220 da Constituição. Assim, não é qualquer notícia que deve ser considerada em um conflito com outros direitos – por óbvio que notícias apelativas e de cunho sensacionalista, que visem estritamente ofender a honra e a imagem de indivíduos, sequer poderiam ser veiculadas, por faltar-lhes conteúdo jornalístico que lhes confira legitimidade.

As notícias jornalísticas a serem consideradas são aquelas que, tendenciosas ou não, efetivamente possuam o intuito de informar ou manifestar uma opinião, respeitados os ditames constitucionais referidos. Por mais que tais notícias possuam essas características, ainda assim podem possuir o condão de macular a honra e imagem, e o problema reside

¹⁶ De se ressaltar que a referida previsão constitucional, do art. 220, contém ressalva expressa com relação, dentre outros, à proteção da honra, imagem, intimidade e vida privada, dispondo o seu parágrafo 1º:

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

¹⁷ BARROSO, op. cit., p. 363.

¹⁸ SARMENTO, Daniel, A ponderação de interesses na Constituição Federal, 2000, p. 196-7. In: BARROSO, op. cit., p. 364.

justamente em perquirir se é possível limitar a sua divulgação – mesmo que anos após a ocorrência do fato – ou se sua divulgação deverá ser ampla e irrestrita, não importando o lapso decorrido.

Cabe ainda trazer o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso sobre os critérios a serem considerados na ponderação entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão. Um primeiro requisito a ser considerado é a veracidade da informação, o qual, segundo o autor, “deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos.”¹⁹ Ou seja, deverá haver um juízo de plausibilidade, uma vez que seria impraticável exigir que os veículos apurassem com certeza absoluta a veracidade dos fatos.

Há ainda que ser verificado: a licitude do meio utilizado para obter a informação, requisito que não exige maiores explicações; a personalidade pública ou privada do indivíduo objeto da notícia, sendo certo que as personalidades públicas demandam proteção mais branda, ao passo que as demais possuem “tutela mais ampla de sua privacidade”; o local do fato noticiado, na medida em que fatos ocorridos em locais públicos possuem proteção mais restrita do que aqueles ocorridos em locais reservados; natureza do fato, que pressupõe que determinados fatos (como os crimes) possuem interesse jornalístico evidenciado, portanto passíveis de serem divulgados; interesse público na divulgação em tese, uma vez que os fatos verdadeiros por si só se presumem de interesse público, aquele que possui interesse na não divulgação deverá demonstrar que o interesse particular sobressai ao interesse público pela divulgação, refletido na própria liberdade de expressão; interesse público na divulgação dos fatos que se relacionam com órgãos públicos, é dizer, exceto quando indispensável à segurança do Estado, os fatos que envolvam órgãos públicos deverão ser divulgados, configurando direito de todos o acesso a essas informações (art. 5º, XXXIII da Constituição)²⁰; por fim, a preferência de sanções posteriores à divulgação dos fatos, como direito de resposta, retratação, retificação, responsabilização do agente da divulgação e, em hipóteses extremas, a interdição da divulgação.

¹⁹BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 235: 1-36, Jan./Mar. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 15 jan. 2018, p.21.

²⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

3. A APLICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NOS TRIBUNAIS

Os direitos da personalidade, como corolários da dignidade da pessoa humana, possuem amplo e variado espectro de aplicação pelos Tribunais brasileiros. Com a positivação de muitos dos direitos da personalidade, notadamente no Código Civil de 2002, e seu inafastável diálogo com a Constituição da República, verifica-se a existência de jurisprudência – ou, em alguns casos, de numerosos precedentes – que, em detrimento de direitos patrimoniais ou mesmo de direitos sociais coletivos, aqueles são privilegiados.

É importante notar que a consolidação da proteção de determinados direitos da personalidade pelos Tribunais, coincide com um momento de atuação mais contundente do Poder Judiciário em seu caráter contra majoritário, na esteira da Constituição de 1988.

É nesse movimento que se situam dois grandes exemplos dessa virada na atuação do Poder Judiciário. No primeiro caso, trata-se do histórico julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, que versou sobre o abortamento quando há a constatação de que o feto padece de anencefalia, sendo inviável a vida extrauterina.

No julgamento da ADPF nº 54²¹, os direitos da personalidade foram discutidos em dois principais aspectos: o início da personalidade do feto e seus desdobramentos e os direitos da personalidade dos progenitores do feto anencefálico. Com relação à gestante, o Ministro Celso de Mello destacou em seu voto: “(...) respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher (...)”. Na mesma linha argumentativa, realçando os direitos da intimidade e autonomia privada da gestante, votou o então Ministro Joaquim Barbosa.

Um segundo caso digno de nota foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a ADPF nº 132²², nos quais se discutiu a união entre pessoas do mesmo sexo, tendo como pano de fundo o art. 1.723 do Código Civil.

Em comum esses dois casos possuem, além da discussão em torno da dignidade humana e dos direitos da personalidade, o papel contramajoritário do Supremo. Tais matérias,

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54 / DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADPF&numero=54&origem=AP>>. Acesso em: 30 set. 2017.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 / DF e ADI 132 / RJ*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADI&numero=4227&origem=AP>>. Acesso em: 30 set. 2017.

postas em discussão no congresso nacional à época dos fatos (ou mesmo atualmente) desaguariam, inevitavelmente, em resultado totalmente oposto ao obtido no STF.

É de se destacar, por fim, que no primeiro dos exemplos supracitados, a tese vencedora foi defendida pelo então advogado Luís Roberto Barroso, que desde 2013 é Ministro do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Barroso, como se sabe, é um dos expoentes no Brasil com relação à técnica da ponderação nos casos de colisão de direitos fundamentais.

Passando especificamente à análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores com relação ao Direito ao Esquecimento e sua relação com as matérias jornalísticas, a indicar a sua colisão com Direito à Informação e a Liberdade de Imprensa, é importante destacar a ADPF nº 130²³, na qual se concluiu que a Lei de Imprensa, Lei nº 5250/67, é incompatível com a atual ordem constitucional.

Nessa decisão consignou-se que no conflito existente entre “blocos de direitos”, aqueles referentes aos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa precedem aos direitos relativos à honra, intimidade, privacidade, e outros relacionados. Desse modo, estes últimos direitos incidem posteriormente, tais como com a garantia de direito de resposta e a responsabilização civil e penal de eventuais ofensores que se valham da liberdade de imprensa e cometam excessos e abusos.

Ou seja, na análise do STF em 2009, o resultado foi pela impossibilidade de uma análise preventiva pelos direitos relacionados à privacidade, evitando-se assim uma espécie de censura prévia, que desencorajasse a liberdade de imprensa, em prejuízo da garantia democrática da imprensa livre.

De fato, quando a análise é feita pelo viés do Direito ao Esquecimento, o que se tem em verdade é uma minoração de danos, uma vez que a defesa deste direito está fundada na anterior existência de notícias e informações do indivíduo. Daí que já se pode, desde logo, concluir que houve uma exposição anterior, que precedeu a busca pelo esquecimento do fato que se pretende ocultar, e que, portanto, a colisão entre direitos ocorre quando o Direito à Informação e a garantia da liberdade de imprensa já foram em alguma medida exercidos, pelo que se pondera pela perpetuação ou cessação.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 130 / DF*. Relator Ministro Carlos Brito. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADPF& numero=130&origem=AP>>. Acesso em: 30 set. 2017.

Não se trata, portanto, de uma análise contemporânea: os fatos já são de conhecimento público – já não importando saber se foram divulgados de maneira legítima ou não – e, em momento posterior, pretende o indivíduo a sua ocultação.

No caso específico do Direito ao Esquecimento, não há precedente no Supremo. Há, no entanto, Recurso Extraordinário no qual se reconheceu a Repercussão Geral, tratando da matéria. Trata-se do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 833.248 / RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

No ARE 833.248, contudo, a questão é ainda diversa. O indivíduo ao qual se pretende garantir o Direito ao Esquecimento é falecido e foi vítima de crime, sobre o qual determinado canal de televisão produziu um programa. Veja-se a ementa da decisão que reconheceu a repercussão geral:

Ementa Direito Constitucional. Veiculação de programa televisivo que aborda crime ocorrido há várias décadas. Ação indenizatória proposta por familiares da vítima. Alegados danos morais. Direito ao Esquecimento. Debate acerca da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade. Presença de repercussão geral.

Ou seja: muito embora não se possa antever um posicionamento do Supremo com relação à matéria específica do Direito ao Esquecimento, é possível afirmar que a preocupação com a proteção dos Direitos da Personalidade é uma constante no Tribunal, ensejando inclusive a atuação contramajoritária. Por outro lado, pelo precedente formado com o julgamento do ADPF 130, fica realçada a preocupação do STF com eventuais censuras que se revistam de proteção de direitos individuais, em detrimento de direitos de amplitude coletiva e diretamente relacionados à manutenção da democracia.

Nesse sentido, inclusive, de se destacar o entendimento da Corte pelo qual, no caso de matéria jornalística que viole direitos da personalidade, a retirada de circulação da matéria apenas ocorrerá em casos extremos. Nos demais casos, a colisão deverá ser solucionada com a retificação da matéria, reparação civil ou pelo direito de resposta.

Em recente precedente²⁴, o Supremo julgou admitiu e procedente reclamação apresentada por veículo de imprensa em razão de decisão de primeiro grau que teria desrespeitado o precedente firmado pelo STF no julgamento da ADPF 130. Naquele caso, em

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 22328/RJ. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar_Consolidada.asp?classe=Rcl&numero=22328&origem=AP>. Acesso em: 10 mai. 2018.

decisão liminar o juízo havia determinado fosse retirado do site do veículo determinada matéria, pela qual o autor se sentiu ofendido.

O Supremo considerou que a decisão violou o precedente firmado ao não aplicar uma das medidas antes referidas (retificação da matéria, reparação civil ou direito de resposta), aplicando desde logo a interdição da notícia, reforçando o entendimento pelo qual apenas situações extremadas autorizam a medida.

CONCLUSÃO

Cada vez mais se torna necessário enfrentar a discussão que envolve os limites da atuação jornalística pautada na liberdade de expressão e no direito à informação em relação aos princípios que informam a dignidade da pessoa humana, notadamente aqueles relativos à personalidade, tais como proteção da honra, direito à privacidade e direito ao esquecimento.

A resposta para esse aparente conflito apenas poderá ser fornecida pelo Poder Judiciário, uma vez que as normas e os princípios estão postos, cabendo ao intérprete definir sua aplicação.

É importante que a discussão seja pautada observando-se a centralidade da preocupação com a vedação a qualquer forma de censura, uma vez que a liberdade de imprensa, como a própria liberdade de expressão, passados os anos da ditadura que antecederam a Carta Constitucional de 1988, tornaram-se princípios muito caros à sociedade brasileira.

Igualmente, ao mesmo tempo em que sociedade contemporânea cada vez mais possui acesso à internet, mais se torna necessário impor meios de utilização que privilegiem o respeito à dignidade da pessoa humana.

A resposta a ser dada pelos Tribunais não é simples e perpassa além da colisão de direitos, ao acesso – desigual – às ferramentas tecnológicas, cuja evolução não é e tampouco poderá um dia ser acompanhada em tempo real pelo direito positivo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <[http:// jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito](http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito)>. Acesso em 12 nov. 2010.

_____. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 235: 1-36, Jan./Mar. 2004. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 15 jan. 2018.

_____. Temas de direito constitucional. – Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54 / DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADPF&numero=54&origem=AP>> Acesso em: 30 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 / DF e ADI 132 / RJ*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADI&numero=4227&origem=AP>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 130 / DF*. Relator Ministro Carlos Brito. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADPF&numero=130&origem=AP>> Acesso em: 30 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 22328/RJ*. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=22328&origem=AP>> Acesso em: 10 mai. 2018.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos Wannabes, in *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDF*, vol. 15, jul.-set. 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil* – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEIXOTO, E. L. C. ; EHRHARDT JUNIOR, M. A. A. O Direito à Privacidade da Sociedade da Informação. In: Alberto Jorge de Barros Lima; Antonio Alves Pereira Netto; Lorena Carla Santos Vasconcelos Sotto-Mayor; Manoel Cavalcante de Lima Neto. (Org.). I Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas ENPEJUD: *Poder Judiciário: estrutura, desafios e concretização dos direitos*. 1ed. Maceió: FUNDESMAL, 2016.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional – Parte Geral*.

SCHEREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Atlas, 2011. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código civil interpretado: conforme a Constituição da República. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.

_____. TEPEDINO, Gustavo. Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional – Parte Geral*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2013.