



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO  
FUNDAMENTAL DIANTE A DIVULGAÇÃO DE FATOS PRETÉRITOS NO ÂMBITO  
CRIMINAL

Fernanda Duarte Oliveira

Rio de Janeiro  
2019

FERNANDA DUARTE OLIVEIRA

A APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO  
FUNDAMENTAL DIANTE A DIVULGAÇÃO DE FATOS PRETÉRITOS NO ÂMBITO  
CRIMINAL

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. Fetzner Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2019

## A APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DIANTE A DIVULGAÇÃO DE FATOS PRETÉRITOS NO ÂMBITO CRIMINAL

Fernanda Duarte Oliveira

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

**Resumo:** Na atual sociedade marcada pela hiperinformação, foi necessário criar mecanismos que protegessem a esfera da privacidade. Neste contexto, surge o direito ao esquecimento que, apesar de não ter guarita legal, pode ser entendido como um corolário dos direitos à privacidade e a dignidade da pessoa humana. Além disso, pode-se perceber que mesmo não estando previsto na legislação brasileira, este direito é influenciado por institutos já consagrados. Surge, assim, conflito com outras garantias fundamentais, como o da liberdade de informação, de expressão e de imprensa. A análise do caso concreto irá determinar a ponderação destes princípios constitucionais.

**Palavras-chave:** Direito ao Esquecimento. Direitos Fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Princípio da privacidade. Liberdade de Expressão. Liberdade de Informação.

**Sumário:** Introdução. 1. Direito ao esquecimento como espécie dos direitos da personalidade. 2. A atual influência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico e jurisprudência brasileira. 3. Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a aplicabilidade do direito ao esquecimento frente a divulgação de fatos pretéritos no âmbito criminal. Procura-se demonstrar que na atual realidade social, na qual a informação se difunde de forma massificada e o que se divulga pereniza, é necessário criar mecanismos que protejam a privacidade e a dignidade da pessoa humana.

Se de um lado está a liberdade de imprensa, de índole constitucional, com a função de informar a população sobre os acontecimentos de relevância social, de outro, também constitucionalmente garantidos, estão os direitos da personalidade.

Mas pergunta-se se, diante do caso concreto, o direito ao esquecimento, que não está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, é realmente um corolário do direito da personalidade de forma a prevalecer sobre o princípio da liberdade de imprensa.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a ponderação de princípios constitucionais.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de direito ao esquecimento e demonstrar o quanto a divulgação de fatos e eventos indefinidamente no tempo, com notória intervenção na privacidade, pode causar dano à dignidade das pessoas envolvidas.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho questionando a presença do direito ao esquecimento em nosso ordenamento jurídico e se este pode ser considerado um direito fundamental.

Segue-se, no segundo capítulo, analisando a influencia deste direito em institutos já consagrados, principalmente de índole criminal.

Por fim, no terceiro capítulo, a pesquisa pretende discutir a colisão de princípios fundamentais entre a liberdade de expressão e de informação *versus* o direito ao esquecimento, como um corolário do direito a personalidade.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprova-las ou rejeita-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1.DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO ESPÉCIE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Direito ao Esquecimento é um conceito relativamente novo, que vem ganhando força com os avanços tecnológicos.

O intenso desenvolvimento de meios de comunicação constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas, sendo necessário que o ordenamento jurídico crie mecanismos que assegurem os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988.

José Afonso Da Silva<sup>1</sup> utiliza a expressão direitos fundamentais do homem e os define como “as prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. Assim, pode-se entender como aqueles direitos necessários e extensíveis a todos os seres humanos, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Em regra, os direitos fundamentais estão positivados na Constituição Federal, mas é possível a existência de direitos fundamentais implícitos. O próprio artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo 2º<sup>2</sup>, dispõe que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Logo, é indubitável que é admitida a existência de direitos que, em razão do seu conteúdo, integram a Constituição, mesmo que não se encontrem expressamente positivados.

A razão deste raciocínio é que os direitos fundamentais são historicamente mutáveis, ou seja, se adaptam com as diferentes condições da sociedade em que estão inseridos, estando sujeitos a transformações do seu rol e conteúdo.

Dessa forma, quando novas circunstâncias de determinada sociedade exigem a proteção de determinados direitos até então não protegidos, que o ordenamento precisa se adaptar para corresponder às necessidades de determinado povo, seja por meio da consideração de direitos até então não existentes ou da adaptação do sentido de direitos já consagrados.

Na atual sociedade do século XXI, diretamente impactada pelos avanços tecnológicos e pelo fenômeno da globalização, é evidente a necessidade de reconhecimento de direitos fundamentais jamais cogitados por sociedades passadas<sup>3</sup>.

Dentre os direitos fundamentais estabelecidos expressamente na Constituição Federal, está o direito à privacidade (artigo 5º, X)<sup>4</sup>. Pode-se entender a privacidade como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 36. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 180

<sup>2</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 09 out. 2019.

<sup>3</sup> MACIEL, Rodrigo Augusto Pinto Maciel. *Direitos Fundamentais e a cláusula de abertura material*. Disponível em: <[www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50596/direitos-fundamentais-e-a-clausula-de-abertura-material](http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50596/direitos-fundamentais-e-a-clausula-de-abertura-material)> Acesso em: 09 out. 2019.

<sup>4</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>5</sup>SILVA, op. cit., p. 208.

Além disso, a doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooly, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: *Righttobealone*. “O rightofprivacy compreende, decidiu a Corte Suprema dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera de sua vida privada”<sup>6</sup>.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 também prevê em seu artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República. Nota-se que a dignidade da pessoa humana representa um direito geral da personalidade, a base de todos os demais direitos relacionados à personalidade da pessoa natural, denominados direitos especiais, como honra, liberdade, nome, imagem, vida, privacidade, entre outros<sup>7</sup>.

Neste contexto, diante dos atuais meios de comunicação, principalmente, a internet, com seu alto poder de propagação da informação, foi necessária a formação de um direito específico que protegessem à vida privada de episódios noticiados que não possuem mais nenhuma relevância jornalística, histórica ou interesse social.

Sob a tônica da modernidade e ancorada na informação massificada, se viu imprescindível a estipulação de um direito para salvaguardar informações que, sem nenhuma autorização, uma vez veiculadas, se tornam perenes e afetam a esfera íntima dos noticiados.

Assim, nasce o direito ao esquecimento, podendo ser assimilado como o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos de natureza criminal, que já aconteceram e, com o tempo, deixaram de ser uteis e de interesse público, provocando um dano à pessoa. Logo, é um direito que busca proteger a divulgação de fatos referentes a vida regressa das pessoas, especificamente de natureza criminal que, se conhecidos, reabrem antigas feridas já superadas.

Neste sentido é que se pode compreender que o Direito ao Esquecimento está estritamente associado ao direito fundamental à privacidade e a dignidade da pessoa humana, uma vez que busca tutelar a esfera mais íntima da vida privada, apesar de em nenhum momento ser citado na legislação brasileira.

A tese do direito ao esquecimento ganhou força na doutrina jurídica com o Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STF, cujo teor e justificativa ora se transcrevem<sup>8</sup>:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil

---

<sup>6</sup>Ibidem.

<sup>7</sup>CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil*, Parte Geral. 3ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 213.

<sup>8</sup>BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 531*. Disponível em: <[www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142](http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142)>. Acesso em: 09 out. 2019.

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

Com este Enunciado, fica evidente que a aceitação do Direito ao Esquecimento pela doutrina brasileira como um corolário da dignidade da pessoa humana.

Em suma, os direitos da personalidade derivam da própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os valores mais significativos do indivíduo, seja em face do Poder Público ou dos demais indivíduos, expressando o mínimo necessário e imprescindível para uma vida com dignidade<sup>9</sup>.

Assim, em razão da Constituição Federal e todo o ordenamento jurídico terem buscado proteger as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, o conjunto de informações acerca do indivíduo também deve ser resguardado, cabendo só ao detentor decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições poderia se expor.

Também chamado de “direito de ser deixado em paz” ou o “direito de estar só”, o direito ao esquecimento estipula que só cabe a pessoa detentora da informação permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos<sup>10</sup>.

Ressalta-se que por conta da proteção constitucional e legal dos direitos da personalidade, havendo violação a tais direitos, quando há divulgação não autorizada, caracteriza dano, passando a pessoa lesada ter direito a uma compensação financeira por essa violação.<sup>11</sup>.

Portanto, em razão do destaque dado pela Constituição a estes direitos que englobam a esfera íntima e privada das pessoas, é imprescindível notar que o rol do direito à privacidade foi estendido para incluir direito ao esquecimento, totalmente necessário na atual sociedade hiperinformada.

---

<sup>9</sup> RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. *Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade de informação*. Disponível em: <[www.esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Infirma%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www.esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Infirma%C3%A7%C3%A3o.pdf)> Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>10</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e STJ comentados*. Manaus: Dizer o Direito, 2014, p. 198.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit, nota 2.

Assim sendo, embora não previsto na legislação, o direito ao esquecimento pode ser considerado uma decorrência dos direitos da personalidade e da dignidade humana, possuindo assento constitucional (art. 1º, III, e 5º, X).

## 2. A ATUAL INFLUÊNCIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURIDICO E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como já visto anteriormente, o direito ao esquecimento não está previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, é possível ver a sua influencia em alguns institutos já consagrados que visam estabilizar o passado e não interferir no presente.

É o caso da prescrição, conforme artigo 72, do Código Penal<sup>12</sup>. Com ela, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, fixando lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada<sup>13</sup>.

Dessa forma, após passado esse tempo, não poderia o Estado aplicar alguma sanção ao agente, tendo como uma das justificativas que o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato. Como afirma Giulio Battaglini<sup>14</sup>, a prescrição “cessa a exigência de uma reação contra o delito, presumindo a lei que, se o tempo não cancela a memória dos acontecimentos humanos, pelo menos a atenua ou a enfraquece”.

Outra justificativa para o instituto da prescrição é que o decurso do tempo leva à recuperação do criminoso, de forma que o Estado perde os motivos para desencadear a punição.

Assim, se as próprias justificativas da prescrição remetem a ideia de que com o passar do tempo não há mais necessidade de aplicação da pena, a divulgação de fatos ocorridos no passado, sem nenhuma contemporaneidade, diverge da essência que levou o legislador a criar este, como outros institutos que veremos a seguir.

Notório é que a divulgação perene de um crime cometido pelo agente, o estaria punindo socialmente, impedindo sua reintegração à sociedade e a restauração de sua dignidade sem sofrer preconceitos e constrangimentos.

---

<sup>12</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 07 set. 2019.

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cezar.Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. V.1. 25 ed. rev., e atual. 2019. São Paulo, Saraiva, 2019.

<sup>14</sup> BATTAGLINI, Giulio, *Direito Penal*, tradução de Paulo José da Costa Júnior, Armida B. Miotto e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, Saraiva, 1973. V.1, p 82.



Além disso, um dos objetivos da pena imposta ao agente de um fato criminoso é a sua reabilitação. O artigo 1º da Lei de Execuções Penais estabelece que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica reintegração social do condenado e do internado<sup>15</sup>.

Se reintegrar um indivíduo a sociedade é oferecer ao reeducando, condições para que ele consiga se regenerar e, desta forma, não voltar mais a realizar o mesmo crime ou outros, a divulgação eterna do ocorrido seria um ciclo vicioso, sem a chance de uma superação.

Assim como, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 64, I<sup>16</sup>, dispõe que após o prazo de cinco anos do transito em julgado, não poderá o individuo ser considerado reincidente. Ou seja, adotou-se o sistema da temporariedade, uma vez que os efeitos negativos da reincidência duram apenas por determinado período de tempo.

Desse modo, negar que houve uma tendência do legislador de resguardar o individuo de atos cometidos no passado, é negar a própria existência desses institutos previstos em nossa legislação.

Evidente, assim, conforme todos os institutos citados acima, que mesmo não expreso, o direito ao esquecimento já influi em nossa legislação, na medida em que não se pode prejudicar alguém por fatos anteriores após um certo lapso de tempo.

O direito ao esquecimento tem relação com a memoria individual de cada pessoa, com a informação sobre situações que já aconteceram e que, com o tempo, deixaram ser úteis, não sendo de interesse publico, e dando ao individuo a oportunidade de reinserção na sociedade.

Não parece justo para autores de atos delituosos que estejam em processo de ressocialização, para os absolvidos em procedimentos criminais, tampouco para as vitimas e seus familiares, que fatos pretéritos sejam continuamente lembrados, isto é, que o passado seja convertido em um presente continuo.

Obvio que há casos impossíveis de serem esquecidos diante de sua repercussão, mas um país que busca ressocializar os agentes desses crimes, deve garantir de forma segura que a lembrança de acontecimentos passados não sejam empecilhos capazes de prejudicar sua imagem, de modo que não consiga se reinserir na sociedade.

---

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei nº 7.210*, 11 de julho de 1984. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 07 set. 2019.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit, nota 12.

Vale lembrar que o tema direito ao esquecimento também foi objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais nº 1.334.097<sup>17</sup> – RJ e nº 1.335.153<sup>18</sup> –RJ, ambos da relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão.

O caso analisado no REsp nº 133.097 – RJ, tratava-se da história de um dos acusados de ter participado do trágico episódio conhecido como a Chacina da Candelária, ocorrido no Rio de Janeiro em 1993, mas que ao final do processo fora considerada inocente. Anos após a absolvição do envolvido, uma emissora de televisão produziu documentário sobre o episódio, apontando novamente o seu nome como uma das pessoas que havia participado do crime. O indivíduo ingressou com uma ação de indenização, argumentando que sua exposição no programa, reacendeu na comunidade onde reside a imagem de que ele seria um assassino, violando seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal. Alegou, inclusive, que foi obrigado a abandonar a comunidade em que morava para preservar sua segurança e a de seus familiares. Ao final, a Corte Superior entendeu pela procedência da ação, já que permitir uma nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade.

Já o caso analisado no REsp nº 1.335.153 – RJ, se referia à ação com o objetivo de receber indenização por danos morais, materiais e à imagem pleiteada pelos familiares de Aida Curi, estuprada e morta em 1958 por um grupo de jovens. Novamente, muitos anos após o ocorrido, a uma emissora de televisão produziu documentário, divulgando o nome da vítima e fotos reais. Para os autores da referida ação, não havia mais a necessidade de se resgatar aquela história, que havia ocorrido muitos anos atrás e que já não fazia parte do conhecimento comum da população, apenas trazendo de volta as nefastas lembranças do crime e todo o sofrimento que o envolve.

Neste caso, em que pese a Corte ter entendido pela ausência de abalo moral apto a gerar responsabilidade civil, reconheceu que assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento, direito este que consiste em não se submeter a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causam, por si, inesquecíveis feridas.

Assim, apesar de o direito ao esquecimento ser uma temática recente na doutrina e na jurisprudência brasileira, é visível a influência deste direito em institutos já consagrados em

---

<sup>17</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.334.097*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num\_registro=201201449107&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 07 set. 2019.

<sup>18</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.335.153*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num\_registro=201100574280&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 07 set. 2019.

nossa legislação, de forma que o indivíduo não pode ser prejudicado por fatos que ocorreram há tempos.

Percebe-se, então, a tentativa do legislador de proteger o indivíduo de fatos ocorridos em seu passado, para que não possa influenciar no presente ou futuro. O próprio termo ‘esquecimento’ remete a possibilidade de controlar a sua própria identidade, de preservar a opção de começar de novo e superar os fatos pregressos.

Se todos esses institutos visam beneficiar o agente para que possa voltar a ter uma vida digna, sem interferências que podem causar, não parece justo permitir que fatos anteriores, mesmo sem contemporaneidade possam ser eternamente lembrados afetando a vida e abrindo antigas feridas.

### 3. DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO

Diante do cenário posto nos capítulos anteriores, o direito ao esquecimento, definido como a desvinculação do indivíduo de algum fato pretérito, depois de decorrido certo lapso temporal, apesar de não estar expressamente previsto na legislação brasileira, é corolário do direito à intimidade, à privacidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, estes de status constitucional.

Inegável perceber que, surge então, uma colisão entre direitos fundamentais. De um lado, os direitos da personalidade, dentre eles o direito ao esquecimento, e, de outro lado, a liberdade de imprensa, de informação e de expressão, valores de índole constitucional, ínsito de uma sociedade contemporânea, multifacetária e globalizada, os quais não podem estar submetidos a qualquer tipo de censura<sup>19</sup>.

É importante comentar que no julgamento da ADPF nº 130<sup>20</sup>, o Supremo Tribunal Federal proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opinião.

Segundo a Corte Suprema, a liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício dos demais direitos e liberdade. Dessa forma, a retirada de alguma matéria de circulação, configura censura em qualquer hipótese, e só seria admitido em situações extremas.

---

<sup>19</sup> RAMOS FILHO, op. cit., nota 9.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130* Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <[www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411](http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411)> Acesso em: 23 set. 2019.

Não se pode deixar de destacar que, no Brasil, a história da liberdade de expressão e de informação é uma história sombria, marcada por sucessivos golpes, quebras de legalidade e pelos efeitos de duas longas ditaduras<sup>21</sup>. Passada essa era sombria, as liberdades de informação e de expressão foram devidamente albergadas pela Constituição Federal, exercendo a imprensa, nos dias atuais, um papel de suma importância no desenvolvimento e fortalecimento de qualquer Estado de Direito que tenha a pretensão de se autoafirmar como democrático.

Isso significa que o afastamento da liberdade de expressão é excepcional, devendo ser feita uma análise criteriosa e rigorosa de toda e qualquer medida que tenha por objetivo restringir esta garantia.

Contudo, nenhum direito constitucional é absoluto e, portanto, a liberdade de expressão também não é. A própria Constituição Federal<sup>22</sup> impõe alguns limites ou qualificações à liberdade de expressão, como a vedação do anonimato (art. 5º, IV); direito de resposta (art. 5º, V); restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º); classificação indicativa (art. 21, XVI); e, o dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X).

Neste viés, havendo a colisão entre os princípios da liberdade de expressão e os direitos da personalidade, estes deverão ser ponderados na análise de cada caso concreto.

Como visto no parágrafo anterior, o próprio Superior Tribunal de Justiça ao decidir sobre o confronto desses princípios, entendeu de forma diversa nos dois julgados citados, de forma que a análise deve ser singular.

Evidencia-se que tanto a liberdade de expressão como os direitos de privacidade, honra e imagem, nos quais está inserido o direito ao esquecimento, possuem estrutura constitucional. Ou seja, entre eles não há hierarquia, na medida em que não é possível estabelecer, em abstrato, qual deve prevalecer.

Assim, em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a necessidade de ponderação. Não se podendo afirmar, de imediato, qual irá prevalecer no caso concreto.

Não há, portanto, disposição legal que venha a determinar o processo decisório nas hipóteses de conflito principiológico, ficando a cargo julgador analisar o caso concreto e sopesar os princípios envolvidos. Nota-se que o papel desempenhado pelo Magistrado passa a

---

<sup>21</sup> RAMOS FILHO, op. cit., nota 9.

<sup>22</sup> BRASIL, op.cit., nota 2.

ter mais importância e autonomia, quando comparado ao de aplicador das normas<sup>23</sup>, uma vez que cabe a ele decidir qual direito fundamental irá prevalecer.

Em um cenário ideal, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa, tendo como fio condutor a proporcionalidade e razoabilidade.

Os casos em que o direito ao esquecimento pode e deve ser aplicado seriam aqueles que envolvessem a divulgação de fatos pretéritos com ausência total de contemporaneidade da notícia, de modo que não houve interesse público a justificar a transmissão do acontecimento.

Dessa forma, o interesse público existente na divulgação do fato deve ser averiguado com muito cuidado, já que, muitas vezes, a mídia é voltada apenas à obtenção de lucros e interessada em inundar a esfera pública de fatos estritamente privados.

Deve-se levar em conta também os autores dos fatos que seriam divulgados, uma vez que personalidades públicas, como as celebridades e políticos, tem o seu direito de imagem relativizado em virtude do trabalho, ofício ou por escolha própria.

Todavia, o direito ao esquecimento, como corolário do direito constitucional à privacidade, deve prevalecer sobre a liberdade de expressão nos casos de caráter criminal, com ausência de contemporaneidade e desprovidos de interesse público e historicidade.

Conforme amplamente já demonstrado, a utilização pela mídia desses acontecimentos trágicos passados, podem causar aos envolvidos sérios danos e abalos de ordem moral. Tanto para o acusado em processo de ressocialização, que pode reacender a desconfiança geral da sociedade acerca de sua índole, quanto para a vítima e seus familiares, que pode trazer à tona traumas já superados.

Assim, por óbvio, que a divulgação de atos criminosos atuais, necessários para proteger a segurança pública e alertar a população, têm prevalência sobre a garantia da privacidade. Mas cristalino está que a análise deve ser feita caso a caso, buscando-se uma harmonização entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, onde ambos os valores seriam preservados, de forma que somente informações contemporâneas e de interesse público sejam divulgados, sem ferir a honra dos envolvidos.

Se a própria Constituição Federal estipulou que se deve preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, como limitação à liberdade de expressão, não cabe a

---

<sup>23</sup>MATTA, Thiago da Cruz Resende da. *Os efeitos do marco civil da internet para a proteção da privacidade por meio do direito ao esquecimento*. Disponível em: <[www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2018/pdf/ThiagodaCruzResendedaMatta.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/ThiagodaCruzResendedaMatta.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2019.

mídia, sob uma lógica empresarial e de forma gananciosa, permitir a reprodução desmedida desses acontecimentos.

Portanto, faz-se necessária uma análise casuística por parte do julgador, mas o direito ao esquecimento está dentre as hipóteses excepcionais que permitem a retirada de algumas matérias de circulação, visando proteger a privacidade e a dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no presente trabalho, a necessidade de a Constituição Federal manter-se atualizada a fim de ter a sua força normativa preservada fez necessário o reconhecimento de direitos até então não expressamente positivados.

Em razão dos avanços tecnológicos e intenso desenvolvimento dos meios de comunicação, ganhou força o direito ao esquecimento, como um instrumento de salvaguarda daquele indivíduo que se depara com a divulgação de fatos pretéritos, com ausência total de contemporaneidade e interesse público que justifique a reiterada transmissão.

Assim, tal direito que, pode e deve ser visto como uma nova faceta dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, tem por objetivo evitar que se tenha a disseminação da informação pessoal passada que, deixando de cumprir a sua finalidade, provoque um dano à pessoa.

Como visto, embora não possuindo guarita legal, é possível ver a influência desse direito em institutos já consagrados, como na prescrição penal, na função social da pena e nos fatores que determinam a reincidência.

Além disso, a própria jurisprudência dos Tribunais brasileiros já se viu diante de casos em que se aplicava o direito ao esquecimento para a solução de demandas que ingressaram ao judiciário.

Surge, assim, como se observou, uma colisão entre direitos fundamentais, estando de um lado o direito ao esquecimento, como corolário do direito à privacidade e da dignidade da pessoa humana e, de outro lado, a liberdade de expressão, informação e imprensa.

Apesar de todos os direitos citados acima possuírem índole constitucional, inexistindo hierarquia entre eles, eles não são absolutos, de forma que na análise do caso concreto deve ser utilizada a técnica da ponderação de princípios.

Logo, ante a ausência legal sobre o tema, os Tribunais, diante de um julgamento envolvendo tais direitos constitucionais conflitantes, precisam analisar as peculiaridades que

envolvem a questão, escolhendo, com base na proporcionalidade e razoabilidade, qual princípio deverá prevalecer.

Nesta seara, as colisões entre essas prerrogativas devem ser analisadas com a situação conflituosa, de modo que prevaleça o direito mais pertinente de proteção no caso pratico.

Todavia, notório é que ao se estar diante de divulgação de matérias jornalísticas sobre fatos pretéritos de caráter criminal, com ausência total de contemporaneidade e desprovidos de interesse publico, o direito ao esquecimento deve prevalecer sobre a liberdade de expressão.

Assim, não está se afirmando que o direito ao esquecimento sempre preponderará, mas que ao ficar demonstrado que os dados passados criminais não são mais de interesse publico e voltem a perturbar na atualidade, causando danos de ordem moral, deve-se sim privilegiar a esfera intima, privada e da personalidade.

É evidente que uma condenação criminal, muitas vezes, torna-se um “fardo” significativo na vida do sentenciado, mesmo depois do cumprimento da pena e do decurso de longos anos.

Mas 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.

## REFERÊNCIAS

BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal*. V.1. Tradução de Paulo José da Costa Júnior, Armida B. Miotto e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, Saraiva, 1973.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. V.1. 25 ed. rev., e atual. 2019. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 07 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 531*. Disponível em: <[www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142](http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142)>. Acesso em: 09 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.210, 11 de julho de 1984*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 07 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130* Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <[www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411](http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411)> Acesso em: 23 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.334.097*. Relator: LuisFelipe Salomão. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num\\_registro=201201449107&aplicacao=processos.ea](http://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201201449107&aplicacao=processos.ea)> Acesso em: 07 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.335.153*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num\\_registro=201100574280&aplicacao=processos.ea](http://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201100574280&aplicacao=processos.ea)> Acesso em: 07 set. 2019.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil, Parte Geral*. 3ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e STJ comentados*. Manaus: Dizer o Direito, 2014.

MACIEL, Rodrigo Augusto Pinto Maciel. *Direitos Fundamentais e a cláusula de abertura material*. Disponível em: <[www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50596/direitos-fundamentais-e-a-clausula-de-abertura-material](http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50596/direitos-fundamentais-e-a-clausula-de-abertura-material)> Acesso em: 09 out. 2019.

MATTA, Thiago da Cruz Resende da. *Os efeitos do marco civil da internet para a proteção da privacidade por meio do direito ao esquecimento*. Disponível em: <[www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2018/pdf/ThiagodaCruzResenedaMatta.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/ThiagodaCruzResenedaMatta.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2019.

RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. *Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação*. Disponível em: <[esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf)> Acesso em: 23 set. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.