



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCJ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

HIAGO PINHEIRO MACIEL

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO À LUZ DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA OMISSÃO LEGISLATIVA
BRASILEIRA**

SANTA RITA - PB

2020

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO À LUZ DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA OMISSÃO LEGISLATIVA
BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba
(UFPB), como exigência parcial da
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vieira de
Moura

SANTA RITA - PB

2020

M152d Maciel, Hiago Pinheiro.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO À LUZ DAS DECISÕES PROFERIDAS
PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA OMISSÃO
LEGISLATIVA BRASILEIRA / Hiago Pinheiro Maciel. - João
Pessoa, 2020.
90 f. : il.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Direito ao Esquecimento. 2. Dignidade da Pessoa
Humana. 3. Garantia Fundamental. 4. Poder Judiciário.
5. Sistema Constitucional. I. Título

UFPB/CCJ

HIAGO PINHEIRO MACIEL

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO À LUZ DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA OMISSÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba (UFPB), como exigência
parcial da obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vieira de Moura

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: ____ / ____ / ____

Prof. Dr. Paulo Vieira de Moura (Orientador)

Prof. Me. Demetrius Almeida Leão

Prof. Me. Guthemberg Cardoso Agra de Castro

AGRADECIMENTOS

A Deus por cada conquista ao longo dos anos e por me mostrar que a vida é um grande recomeço, pois mesmo quando tudo parecia escuro e nada iluminava, mesmo quando tudo parecia incerto e eu só duvidava, Ele me mostrou que seria o momento de recomeçar a acreditar. E quando a força do que é ruim me derrubou, Ele me mostrou que seria o momento de recomeçar a levantar. E quando o mundo real se mostrou difícil de suportar, Ele me mostrou que seria o momento de começar a sonhar. Ele é de fato o maior responsável por essa e todas as conquistas em minha vida.

À minha mãe Francisca Pinheiro por ser uma mulher incrível e por ter desempenhado o papel de mãe solo por muitos anos. Obrigado por sempre sonhar comigo, por todo seu amor e companheirismo, pelas orações e especialmente por acreditar em mim mesmo quando minha insegurança me deixava frágil. Ao meu pai Helanio Maciel por ser uma inspiração constante de caráter, mesmo o universo acadêmico sendo estranho à sua realidade, sempre esteve comigo me incentivando e garantindo materialmente que os estudos fossem minha única preocupação. A vocês dois, muito obrigado por dedicarem a mim grande parte do seu tempo e por todas as renúncias que tiveram de ser feitas ao longo das suas vidas, amo vocês.

À minha tia e madrinha Edna Maciel por todo seu apoio e incentivo aos estudos ainda na educação básica, obrigado por todos os livros, por me mostrar a existência de um mundo além do real e por contribuir com a construção do indivíduo que sou hoje. É muito bom saber que posso contar contigo, com o seu amor de mãe e com o seu conforto.

Aos meus tios maternos, Rosângela Soares, Robson Pinheiro e Rodrigo Pinheiro, seus ensinamentos diários, assim como saber que sempre poderia contar com o afeto e companheirismo de vocês, foi fundamental para o desenvolvimento da minha personalidade e dos meus ideais, amo vocês imensamente.

Às minhas avós Francisca Cavalcante Soares e Elizaura Bezerra Maciel, sábias mulheres de pouco estudo que conduziram e incentivaram de todas as maneiras minha trajetória acadêmica. Vocês também são minha inspiração diária.

Aos meus irmãos Junior Freitas, Igo Maciel, Iasmin Maciel, Iara Maciel, obrigado pelo amor, afeto e companheirismo quando precisei. Ao lembrar de vocês a vida se torna mais leve e os dias menos longos. Amo vocês e a saudade é um sentimento constante.

À minha amada Júlia Teixeira pelo seu amor e pelo seu companheirismo. Sua existência na minha vida foi essencial para esse momento. Obrigado por acreditar no meu potencial, por

todas orações e por sonhar comigo. Palavras são insuficientes para descrever tudo o que sinto por tí e o que você representa na minha vida. Amo-te.

Ao meu professor orientador Dr. Paulo Vieira de Moura pelas valiosas contribuições dadas durante todo o processo de produção do presente trabalho, suas sugestões e orientações foram essenciais para esse resultado final.

A todos os meus amigos da graduação com os quais superei inúmeros desafios e pude partilhar momentos de insatisfação acadêmica, em especial Gabriela Pinange, Hiago Moura, Marcos Gabriel, Marie Malzac, Mariane Lima, Paulo Maia Junior, Rafael Orlando, Renata Souza e Thyago Gomes, só de pensar em vocês meu coração se enche de alegria e gratidão, assim como um sorriso involuntário aparece no meu rosto. Muito obrigado.

Por último e não menos importante, quero agradecer à Universidade Federal da Paraíba que se mostrou um ambiente de imensurável crescimento pessoal e acadêmico, agradeço ao seu corpo docente que demonstrou ao longo de toda graduação estar comprometido com a qualidade e excelência do ensino. Obrigado por toda dedicação.

“Age de tal maneira que use a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e a todo momento, como fim, nunca apenas como meio.”

KANT, 1999, p. 53-55

RESUMO

Diante do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pela CJP/STJ, estruturas do sistema constitucional brasileiro que pareciam estar consolidadas, sofreram abalos e precisaram ser repensadas nos moldes do pensamento contemporâneo. O presente trabalho tem como objetivo, analisar a compatibilidade do direito ao esquecimento com o sistema constitucional pátrio, assim como destacar posturas que vem sendo adotadas pelos tribunais superiores ao aplicarem sua tese e efetivarem garantias fundamentais. É necessário e faz-se imperioso compreender os parâmetros norteadores das resoluções de conflitos entre garantias constitucionalmente protegidas, dispostas no art. 5º, incisos IV e IX, e ao art. 220 da CRFB/88. Ainda no campo do debate teórico, contribui para um fértil debate, abordar o viés da omissão legislativa pátria acerca do assunto, haja vista grande parte da crítica ao direito ao esquecimento fundamenta-se na suposta inexistência de reconhecimento estatal na forma de leis, de pronto, cumpre esclarecer que tais críticas são refutadas quando se tem o entendimento pacífico no sentido de que a existência de direitos fundamentais, não encontra-se limitada ao reconhecimento por parte do Estado. Também será evidenciada a forma como o Judiciário brasileiro, vem desempenhando o papel atípico de regular sobre o assunto, mesmo diante de excessiva demanda processual, reduzido número de funcionários e falta de investimento em infraestruturas. Será amplamente demonstrado que a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade pelos tribunais superiores, em nada se aproxima de comportamentos adotados por regimes ditatoriais no que tange à manipulação da memória coletiva, tendo em vista que as decisões do Supremo Tribunal Federal, em regra, tendem a assegurar as liberdades comunicativas, assim como entendem que o direito ao esquecimento não alcança fatos de efetiva relevância histórica (ADPF nº153). No entanto, em sede do Superior Tribunal de Justiça, a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade evidencia a prevalência de um raciocínio inovador, no sentido de reconhecer o direito ao esquecimento como instrumento essencial à efetivação de garantias constitucionais individuais. Em uma sociedade múltipla como o Brasil, cabe ao Estado escolher proteger os valores fundamentais mais caros à Constituição Federal de 1988, não podendo ignorar o que vem sendo adotado pelo direito estrangeiro, a prática do direito ao esquecimento pelos tribunais brasileiros é de extrema e relevante urgência, sobretudo nas demandas que versem sobre o conflito entre direitos fundamentais e eventuais violações à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Dignidade da Pessoa Humana. Garantia Fundamental. Poder Judiciário. Sistema Constitucional.

RESÚMEN

En vista el Enunciado 532 de la VI Cumbre de Derecho Civil promovida por la CJF/STJ, estructuras del sistema constitucional brasileño, que parecían estar consolidadas, han sufrido pérdidas y han necesitado ser repensadas en los moldes del pensamiento contemporáneo. El presente estudio tiene como objetivo analizar la compatibilidad del derecho al olvido con el sistema constitucional patrio, así como destacar actitudes que vienen siendo adoptadas por los tribunales superiores al aplicar su tese y efectuar garantías fundamentales. Es necesario comprender los parámetros que conducen las soluciones de conflictos entre garantías constitucionalmente protegidas, dispuestas en el artículo 5º, incisos IV y IX, y el al artículo 220 de la CRFB/88. Aún el tema del debate teórico, contribuye para un bueno, abordar el sesgo de la omisión legislativa patria acerca del asunto, haya vista gran parte de la crítica al derecho al olvido se basa en la supuesta inexistencia de reconocimiento estatal en forma de leyes, desde luego, cumple esclarecer que tales críticas son refutadas cuando se tiene el entendimiento pacífico en el sentido de que la existencia de derechos fundamentales no se encuentra limitada al reconocimiento por parte del Estado. También será evidenciada la forma como el Poder Judicial brasileño viene desempeñando el papel atípico de regular sobre el asunto, mismo delante de excesiva demanda procesual, número de funcionarios reducidos y falta de inversión en infraestructuras. Será ampliamente demostrado que la aplicabilidad del principio de la proporcionalidad por los tribunales superiores en nada se aproxima de comportamientos adoptados por los regímenes dictatoriales con respecto a la manipulación de la memoria colectiva, tiendo en vista que las decisiones del Supremo Tribunal Federal, en regla, tienden a asegurar las libertades comunicativas, así como entienden que el derecho al olvido no alcanza hechos de efectiva relevancia histórica (ADPF n. 153). Sin embargo, en sede del Superior Tribunal de Justicia, la aplicabilidad del principio de la proporcionalidad evidenciada la prevalencia de un raciocinio innovador en el sentido de reconocer el derecho al olvido como instrumento esencial a la efectuación de las garantías constitucionales individuales. En una sociedad diversa como Brasil, conviene al Estado elegir proteger los valores fundamentales más importantes de la Constitución Federal de 1988, no pudiendo ignorar lo que viene siendo adoptado por el derecho extranjero. La práctica del derecho al olvido, por los tribunales superiores brasileños, es de extrema y relevante urgencia, especialmente en las demandas que versen sobre el conflicto entre derechos fundamentales y eventuales violaciones a la dignidad de la persona humana.

Palabras llave: Derecho al olvido. Dignidad de la Persona Humana. Garantía Fundamental. Poder Judicial. Sistema Constitucional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	9
2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEU VALOR SUPREMO PARA A ORDEM JURÍDICA	11
2.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE	15
2.2.1 Direitos da Personalidade e Direitos Fundamentais	18
2.2.2 Direito à Imagem.....	19
2.2.3 Direito à Honra	22
2.2.4 Direito à Privacidade	27
2.3 O DIREITO CONSTITUCIONAL À INFORMAÇÃO, CASOS DE RELEVÂNCIA SOB TAL TEMÁTICA PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS ÚLTIMOS 16 ANOS E A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO – LAI	29
2.4 O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, O DIREITO DE PROFERIR CRÍTICAS E O DISCURSO DE ÓDIO	36
2.4.1 A Liberdade de Expressão como Elemento Integrativo da Dignidade da Pessoa Humana.....	41
3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES AO LONGO DOS ÚLTIMOS 06 ANOS E SUA FUNÇÃO COMO VIABILIZADOR DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS	43
3.1 O ENUNCIADO 531 DA VI JORNADA DE DIREITO CIVIL – CJP/STJ	50
3.2 LEI 12.965/2014 - O MARCO CIVIL DA INTERNET	51
3.3 PRINCIPAIS CRÍTICAS ATRIBUÍDAS AO DIREITO AO ESQUECIMENTO	56
3.4 PROTEÇÃO JUDICIAL AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE - MEDIDAS PREVENTIVAS E REPARATÓRIAS	58
4 LIMITAÇÕES E RELATIVIZAÇÕES AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	61

5 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SUA COMPLETA DISTINÇÃO DE REGIMES DITATORIAIS NO QUE TANGE À MANIPULAÇÃO DA MEMÓRIA COLETIVA

64

5.1 DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE HISTÓRICA – UMA GARANTIA PARA TODAS AS GERAÇÕES 68

6 O SILÊNCIO LEGISLATIVO PÁTRIO, NO QUE DIZ RESPEITO AO DIREITO AO ESQUECIMENTO 71

7 CONCLUSÃO..... 74

REFERÊNCIAS 76

ANEXO A 82

ANEXO B 83

ANEXO C 84

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CJF	Conselho de Justiça Federal
CRFB	Constituição Republicana Federativa do Brasil
CNV	Comissão Nacional da Verdade
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
LAI	Lei de Acesso à Informação
MI	Mandado de Injunção
ONU	Organização das Nações Unidas
REsp	Recurso Especial
REx	Recurso Extraordinário
RJ	Rio de Janeiro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
USP	Universidade de São Paulo

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista os avanços científicos e tecnológicos inerentes ao novo modelo de sociedade experimentado, importantes desafios sobre o Direito foram lançados. Em poucos anos, estruturas que pareciam estar consolidadas, sofreram fortes abalos e precisaram ser repensadas nos moldes do pensamento contemporâneo. Entre as principais mudanças que atingiram o modelo de sociedade corrente, merece destaque a maneira como armazenamos dados e a praticidade na forma como obtemos informações sobre fatos ocorridos no passado, notícias passam a ter um caráter ad *eternum* e sua retirada por completo da internet é tida como impossível.

O direito ao esquecimento, embora tenha sido costumeiramente pertencente ao campo de estudo do Direito Penal, sob o principal argumento de que ninguém poderia sujeitar-se a pena perpétua por um fato ocorrido no passado e pelo qual já teria sido penalizado, aproximou-se do Direito Civil, no tocante aos direitos da personalidade, assim como também se associou ao Direito Constitucional, tendo em vista que a Carta Magna conferiu ao Estado, o dever de proteção em todas as esferas, sob o viés de primazia da dignidade da pessoa humana.

Diante desse esclarecimento, a defesa dos direitos e garantias fundamentais é uma tarefa diária, rotineiramente somos confrontados pela sociedade em geral, tendo em vista que ela, não vê sentido em atribuir ou respeitar direitos e garantias de indivíduos que em certo momento desconsideraram os direitos alheios.

No intuito de contribuir o debate sobre esse tema, o presente trabalho busca através de pesquisa bibliográfica¹ e documental², estudar o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal – CJF, sua relevância e compatibilidade com o sistema constitucional pátrio, assim como destacar a postura que vem sendo adotada em especial pelo Superior Tribunal de Justiça com relação à

¹ A pesquisa bibliográfica é então feita com o intuito de levantar um conhecimento disponível sobre teorias, a fim de analisar, produzir ou explicar um objeto sendo investigado. A pesquisa bibliográfica visa então analisar as principais teorias de um tema, e pode ser realizada com diferentes finalidades. (CHIARA; KAIMEN et al., 2008).

² É possível entender a formação da pesquisa documental, visto que ela é um assunto não tão estranho assim, para quem já se consultou sobre pesquisa bibliográfica. A diferença crucial é que na pesquisa documental, ainda não houve um filtro analítico, e os materiais podem sofrer reelaboração de acordo com os objetivos da pesquisa. (LOPES, 2016)

aplicabilidade da tese do direito ao esquecimento nos últimos dezesseis anos, sob a ótica dos direitos da personalidade, objetivando a ampla proteção e máxima efetividade da garantia constitucional da dignidade humana.

Embora aborde-se os posicionamentos adotados em sede do Supremo Tribunal Federal, essas abordagens possuem meramente cunho ilustrativo, haja vista que o foco do presente trabalho é prevalentemente discutir questões de ordem infraconstitucional no seio das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

A abordagem adotada, inclui o estudo da fundamentação constitucional e infraconstitucional de direitos e garantias constitucionais correlatas ao tema, os argumentos adotados por alguns críticos ou pelo próprio Superior Tribunal de Justiça ao aplicar a tese do direito ao esquecimento, utilizado pela primeira vez no ano de 2013, assim como a construção do pensamento pró-esquecimento ao longo dos últimos dezesseis anos no Brasil, assim como breves comentários acerca de tal temática em sede do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Diante do conflito aparente entre normas constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana permeia a fundamentação favorável ao esquecimento, por outro lado, tal princípio pré-constitucional, também é invocado como importante fundamento para as liberdades comunicativas.

O presente trabalho busca evidenciar a ponderação exercida pelo poder Judiciário pátrio, demonstrar com base nos julgados dos tribunais superiores, qual vertente ainda prevalece, assim como ressaltar a importância do reconhecimento jurídico do Direito ao Esquecimento, tendo em vista que este pode ser utilizado como instrumento de efetivação de direitos e garantias fundamentais verdadeiramente caros à CRFB/88, assim como sua paralela e perfeita coexistência ao lado do livre direito constitucional de informar e ser informado pelos meios de comunicação.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

É consenso entre a doutrina majoritária, que a Constituição Federal é tida como instrumento do processo civilizatório, cuja finalidade é conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar em direção aos valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. (BARROSO, 2018)

De fato, a Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988, denominada de “cidadã” por Ulysses Guimarães, ao estabelecer em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, subdivididos em cinco capítulos, estabeleceu-lhe núcleo constitucional para tal matéria, de modo que, mesmo tendo sido emendada por cerca de 105 vezes nos últimos 31 anos desde a sua promulgação, permaneceu-se fiel aos seus ideias, podendo ser observado inclusive avanços em matéria de direitos e garantias fundamentais, tais como a inclusão do direito à moradia, à alimentação, ao transporte, à duração razoável do processo, sem prejuízo de direitos fundamentais não previstos expressamente no texto constitucional.

É necessário firmarmos entendimento no sentido de que um direito fundamental não é necessariamente um direito de matriz constitucional, com previsão expressa ou implícita nela.

Os direitos fundamentais passaram a ser considerados autênticos “trunfos contra a maioria” (Dworkin), ou, na acepção de Robert Alexy, posições jurídicas subtraídas à plena disposição dos poderes constituídos. Não é à toa também que a todo momento se invoca a afirmação de Herbert Krüger no sentido de que na época de Weimar os direitos fundamentais se encontravam na dependência da lei e que com a Lei Fundamental de 1949 a lei é que passou a estar na dependência dos direitos fundamentais.

(WOLFGANG, 2015)

Diante de tais elucidações podemos compreender que o conceito de direitos fundamentais e seu regime jurídico, dependem tanto das acepções trazidas pelo constituinte originário, de modo expresso ou não, quanto também das atividades doutrinárias e jurisprudenciais e igualmente, por meio de mecanismos formais de reforma constitucional, a exemplo da inserção do § 3º no artigo 5º, CRFB/88.

Desse modo, cumpre informar que é através das atividades doutrinárias e jurisprudenciais, que juízes e tribunais também fundamentam o direito ao esquecimento, como elo de integração entre os direitos humanos e os direitos fundamentais³.

Evidente que o atual modelo de sociedade, já não condiz com um direito constitucional estático, que apenas atua numa perspectiva de segundo plano, por trás da realidade social, cristalizando-a. As pessoas, encontram-se diariamente conectadas à internet e esta é uma biblioteca viva, de fácil manuseio e que constantemente cobra no presente erros cometidos em um passado consideravelmente distante.

Nesse sentido é o entendimento firmado por Villar, Aguilar, Bueso, Callejón e Rodríguez em sua obra *Derecho constitucional, 2004*, onde ambos afirmam que o Direito Constitucional Contemporâneo deve ter a pretensão de ir à frente da realidade social, prefigurando-a na conformidade dos impulsos democráticos constitucionais.

No cenário nacional, reconhece tal percepção constitucional contemporânea Luís Roberto Barroso, ao afirmar que:

A adaptação da Constituição às novas realidades, pode dar-se por ações estatais ou por comportamentos sociais. A interpretação constitucional, normalmente levada a efeito por órgãos e agentes públicos – embora não exclusivamente, é a via mais comum de atualização das normas constitucionais, sintonizando-as com as demandas de seu tempo.

(BARROSO, 2018)

Diante de tais levantamentos, é possível compreender que de acordo com os ensinamentos do autor supracitado, o direito constitucional moderno, ordena e conforma a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos.

Logo, entender o direito ao esquecimento como um instrumento assegurador de direitos e garantias fundamentais, coaduna com aquilo que é esperado do direito constitucional moderno, tendo em vista que embora não positivado por meio de norma constitucional expressa, encontra-se consolidado na jurisprudência pátria dos tribunais

³ O respeito aos direitos humanos representa um princípio comum a todos os povos civilizados. Logo, os direitos fundamentais se relacionam com os primeiros reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Vê-se que a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais não está no conceito, pois ambos possuem a mesma essência e finalidade, que é de assegurar um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. A diferença substancial, então, entre direitos humanos e direitos fundamentais reside na localização da norma que dispôs sobre os mesmos. (ALVARENGA, 2014).

superiores e atua prefigurando a realidade social, no sentido de zelar pelos direitos e garantias fundamentais em nossas vidas, seja a nível individual ou coletivo.

2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEU VALOR SUPREMO PARA A ORDEM JURÍDICA

O reconhecimento por parte do Estado, da máxima garantia à dignidade da pessoa humana, encontra-se no preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, desde o ano de 1789. Somente após toda a barbárie cometida pelos nazistas e fascistas durante um período sombrio da história, essa garantia passou a ser objeto de discussão e análise entre os planetas do globo.

O fim da Segunda Guerra Mundial e todas as consequências diretas desse fato histórico, são apontadas como algumas das principais motivações em busca de uma sociedade com mais direitos e garantias, tratou-se de uma reação direta por parte das nações do globo. A reação supracitada, deu origem a vários instrumentos de defesa e proteção internacional, como a criação da Organização das Nações Unidas - ONU, dos Tratados/Pactos Internacionais, no intuito de resguardar os direitos e garantias inerentes a todo ser humano.

Os desastres humanos das guerras, especialmente aquilo que assistiu o mundo no período da Segunda Guerra Mundial, trouxe, primeiro, a dignidade da pessoa humana para o mundo do direito como contingência que marcava a essência do próprio sociopolítico a ser traduzido no sistema jurídico.

(ROCHA, 2004. pp. 22 -34)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecida no ano de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, evidencia a garantia em comento, já no seu preâmbulo, segue:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo {...}. Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana {...}.

(DUDH, 1948)

A importância do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico é indiscutível, tratou-se de uma conquista sem precedentes, um manto de proteção contra todo e qualquer tratamento degradante, toda e qualquer discriminação odiosa, bem como consagrou-se como forte instrumento assegurado de condições mínimas de subsistência.

{...} o princípio da dignidade da pessoa humana surge como uma conquista em determinado momento histórico. Trata-se de tutelar a pessoa humana possibilitando-lhe uma existência digna, aniquilando os ataques tão frequentes à sua dignidade.

(PELEGRINI, 2004)

{...} caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio a demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo; e que, por conseguinte, nenhuma justificativa de utilidade pública ou reprovação social pode legitimar a pena de morte.

(COMPARATO, 2005)

Possuindo o status de assunto multidisciplinar, a dignidade da pessoa humana não poderia deixar de ser objeto do pensamento filosófico, nesse ponto, com o avanço laico do pensamento jusnaturalista, por volta dos séculos XVII e XVIII, as convicções acerca do entendimento do que seria a dignidade da pessoa humana inauguraram o debate do tema, fomentadas especialmente por Immanuel Kant.

Como bem ressalta Pauline de Moraes Chemin, em sua produção intitulada: *“Importância do princípio da dignidade humana”*, os impulsos kantianos foram essenciais para a ciência do direito moderno, ainda mais se levarmos em consideração as seguintes ponderações:

No século XX, o homem busca felicidade, o viver dignamente, condutas respeitadas e confiança. No entanto, {...} o pensar não deve estar voltado só para si, mas também no outro, de forma a realizar, não somente a sua própria felicidade, mas também a do próximo.

(CONJUR, 2009, *on-line*)

Diante dessa breve introdução, resolvo destacar em especial, o raciocínio elaborado por Immanuel Kant, autor amplamente estudado ao longo da minha graduação, cujo pensamento foi fundamental para concretizar ideias com os quais partilho, assim como essências para os alicerces dos Direitos Humanos como garantias constitucionais positivadas, em Kant o homem (*latu sensu*), jamais pode ser utilizado como meio para o alcance do objetivo dos outros homens, o ser humano sempre será um fim em si mesmo.

Existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que dirigem aos outros seres racionais, ele tem de ser considerado simultaneamente como fim.

(KANT, 2000, p 68)

Em Kant, o princípio da dignidade da pessoa humana é um verdadeiro imperativo categórico (conduta devida independentemente de circunstâncias e condições). Reconhece tal interpretação, Fernando Ferreira dos Santos ao afirmar em suas obras que:

Para Kant, a prerrogativa do legislador universal é de nos tornar pessoa, um ser com dignidade, como fim em si mesmo, que nos faz membros de um reino de fins, que liga todos os seres racionais sob leis comuns.

(SANTOS, 1999, p. 27)

Nesse mesmo sentido, Nalini e Bicudo reiteram os ideais kantianos ao destacar que os direitos do homem perfazem a ideia central de qualquer ordenamento jurídico reconhecido pelo Estado que o subordina.

{...} bastante clara a opção pelo Estado como instrumento, e pelo homem como finalidade. Os direitos do homem são à base do Estado.

(NALINI; BICUDO, 1997, p. 76)

Fruto de intensos debates e acometida pelos ideais supracitados, a Constituição Republicana Federativa do Brasil, promulgada em 1988, em seu artigo 1º, inciso III inovou em nosso ordenamento pátrio ao tornar o princípio da dignidade da pessoa humana

cláusula pétrea, fez da dignidade da pessoa humana, essência que projeta o ordenamento jurídico pátrio, passando a ter valor supremo e fundamental, logo convertendo todas as demais leis e atos públicos a um único ponto de valor comum. Nesse sentido, reitero a afirmação de Barcellos (2002), no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana é a base de todo o direito constitucional.

O reconhecimento da dignidade como um valor constitucional fundamental, coloca a proteção e o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais acima de qualquer relativização. A nítida visão que hoje possuímos sobre a prevalência da dignidade da pessoa humana é consequência dessa essência postulado pelo constituinte originário, sendo essa uma garantia constitucional irrenunciável, inalienável e nas palavras de Sarlet (2001, p. 41), objeto de incessante proteção.

{...} deve ser reconhecida, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

(SARLET, 2001, p. 41)

O princípio da dignidade humana como valor/fonte do sistema constitucional pátrio, deve operar de forma a solucionar eventuais conflitos, orientando as escolhas tomadas em cada caso concreto, nas palavras de Pauline de Moraes Chemin (2015), “seu escopo é garantir o bem estar do homem, o mínimo, ou seja, o razoável, para se ter uma vida digna.”

Como bem ressaltou Vladimir Passos de Freitas, em recente publicação no CONJUR, não é difícil concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana protege o ser humano, até porque o princípio em comento, passou a fazer parte de trabalhos doutrinários e constantemente é invocado em ações judiciais. Ocorre que, por ter sentido amplo, o autor destaca que o mesmo pode ser visto como impreciso quanto o seu alcance e aplicação. Desse modo, a título de informação complementar, segue uma síntese da visão do autor, de como podemos exercitar a dignidade humana em nosso cotidiano.

Em poucas palavras, é fácil afirmar que toda pessoa tem direito a ter reconhecida sua dignidade só por ser uma pessoa. Mas é difícil dizer onde e como tal direito pode ser reconhecido. {...} O primeiro passo é partir da premissa de que temos uma visão de dignidade humana que não é exatamente

universal. E assim concluindo, podemos prosseguir na análise desse difícil tema e de como ele interfere no Direito. O respeito à dignidade humana passa pelo respeito ao próximo, por atitudes éticas. {...} Em um passo seguinte, o tratamento vai além da cordialidade. Transforma-se em ação. {...} A terceira posição é a mais difícil: reconhecer a dignidade dos que são diferentes de nós.

(FREITAS, 2015, *on-line*)

Mesmo sabendo que a reflexão anteriormente exposta, volta-se ao campo das ciências criminais e a forma como lidamos com os apenados, seu cerne merece destaque, pois efetivamente ressalta a máxima constitucional da dignidade humana. Respeitar a dignidade de um indivíduo, em qualquer uma de suas faces, é respeitar sua singularidade, seu espaço individual; a integridade do outro. Soba ótica kantiana de que esse “outro” teu seu valor singular em si mesmo, justamente porque é detentor de dignidade.

2.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Diante dos diferentes conceitos apresentados pela doutrina, seja sob um viés mais positivista, seja sob um viés naturalista, ambas as teorias apontam para um entendimento comum, a saber, a relevância dos direitos da personalidade como instrumento de assegurar direitos e garantias ao homem.

Assim como Carlos Alberto Bittar, também considero que a ótica naturalista melhor define a essência dos direitos da personalidade, tendo em vista que de fato, tais direitos são inerentes ao ser humano, nascem com ele. A atuação do Estado só efetivamente se dará em um segundo momento, no sentido de reconhecê-los e sancioná-los. Segue trecho do entendimento firmado pelo autor em comento:

Situamo-nos entre os naturalistas. Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta –, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares.

{...} O mesmo acontece com respeito ao campo privado, em que a inserção em códigos ou em leis vem conferir-lhes proteção específica e mais eficaz – e não lhes ditar a existência.

(BITTAR, 2015, n.p)

É incontestado que a ciência do Direito não se reduz às normas positivadas, sabemos que os costumes, a jurisprudência pátria, os tratados e convenções, assim como outras inúmeras fontes, lhe dão sustento. Logo, é necessário frisar que a existência dos direitos da personalidade, não se encontra condicionada ao seu reconhecimento por parte do Estado. Como bem explica Carlos Alberto Bittar (2015, p. 40), não se confunde, pois, a existência do direito com o seu exercício.

Ainda, no que diz respeito ao melhor conceito dos direitos da personalidade, Andrea Marighetto os define como sendo:

Direitos subjetivos absolutos, sendo que regulamentam os aspectos mais essenciais e relevantes da personalidade humana. Esses direitos não possuem caráter patrimonial e são inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Pelo ordenamento jurídico, são direitos da personalidade: o direito à dignidade; o direito à liberdade (e o direito à livre iniciativa na forma e nos limites estabelecidos pela Lei); o direito à igualdade; o direito à segurança; o direito à cidadania; o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito ao nome; o direito à imagem; o direito à inviolabilidade da vida privada; o direito à liberdade de pensamento e de expressão; o direito à propriedade; o direito a ser submetido ao justo processo; e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito novo, difuso e de exclusiva natureza pública.

(MARIGHETTO, 2019, *on-line*)

No mesmo sentido, Miguel Reale afirma que tais direitos podem ser entendidos como um rol aberto em constante evolução.

Trata-se de elenco “aberto” e não necessariamente taxativo, mas que muda e evolui conforme o “nível de civilização” da sociedade, ou seja, que depende das conquistas da sensibilização e do progresso das ciências naturais e humanas.

(REALE, 2002, n.p)

Sendo o ser humano, sujeito principal e destinatário das relações jurídicas e os direitos da personalidade lhe sendo inerentes, ou seja, independentes do reconhecimento por parte do Estado, Andrea Marighetto, também sob um viés naturalista, ressalta a ideia de que o ser humano é sempre titular da capacidade jurídica. Desse modo, seria a capacidade jurídica, uma espécie de qualificação virtual e potencial do agir juridicamente. Logo, a personalidade jurídica poderia ser compreendida como a veste formal da substância humana. (DE CUPIS, 1956, p. 77-78)

No tocante as características do rol de direitos supracitados, Carlos Alberto Bittar de forma genérica os define como sendo, direitos que transcendem o próprio ordenamento jurídico positivo, tendo em vista que são naturais do homem e ligados à sua condição humana, estabelecendo didaticamente algumas características principais destes.

Em suas características gerais e principiológicas são direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes, como tem assentado a melhor doutrina, como leciona, aliás, o art. 11 do novo Código.

(BITTAR, 2015, p.43)

Alexandre de Moraes, reitera algumas dessas características inerentes ao ser humano em sua obra e entende que, devido ao forte valor constitucional dado a algumas destas, os próprios indivíduos, possuidores de tais direitos não deveriam ter autonomia para dispor dos mesmos. Tal entendimento, busca a preservação ao máximo, do mínimo de características que distinguem o indivíduo humano de um produto ou coisa.

Pelo fato de serem direitos não patrimoniais, absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis e imprescritíveis, há que se considerar que as pessoas, assim como as próprias instituições públicas e privadas, não podem [pelo menos, não deveriam] dispor desses direitos de forma a “desrespeitar” a condição humana do indivíduo ou expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, desconsiderando e reduzindo a sua pessoa à condição de bem ou coisa.

(DE MORAES, 2011)

Com relação à regulamentação positivada de tais direitos, defende Andrea Marighetto que sua principal regulamentação se encontra no campo do Direito Civil, mais especificamente no que tange aos direitos da personalidade.

A dignidade da pessoa, tomada em sua concretude – e não como simples conceito geral e abstrato – encontra sua regulamentação no Direito Civil principalmente na denominada “personalização dos direitos” ou “direitos da personalidade.

(MARIGHETTO, 2019, *on-line*)

Ainda no campo da regulamentação positivada, por fim, e não menos importante, destaco que os direitos da personalidade também são objetos de proteção do Direito Penal,

seja naquilo que toca ao direito à vida, à saúde, à preservação da honra, dentre outros. O tratamento penal da matéria, sem dúvidas ressalta a importância de tais direitos para o ordenamento jurídico pátrio, assim como torna evidente a proteção sob um viés mais autoritário, tendo em vista que, externalizam eventual expressão máxima de intervenção do Estado na liberdade dos indivíduos.

2.2.1 Direitos da Personalidade e Direitos Fundamentais

É pacífico o entendimento de que o nosso Estado Democrático de Direito, sustenta como valores, uma sociedade fraterna, plural, livre de preconceitos ou qualquer outra forma de discriminação.

Tomando conhecimento da intensa relação existente entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais e levando em consideração que grande parte da doutrina os considera como institutos distintos, seja no que diz respeito ao plano de atuação, seja quanto ao conteúdo, fez-se necessário o estabelecimento do presente capítulo.

Carlos Alberto Bittar ressalta de maneira didática, como ocorre tal distinção em comento, na prática, segue:

Divisam-se, assim, de um lado, os “direitos do homem” ou “direitos fundamentais” da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se, nessa categoria, normalmente, os direitos: à vida; à integridade física; às partes do corpo; à liberdade; o direito de ação. De outro lado, consideram-se “direitos da personalidade” os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens. Inserem-se, nesse passo, geralmente, os direitos: à honra; ao nome; à própria imagem; à liberdade de manifestação de pensamento; à liberdade de consciência e de religião; à reserva sobre a própria intimidade; ao segredo; e o direito moral de autor, a par de outros.

(BITTAR, 2015, p. 56)

Bittar ainda tece alguns comentários acerca de tal distinção, alega que essa tradicional separação entre direitos da personalidade e direitos fundamentais, apenas reflete o já antigo ao apego doutrinário de estabelecer a clássica dicotomia entre direito público e direito privado, segue trecho:

{...} a diferenciação entre direitos da personalidade e direitos fundamentais permite constituir categorias voltadas para a divisão ramificada da ciência do direito, respondendo a uma longa e clássica dicotomia, qual seja aquela entre direito público e direito privado.

(BITTAR, 2015, p. 59)

O presente trabalho reitera às críticas estabelecidas por Carlos Alberto Bittar em sua obra, no sentido de que o parâmetro atual com que temos de ver as complexas relações sociais não comporta a clássica compreensão de dividir os direitos fundamentais dos direitos da personalidade, tendo em vista que, o que mais deve ser observado é prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana em todas suas hipóteses práticas de incidência.

{...} a complexidade das relações sociais não permite, no entanto, que essas categorias estejam a dividir de modo tão categórico os campos de trabalho e, especialmente, a hermenêutica do sistema jurídico. Nesse sentido, a noção de dignidade da pessoa humana joga como princípio a favor da reidentificação dos ramos do direito num grande sistema integrado de forças.

(BITTAR, 2015, p.59)

Após a presente análise e tendo em vista que o ideal de prevalecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamenta o presente trabalho, cumpre tecer alguns breves comentários acerca dos direitos da personalidade em espécie, assim como sua eventual classificação em alguma categoria.

2.2.2 Direito à Imagem

Apesar de apresentar constantemente em nossos dias, o direito constitucional à imagem não costuma ser compreendido com a verdadeira profundidade que possui, logo, cabe trazer a precisa definição desse direito. Segundo os ensinamentos de Walter Moraes (1972, p.64), o real conceito de imagem engloba os seguintes elementos:

Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A ideia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade. A

cinematografia e a televisão são formas de representação integral da figura humana. De uma e de outra pode dizer-se, com De Cupis, que avizinham extraordinariamente o espectador da inteira realidade, constituindo os mais graves modos de representação no que tange à tutela do direito. Não falta quem inclua no rol das modalidades figurativas interessantes para o direito, os ‘retratos falados’ e os retratos literários, conquanto não sejam elas expressões sensíveis e sim intelectuais da personalidade. Por outro lado, imagem não é só o aspecto físico total do sujeito, nem particularmente o semblante, como o teriam sustentado Schneickert e Koeni. Também as partes destacadas do corpo, desde que por elas se possa reconhecer o indivíduo, são imagem na índole jurídica: certas pessoas ficam famosas por seus olhos, por seus gestos, mesmo pelos seus membros.

(MORAES, 1972, p. 64)

Isto posto, tomando conhecimento de todos os elementos constitutivos dessa garantia constitucional e respectivamente suas formas de exteriorização, se faz necessário trazer sua respectiva fundamentação normativa. O direito à imagem possui o status de direito autônomo e encontra respaldo legal no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Considerando o leque de garantias que abarca, foi dividido entre os incisos V, X e XXVIII, alínea “a”.

Seguindo o raciocínio de Araújo (1996, p.110), o texto do inciso V, reconhece proteção constitucional à imagem-atributo, que se revelaria pelo conjunto de atributos resultantes do empenho do indivíduo, aprovados pela coletividade. Já o inciso X, protege a imagem em seu sentido literal, enquanto o inciso XXVIII, alínea “a”, abarcaria a proteção dos direitos daquele que criou determinada coisa.

O constituinte originário ao expressamente declarar o direito à imagem como um direito autônomo, autorizou o direito a indenização pecuniária por eventual violação, ainda que tal violação não alcance outros direitos da personalidade, fator determinante para conduzir a legislação pátria infraconstitucional.

Sob esse viés, o Código Civil de 2002, nos termos do seu artigo 20, não só trouxe proteção integral ao direito à imagem, como também nos termos do seu parágrafo único, estendeu a proteção infraconstitucional pra além da morte, ao declarar como legitimados ativos: o cônjuge sobrevivente, os ascendentes e descendentes daquele que teve seu direito à imagem violado.

Em sede de Supremo Tribunal Federal, o rumo das decisões irá depender das circunstâncias individuais de cada caso, em certas ocasiões abordará o direito à imagem em conjunto com a ofensa à honra, em outras analisará sua presença em transgressões à

privacidade. Mas, prevalece o entendimento no sentido de que o uso não autorizado da imagem para fins comerciais ou não, gera o dever de reparar o dano moral, independentemente de prova por parte do ofensor de que tal veiculação não causou danos à vítima.

Na visão de Milton Fernandes (1996, p.268), os limites da proteção jurisdicional e das decisões judiciais acerca do direito de imagem poderiam ser resumidos em três pontos principais, são eles: a) a ninguém é dado o direito de fixar e reproduzir imagem sem autorização do modelo; b) autorização não se presume, salvo casos particulares; c) a autorização é limitada e seu objeto será específico.

O Superior Tribunal de Justiça frente às violações ao direito de imagem, no ano de 2009, aprovou pela 2ª Seção, a súmula 403, segue redação: "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais." O entendimento do Superior Tribunal, visa coibir a prática abusiva do uso de imagens em reportagens, tais fotografias são atrativos para uma maior repercussão e para simultaneamente auferir maiores lucros.

Assim como será abordado nos demais capítulos que seguem, não se busca defender a invariável supremacia do direito à imagem como fator condicionante à aplicabilidade das liberdades comunicativas. Contudo, tais garantias constitucionais deverão ser tomadas como diretrizes a serem seguidas pelos veículos de comunicação.

A limitação das matérias jornalísticas (publicidade em geral) está no *jus narrandi*, ao passo que a divulgação da imagem vai além, toma outros horizontes e ultrapassa todas as fronteiras, principalmente, com o advento da *internet* e das redes sociais, inclusive, {...} não se pode, à margem da legislação posta, vilipendiar direitos, que deveriam ser resguardados pelo próprio Estado.

(CONJUR, 2015, *on-line*)

O constituinte originário ao estabelecer tais garantias tinha ciência de que eventuais limites poderiam ser impostos no intuito de assegurar harmonia ao corpo constitucional e considerando a obrigação do Estado em resguardar o direito à inviolabilidade da vida privada, que no ano de 2012 foi editada a lei 12.737, "Lei Carolina Dieckmann" tipificando condutas informáticas, resultando por fim na inclusão do artigo 154-A ao Código Penal:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

(BRASIL, 2012)

A lei 13.772, editada ainda no ano de 2018, também pode ser considerada como outro diploma infraconstitucional que buscou resguardar o direito à inviolabilidade da vida privada, haja vista ter modificado a lei 11.340/06, “lei Maria da Penha” e próprio Código Penal. O supracitado dispositivo foi criado como remédio para a prática do "revenge porn", em termos mais comuns, da chamada “pornografia de vingança” que consistia em violar a intimidade da outra pessoa, por meio da divulgação, por qualquer meio, de conteúdos sexuais, sem seu consentimento.

Isto posto, é notável a preocupação por parte do poder legislativo em regular tais situações, do mesmo modo, deve-se destacar o significativo avanço no âmbito de proteção das garantias constitucionais à intimidade, à imagem e à honra. Nesse novo cenário social, foi incumbindo aos órgãos do judiciário, o ônus de assegurar a correta aplicação e interpretação de tais diplomas legais como efetivas ferramentas dos mandamentos constitucionais, frente o caso concreto.

2.2.3 Direito à Honra

Conforme estabelece Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, de modo simplificado, a “honra é a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade”. Este direito encontra previsão na própria Constituição Federal, no rol de direitos fundamentais (artigo 5º, inciso X), sua existência converte-se em obrigação de acatá-lo tanto na esfera públicas, quanto nas relações privadas. Para além da previsão constitucional, o Código Civil de 2002 também protegeu a honra, nos termos do seu art. 20, quando estabeleceu que a liberdade de expressão poderia ser limitada no momento em que trouxesse consigo ofensas à honra, à boa fama e à respeitabilidade, sem nenhuma fundamentação maior.

Nesse mesmo sentido, o Código Penal de 1940, evidenciou o quanto a honra é estimada para o legislador ao criar três tipificações protetivas da honra, a saber, injúria, calúnia e a difamação, previstas respectivamente nos artigos 138, 139 e 140 do código supracitado. Tais artigos, tem em sua essência abordar eventual imputação falsa a terceiro de algo definido como crime, atribuir a alguém fato tido como danoso à sua reputação, e por fim, mediante uma conduta positiva, ofender a dignidade ou a respeitabilidade do outro.

Cumprir destacar que o direito à honra não limita-se ao ordenamento jurídico brasileiro, transcende a nacionalidade e encontra-se instituído tanto no pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), em vigência no Brasil, e que traz de modo expresso no termos do seu artigo 11, que *“toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”*. Quanto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que também apresenta proteção ao indivíduo contra "ataques ilegais" à sua honra ou boa fama. É salutar informar que qualquer ataque à honra, seja legal ou ilegal, independentemente de seus méritos ou deméritos, atingirá diretamente a reputação daquele que figura como “alvo de tais ataques”, por conseguinte, sabendo que a reputação não é um atributo exclusivamente do ser humano, admite-se que pessoas jurídicas também poderiam ter essa garantia legal violada.

Andréa Neves Gonzaga Marques ao abordar tal temática, cita as lições de Adriano de Cupis e defende que seria a honra, uma dignidade pessoal refletida na consideração dos outros (honra objetiva) e no sentimento da própria pessoa (honra subjetiva). A doutrina brasileira segue a divisão trazida pela autora, no sentido de que seria determinante para definir a honra subjetiva, o juízo valorativo individual que o sujeito faz sobre si mesmo, em contrapartida, seria característica da honra objetiva, a visão/juízo valorativo da coletividade acerca de alguém. Nesse cenário, seja qual for das “honras”, sua violabilidade ilegal resultaria na responsabilização civil e consequente reparação por eventuais danos morais causados à vítima.

O Código Civil de 2002, na visão de Cavalieri Filho, trouxe um novo olhar acerca do caráter único e insubstituível de cada indivíduo, nessa abordagem integrativa moral/imaterial de um direito civil pós Constituição de 1988, a dignidade deverá prevalecer como regra.

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. {...} Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética – razão pela qual revela-se mais apropriado chama-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português.”(CAVALIERI FILHO, 2008, p.79-80)

Conforme se depreende do artigo 220, § 1º da Constituição Federal, o constituinte originário não excluiu a possibilidade da liberdade de expressão ser limitada pelos direitos da personalidade, e isso claramente inclui o direito à honra. Nesse sentido compreendeu a 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2013, quando negou provimento ao recurso especial impetrado pela RBS - Zero Hora Editora Jornalística S/A.

O direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade. Tal dever, ao qual estão vinculados os órgãos da imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas. Não se exigindo, contudo, prova inequívoca da má-fé da publicação

(Resp 1374177/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 05/09/2013, DJe 28/10/2013)

O supramencionado REsp, serviu de paradigma para situações semelhantes em que houvesse conflito entre tais garantias constitucionais, haja vista ter elencado dois pressupostos objetivos, são eles, a veracidade da informação veiculada e a imprescindível necessidade de veicular tal fato para garantia plena do direito constitucional à informação.

{...} há possibilidade de o direito à informação ser mais forte do que o direito à honra, desde que se manifeste legitimamente. Para tanto, é necessário o atendimento de dois pressupostos: o primeiro, que a informação seja verdadeira; o segundo, que a veiculação da informação deve ser inevitável ou imprescindível para passar o conteúdo da notícia. Não ocorrendo à deliberada ou flagrante intenção de denegrir o bom nome de outrem, nem a imprudência na forma de publicação da notícia, não há que se cogitar em indenização por danos morais.” (CONJUR, 2006, *on-line*)

Além dos pressupostos descritos anteriormente, o direito à honra comportou algumas flexibilizações por parte do judiciário brasileiro que compreendeu a existência de notória distinção na tutela da honra de pessoas com relevância pública no âmbito das críticas, se comparado com o mesmo direito de uma pessoa “comum”.

O desenvolvimento de uma jurisprudência pautada na tolerância e na relativização, fundamenta-se tanto na noção de pluralismo, quanto nos princípios constitucionais democráticos. Andrea Neves Gonzaga Marques defende a posição majoritária adotada pelos tribunais superiores, ao destacar que:

{...} o desenvolvimento da tolerância e pluralismo no regime democrático se diferencia dos regimes autoritários, já que naqueles as pessoas de relevância pública se convertem, conscientemente, em sujeitos passivos da proteção de sua honra em relação às suas atividades públicas.

(MARQUES, 2010, n.p)

Apesar da flexibilização na tutela da honra de pessoas públicas, cumpre deixar claro que elas também são protegidas pelos pressupostos elencados pelo Superior Tribunal de Justiça, estando eles ausentes na violação, será reconhecida a obrigação de reparar o dano imaterial causado à vítima.

A pretensão pela reparação imaterial, não é imprescritível, o entendimento majoritário, firma-se no sentido de que eventual ação de indenização por danos morais, nos casos de violação continuada, possui como marco inicial da contagem do prazo prescricional de três anos, a data do último ato transgressor.

Contudo, em consonância com a perspectiva constitucional de prevalência da dignidade humana, a 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, firmou entendimento no sentido de não reconhecer a prescrição trienal, para as hipóteses em que o ato transgressor inverídico, se dê através de sites e plataformas *on-line*.

{...} a magistrada rejeitou a preliminar de prescrição com o entendimento de que para notícias online, o termo inicial se renova todos os dias. "A conduta que o autor pretende seja reconhecida como ofensiva se prolonga no tempo, permanentemente, pois continua disponível para acesso público na internet desde o momento da publicação das notícias.

(CONJUR, 2019, *on-line*)

De forma lógica se deu a interpretação da magistrada, pois um fato desabonador e inverídico, disponível para acesso vinte e quatro horas por dia é inteiramente distinto de uma publicação em jornais diários e físicos, o ato transgressor exponencialmente mais danoso e que renova-se diariamente, não pode ser beneficiado pelo instituto da prescrição da pretensão da vítima. Conforme os ensinamentos de Hamid Charaf Bdine Júnior, o direito fundamental de informar, não pode ser irresponsável e ignorar a existência de demais direitos identicamente reconhecidos pela Constituição Federal de 1988.

{...} informar e ser informado são direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal”, os direitos da personalidade são igualmente reconhecidos pela nossa Constituição, e podem ser atingidos pelo exercício da livre atividade da imprensa; sendo certo que “Entre os direitos de personalidade e os de informar e ser informado não há hierarquia, e nenhum deles pode ser havido como absoluto

(BDINE, 2012, p. 490 e 491)

Em um país que ocupa a primeira posição no ranking latino-americano de depressão e conjuntamente figura na quinta posição mundial, segundo relatório global acerca dos transtornos mentais pela Organização Mundial da Saúde (OMS⁴). A previsão de um direito preocupado com danos à psique do indivíduo é de notável pertinência, embora a reparação por danos morais tenha adotado um viés mercantilista nos últimos anos, sua essência reflete um padrão comportamental social, onde prevalece a ausência de sororidade, evidenciada na desumanização e desprezo de uns para com os outros.

⁴ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasil-o-pais-mais-deprimido-da-america-latina-aponta-oms-20969009>>, acesso em 28 dez. 2019.

2.2.4 Direito à Privacidade

Em linhas gerais, a sociedade digital trouxe consigo um novo conceito de vida privada e alterou significativamente o modo como lidamos com fatos que antes seriam estritamente íntimos, apesar da necessidade de mais pesquisas na área, o ser humano de um modo geral, cada vez mais renúncia sua privacidade ingenuamente. Acerca desse novo *modus operandi* social, Celso Ribeiro Bastos ainda no ano de 1988 já defendia que a proteção do direito brasileiro deveria ser entendida em seu sentido *latu*, no intuito de efetivar garantias constitucionais.

{...} oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada”. {...} defende incisivamente “a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar” assim como impede que “o acesso a informações sobre a privacidade de cada um.

(BASTOS, 1988, p. 63).

No âmbito das garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 trouxe de modo expresso no artigo 5º, inciso X, a garantia constitucional da privacidade, de pronto, cumpre informar que tal direito também encontra previsão na seara Cível (artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002) e na seara Criminal (artigo 154-A do Código Penal de 1940 e no artigo 10 da lei 9.296 de 1996).

A previsão jurisdicional de tal direito não impede sua inviolabilidade diária por determinadas empresas/plataformas e que seja excepcionalmente afastada em determinadas situações em que a eventual preservação da privacidade do indivíduo colocaria em risco valores juridicamente essenciais à ordem constitucional. A proteção constitucional à privacidade tem atualmente como grande rival, a captação, o uso e a cessão de dados pessoais dos consumidores por empresas privadas, que como prestadoras de serviços, em sua maioria operam por meio de contratos de adesão e condicionam eventuais usuários aos termos propostos unilateralmente, que são em regra aceitos de forma involuntária e sem maiores análises, haja vista serem fatores condicionantes à sensação de pertencimento que tais plataformas digitais proporcionam aos seus usuários.

A facilidade de acesso à internet em dispositivos móveis, auxiliou o hábito de usar diariamente ferramentas de buscas online, tal comportamento naturalmente alterou o mercado e instigou a criação de empresas especializadas em acompanhar aquilo que

vem sendo buscado em suas plataformas, possibilitando a identificação de parâmetros para cada usuário, tais como sua identidade gênero, idade, ocupação, orientação sexual, assim como eventuais interesses mercantis e particulares. Tal mapeamento, faz com que empresas como o Google LLC, repassem tais informações a terceiros, no intuito desses oferecerem produtos cada vez mais direcionados às buscas de cada consumidor, o que viola gravemente o direito constitucional destes à privacidade.

Mesmo neste cenário onde o Marco Civil da Internet criou uma nova excludente de responsabilidade civil, não existem dúvidas acerca da integral responsabilidade das empresas que exploram economicamente a coleta e o armazenamento de dados pessoais dos usuários, em eventuais falhas de proteção.

O famoso *whistleblower*, em entrevista concedida ao *The Intercept*, continua com sua denúncia à fragilidade da proteção, aqui traduzida livremente: “Se você interage com a internet, os métodos típicos de comunicação hoje lhe traem de modo silencioso, quieto, invisível, a cada clique. Em toda página que você acessa informação está sendo roubada. Está sendo coletada, interceptada, analisada e armazenada pelos governos, estrangeiros e domésticos, e pelas empresas.

(CONJUR, 2018, *on-line*)

Diariamente o significado da palavra privacidade vem sendo minorado, cada vez mais se torna comum o “vazamento” de conversas pessoais ou de e-mails que em tese teriam sido apagados por grandes figuras do Executivo, Legislativo ou Judiciário brasileiro. Diante da cultura do “vazamento” ou da comum prática de crimes cibernéticos por hackers, a noção de privacidade defendida por Evanildo Bechara, cada vez mais se deteriora.

{...} privacidade é uma “qualidade de privado; intimidade” que por sua vez significa “ambiente individual e reservado, onde se consegue privacidade”. Dito de outro modo, privacidade pode ser sinteticamente definida como a opção/direito de o ser humano estar só, sem que terceiros interfiram em sua vida ou tenham ciência acerca de sua vida privada.

(BECHARA, 2009, p. 727)

A presente crítica limita-se a advertir que o direito individual de estarmos sozinhos, sem a interferência de terceiros em nossas vidas, cada vez mais se distancia da

realidade e inexistem instrumentos jurídicos brasileiros capazes de assegurar que essa garantia, inclusive prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, seja efetivada.

O the right to be alone transcendeu ao Direito interno de cada país, de modo que aos poucos passou a ser entendido como um Direito Universal a ser difundido e adotado em todo o mundo. Neste sentido, a Assembleia Geral das Nações Unidas contemplou expressamente no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Direito à Privacidade, notadamente em seu artigo XII.

(CONJUR,2017, *on-line*)

O fator mais preocupante de tudo isso, é que outras formas de violações à privacidade pelo uso de plataformas digitais serão criadas e a legislação brasileira não vem conseguindo acompanhar tamanha evolução, o que resulta em uma frequente vulnerabilidade do povo brasileiro, que possui a necessidade básica de enxergar seu direito constitucional à privacidade sendo protegido pela legislação pátria.

2.3 O DIREITO CONSTITUCIONAL À INFORMAÇÃO, CASOS DE RELEVÂNCIA SOB TAL TEMÁTICA PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS ÚLTIMOS 16 ANOS E A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO – LAI

Possuindo o status constitucional de cláusula pétrea, a liberdade de informação (informar e ser informado) é indispensável à saúde de qualquer democracia. A popularização da internet e o aumento da circulação de informações por mídias digitais, contribuíram para um novo modelo de sociedade, criaram novos nichos, novos modelos de mercado, novas formas de se comunicar, de se expressar e de se afirmar como indivíduo.

Ocorre que, nesse novo cenário social, alguns conflitos ainda são antigos e difíceis de serem solucionados, pois, se de um lado existe o direito de a sociedade ser informada sobre aquilo que ela quiser, de outro, existe o direito de as pessoas terem sua intimidade e honra resguardadas.

Operadores de comunicação se veem em uma situação delicada, tendo em vista que esse novo modelo de sociedade requer novas informações em um período de tempo cada vez mais curto. Nesse mesmo contexto, tais profissionais não devem desconsiderar

as reais repercussões que eventual notícia poderá causar na vida privada e no direito de privacidade de certos indivíduos

Uma vez optando pela autopromoção financeira em detrimento de direitos e garantias dos seus semelhantes, tal operador, incorrerá em eventual condenação à reparação de danos. Gilberto Haddad Jabur, em sua obra, *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada — Conflitos entre Direitos da Personalidade*, ainda no ano 2000, já tecia críticas ao modelo de produção por parte da imprensa, segue:

{...} a obsessão pelo lucro, irrefreável em regimes capitalistas, compromete o dever da imprensa, influencia a ‘produção’ e insufla o emprego de insumos não muito ortodoxos. Os imperativos de venda ou de audiência impelem a imprensa à busca da superficialidade, da arrogância, de escândalos, de um autêntico sensacionalismo. Prestigia-se o entretenimento, sufoca-se a informação socialmente útil.

(HADDAD, 2000, p.368)

Sob esse mesmo olhar crítico, acerca de informações de caráter jornalístico socialmente úteis, Alexandre de Moraes define aquilo que não deveria prevalecer sobre os direitos da personalidade, mesmo sob o manto de proteção da liberdade constitucional de informação:

Encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), com o direito à honra, à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X) converter em instrumento de diversão ou entretenimento assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias, que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação.

(DE MORAES, 2014, n.p.)

Diante dessa breve introdução sobre o tema, cumpre informar que para melhor compreensão didática, este capítulo será dividido em dois breves períodos históricos, inicialmente em um cenário anterior a Lei de Acesso à Informação (LAI). Findo tal período, abordaremos um cenário cuja LAI, já entrou em vigência desde o dia 16 de maio do ano de 2012.

O ano é 2002, no Superior Tribunal de Justiça, ministros vem se deparando, de modo incidental, com numerosos processos cujo mérito é o antagonismo entre princípios

constitucionais, mesmo sabendo que trata-se de uma discussão de fundo constitucional, cuja competência originária seria pertencente ao Supremo Tribunal Federal, as turmas do STJ, implementam larga jurisprudência acerca do tema, sobretudo tomando como ponto de partida, análise fática, autos que envolvam pedidos de reparação cível extrapatrimonial.

O STJ tem se valido da técnica de ponderação de princípios para solucionar o conflito. A decisão sobre qual lado da balança deve ter maior peso sempre ocorre de forma casuística, na análise do caso concreto, processo por processo. Ou seja, não há uma fórmula pronta: em alguns casos vencerá o direito à informação; em outros, a proteção da personalidade. O que norteia a aplicação desses princípios e a escolha de um ou outro direito é o interesse público da informação. Se uma notícia ou reportagem sobre determinada pessoa veicula um dado que, de fato, interessa à coletividade, a balança tende para a liberdade de imprensa.

(CONJUR, 2009, *on-line*)

Nesse cenário, a 4ª Turma do STJ, seguindo o voto do relator, Min. Massami Uyeda, ao analisar um pedido de indenização por danos morais, decorrente de matéria jornalística, proferiu em sede do Resp. 783.139, o seguinte entendimento paradigma.

A liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constitui direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

(STJ,2008, p.33)

O supracitado paradigma, ao relativizar o direito constitucional à liberdade de informação e de manifestação do pensamento, merece destaque por optar pelos direitos da personalidade, em detrimento daqueles. Contudo, ao entrar no mérito do acórdão, tem-se como fundamento determinante para essa conclusão, o fato de que as informações jornalísticas divulgadas, serem inverídicas.

A veracidade das informações jornalísticas, passou a ser entendido como “requisito” fundamental para indicar os rumos das decisões do STJ, figurando como um indicador do interesse público, para afastar eventual liberdade de informação e manifestação do pensamento. Tal entendimento, poderá ser notado nos autos do Resp. 439.584, julgado pela 3ª Turma do STJ, no ano de 2002.

Na ocasião, os ministros compreenderam que, no plano infraconstitucional, o abuso do direito à informação está exatamente na falta de veracidade das afirmações divulgadas. E mais: entenderam que o interesse público não poderia autorizar “ofensa ao direito à honra, à dignidade, à vida privada e à intimidade da pessoa humana.

(CONJUR, 2009, *on-line*)

Alexandre de Moraes, em *Direitos Humanos Fundamentais* (2003), publicada no epicentro de tais paradigmas, aborda tal temática, posicionando-se no sentido de atestar a validade daquilo que vinha sendo adotado pelos tribunais superiores. Segue trecho da obra:

{...} o direito de receber informações verdadeiras, é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.

(DE MORAES, 2003, p.162)

Não obstante a relevância de tais acórdãos e sua característica de avanço jurisprudencial, merece ser ressaltado que, sob o viés da responsabilização penal, nos crimes contra a honra, em especial nos crimes de injúria e difamação (salvo, nos casos daqueles praticados por servidor público), o entendimento doutrinário e jurisprudencial é que em tais crimes, não se admite o instituto da *exceptio veritatis* (exceção da verdade) como excludente de ilicitude, havendo a responsabilização do ofensor, mesmo em tais hipóteses, prevalecendo dessa forma, as garantias de proteção aos direitos fundamentais.

Agora, o ano é 2019, o Superior Tribunal de Justiça, acaba de divulgar 13 teses consolidadas pelo tribunal, dentre elas, a corte ressalta a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), o que não implicou na *abolitio criminis* dos delitos contra a honra praticados por meio da imprensa, tendo em vista que a tipificação permanece na legislação penal.

A tese firmada e divulgada pelo STJ, assentou-se em parecer pró-direitos da personalidade, segue:

A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando

limitações, tais como a preservação dos direitos da personalidade, nestes incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade, sendo vedada a veiculação de críticas com a intenção de difamar, injuriar ou caluniar.

(CONJUR, 2019, *on-line*)

Embora a tese divulgada recentemente, possua características pró-esquecimento, isso nem sempre foi uma regra, alguns julgados do STJ merecem ser trazidos, tendo em vista que foram essenciais para a presente construção jurisdicional.

O Recurso Especial que repercutiu em tal seara, é o de nº 706.769, tendo em vista que envolveu a veiculação de notícias por uma rádio de Mossoró - RN, de acordo com os autos, teria a rádio extrapolado os limites do seu direito e veiculado ofensas diretas à prefeita municipal. No presente caso, sob relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, o tribunal entendeu que houve abuso do exercício da liberdade de informação e a indenização foi considerada devida, no entanto em valor menor que o pretendido pela autora.

Diante da leitura dos resumos de julgados sob essa matéria, é perceptível que o entendimento entre parte dos ministros do STJ, é no sentido de que prevalecerá o bom senso e a responsabilidade ao divulgar informações sobre suspeitos em eventuais investigações criminais ou sobre os próprios réus em ações penais, as mídias devem levar como premissa, a presunção de inocência, evitando-se a emissão de juízos de valor. Diante de tal cautela, o tribunal acredita que as informações seriam divulgadas de forma responsável, não violando outros direitos e garantias fundamentais, em especial, a dignidade e a honra daqueles que são objeto de tais matérias jornalísticas.

Ainda, no que diz respeito aos julgados do STJ que merecem destaque, se por um lado, a liberdade de informar encontra barreira na proteção aos direitos da personalidade, inúmeras decisões do egrégio tribunal evidenciam que em várias ocasiões prevaleceram as liberdades comunicativas.

No ano de 2004, em sede de julgamento do Recurso Especial nº 595600, o Ministro Cesar Rocha, atual presidente do STJ, enfrentou como relator, um caso que envolvia a publicação em um jornal local de foto com uma mulher de topless numa praia em Santa Catarina. O ministro Cesar Rocha, não conheceu do recurso interposto pela suposta vítima, no intuito de proibir a circulação do material jornalístico, entendendo que a proteção à privacidade estaria limitada pela própria exposição pública realizada por ela de seu próprio corpo.

No Recurso Especial nº 984803, interposto pela Rede Globo do Espírito Santo, no intuito de alterar decisão em sede do tribunal de justiça daquele estado, julgado no ano de 2009 pelo STJ, teve como objeto central das discussões, a responsabilização dos veículos de comunicação após a retirada da Lei de Imprensa do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme o voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi, o processo de produção de notícias é complexo, não sendo possível exigir que a mídia apenas divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade, reforçando ainda o raciocínio de que pessoas com notoriedade social, teriam proteção flexível aos direitos relativos à sua personalidade. Apesar de a fala da ministra ser no mínimo questionável, o tribunal optou pelo afastamento da indenização pelos danos morais, externalizando uma corrente de pensamento, pró-liberdade de imprensa por parte do STJ.

O Resp 58.101, merece destaque por tornar-se paradigma quanto ao direito de imagem. Teve como mérito do recurso, o direito à indenização por parte de uma revista, à uma famosa atriz e modelo, tendo em vista o uso indevido da imagem dessa última. No presente caso, o relator afirmou que, por se tratar de direito personalíssimo, sua imagem só poderia ser utilizada mediante autorização da mesma. Logo, o uso da imagem, mesmo que de pessoas com relevância social, estaria condicionada à existência de interesse público jornalístico. Salvo, nos casos em que a imagem fosse captada em cenário público ou de modo espontâneo.

Saindo da seara jurisdicional e adentrando no campo legislativo, merece destaque nos últimos anos como exemplo de forte avanço no direito à informação, a Lei de Acesso à Informação – LAI, em vigência desde o ano de 2016, que elencou de modo claro e expresso, o dever dos órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, o Judiciário, o Ministério Público, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de prestarem informações de interesse público. A previsão legal, não ficou no campo genérico, pelo contrário, trouxe em seu corpo que tais informações deveriam ser precisas, através de procedimentos objetivos, de modo transparente, claro e em linguagem de fácil compreensão pelo homem médio.

Nesse meio tempo, pudemos ver a proliferação de portais de transparência vinculados a administrações dos três níveis, a criação de um número cada vez

maior de sistemas eletrônicos de serviço de informação ao cidadão (conhecidos como e-Sics) e, talvez o mais importante, uma contínua conscientização de setores expressivos da sociedade sobre a necessidade de enxergar o acesso à informação pública como um direito.

(CONJUR, 2018, *on-line*)

Práticas tidas como lesivas ao direito de informação, são cada vez mais denunciadas e inaceitáveis pela sociedade. A cultura do sigilo, que outrora estava quase que umbilicalmente atrelada aos órgãos públicos e seus servidores, deu lugar à promoção da transparência na gestão pública como condição *sine qua non* para uma sociedade democrática e próspera. É evidente que tal mudança ainda não se deu de modo unânime perante todo o território brasileiro, a velha política que prevaleceu perante décadas em certas localidades, ainda insiste em tentar se fazer presente no que diz respeito a certos documentos públicos.

Nesse novo cenário, novas barreiras são impostas no sentido de serem “criados” novos requisitos que não foram previstos em lei, (como por exemplo, a necessidade de que sejam descritas as razões que fundamentam a requisição de tais documentos públicos, o que é expressamente vedado pela LAI, nos termos do seu art. 10, §3º) ou através do uso de excessiva burocracia, ambos com o nítido intuito de sonegarem informações.

No intuito de dar visibilidade à ocorrência de tais violações à LAI, a organização não-governamental de direitos humanos, Artigo 19, lançou no ano de 2018 uma publicação intitulada de *Identidade revelada – entraves na busca por informação pública no Brasil*,⁵ onde narra-se a existência de 16 casos, nas cinco regiões do país, onde pessoas que requisitaram informações junto a órgãos públicos, tiveram problemas diretamente relacionados ao fato de terem suas identidades expostas como autores dos pedidos. A título de informação, dentre os problemas enfrentados, destacam-se a pressão psicológica como estratégia de intimidação, o monitoramento da sua identidade como profissional da comunicação e ameaças através de ligações.

Prova inequívoca de que a cultura do sigilo reinava no mundo dos fatos, foi amplamente repercutida com a censura da edição de 16 de junho de 2006 do jornal *Zero Hora* no Rio Grande do Sul, tal edição trazia em seu corpo, uma lista com os 200 funcionários públicos mais bem pagos no Rio Grande do Sul. Ocorre que um grupo de 22

⁵ Disponível em <<https://artigo19.org/?p=13806>>, acesso em 10 jan. 2020.

auditores do Tribunal de Contas, insatisfeitos com tal matéria, impetraram mandado de segurança com pedido liminar, no sentido de que a divulgação de tal matéria fosse proibida, o que lhes foi concedido, mas revogado 5 (cinco) dias depois pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Diante do exposto, é imperioso ressaltar que os ideais da Lei de Acesso à Informação, mostram-se necessários em qualquer sociedade pautada em princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade e eficiência, assim como na premissa do desenvolvimento da administração pública perante o controle da sociedade. Constitui-se a Lei de Acesso à Informação como ferramenta pró-informação, indispensável à dignidade da pessoa humana.

2.4 O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, O DIREITO DE PROFERIR CRÍTICAS E O DISCURSO DE ÓDIO

Inerente às sociedades democráticas, a liberdade de expressão é uma das garantias constitucionais que mais sofrem investidas contra sua existência, inúmeras são as formas de tentar oprimi-la, seja por meio de atos de violência (como no recente ataque à produtora do canal porta dos fundos), seja através de atos do Executivo (a exemplo, censura homofóbica do prefeito do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, na Bienal do Livro que acontecia naquele estado) ou mesmo, pelo uso da máquina do Judiciário.

A liberdade de expressão somente integrou o texto constitucional, após um período lastimável da história desse país, após o regime militar, período marcado por intensa repressão estatal às liberdades em geral, a liberdade de expressão do pensamento como uma garantia fundamental, trouxe consigo marcas emocionais.

Sabemos que, como regra, os comandos que emanam da Constituição Republicana Federativa do Brasil, correspondem a uma prescrição e seu eventual descumprimento, resulta em um respectivo mecanismo de coação legal. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (p. 76, 2006) apresenta as seguintes compreensões:

As normas constitucionais, como espécies do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua

inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências de insubmissão ao seu comando.

(BARROSO, 2006, p. 76)

Sendo assim, tem o Estado, a obrigação de garantir efetivamente o exercício do direito constitucional à liberdade de expressão do pensamento, devendo suas condutas perpassarem pelo campo da efetividade e não pelo campo da supressão ilegal, como no episódio ocorrido no estado do Rio de Janeiro, mencionado anteriormente.

Nos termos da ADPF 130, que derrubou a Lei de Imprensa, sob relatoria do Ministro Carlos Britto, os ministros do STF, entenderam por maioria, que antes de qualquer penalização do ofensor de direito constitucional alheio, necessário seria assegurar em um primeiro momento a livre e plena liberdade de expressão e de informação.

Em consonância com entendimento firmado anos depois pelo STF, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco, ainda no ano de 2008, já traziam a seguinte observação:

{...} a restrição ao direito de se expressar livremente representa um exercício de violência, por parte de quem promove a censura, seja o Estado ou o próximo, na medida em que viola a abrangência totalizante da dignidade da pessoa humana, visto que a liberdade propugna pela autorrealização da pessoa humana.

(MENDES; COELHO & BRANCO, 2008, p. 359)

Logo, tem-se que o acórdão firmado pelos ministros no ano de 2009, coaduna com a premissa de assegurar garantias constitucionais, antes de limitá-las ou condicioná-las a determinados requisitos infraconstitucionais, como vinha ocorrendo na vigência da lei de imprensa.

Apesar do entendimento firmado na ADPF 130, em observância ao informativo 792 do STF, o direito de resposta na época, para ser aplicado, não necessitaria de lei infraconstitucional para sua eficácia plena, a previsão no corpo constitucional por si só seria capaz de assegurar a garantia constitucional. Pois, o caráter antidemocrático previsto na lei de imprensa, criada em um período de exceção, durante o regime militar, por violar

os direitos da liberdade de expressão como um todo, não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988.

Tomando como sustentáculo de suas falas, trechos da obra supracitada de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco, o autor Alexandre Gazetta Simões, redige duras críticas a qualquer tipo de limitação jurisdicional ou estatal à liberdade de expressão. Em seu artigo intitulado “A abordagem constitucional da liberdade de expressão”, o autor afirma de modo incisivo que: “O direito de falar e de calar, quando se pensa em liberdade de expressão (art. 5º, IV da Constituição Federal) não deve ser dado a ninguém, muito menos ao Estado.”

A abordagem do autor no que se refere à liberdade constitucional de expressão é forte e deve ser respeitada, no entanto, não deixa de ser tida como preocupante, considerando que pode amparar a fundamentação de imensuráveis violações a outros direitos e garantias fundamentais, segue trecho da obra:

O compromisso com tal estado de coisas está lastreado na busca de uma nação com mentalidade de vanguarda, em que há espaço para todo o tipo de ideias. As ideias ruins e boas são criteriosamente selecionadas a partir do debate público. Somente as melhores ideias sobrevivem, após serem seguidamente testadas, por meio de múltiplas visões de mundo, a partir de argumentações cada vez mais refinadas. Tal ambiente de discussão somente é possível na ausência total de censura, sob a vigilância do Estado quanto à mínima violação de tal direito; e se dá por meio de opiniões que possam soar rudes, de mau gosto, idiotas ou ofender o senso comum.

(GAZETTA, 2013)

A obra em comento ignora quais seriam as repercussões da efetiva existência do cenário social almejado pelo jurista. A que preço teríamos um ambiente com absoluta ausência de controle sobre as liberdades de expressão? Por óbvio, ideias ruins (como são colocadas pelo autor), extrapolariam os limites de qualquer embate de ideias pacífico, resultando em afetação direta da paz social.

Embora semelhantes, as ideias trazidas pelo autor supracitado, não devem ser confundidas com o direito de tecer críticas, haja vista que tal garantia, por fazer parte das prerrogativas dos profissionais de imprensa, tem força para desqualificar eventual *animus injuriandi vel diffamandi*.

“O direito dos jornalistas de criticar pessoas públicas, quando motivado por razões de interesse coletivo, não pode ser confundido com abuso da liberdade de

imprensa”, esse foi o trecho de fundamentação do voto emanado pelo Ministro Celso de Mello, tendo sido acompanhado por unanimidade na 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Com isso, foi rejeitado por unanimidade o pedido de indenização por danos morais pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Segundo Celso de Mello, seria a liberdade de expressão da imprensa, requisito para uma sociedade livre e o exercício de tais liberdades, configuraria um direito inalienável e privilégio inestimável de todos os cidadãos.

Uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade. A prerrogativa do jornalista de preservar o sigilo da fonte (e de não sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, em razão da prática legítima dessa franquia outorgada pela própria Constituição da República), oponível, por isso mesmo, a qualquer pessoa, inclusive aos agentes, autoridades e órgãos do Estado, qualifica-se como verdadeira garantia institucional destinada a assegurar o exercício do direito fundamental de livremente buscar e transmitir informações.

(CONJUR, 2019, *on-line*)

O voto do ministro não foi considerado inesperado, ele já vinha posicionando-se nesse sentido, em especial desde o ano de 2014 quando fundamentou seu voto de modo mais contundente, estabelecendo que: “A publicação de reportagem ou opinião com crítica dura e até impiedosa afasta o intuito de ofender, principalmente quando dirigida a figuras públicas”(STF, 2014). Em consequência desse entendimento, foi acolhido o Recurso Extraordinário de uma editora que havia sido condenada por acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao apagamento de uma indenização no montante de R\$ 10 mil reais, ao ex-governador Joaquim Roriz. Para Celso de Mello:

Não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicular opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender.

(CONJUR, 2014, *on-line*)

Apesar de ser louvável tal garantia, a crítica pela crítica, quando se encontrar vazia, não terá utilidade alguma. Logo, cumpre informar que a liberdade de crítica por

parte da imprensa, assim como as prerrogativas dos profissionais de tal área, justificam-se pela prevalência do interesse geral da coletividade, no entanto, havendo veiculação de juízo pessoal de valor e havendo ofensa à honra e à moral, excedendo os limites da liberdade de imprensa, a responsabilidade civil não será afastada.

Com a facilidade de acesso à internet e às redes sociais, a veiculação de publicações de caráter discriminatório ou incentivadores de atos de violência, tem se tornado cada vez mais frequentes, sob o manto de um frágil anonimato, internautas disseminam conteúdos ilegais e atentatórios às garantias fundamentais.

Nesse cenário social, aumenta a apreensão acerca dos limites da liberdade de expressão, no intuito de coibir a disseminação de discursos de ódio, demandas judiciais são ajuizadas e os tribunais superiores são instados frequentemente a decidirem sobre tais matérias, mesmo sem um posicionamento majoritário sobre o assunto.

Diferentemente do que ocorre, por exemplo, no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e na Suprema Corte dos Estados Unidos, pois ambos, apesar de divergentes, possuem juízo consolidado quando o assunto é discurso de ódio.

No primeiro caso, discursos que negam (já pela “mera” negação) os crimes de guerra e o genocídio praticados e promovidos por causa da ideologia e da máquina militar e burocrática nazifascista são interditados e criminalizados, ao passo que nos EUA os mesmos discursos, ademais de outros similares, são lícitos, pelo menos de acordo com o já antigo entendimento da Suprema Corte e sua interpretação da Primeira Emenda (1791) à Constituição Federal de 1787, que proíbe a limitação da liberdade de expressão (*free speech*). A decisão (1 BvR 673/18) de 22 de junho do Tribunal Constitucional Federal (TCF) da Alemanha, sediado na cidade de Karlsruhe, que entendeu ser compatível com a Lei Fundamental e a liberdade de expressão nela consagrada e protegida (artigo 5º, 1), a criminalização e consequente punição pela negação do genocídio nacional-socialista, designadamente, no caso concreto objeto do julgamento (com a não admissão para decisão) de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) que impugnava decisão que havia condenado a reclamante por ter negado a ocorrência do extermínio levado a efeito no campo de concentração de Auschwitz-Birkenau. Nos EUA, se verifica justamente o contrário, porquanto mesmo manifestações de natureza inequivocamente contra fática, incluindo a negação do Holocausto, mas também outras como manifestações neonazistas, afirmação da supremacia branca, queima de cruzes em frente a residências de afrodescendentes são tidas como protegidas pela Primeira Emenda.

(CONJUR, 2018, *on-line*)

Haja vista o que vem sendo levantado no presente trabalho, a percepção do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no que tange à vedação e

responsabilização aos discursos de ódio, é admirável, pois assegura direitos fundamentais e encontra-se em consonância com o texto constitucional brasileiro, que não ampara atos discriminatórios de qualquer natureza.

Evidente que a divulgação de fatos comprovadamente inverídicos, em nada contribui para a construção de uma opinião pública saudável e em consonância com os princípios da democracia, logo, tais inverdades, não deveriam encontrar proteção na liberdade de expressão.

{...} discursos que se caracterizam por um conteúdo manifestamente hostil e discriminatório em relação a determinados grupos sociais podem colocar em risco a própria democracia e — a exemplo de determinadas modalidades de *fake news* (cujo conteúdo igualmente deve ser objeto de cuidadosa densificação) — chegar ao ponto de comprometer a necessária isonomia (igualdade de armas) indispensável a um legítimo processo eleitoral.

(WOLFGANG, 2018, n.p.)

Ingo Wolfgang, na citação supra, sintetiza o perigo da proteção aos discursos de ódio, sob o manto da inviolabilidade das liberdades de expressão, alertando em sua obra, sobre a eminente necessidade de os tribunais superiores estarem atentos ao tema. A noção de liberdade, deve sempre estar associada à noção de igualdade e de justiça.

2.4.1 A Liberdade de Expressão como Elemento Integrativo da Dignidade da Pessoa Humana

A liberdade para expressar pensamentos e opiniões, acha-se diretamente atrelada ao direito de liberdade, incumbindo aos governantes, a obrigação de assegurá-los a todos os indivíduos.

Apesar de já ter sido abordado anteriormente, o discurso de ódio deve ser abordado no presente capítulo, tendo em vista que o mesmo se utiliza da liberdade de expressão para crescer e se disseminar pela sociedade.

O professor e autor Winfried Brugger (2007, p.118), traz uma definição simples sobre o que pode ser considerado discurso de ódio na sociedade contemporânea, segue:

O conjunto de palavras que traz o potencial de insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião; ou que tem a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação.

Portanto, pensar a liberdade de expressão como elemento integrativo da dignidade da pessoa humana, perpassa pelo oposto da definição supra, ou seja, perpassa por obrigações de não fazer, pautadas na noção de que a dignidade do ser humano é o valor supremo de qualquer corpo social.

É incontroverso que o interesse da coletividade fundamenta a divulgação de notícias pelas mídias, no entanto, na mesma proporção, os direitos da personalidade interessam àquele que lhes é detentor, não podendo ser banalizados.

Nesse sentido, a jurista Larissa Savadintzky, defende a não banalização dos direitos da personalidade, que em tese, se daria por uma imprensa tida como responsável.

O benefício coletivo tem particular força quando revela atos da ação governamental em geral e principalmente nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, impondo o cumprimento da transparência. A imprensa contribui para a consolidação de uma democracia na medida em que atua com responsabilidade, cobrando a observância dos princípios democráticos, divulgando informação correta e imparcial, fiscalizando a atuação dos setores público e privado, denunciando irregularidades e oferecendo oportunidade para defesa. Em uma sociedade democrática, a administração da Justiça não pode crescer na escuridão e as decisões judiciais não podem ser secretas.

(SAVADINTZKY, 2006, n.p.)

À luz da democracia, o jornalismo tido como responsável, apenas acrescentaria socialmente, assumindo um papel indelegável de construir uma opinião pública saudável, além de vigiar e divulgar as ações e omissões por parte dos governantes de modo independente.

Destacam-se os apontamentos de Alexis Madrigal, acerca do papel que a imprensa e as mídias como um todo, ocuparam na sociedade brasileira:

Com o passar do tempo a imprensa alcançou um lugar cativo na sociedade brasileira, com o papel fundamental de informar a população e denunciar ações que possam ser prejudiciais ao público. Ao assumir esta posição, a imprensa concede a este mesmo público uma chance de defesa e de expressão de opinião de forma que esta seja levada em consideração pelas entidades competentes a fim de que a opinião pública e o desejo da maioria possam prevalecer, como

de direito deve ser em uma sociedade democrática como a brasileira, como estabelece a Constituição.

(MADRIGAL, 2015, n.p.)

Considerando a intensa participação dos veículos de comunicação em nossas vidas, inclusive com a entrada de tais meios em plataformas sociais virtuais, informações e publicações nos chegam de modo involuntário e tal realidade social sem nenhuma vedação ou responsabilização aos discursos de ódio, afetaria, inúmeros outros bens jurídicos resguardados pela Constituição. Diante de tais fatos, há efetiva necessidade do instituto do juízo de proporcionalidade entre a finalidade da liberdade de expressão e os benefícios alcançados com eventuais limitações (conservação de uma sociedade plúrima, que respeita a dignidade da pessoa humana e o direito constitucional à honra).

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES AO LONGO DOS ÚLTIMOS 06 ANOS E SUA FUNÇÃO COMO VIABILIZADOR DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

A dignidade é característica necessariamente inerente a qualquer ser humano, seu reconhecimento é autônomo, ou seja, independe de qualquer reconhecimento social ou jurídico, são características oriundas da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de modo que qualquer renúncia à própria dignidade é tida como nula.

Seria imprudência, não mencionar que a teoria do direito ao esquecimento também teve como um de seus alicerces, a compreensão de que, mesmo aquele que cometeu fato tipificado como crime, após período determinado de tempo, tem o direito de ver apagadas todas as consequências delituosas do ato praticado. No Brasil, é pacífica a cognição de que, passados dois anos após a integral execução da pena, haveria incidência do fenômeno da extinção da punibilidade. Pois, é assegurado ao autor do delito, o direito à reabilitação social. Também é pacífico o entendimento de que, passados cinco anos, do integral cumprimento da pena, afasta-se a possibilidade de incidência do fenômeno da reincidência, resultando pois, na exclusão legal de todos os registros processuais e criminais públicos sobre tal fato. Em tais casos, a manutenção dos registros

processuais, ocorre para fins de antecedentes criminais, na eventual hipótese envolvimento em novo crime, no entanto, como será abordado no decorrer desse trabalho, o STJ, já vem relativizando essa incidência dos antecedentes.

O objeto central do popularmente conhecido “direito ao esquecimento” longe está das rasas críticas baseadas no “apagar da história” ou “ocultação da verdade”. Seguramente, tem origem no “*right to be let alone*”, ou seja, no direito de permanecer no anonimato e em paz. Sua essência, encontra alicerce na busca da proteção a direito e garantias individuais fundamentais do ser humano, garantias constitucionais que eventualmente seriam ameaçadas por uma exposição pública supérflua ou estigmatizante.

Embora o direito ao esquecimento possua como única previsão legal, o artigo 7º, inciso X, da lei 12.965/2014 (marco civil da internet), a previsão legal de excluir definitivamente da internet dados pessoais sem relevância para o interesse público à informação, já é considerada um grande avanço, haja vista a omissão do legislativo brasileiro em regular matérias tidas como sensíveis às massas.

No capítulo que disciplina os direitos constitucionais, a Constituição Federal de 1988, consagrou os princípios genéricos da igualdade e da não discriminação. Nesse sentido, considerando a natureza constitucional do direito ao esquecimento, não seria forçoso dizer que o mesmo, também poderia possuir o status de princípio genérico constitucional e como consequência, influenciar de modo autônomo a legislação infraconstitucional, cabendo a esta, o dever de respeitá-lo e concretizá-lo nas suas diferentes dimensões.

Sob essa perspectiva, Ingo Wolfgang Sarlet defende o verdadeiro significado do direito ao esquecimento, ao afirmar que:

{...} o direito ao esquecimento não se reduz ao direito de requerer o cancelamento de informações previsto no artigo 7º da Lei do Marco Civil da Internet (e nem ao direito ao cancelamento consagrado no artigo 17 do novo Regulamento Europeu de Proteção de Dados), mas abarca (ou deveria, no nosso entender, da literatura brasileira majoritária e da posição prevalente no mundo europeu ocidental) um direito à desindexação em face dos provedores de pesquisa.

(CONJUR, 2018, *on-line*)

Por conseguinte, em termos práticos, o direito ao esquecimento não é uma tentativa forçosa de apagar o passado, pelo contrário, sua premissa básica é de conceder

que um indivíduo que teve sua vida afetada por um fato que se tornou público, possa continuar vivendo com razoável anonimato, permitindo através de uma obrigação negativa por parte das mídias, que determinado fato público danoso, seja vulgarmente revivido ou eternizado na internet, através de sistemas de busca online, pois a manutenção de certos resultados de busca, em nome da liberdade de expressão poderia acarretar lesões irreparáveis aos direitos da personalidade daquele que figura como vítima.

De acordo com doutrinadores constitucionais, se a limitação é legal e fundamentada em direitos e garantias expressamente dispostos no corpo constitucional, não se trata de censura.

A plenitude de formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes. O argumento humanista, assim, acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade da pessoa humana.

(MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 360)

A divulgação reiterada de fatos desabonadores ou sua perpetuação na internet, trazem consigo danos diretos (à vítima de tais abusos) e indiretos (aos seus familiares), a respeito de tais danos indiretos que em regra são desconsiderados pela jurisprudência, Antônio Magalhães Gomes Filho, afirma que, assim como os direitos da personalidade são reconhecidos e protegidos pelo Judiciário, do mesmo modo, deveria igualmente ser reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar livre de tais intromissões, ou seja, deveria ser reconhecida a garantia judicial de uma vivência familiar com razoável anonimato.

{...} as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões.

(GOMES FILHO, 1997, p.128)

Não obstante a essência do direito ao esquecimento e todo seu embasamento constitucional, a jurisprudência pátria, em especial do Supremo Tribunal Federal, pode ser considerada conservadora, uma vez que, seus principais julgados nos últimos anos,

adotam posicionamentos que primam pela liberdade de expressão e de informação. Pode ser observado que, geralmente, o voto dos ministros do supremo, perpassa por uma interpretação sistemática, ainda atrelada ao argumento de que a liberdade de expressão seria considerada instrumento indispensável e estruturante dos regimes democráticos (o que não se pretende negar com o presente trabalho).

Nítido indicador desse posicionamento dominante, pode ser aferido na ADPF 130, com a declaração de não recepção, da antiga Lei de Imprensa pela Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988. Nessa mesma ADPF, já abordada no corpo do presente trabalho, seu relator, o ministro Carlos Ayres Britto, de modo expresso, afirmou que: “a liberdade de expressão assume uma posição quase absoluta e apenas pode ser objeto de limitação nos casos expressamente estabelecidos pela Constituição, designadamente o direito à indenização e o direito de resposta” (STF, 2009).

Em continuidade, na ADI 4815, sob relatoria da ministra Cármen Lúcia, no tocante às biografias não autorizadas, o tribunal pleno decidiu ser inconstitucional a exigência de prévia autorização do biografado, não excluía a possibilidade de responsabilização cível do autor, por eventuais prejuízos à honra e à moral do biografado.

Divergindo de certo modo do entendimento que vinha sendo firmado pelo Supremo, no importante processo do réu Sigfried Ellwanger Castan, editor que foi acusado de publicações racistas contra o povo judeu. Embora aparentemente se tratasse de um simples habeas corpus sob relatoria do Ministro Moreira Alves, o caso envolvia um claro conflito entre garantias constitucionais de mesmo peso jurídico, tratava -se de colisão entre a liberdade constitucional de expressão e de comunicação (ao negar em sua publicação, a efetiva ocorrência do holocausto), em face do direito constitucional à honra, à imagem e à dignidade da pessoa humana.

Sobre o presente caso, cumpre destacar os apontamentos de Celso Lafer, *amicus curiae* no supracitado habeas corpus.

{...} a Constituição de 1988, que tem como uma de suas notas identificadoras o Estado Democrático de Direito, sustenta os valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e contempla, entre os objetivos da República, o de promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(CONJUR,2018, *on-line*)

Através do princípio da proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a colisão entre os direitos fundamentais em comento, seria meramente aparente, na medida em que caberia ao Supremo defender a dignidade da pessoa humana.

Um direito individual não pode ser utilizado como salvaguarda para conduta ilícita. O direito à livre expressão apenas será exercido legitimamente acaso atendidos os limites que o próprio texto constitucional lhe impõe. Para delineá-los, “há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o prevalente.

(CONJUR, 2017, *on-line*)

Independentemente do posicionamento predominante adotado em sede do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao Superior Tribunal de Justiça, em especial, nos últimos anos, vem-se adotando raciocínio inovador, no sentido de reconhecer o direito ao esquecimento como mecanismo determinante para a efetivação de garantias constitucionais individuais.

Em meados de 2012, o famoso caso Xuxa vs. Google foi objeto do REsp. 1.316.921, o Superior Tribunal de Justiça naquele ano entendeu pelo prevalecimento das liberdades comunicativas, sob rasos argumentos acerca do caráter republicano da liberdade de imprensa.

Ainda no ano de 2013, no REsp 1.334.097, o Superior Tribunal de Justiça, através da 4ª turma, entendeu que um homem acusado de envolvimento na chacina da Candelária (ocorrida aos 23 de julho de 1993, no Rio de Janeiro), por ter sido posteriormente absolvido de todas as acusações, não deveria ter sua imagem e nome divulgados pelo programa Linha Direta, da TV Globo, teria pois, direito ao esquecimento, impondo-se às mídias que, ao noticiarem o caso, não vinculem (obrigação negativa) o nome e a imagem do autor.

Seguindo tal acepção, no ano de 2018, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogerio Schietti Cruz, no julgamento do Habeas Corpus 402.752, aplicou o direito ao esquecimento em um caso concreto de condenação por tráfico de drogas, ao afastar a situação agravante de maus antecedentes, o ministro reduziu a reclusão do apenado de 7 (sete) para 5 (cinco) anos.

{...} eternizar a valoração negativa dos antecedentes sem nenhuma ponderação sobre as circunstâncias do caso concreto não se coaduna com o direito penal do fato. É preciso levar em conta as particularidades do caso e considerar que durante o transcurso desses 25 anos o réu não voltou a delinquir; portanto, deve ser relativizado o único registro anterior do acusado, tão antigo, de modo a não lhe imprimir o excessivo relevo que pretenderam as instâncias ordinárias.

(CONJUR, 2018, *on-line*)

Fazendo uso de uma interpretação conforme a Constituição Federal e com as devidas adaptações de um conceito cível na seara criminal, o STJ aplicou a tese do direito ao esquecimento, tendo em vista que: “Quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento.”

A respeito da efetiva aplicação do direito ao esquecimento como se espera dos tribunais superiores, há um caso de estudo, ocorrido na Europa, ano de 2014, tal caso, versa sobre a aplicação dos princípios da ponderação e da proporcionalidade de inúmeros direitos e garantias fundamentais, mencionados anteriormente neste trabalho.

Nesta supra decisão, o Tribunal de Justiça da União Europeia (C-131/12, 13 de maio de 2014) firmou entendimento no sentido de que usuários poderiam solicitar diretamente às plataformas de pesquisa, que removam resultados ilegais, que envolvam seu nome, tais medidas, estariam restritas aos casos em que o direito fundamental à privacidade individual, ultrapassasse o interesse coletivo de apresentação para tais resultados.

O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que o “direito ao esquecimento” pode ser exercido contra motores de busca na internet, e não apenas contra o provedor de hospedagem original, fonte dos dados; esse direito se estende não somente a dados falsos, equivocados ou obtidos ilicitamente, mas também os lícitos e verdadeiros, sendo necessário provar o prejuízo concreto ou o constrangimento ao sujeito envolvido, em decorrência da manutenção da informação do resultado além do prazo razoável; a remoção não é cabível caso exista interesse público que justifique a sua preservação.

(CONJUR, 2018, *on-line*)

Cumprindo informar que, embora tal caso seja referente ao ano de 2014, recentemente, mais especificamente aos 24 de setembro de 2019, o Tribunal de Justiça Europeu inovou novamente, ao julgar um recurso do Google, entendeu o tribunal que a aplicabilidade do direito ao esquecimento na União Europeia estaria condicionada a toda

extensão geográfica do bloco. Logo, os titulares de determinados dados “deverão ter reconhecido seu direito ao esquecimento”, em especial, quando a conservação desses dados na internet, violarem garantia já assegurada pelo tribunal em comento.

Como forma de garantir a aplicabilidade do comando judicial, o Google disponibilizou um modelo de formulário online em suas páginas europeias de buscas, tais formulários possuem como principal função, receber eventuais pedidos de desindexação dos seus resultados, tais pedidos passam por uma análise especializada extrajudicial, separados de acordo com o direito da personalidade do solicitante, que em tese, esteja sendo violado. Somente após a presente triagem, haveria ou não a prevalência extrajudicial do interesse público e dos direitos de acesso à informação.

Anexo ao presente trabalho, encontra-se o modelo em português do formulário disponibilizado pelo Google em decorrência da decisão do TJUE, trata-se de um modelo de petição extrajudicial para desindexação de dados pessoais em páginas de buscas da plataforma do Google em todo o bloco geográfico da União Europeia.

Esse *learding case*, era considerado um dos principais casos de relevância, acerca da aplicação ao direito ao esquecimento por tribunais superiores. Ocorre que, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, em fevereiro de 2020, condenou o Google a desindexar em sua plataforma de buscas, resultados referentes ao nome de um policial absolvido pelo crime de prevaricação.

Entendeu o STJ que a liberdade de expressão não é absoluta, valendo-se de precedente do próprio tribunal, segundo o qual a existência de circunstâncias excepcionais pode impor limites a essa liberdade. Circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo.

(CONJUR,2020, *on-line*)

Frente ao novo entendimento do STJ, e sua declaração expressa de que a liberdade de expressão não é absoluta, tem-se uma notória preocupação por parte do tribunal em eventualmente limitar a liberdade de expressão, em especial, quando sua preponderância importar em fortes abalos aos direitos da personalidade ou quando o seu conteúdo incluir discursos de segregação, discriminação, incitação à violência ou ferirem

a dignidade humana, atingindo diretamente grupos socialmente vulneráveis e comprometendo a própria noção de paz social e de democracia.

3.1 O ENUNCIADO 531 DA VI JORNADA DE DIREITO CIVIL – CJF/STJ

Com origem no ano de 2013, data em que o Código Civil completava exatos 10 (dez) anos em vigência, através da VI Jornada de Direito Civil, o Conselho da Justiça Federal, outorgou a publicação de 46 (quarenta e seis) novos enunciados, auxiliares na interpretação da norma infraconstitucional. Os enunciados outorgados no ano de 2013, possuíram a sequência numérica do número 530 ao 575, aprovados entre os dias 11 e 12 de março daquele ano, no decorrer da VI Jornada de Direito Civil.

Segundo o coordenador da Comissão de Trabalho da Parte Geral na VI Jornada de Direito Civil, o desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Rogério Fialho Moreira, a relevância dos enunciados é seu caráter orientador da interpretação dos artigos, adequando-se ao novo modelo de sociedade.

Verifica-se hoje que os danos causados por informações falsas, ou mesmo verdadeiras, mas da esfera da vida privada e da intimidade, veiculadas através da internet, são potencialmente muito mais nefastos do que na época em que a propagação da notícia se dava pelos meios tradicionais de divulgação. Uma retratação publicada em jornal podia não ter a força de recolher as “penas lançadas ao vento”, mas a resposta era publicada e a notícia mentirosa ou injuriosa permanecia nos arquivos do periódico. Com mais raridade era “ressuscitada” para voltar a perseguir a vítima.

(CJF, 2015)

Os enunciados, ao contrário do que se possa imaginar, asseguram o debate sobre seu eventual uso em eventos e casos vindouros, sobretudo nos meios eletrônicos, no que diz respeito ao enunciado 531 da VI Jornada. Valendo-se dessa breve introdução, cumpre informar o teor do enunciado em comento. Segue:

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento, ou seja, o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores à honra.

(STJ, 2014)

O texto traz consigo uma reflexão acerca dos prejuízos provocados pelos novos meios de comunicação, em especial quando tais meios revivem fatos pretéritos, estigmatizantes, com o mero objetivo de perpetuar no tempo as misérias humanas. Ressalta-se que a construção de tal enunciado, preocupou-se em reforçar a proteção de direitos e garantias constitucionais, perpassando sua interpretação por uma orientação doutrinária, baseada em um norte hermenêutico de interpretação do Código Civil, o qual, elenca o direito ao esquecimento, entre os direitos da personalidade, contido na previsão legal de proteção da intimidade, da honra e da vida privada.

3.2 LEI 12.965/2014 - O MARCO CIVIL DA INTERNET

Antes de abordarmos a previsão legal brasileira acerca da regulamentação da internet, se faz necessária uma breve explanação das lições trazidas por Lawrence Lessig (professor de direito na faculdade de Harvard). Segundo o autor em comento, originalmente existiriam 04 (quatro) modalidades para regular a internet, seriam elas, as leis, as normas sociais, o mercado e o código do software. Todas essas modalidades, poderiam ser vistas como fatores que condicionariam o fluxo de informações.

Partindo da tese de doutorado em Direito de Marcel Leonardi (2009, p.109-110), seriam estes últimos (códigos de softwares) de atuação mais efetiva e direta no controle tecnológico, pois estariam sobrepostos às características originais da rede e intencionalmente restringiriam o comportamento dos usuários, forçando certas condutas, ou coibindo determinadas comportamento considerados como violadores dos termos de uso.

Analisando as modalidades de Lessig, Ronaldo Lemos traduz em termos simples, como se dariam as demais formas de regulamentação da internet.

{...} o direito deve ser entendido como o conjunto normativo estatal. Já as normas sociais englobariam os usos, costumes e qualquer outra manifestação com fundo normativo emanado de comunidades ou corriqueiros em determinadas situações e circunstâncias. O mercado, ainda, seria relevante por ter íntimo vínculo com os bens econômicos.

(LEMOS, 2005, p.21)

Portanto, estamos cientes de que limites poderão ser impostos à internet e que o controle sobre a mesma não se dá exclusivamente através do direito, como bem explicado,

a lei sequer é considerada o meio de regulamentação mais eficaz, no entanto, a regulamentação escolhida pelo sistema nacional pátrio, foi pela legislação.

Elaborada com o intuito de ser um parâmetro para leis futuras, a lei 12.965/2014, popularmente conhecida como “o marco civil da internet”, pode ser vista didaticamente como uma “constituição da internet brasileira”, haja vista que futuras leis igualmente infraconstitucionais, deverão utilizá-la como balizadora legal de previsões normativas (em regra), quando estas eventualmente produzirem novos direitos e deveres aos provedores e usuários da rede.

Estando o projeto de lei 21.626/2011, diretamente influenciado por uma denúncia de espionagem sob conversas da presidente Dilma Rousseff com seus principais assessores, oriundas dos Estados Unidos da América no ano de 2013, o referido projeto não poupou esforços no sentido de endurecer obrigações aos provedores de aplicação na proteção da privacidade de dados pessoais dos usuários e na defesa da liberdade de expressão nas plataformas digitais.

Apesar de inúmeras críticas ao seu texto, a lei 12.965/14 reforçou na esfera infraconstitucional, em especial nos seus princípios, aquilo que já havia sido protegido na Constituição Federal de 1988, ou seja, a proteção da privacidade e dos dados pessoais no ambiente virtual.

Outro ponto que merece destaque na “constituição da internet” é o conteúdo trazido no corpo do seu artigo 7º, inciso X, ao trazer a primeira referência direta ao chamado “direito ao esquecimento” na legislação brasileira.

Art. 7º - O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

X – Exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação da internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstos nesta lei.

(BRASIL, 2014)

Com relação às críticas à lei em estudo, o *caput* do artigo 19, ao prever que as plataformas provedoras de aplicações, somente seriam responsabilizadas civilmente por danos decorrentes de conteúdos publicados por terceiros, quando, receberem determinação judicial para retirada do conteúdo e mesmo assim deixarem de o fazer, logo, somente haveria responsabilização nas hipóteses de expresse descumprimento ao

comando judicial. Portanto, criou-se uma nova modalidade de isenção da responsabilidade cível, que em tese, deveria ser objetiva para aquele que explora atividade lucrativa.

Foi nesse sentido o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial de nº 1.642.997, aos 15/09/2017, ao estabelecer que: “{...} o termo inicial da responsabilidade do provedor de aplicação foi postergado no tempo, iniciando-se tão somente após a notificação judicial do provedor de aplicação”.

Se já não bastasse a “inovação” trazida, cumpre informar que, antes da vigência do Marco Civil da Internet, a jurisprudência pacífica no Superior Tribunal de Justiça era considerada mais benéfica no sentido de assegurar direitos e garantias fundamentais, pois, após a notificação ao provedor, de que determinado conteúdo seria ilícito, o mesmo deveria retirar tal material de sua plataforma, em um prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena ser solidariamente responsável por eventual dano patrimonial ou extrapatrimonial. O prazo estipulado pelo STJ, tinha como principal objetivo, a suspensão preventiva da plataforma, para análise das alegações do suposto ilícito, de modo que, uma vez confirmada sua veracidade, tal conteúdo fosse excluído definitivamente.

Diante dos prejuízos oriundos da nova previsão legal, os desembargadores da 1ª Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo unânime, entenderam pela inaplicabilidade literal do artigo 19, haja vista, sua representação direta aos interesses daqueles que exploram o ambiente virtual, em detrimento de direitos e garantias constitucionais.

{...} a regra do art.19 não deve ser interpretada literalmente, sob pena de ser considerada inconstitucional, por constituir verdadeiro retrocesso no tratamento da matéria, mas, principalmente, por ter privilegiado os provedores em detrimento dos consumidores, e por ter conferido a priori supremacia a determinados direitos fundamentais em face de outros de igual relevância, contrariando totalmente o sistema jurídico e a tábua axiológica da Constituição Federal”. Diante do conflito entre os valores envolvidos, parece mais justo e razoável que, na hipótese de dúvida sobre a licitude do conteúdo, o provedor de aplicação o remova e, caso a denúncia se mostre açodada, depois o reinclua na rede. Afinal, a manutenção o site em nome da liberdade de expressão pode acarretar lesões irreparáveis aos direitos da personalidade da vítima.

(CONJUR, 2018, *on-line*)

Em consonância com o entendimento firmado pelo TJSP, Anderson Schreiber constatou que a vigência do art.19 da lei 12.965/2014, trouxe consigo um retrocesso no

aspecto de proteção aos direitos da personalidade, visto que estabeleceu o ajuizamento de demandas como único requisito para eventuais medidas reparatórias.

Em vez de disciplinar o *notice and takedown*, instituindo garantias recíprocas e assegurando a eficiência do seu funcionamento, a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, estabeleceu um mecanismo extremamente engessado, que cria uma proteção intensa para as sociedades empresárias que exploram redes sociais e reduz o grau de proteção que já vinha sendo fixado pela jurisprudência brasileira para os usuários da internet {...} Pior: na dicção legal do art. 19, o descumprimento de ordem judicial passa a ser condição necessária para a responsabilização dos provedores. Nesse contexto, a propositura de ação judicial deixa de ser mero instrumento de proteção dos direitos da vítima e de obtenção da reparação para se tornar uma condição *sine qua non* da responsabilidade civil.

(SCHREIBER, 2015, p.289-290)

A quantidade de novos conflitos aumenta exponencialmente, seja em razão da celeridade no tráfego de informações, seja devido o fomento ao exibicionismo desse novo modelo social. Em qualquer das circunstâncias, a morosidade do judiciário agrava a lesão das vítimas e mesmo não havendo vedações às soluções extrajudiciais para remoção de conteúdos ilegais das plataformas pelos provedores de aplicação, ao isentá-los de qualquer responsabilidade cível, o artigo em comento, flexibiliza a obrigação dos provedores que não estiverem dispostos a destinar recursos para mecanismos de atuação diligente.

Segundo Guilherme Magalhães Martins, ao ter criado uma nova condição de procedibilidade a empresas conhecidas nacionalmente pelo descumprimento de ordens judiciais, a lei reduziu significativamente a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana no ambiente virtual, privilegiando aqueles que se beneficiariam com *fake news* ou eventuais discursos de ódio.

Portanto, segundo o autor supracitado, estabelecer o poder judiciário como único caminho para solução de violações na internet à dignidade da pessoa humana foi uma decisão ruim e não condizente com as garantias constitucionais, ao mesmo tempo que são incompatíveis com a velocidade com que os danos são causados às vítimas na internet.

{...} sob o sofisma de que o Poder Judiciário seria o único competente para promover tais notificações, significa inviabilizar, na prática, a reparação dos danos à pessoa humana, reduzindo a efetividade do princípio constitucional da

dignidade, eleito como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, Constituição da República). Pois, Enquanto a ordem judicial não vem, se propagam, com a velocidade da Internet, ofensas decorrentes das *fake news* e do discurso do ódio, por motivos políticos, religiosos, sociais, étnicos ou de orientação sexual, ou contra crianças e adolescentes, entre outros, sob o argumento de que detê-las seria promover a censura.

(CONJUR, 2019, *on-line*)

O dispositivo legal em comento, é apontado pela doutrina constitucionalista, como um nítido exemplo de excesso por parte do Poder Legislativo, fruto de cristalina violação ao princípio constitucional da proporcionalidade, pois ao atribuir força de excludente da responsabilidade civil ao fato de terceiros, assegurou efetiva impunidade, face o natural desequilíbrio desse ambiente virtual, totalmente dominado por robôs e algoritmos que operam de modo incessante cotidianamente.

É pacífico na doutrina constitucionalista que o artigo dezenove possui características inconstitucionais e o único caminho para sua permanência do ordenamento jurídico pátrio, seria desconsiderar sua característica de imperatividade, defendem tal teoria, em especial, Fernando Lottenberg e Rony Vainzof.

A salvação do art. 19 do Marco Civil da Internet somente pode ser alcançada por uma interpretação conforme à Constituição da República que dispensa a ordem judicial específica, contentando-se com mera notificação, sempre que o conteúdo em questão lese direitos da personalidade seja a intimidade sexual, como já reconhece o art. 21 da lei ordinária, seja qualquer outro atributo da responsabilidade humana que se afigure merecedor de tutela à luz do texto constitucional.

(LOTTENBERG; VAINZOF, 2014, pp. 296-297)

Ao abordar tal temática, esperava-se que o Poder Legislativo brasileiro, enviasse pela mesma linha de raciocínio pró-garantias fundamentais, dos tribunais internacionais, a exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia⁶, que ao analisar casos semelhantes, entenderam por atribuir aos administradores de mecanismos de busca virtual, a responsabilidade para "tomarem, se necessário, medidas suficientemente eficazes para assegurar a proteção efetiva dos direitos fundamentais da pessoa humana".

⁶ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-24/direito-esquecimento-aplicado-toda-uniao-europeia>>, acesso em 15 jan, 2020.

Nesse mesmo sentido, ainda no ano de 2014, o TJUE, entendeu pela maioria de seus membros, que o Google é responsável pelos *links* que exibe como resultado de buscas e pode ser obrigado a apagar resultados para determinados sites, quando comprovada qualquer violação a direitos individuais.

Em um cenário ideal de avanço na proteção dos direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário figuraria apenas como uma segunda instância para solução de controvérsias oriundas da internet ou eventualmente, como poder competente para revisar os procedimentos adotados preventivamente pelos provedores de aplicação, na salvaguarda das garantias individuais dos seus usuários.

3.3 PRINCIPAIS CRÍTICAS ATRIBUÍDAS AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Em entrevista à revista eletrônica do Consultor Jurídico aos 15 de setembro de 2019, o advogado Marco Antônio da Costa Sabino, ex-gerente de relações com o mercado publicitário da rede global de televisão, afirmou que o direito ao esquecimento fere um direito ainda “mais” fundamental, o direito à informação, sob a alegação de que no Brasil, o instituto é uma criação jurisprudencial, pois não consta de nenhuma lei.

Com a devida vênia, os argumentos apontados pelo advogado na entrevista em comento, no intuito de reforçar sua crítica ao instituto do direito ao esquecimento, beira o senso comum, com argumentos rasos como, “Eu pergunto para as pessoas se elas não gostariam de saber se o motorista da van dos filhos tivesse sido um pedófilo condenado 20 anos antes. Eu tenho direito de saber se a pessoa foi condenada por pedofilia e a reabilitação criminal não tem nada a ver com isso”, exemplifica.

Desconsidera o entrevistado, que a lista de direitos fundamentais com previsão no artigo 5º da Constituição Federal, sendo compreendida em sua literalidade, atribui o mesmo valor às garantias constitucionais de proteção à intimidade, honra e imagem, assim como à garantia constitucional das liberdades comunicativas e de manifestação do pensamento. Desse modo, fundamentar sua crítica na suposta ausência de previsão legal ao direito ao esquecimento deve ser no mínimo considerado desrazoável e incoerente, tendo em vista que a aplicação prática de cada um deles, assim como a prevalência de um sobre, deve ser objeto de análise casuística por parte dos tribunais superiores.

O advogado ainda em entrevista recente, busca fundamentar sua crítica sobre o direito ao esquecimento, no velho e já debatido clichê da “defesa da história”, tendo em vista que na sua concepção: “Se o tal do direito ao esquecimento for levado ao extremo a história é apagada”, segue trecho da entrevista.

{...} não dá para forçar o esquecimento de ninguém e na internet o dado não se perde nunca. Dizer que vai apagar uma informação é virtualmente impossível, porque o dado se desfragmenta tanto que não dá para rastreá-lo. Como a internet tem uma ubiquidade, quer dizer, eu posso acessar de qualquer lugar e ao mesmo tempo todo mundo pode acessar tudo, o dado vai se replicando de maneira estratosférica. São tantas informações que, mesmo que apague boa parte delas, ainda vai ter história sendo contada. Se o tal do direito ao esquecimento for levado ao extremo a história é apagada.

(CONJUR, 2019, *on-line*)

Muito mais do que “apagar a história”, o entrevistado ignora que o direito ao esquecimento busca sob o viés da dignidade da pessoa humana, atribuir diferentes pesos para diferentes garantias constitucionais, desse modo, possibilitando a aplicação de eventual modulação da intensidade com que as liberdades comunicativas serão exercidas. Ainda cabem algumas críticas à entrevista em comento, tendo em vista que em certo momento o Sr. Marco Antônio em sua fala, afirma que a liberdade de expressão protegeria a mentira e em certas ocasiões a mentira deveria ser defendida. Segue:

A questão é muito filosófica e é lógico que ninguém gosta, mas a mentira tem uma função social. {...} Agora, quando alguém mente em função de um propósito que é necessário para ter um convívio social, está protegido sim.

(CONJUR, 2019, *on-line*)

É salutar ter em mente que o entrevistado possui o título de pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, e por isso reitero minha crítica ao seu discurso. A que custo garantias constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana, intimidade, honra e imagem, seriam afastadas ou minimizadas em prol das liberdades comunicativas, e mais grave ainda, na disseminação de “mentiras com função social”.

3.4 PROTEÇÃO JUDICIAL AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE - MEDIDAS PREVENTIVAS E REPARATÓRIAS

Todo cidadão brasileiro tem o direito inalienável de contestar informações publicadas pela imprensa, seja oficial dos órgãos públicos ou oriunda das relações do direito privado, tem-se assegurado também a garantia de exigir retificações, assim como o direito de ser indenizado através de uma eventual responsabilização cível.

Revisitando os precedentes do Supremo Tribunal Federal, salta aos olhos o fato de o tribunal vir ampliando as hipóteses de admissão de ações constitucionais cujo mérito diz respeito à liberdade de expressão e eventuais conflitos daí decorrentes.

Em sede de STF, prevalece o entendimento majoritário de que eventual colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, deve ser resolvida pelas vias do direito de resposta ou da reparação cível. Nesse sentido, posicionou-se o relator Ministro Roberto Barroso, na primeira turma, nos autos da Reclamação Constitucional de nº 22328, aos 10 de maio de 2018.

Ocorre que o posicionamento escolhido pela suprema corte brasileira, acaba sendo inadequado no que tange à análise do cerne da problemática. Pois, ao adotar como único caminho o devido processo legal, em uma eventual reparação cível ou responsabilização criminal, ignora a morosidade judiciário, assim como desconsidera que a mera positivação de preceitos não garante a sua plena observância, a título de exemplo, podemos citar o art. 226 do Novo Código de Processo Civil, ao estipular os prazos do magistrado. Segue:

Art. 226. O juiz proferirá:

I – os despachos no prazo de cinco dias;

II – as decisões interlocutórias no prazo de dez dias;

III – as sentenças no prazo de trinta dias”. (CPC,2015)

Ao ignorar a máxima de que demandas judiciais somente incidem em um cenário, pós-ocorrência do dano e que a publicização por uma demanda judicial, assim como pelo transcurso de tempo, apenas tende a aumentar eventuais prejuízos aos direitos da personalidade da parte autora, outras medidas devem ser pensadas e aplicadas.

Os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e uma vez violados, inexistem possibilidade de reparação, inclusive na esfera indenizatória.

Com relação ao ponto de indagação destacado outrora, deve ser trazido ao conhecimento do leitor, um *leading case* na Europa, ocorrido ainda no ano de 2014, que diz respeito ao direito ao esquecimento, numa perspectiva do discurso de ódio propagado por usuários de navegadores de internet.

Entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia que:

{...} o “direito ao esquecimento” pode ser exercido contra motores de busca na internet, e não apenas contra o provedor de hospedagem original, fonte dos dados; esse direito se estende não somente a dados falsos, equivocados ou obtidos ilicitamente, mas também os lícitos e verdadeiros, sendo necessário provar o prejuízo concreto ou o constrangimento ao sujeito envolvido, em decorrência da manutenção da informação do resultado além do prazo razoável; a remoção não é cabível caso exista interesse público que justifique a sua preservação.

(LOTTENBERG; VAINZOF, 2018, n.p.)

Diante do supracitado comando judicial, a multinacional Google LLC, foi obrigada a disponibilizar um formulário online em suas páginas europeias de busca, tais formulários são destinados ao recebimento de pedidos de desindexação de resultados online. Trata-se de um mecanismo extrajudicial para solução de controvérsias, analisados por um conselho de especialistas, em consonância com os direitos da personalidade do solicitante, o interesse público e os direitos de acesso à informação.

Frente ao repasse instantâneo de informações e o aparecimento imediato de resultados online nas buscas, a Google LLC, pôde extrajudicialmente, assegurar maior proteção às garantias constitucionais dos seus usuários. O mecanismo interno em comento, funciona da seguinte maneira:

- a) preenchimento do formulário disponível em sua plataforma;
- b) resposta automática confirmando o recebimento da solicitação;
- c) como as solicitações são avaliadas de acordo com o caso concreto, novas informações poderão ser solicitadas;
- d) ao chegar a uma decisão, enviará um e-mail com a notificação do resultado. Caso a remoção não seja efetuada, fornecerá uma breve explicação;

e) para chegar à decisão, o Google verificará se a solicitação contém todas as informações necessárias; se o requisitante tem uma conexão com um país europeu, como residência ou cidadania; se o conteúdo reclamado aparece nos resultados da pesquisa para o nome do requisitante; se o nome do requisitante consta nas páginas solicitadas para remoção; se a página solicitada para remoção inclui informações inadequadas, irrelevantes, excessivas ou que deixaram de ser relevantes, com base nas informações fornecidas pelo requisitante; se há algum interesse público para que as informações permaneçam disponíveis nos resultados da pesquisa gerados com a pesquisa pelo nome do requisitante;

f) a equipe do Google que avalia as solicitações é treinada especialmente para esse propósito, utilizando caminhos de escalonamento dedicados para que a equipe sênior e os advogados do Google pronunciem uma decisão relacionada a casos de natureza complexa; e

g) caso seja negado o pedido, o reclamante poderá procurar a autoridade competente para contestar a decisão administrativa privada.

(LOTTENBERG; VAINZOF, 2018, n.p.)

Com as devidas vênias e reconhecida a sapiência jurídica dos ministros dos tribunais superiores pátrios, as medidas assecuratórias extrajudiciais aplicadas pelos tribunais internacionais, cada vez mais se mostram eficazes em sanar efetivamente o dano, seja em um momento posterior ou anterior ao dano (obrigação de não fazer).

Assegurar o mero direito de resposta ou uma eventual indenização por danos extrapatrimoniais, em casos tão complexos, apenas reforça a “indústria brasileira do dano moral”, com seus limites previamente estabelecidos e já conhecidos pelos violadores de garantias constitucionais.

Não é novidade no judiciário brasileiro, que a quantificação do dano extrapatrimonial faz parte do orçamento anual de inúmeras empresas, tendo em vista que a violação de direitos da personalidade renderá mais bônus do que eventuais ônus patrimoniais.

Diante de tais esclarecimentos, é notório que o debate acerca dos direitos e garantias fundamentais, não comporta solução previamente estabelecida, mesmo que comumente tal instituto seja utilizado pelo judiciário brasileiro na consolidação de súmulas, incidente de resolução de demandas repetitivas ou na fundamentação de acórdãos. Necessário compreender que o cerne em tais conflitos, carece de amplo debate, caso a caso. Logo, mesmo a liberdade de expressão sendo um direito tão caro e indispensável aos regimes democráticos, por vezes, necessita ser relativizada, pois o mero direito de resposta ou à reparação cível, podem ser danosos demais à vítima e facilmente substituídos pela simples obrigação de fazer ou não fazer.

4 LIMITAÇÕES E RELATIVIZAÇÕES AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Com previsão no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, encontram-se elencados entre os principais objetivos eleitos para configuração desta república, a elaboração de uma sociedade livre, justa e solidária, destinada a promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito.

Muito se comenta acerca da colisão entre direitos fundamentais, em especial, nas hipóteses em que o exercício de determinadas garantias individuais, acabam por lesionar direitos e garantias individuais do outro. Ocorre que, conforme demonstra Gilmar Mendes, conflitos entre direitos individuais comportam temperamentos, podendo atingir outras esferas ou até mesmo nem serem considerados conflitos, por simplesmente não estarem acobertados pela garantia constitucional que em um primeiro momento se acreditava estar.

A colisão pode decorrer, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade. Assinale-se que a ideia de conflito ou de colisão de direitos individuais comporta temperamentos. É que nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção.

(CONJUR, 2019, *on-line*)

Logo, conforme se depreende dos ensinamentos de Wolfgang Rüfner, 1976, p.460, apenas se teria uma autêntica colisão, quando um determinado direito individual afetasse diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual. Contudo, ainda assim, levando em consideração as particularidades de cada caso, faz-se necessária eventual limitação a direitos e garantias constitucionais com propensão constitucional para resultados protetivos à pessoa humana, sobretudo quando o fim pretendido, não comportaria outra forma para ser efetivado na mesma intensidade.

Tais limitações no campo dos direitos e garantias fundamentais, encontram amparo em parte da doutrina constitucionalista, que entendem tais limitações como

constitucionais e necessárias à promoção da dignidade da pessoa humana, nesse sentido, afirma Gilmar Mendes que:

Nas situações de conflito entre a liberdade de opinião e de comunicação ou a liberdade de expressão artística (CF, artigo 5º, IX) e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (CF, artigo 5º, X), o texto constitucional parece deixar claro que a liberdade de expressão não foi concebida como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Não se excluiu a possibilidade de serem impostas limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do texto constitucional.

(CONJUR, 2019)

O constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, ao analisar o presente tema, invocou os ensinamentos de Xavier Philippe, que, justifica tais medidas na máxima *de dois males, faz-se mister escolher o menor*. Em consonância com a supracitada fala do ministro do Supremo, o STJ, ainda no ano de 2019, firmou a seguinte tese:

A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como a preservação dos direitos da personalidade.

(STJ, 2019)

Embora a liberdade de expressão e consequentemente o direito de informação livre estejam inseridos no rol de direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), é notório o interesse da Carta Magna em mostrar suas preferências através da máxima filosófica kantiana, tendo em vista que já no início do seu texto (art. 1º, inciso III), traz a dignidade da pessoa humana, o valor humano, como principal fundamento da República Federativa do Brasil, ou seja, trouxe a dignidade da pessoa humana como paradigma para qualquer interpretação dos demais direitos posteriormente descritos no seu corpo.

Em consonância com o pensamento de Pedro Pais Vasconcellos, há prevalência dos direitos da personalidade em eventual colisão com os demais direitos constitucionais, sobretudo, pela forma como estes reforçam na seara infraconstitucional, paradigmas expressos na Constituição Federal.

Os direitos da personalidade são supralegais e hierarquicamente superiores aos outros direitos, mesmo em relação aos direitos fundamentais que não sejam direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito de imprensa, que não se insere entre os direitos da personalidade.

(VASCONCELLOS, 1999 p. 36)

O embate entre direitos e garantias fundamentais e a esporádica prevalência de uns sob os outros, nunca deveria ser celebrada, uma vez que esse não foi o modelo de sociedade almejado pelo constituinte originário. A prevalência da dignidade da pessoa humana deveria ser natural, resolver-se-iam conflitos aparentes de modo simplificado e os direitos conviveriam em harmonia.

Contudo, diante do modelo social vigente, possuímos o entendimento por parte do Poder Judiciário que, direitos fundamentais não são absolutos e seu exercício encontra-se condicionado a certos limites, limites estes aplicados mediante o uso de ponderação e do princípio constitucional da proporcionalidade.

5 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SUA COMPLETA DISTINÇÃO DE REGIMES DITATORIAIS NO QUE TANGE À MANIPULAÇÃO DA MEMÓRIA COLETIVA

O título do presente capítulo foi pensado para inquietar o leitor. Com o uso de palavras fortes, reflete críticas atuais ao Judiciário, encontra-se na fala daqueles que defendem o não intervencionismo do Judiciário em determinadas áreas e assuntos. Cabe esclarecer que no Brasil, em especial nos últimos 05 (cinco) anos, nos deparamos com uma profunda crise de confiança por parte da população nas instituições pátrias, por conseguinte, tal crise de confiabilidade também chegou às portas do Poder Judiciário e se revela, em especial, quando julgados dos tribunais superiores baseiam-se garantias individuais fundamentais que em tese, contrariam o “interesse público”.

Como já foi amplamente demonstrado nesse trabalho, os direitos à informação ou à livre manifestação do pensamento não são absolutos, são restringidos por outros direitos e garantias fundamentais de maior valor hermenêutico, haja vista estes últimos almejarem a efetivação da máxima constitucional, a saber, a dignidade da pessoa humana.

O respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública.

(BRAIBANT et al., 1996, p. 790 e s.)

Portanto, a ampla promoção de proteção às garantias constitucionais pelos tribunais superiores, mais do que um objetivo constitucional, reflete uma diretriz hermenêutica cuja eficácia é *erga omnes*, sendo perfeitamente possível que eventual conflito entre normas, seja resolvido pela utilização do princípio da concordância prática ou da harmonização, em ambas as formas, deverá ser assegurada a tutela estatal sob a dignidade da pessoa humana. Nesse mesmo raciocínio, afirma Alexandre de Moraes:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito,

evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

(MORAES, 2003, n.p.)

Em estudo sob o assunto em comento, Luís Roberto Barroso ao analisar o processo de produção das normas jurídicas, notou que o Estado, em regra, atuará em face de circunstâncias concretas, adotando condutas positivas na persecução de determinados fins a serem alcançados com a utilização de certos meios. Concluiu ao final de tais estudos que seriam três, os fatores constantes em toda e qualquer ação relevante para a criação do direito: o motivo (circunstância de fato), os meios (conduta positiva) e os fins.

A doutrina alemã o decompôs em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estes são os elementos da razoabilidade do ato, por vezes referida como razoabilidade interna, que diz respeito à existência de uma relação racional e proporcional entre os motivos, meios e fins a ele subjacentes. A ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima.

(BARROSO, 2010, p. 255)

Durante muitos anos, a subsunção do fato à norma foi considerada suficiente para a compreensão e aplicação do Direito, que consistia em um raciocínio básico e silogístico, onde uma premissa maior (norma), incidiria naturalmente sobre uma premissa menor (fato). Todavia, em certas situações, uma vez recaindo diferentes premissas maiores sobre uma mesma premissa menor, considerando a lógica unidirecional da subsunção, somente uma premissa maior deveria ser escolhida para efetiva incidência, por consequência, haveria o descarte das demais normas infraconstitucionais.

Nesse cenário, a principal crítica à subsunção, ocorre no campo das normas de natureza constitucional, pois, em decorrência do princípio da unidade constitucional, não se admitiria a instituição de hierarquia jurisdicional entre tais diretrizes, logo, passou-se a compreender a subsunção como não sendo constitucionalmente adequada.

O raciocínio constitucional adequado a ser desenvolvido, necessitaria de uma lógica diversa, capaz de interagir com diferentes premissas em busca de uma premissa maior que se sobressairia, inclusive nas situações envolvendo dispositivos de natureza

constitucional. Como resultado, o olhar constitucional verificou no princípio da proporcionalidade, um sistema capaz de aperfeiçoar hermeneuticamente, técnicas aptas a produzir soluções dotadas de logicidade e de segurança frente a eventual conflito de normas com mesma hierarquia.

{...} o que se convencionou denominar ponderação, em suma, consiste em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas.

(BARROSO, 2018, n.p.)

Em qualquer dos cenários, o que deve ser objeto de intensa análise, são os diferentes pesos que cada premissa maior poderá refletir sobre aquele fato, assim como a modulação da intensidade que será aplicada pela norma preponderante, primando em zelar ao máximo pelos pontos incontroversos dos dispositivos em conflito. Do mesmo modo, é preciso ter em mente que nem sempre atender o suposto "interesse público" trará efetivamente mais benefícios.

Gilmar Mendes tece alguns comentários acerca da presente fórmula, defende que o estabelecimento de eventual hierarquia entre direitos individuais acabaria por desfigurar completamente a Constituição Federal de 1988:

Essa via, no entanto, não parece ser a mais adequada. Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes “pesos” numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico.

(MENDES, 2019)

Considerando a diretriz hermenêutica supracitada neste capítulo, o neoconstitucionalismo nos possibilita realizar novas e necessárias reflexões constitucionais, sob as quais poderão originar novos direitos e novas perspectivas sobre direitos já desgastados, sem necessariamente configurar prejuízos à Constituição Federal,

pelo contrário, apenas lhe torna cada vez mais efetiva, na medida que a mantém atualizada.

Apesar das incontáveis críticas ao Judiciário pelo uso do princípio da proporcionalidade e eventuais restrições à liberdade de expressão, não são raras as ocorrências em que o judiciário pátrio atua como garantidor das liberdades comunicativas e informativas. Um notável exemplo a ser citado, ocorreu recentemente, aos 08 de setembro de 2019, quando o presidente do Supremo Tribunal Federal⁷, em sede de liminar, acolheu pedido da Procuradoria Geral da República e suspendeu uma decisão da Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que permitia a apreensão de livros que tratassem acerca de temáticas homoafetivas na bienal do livro, na cidade do Rio de Janeiro (RJ). No caso em comento, o ministro constatou violação à ordem pública e jurídica:

{...} a jurisprudência do STF firmada a partir do julgamento da ADPF 130, consagrou que as garantias de liberdade plena de informação e de imprensa somente podem ser integralmente preservadas se entendidas como proibitivas de qualquer tipo de censura prévia. {...} Nos últimos anos, esta Corte Constitucional tem reconhecido de forma clara que o direito fundamental à liberdade, demanda a proteção das múltiplas opções de orientação sexual e de identidade de gênero. A postura do Tribunal em precedentes históricos tem sido justamente avessa à tese de escusabilidade da deficiência de proteção por conta da inação do Poder Legislativo nessa matéria. A afirmação da liberdade/ /de orientação sexual por este Tribunal restou cristalizada no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, quando se conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 226, § 3º, do texto constitucional, o qual limitava o reconhecimento da União Homoafetiva a casais heterossexuais.

(STF, 2018)

Diante dessa e de inúmeras outras decisões mencionadas no corpo deste trabalho, resta evidente que a aplicação do princípio da proporcionalidade pela corte suprema brasileira ou pelo superior tribunal, não obstem seus posicionamentos em prol das liberdades comunicativas, restando como falaciosa a comparação de tal técnica com a manipulação da memória coletiva, típica de regimes ditatoriais. Não se busca negar que eventual uso indevido da ponderação, causaria violações a direitos e garantias

⁷ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL1248.pdf>>, acesso em 20 jan. 2020.

fundamentais, no entanto, não podemos ignorar que tais violações dariam margem a interposição de recursos diretamente perante tais tribunais.

5.1 DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE HISTÓRICA – UMA GARANTIA PARA TODAS AS GERAÇÕES

Embora o viés do presente trabalho não seja abordar contrapontos e todas as discussões oriundas dessas abordagens, considero de grande relevância destacar as principais características da proteção legal à memória e à verdade histórica, típicas de regimes democráticos saudáveis.

A Comissão Nacional da Verdade teve como ponto de partida o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, encontrava-se incluída ente uma série de medidas recomendadas pela 11.ª Conferência Nacional de Direitos Humanos e encaminhadas ao chefe do Executivo, Luiz Inácio Lula da Silva, ainda no ano de 2009.

Por atingir um sensível ponto da história nacional, a proposta passou por diversas mudanças, em especial no sentido de não revisão/alteração da Lei de Anistia, sendo essa a maior preocupação dos militares da época.

No mês de janeiro de 2010, a Casa Civil da Presidência da República estruturou um projeto de lei do Executivo para efetivar as recomendações da 11.ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, dando início ao processo de idealização da Comissão Nacional da Verdade. A título de curiosidade, durante o processo legislativo, artistas e intelectuais da época encaminharam ao Congresso Nacional manifesto favorável à CNV.

Apenas 26 anos após o fim do período de ditadura militar brasileira (1964-1985), a Lei n. 12/528/2011, teve aprovação por maioria na Câmara dos Deputados e de modo unanime no Senado Federal.

O processo de aprovação da supracitada lei não foi pacífico, Pedro Ivo Moézia de Lima, ingressou com uma Ação Popular cujo objetivo era impedir a Lei 12.528/2011 fosse votada pela Congresso Nacional, no entendimento do autor da Ação Popular, a Comissão seria “inconstitucional, parcial, discriminatória, tendenciosa e lesiva ao Patrimônio Público”.

De modo contrário, Wadih Damous, destacou que a Comissão da Verdade uma vez aprovada, poderia ser vista como uma conquista para o povo brasileiro, criticando Pedro

Ivo, destacou que "inconstitucional, parcial, discriminatória, tendenciosa e lesiva ao Patrimônio Público teria sido a ditadura militar brasileira”.

Em resumo, a Lei 12.528/2011 foi sancionada pela presidente Dilma Rousseff, e após dois anos e sete meses de intenso trabalho, aos 10 de dezembro de 2014, a Comissão Nacional da Verdade emitiu seu relatório final, segue síntese do conteúdo presente nos volumes.

“ No primeiro volume, de autoria de todos os conselheiros, dividido em 18 capítulos, a CNV cumpre a sua finalidade de descrever as graves violações aos direitos humanos ao elencar os fatos (que por sua “cruza” contribuem para a memória à verdade histórica) cometidos pela ditadura, especialmente no período de 1964-1985, quando o Brasil foi governado por militares depois do Coup d'État de 1964. A CNV descreve o funcionamento da estrutura burocrática da ditadura (e dos diversos órgãos de repressão que criou, como CIE, OBAN, DOI-CODI, CISA, CENIMAR e o SNI, o Serviço Nacional de Informação, órgão de inteligência vinculado diretamente à Presidência e com enorme poder) e o importante papel desempenhado pela Polícia (Civil, Militar e Federal) para o cometimento sistemático de graves violações de direitos humanos. A CNV também descreve a repressão aos opositores como parte de uma cooperação internacional no contexto da guerra fria por intermédio da denominada “operação Condor” (cooperação entre as ditaduras da América do Sul: Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Paraguai e Uruguai, ver capítulo 6 do relatório) e o treinamento de militares brasileiros pela United States Army School of the Americas. A CNV revela (na Parte III desse volume) as 4 principais modalidades de violações cometidas sistematicamente pela ditadura: 1) a detenção ilegal ou arbitrária; 2) a tortura sistemática tanto física (de diversos modos e com uso variado de instrumentos como choques, palmatória, pau de arara, cadeira do dragão, afogamento, telefone, corredor polônês, produtos químicos, soro da verdade, sufocamento, enforcamento, geladeira, animais, coroa de cristo etc.) quanto psicológica (ameaças e ameaças a parentes e amigos) praticada comprovadamente contra pelo menos 1.843 vítimas (embora com estimativa muito maior de cerca de 20.000 vítimas) e por intermédio de crimes sexuais; 3) execução sumária, arbitrária ou extrajudicial ou outras mortes impostas ao Estado; 4) desaparecimento forçado e ocultação de cadáver.

No segundo volume, uma contribuição individual de conselheiros e equipe, revela as violações aos direitos humanos contra grupos de pessoas e instituições, como militares, trabalhadores, camponeses, igreja cristã, indígenas, na universidade, os homossexuais e a colaboração dos empresários com a ditadura.

No terceiro volume, com vários tomos, de coautoria dos conselheiros e segundo a própria CNV de “enorme significado histórico”, é dedicado integralmente às 434 vítimas de morte e desaparecimento forçado (191 mortos, 210 desaparecidos e 33 desaparecidos com paradeiro posteriormente localizado) entre o período de 1946-1985 e relata a vida e as circunstâncias da morte das vítimas dos crimes cometidos pelo Estado e pelas forças armadas em violação sistemática aos direitos humanos como política de Estado.” (CONJUR, 2015, *on-line*)

Nota-se que os volumes em comento contribuíram para mudanças importantes no modo como a sociedade brasileira enxergava o período militar, evitando saudosismos pautados em inverdades, contribuíram para o fortalecimento das instituições democráticas pátrias e reforçou a percepção de que a defesa da Constituição Federal é atividade incessante na efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Logo, o direito à memória e à verdade no âmbito infraconstitucional assegurou e vem assegurando que acontecimentos sombrios da história brasileira não sejam esquecidos e repetidos pelas novas gerações, assim como vem garantindo que a justiça seja feita, ainda que distante do espaço de tempo que consideramos razoável.

É especialmente necessário destacar o entendimento já firmado pelos tribunais superiores no sentido de que esses direitos em nada colidem com o direito ao esquecimento, uma vez que ambos objetivam assegurar a dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos humanos. Nas palavras de Eneas Romero e Kai Ambos (2015, *on-line*), uma verdade tardia ainda assim é verdade, do mesmo modo que uma justiça tardia pode ser menos justa, mas ainda é melhor que nenhuma justiça.

6 O SILÊNCIO LEGISLATIVO PÁTRIO, NO QUE DIZ RESPEITO AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

É incontestado que o poder legislativo nacional tem a tendência de permanecer silente em matérias que possam gerar grandes repercussões negativas na mídia. Por conseguinte, não são raros os casos em que mesmo diante de notificação por parte do Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o legislativo continue omissivo no que tange à regulamentação de determinados assuntos, ainda que sua omissão resulte em eventual impedimento à aplicabilidade de certas garantias constitucionais.

Partindo dessa conduta negativa do legislador, ocorre um dos fenômenos de maior preocupação institucional, a violação direta da Constituição por meio da omissão, devendo ser reparada com base no caráter ordenatório das normas constitucionais.

De um modo geral, temos uma lacuna inconstitucional quando ocorre uma inércia do legislador em fazer o que determina a constituição, ou seja, uma omissão em fazer as leis que a constituição determina que sejam feitas, enfraquecendo assim a própria autoridade normativa da constituição. Sendo as regras e os preceitos constitucionais dotados de superioridade normativa diante da legislação infraconstitucional, será então dever do legislador infraconstitucional a concretização, na máxima medida possível, dos *conteúdos constitucionais* que exigem uma atuação legislativa determinada.

(CONJUR, 2009, *on-line*)

A necessidade de uma legislação infraconstitucional específica, evidencia-se quando seria ela responsável por prescrever os limites de alcance das normas constitucionais. Portanto, tais legislações são consideradas efetivos instrumentos necessários ao gozo pleno de direitos e garantias individuais. Com as devidas ressalvas elencadas por Luís Roberto Barroso, segundo o autor, não podemos ignorar a existência de previsões constitucionais onde são atribuídas ao legislador, a faculdade para legislar sobre tal matéria, nessas situações, sua omissão não resultaria em violação alguma, haja vista tratar-se de um poder e não de uma obrigação constitucional. Contudo, não sendo esse o caso, a omissão legislativa resultaria em inércia ilegítima, por conseguinte, ilegal e inconstitucional.

{...} não é qualquer inércia do legislador que configura uma omissão inconstitucional, mas apenas a que representa “o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo.

(BARROSO, 2016, p. 33 e 238)

Assim sendo, nas ocasiões em que a constituição impõe de forma clara e objetiva ao legislador, o dever de abordar determinada garantia e este não o faz, a soma de tais omissões no decorrer de sua vigência, compromete e debilita a força mandamental do texto constitucional, resultando em forte abalo às previsões normativas da lei maior, sobretudo quando tal matéria seja necessária à efetivação de garantia constitucional expressa, como é o caso da lei de greve dos servidores públicos, até o presente momento ignorada pelo legislativo pátrio e por inúmeros governantes.

Outra garantia constitucional ignorada por décadas, foi objeto recente da ADO nº 26, de relatoria do ministro Celso de Mello e do MI nº 4.733, relatado pelo ministro Edson Fachin. Sob análise, buscava-se a garantia constitucional da igualdade e da não discriminação, no sentido de reconhecer qualquer forma de depreciação e estigmatização de determinados grupos como uma espécie do crime de racismo, sua não criminalização implicaria em direta violação aos direitos e garantias fundamentais da população LGBTQIAP+. No ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional em tipificar criminalmente a prática da homotransfobia e, defendeu a interpretação conforme a Constituição, enquanto não houver legislação específica, equiparando-a ao crime de racismo. Cumpre ressaltar que, a mera leitura de escritos tidos como sagrados por líderes religiosos, não configuraria homotransfobia, no entanto, discursos de ódio ou discriminatórios, ainda que proferidos por tais líderes, serão tipificados e penalizados na forma da lei.

No momento em que o Supremo Tribunal Federal, supri omissões ilegais por parte dos membros do Congresso Nacional, adotando medidas que objetivam reparar lesões históricas ao texto constitucional, cumpre seu essencial papel de guardião da Constituição Federal, demonstrando, mesmo que sob intensas ameaças, o respeito incondicionado à lei fundamental.

Nesse sentido Luís Roberto Barroso em sua obra “*Curso de direito constitucional contemporâneo*”, reitera esse raciocínio ao defender de modo expresso que

a interpretação e aplicação da Constituição pelo Judiciário tem primazia em eventuais conflitos com os demais poderes.

A interpretação constitucional, como é corrente, é levada a efeito pelos três Poderes do Estado. Embora a interpretação judicial desfrute de primazia, devendo prevalecer em caso de controvérsia.

(BARROSO, 2018)

Apesar de posicionamentos mais favoráveis às garantias individuais nos últimos anos, enquanto a legislação infraconstitucional não prescreve um caminho para a concretização das previsões constitucionais, nos encontraremos sujeitos à subjetividade interpretativa do julgador e eventualmente iremos nos deparar com entendimentos semelhantes ao aplicado no REsp. 1.593.973 de novembro de 2016, onde os provedores de pesquisas *on-lines*, não foram obrigados a desindexarem determinados conteúdos de sua plataforma, pelo fato de inexistirem comandos infraconstitucionais específicos nesse sentido.

O direito ao esquecimento, apesar do seu manifesto caráter constitucional, encontra-se nesse seletivo rol de omissões legislativas. Mesmo já se fazendo presente nas fundamentações de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, a regulamentação infraconstitucional de tal direito se faz imprescindível, uma vez que a dignidade da pessoa humana deverá prevalecer já nas sentenças do juiz de 1º grau.

7 CONCLUSÃO

Reforçando aquilo que já foi abordado na presente produção acadêmica, a maior aflição de Kant mostrou-se o cerne desse trabalho, em meio a tantas relativizações, não podemos ser convencidos de que a transformação de um imperativo categórico em um imperativo hipotético seria relevante em nome de supostos fundamentos republicanos ou em nome de um suposto interesse público.

Assim como vem sendo adotado pelo direito estrangeiro, a prática do direito ao esquecimento pelos tribunais brasileiros é de extrema e relevante urgência, sobretudo nas demandas que versem sobre o conflito entre direitos fundamentais e eventuais violações à dignidade da pessoa humana.

Conhecendo a importância de uma previsão infraconstitucional para tal direito, busca-se que a legislação pátria além de efetivamente prescrevê-lo, crie mecanismos ágeis para análise e processamento de solicitações extrajudiciais, cujo objetivo seja a remoção ou desindexação de conteúdo/resultados na internet (como fez o Google).

Busca-se uma efetividade maximizada para soluções extrajudiciais, de modo que não apenas conteúdos ligados diretamente à pessoa do solicitante, mas qualquer discurso de ódio ou qualquer mensagem discriminatória e transgressora de garantias constitucionais, possa ser analisada e eventualmente excluída da rede, evitando-se grandes abalos na paz social, de modo que seja promovido um ambiente digital equivalente ao ambiente real.

A manutenção de publicações que nitidamente violam direitos e garantias fundamentais por parte das plataformas provedoras de aplicação em nome da liberdade de expressão é desarrazoável, ainda mais em um cenário em que foram completamente isentas de qualquer responsabilidade civil. Publicações de cunho ofensivo causam lesões irreparáveis na alma e no corpo das vítimas, além de atingirem diretamente seus direitos da personalidade.

Em uma sociedade múltipla, cabe ao Estado escolher proteger os valores fundamentais mais caros à Constituição Federal, que certamente em nada relacionam-se com determinados setores da economia, pelo contrário, prioriza a sociedade e a dignidade da pessoa humana em sua plenitude.

Nesse sentido, cumpre destacar que há uma latente distinção entre interesse público e o interesse de organizações empresariais midiáticas bilionárias. O argumento do interesse público é extremamente maleável, via de regra, guiado por ideais de agressão pública, condenação sumária ou vingança particular.

A ideia de retratar *ad eternum* um fato considerado desonroso e danoso aos direitos individuais do sujeito, sob o pretexto da historicidade, fundamenta-se em resquícios de um sistema jurídico inquisitorial onde se desumanizar a figura do outro. Tal pretexto, reflete um segundo abuso à dignidade humana, ignora que o interesse público também se deteriora com o tempo e sua extinção também ocorre quando consumada a extinção da pena ou quando absolvido o réu. Violar tais preceitos sob um viés estritamente midiático reforça abusos e evidencia-se como manifesta violação aos direitos e garantias do ex-detento. Nesse cenário, o reconhecimento do seu direito ao esquecimento representaria uma retratação à exploração midiática e à processos judiciais despóticos.

Diante de um olhar mais crítico e considerando os interesses que o direito ao esquecimento atingiria, é inegável que qualquer avanço legislativo será lento e atrelado a discussões acaloradas, pautadas em jargões e fundamentações rasas. Também sob esse viés de necessário avanço, encontra-se o desenvolvimento de estudos e teorias sob a garantia fundamental do esquecimento e seu consequente desempenho na solução de conflitos. É certo que as características nobres do direito ao esquecimento, mesmo que em perfeita consonância com a presunção constitucional de regenerabilidade do indivíduo e de uma vida pautada em mais garantias constitucionais, sem o suporte infraconstitucional, não serão suficientes para assegurar *ad eternum* sua aplicabilidade pelo Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

A visão do STJ sobre direito a informação. **Revista Consultor Jurídico**. Ponderação de Princípios. 19 de julho de 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jul-19/leia-casos-stj-conflitos-entre-privacidade-direito-informacao>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas. **Relatório final da CNV: É melhor uma Justiça tardia que nenhuma Justiça**. 2015. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-24/relatorio-cvm-melhor-justica-tardia-nenhuma-justica>. Acesso em: 23 mar. 2020.

ARAÚJO, L. A. D. A proteção constitucional da própria imagem. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. p. 110. 1969.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2002.

BDINE JÚNIOR, H. C.; DA SILVA, R. B. T. **Responsabilidade civil do veículo de comunicação por atos próprios, in Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação**. 2. Ed., pp. 490-491. 2012.

BEZERRA, E. Jornalista tem o direito de fazer crítica impiedosa. **Revista Consultor Jurídico**. Liberdade em Plenitude. 20 de fev. de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-20/jornalista-direito-critica-impiedosa-decide-celso-mello?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter>. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRUGGER, W. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público**, v. 4, n. 15, p. 118, 2007.

CAMPOS, C. A. A. Controle Judicial: limites e possibilidades do protagonismo judicial. **Revista Consultor Jurídico**. Controle Judicial. 6 de jul. de 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa?pagina=3>>. Acesso em: 08 fev. 2020.

CASTRO, L. Legislação atual não contempla a moderna invasão de privacidade. **Revista Consultor Jurídico**. Opinião. 30 de jun. de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-30/luiz-castro-leis-nao-contemplam-moderna-invasao-privacidade>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, pp. 79-80. 2008.

CHEMIN, P. M. Importância do princípio da dignidade humana. **Revista Consultor Jurídico**. Direito do Homem. 23 de jan. de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jan-23/importancia_principio_dignidade_humana_constituicao_88>. Acesso em: 06 fev. 2020.

COELHO, G. Ordem Democrática: liberdade de expressão é direito inalienável de todos os cidadãos, diz Celso de Mello. **Revista Consultor Jurídico**. Ordem Democrática. 24 de abr. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-24/nao-sociedade-livre-liberdade-expressao-celso-mello>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

COELHO, M. V. F. Liberdade de expressão e seus limites: a dignidade da pessoa humana. **Revista Consultor Jurídico**. A Nova Constituição. 8 de jan. de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-08/constituicao-liberdade-expressao-limites-dignidade-pessoa-humana>>. Acesso em: 08 fev. 2020.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DE BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. Ed. São Paulo: Renovar, 2002.

DE CUPIS, A. La persona umana nel diritto privato. **Il Foro Italiano**, Ed. 79, pp. 77-78; 85-86. 1956.

Direito ao esquecimento pode relativizar avaliação de antecedentes, diz Schietti Cruz. **Revista Consultor Jurídico**. Condenação Antiga. 16 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-16/direito-esquecimento-relativizar-avaliacao-antecedentes>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direito Civil**: teoria geral. 7 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, M. **Proteção civil da intimidade**. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, p. 268. 1996.

GOMES FILHO, A. M. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128. 1997.

HAIDAR, R. Supremo reforça direito de crítica da imprensa. **Revista Consultor Jurídico**. Liberdade de Manifestação. 30 de mar. de 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mar-30/ministro-celso-mello-reforca-direito-critica-imprensa>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

IMMANUEL, K. **Fundamentos da metafísica do costume**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 2000.

IMMANUEL, K. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Hamburg: Meiner, pp.53-55. 1999.

JABUR, G. H. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: Conflitos entre Direitos da Personalidade. Ed., Revista dos Tribunais, p. 368. 2000.

LEMOS, R. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 21. 2005.

LEONARDI, M. **Tutela da privacidade na internet**. 2009. 344 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, pp. 109-110. 2009.

LOTTENBERG, F.; VAINZOF, R. Discurso de ódio, redes sociais e o Marco Civil da Internet. **Revista Consultor Jurídico**. 13 de julho de 2018. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/opinioao-discurso-odio-redes-sociais-marco-civil-parte#_ftn11>. Acesso em: 15 dez. 2019.

MADRIGAL, A. A liberdade de imprensa à luz da Constituição Federal de 1988. **Jus.com.br**. Jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41307/a-liberdade-de-imprensa-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

MARCHEZINI, J.; PENTEADO, J. R. Os seis anos da Lei de Acesso à Informação e a superação da cultura do sigilo. **Revista Consultor Jurídico**. Opinião. 16 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-16/opinioao-seis-anos-lei-acesso-informacao#author>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

MARIGHETTO, A. A dignidade humana e o limite dos direitos da personalidade. **Revista Consultor Jurídico**. Opinião. 21 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/marighetto-dignidade-humana-limite-direitos-personalidade#_ftn1>. Acesso em: 12 dez. 2019.

MARQUES, A. N. G. **Direito à Honra. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. 2010. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/direito-a-honra-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

MARTINS, G. M. Artigo 19 do Marco Civil da Internet gera impunidade e viola a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**. Opinião. 21 de nov. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-21/guilherme-martins-artigo-19-marco-civil-internet-gera-impunidade>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 2. São Paulo: Saraiva, pp. 359-360. 2008.

MENDES, G. Liberdade de expressão e Direitos de Personalidade. **Revista Consultor Jurídico**. Direito Civil Atual. 16 de set. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-16/direito-civil-atual-liberdade-expressao-direitos-personalidade#sdfootnotel1sym>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **A Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, W. Direito à própria imagem I. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1961.

NALINI, J. R.; BICUDO, H. P. **Constituição e estado democrático**. São Paulo: FTD, 1997.

PELEGRI, C. L. W. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. Curitiba: **Revista BoniJuris**, pp. 5-16. 2004.

REQUIÃO, Maurício. É preciso entender os prejuízos da contínua violação à privacidade na Internet. *Revista Consultor Jurídico*. Direito Civil Atual. 01 de jan. De 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-01/direito-civil-atual-preciso-entender-prejuizos-violacao-privacidade-internet#_ftn7>. Acesso em: 12 dez. 2019.

ROCHA, C. L. A. R. O Direito à vida digna. Belo Horizonte: **Editora Fórum**, 2004.

RÜFNER, W. **Grundrechtskonflikte, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**. v. II, p. 460, 1976.

SANTOS, F. F. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Fortaleza: Celso **Bastos Editora**, 1999.

SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988. Porto Alegre: **Livraria do Advogado**, 2001.

SARLET, I. W. Direitos Fundamentais: vale a pena lembrar o que estamos fazendo com o direito ao esquecimento. **Revista Consultor Jurídico**. Direitos Fundamentais. 26 de jan. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-26/direitos->

fundamentais-vale-pena-relembrar-fizemos-direito-esquecimento>. Acesso em: 10 jan. 2020.

SARLET, I. W. Liberdade de expressão e discurso do ódio — de Karlsruhe a Charlottesville. **Revista Consultor Jurídico**. Direitos Fundamentais. 10 de ago. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-discurso-odio-karlsruhe-charlottesville>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

SARLET, I. W. O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Revista Consultor Jurídico**. Direitos Fundamentais. 27 de fev. de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

SAVADINTZKY, L. Informação e privacidade: um direito não pode invadir o outro. **Revista Consultor Jurídico**. Informação e Privacidade. 22 de fev. de 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-fev-22/direito_informacao_intimidade_nao_podem_agredir?pagina=2>. Acesso em: 10 dez. 2019.

SIMÕES, A. G. A abordagem constitucional da liberdade de expressão: o direito de liberdade de expressão é um direito fundamental, que se mostra como corolário da dignidade da pessoa humana, representando, de outra parte, fundamento necessário à sobrevivência do estado. **DireitoNet**. Direito Constitucional. 16 de jun. de 2013. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8017/A-abordagem-constitucional-da-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

STJ divulga 13 entendimentos consolidados sobre crimes contra a honra. **Revista Consultor Jurídico**. Jurisprudência em Teses. 09 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-09/stj-divulga-13-teses-consolidadas-crimes-honra>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

VALENTE, F. Limite Extraterritorial: direito ao esquecimento deve ser aplicado em toda a união europeia, decide tribunal. **Revista Consultor Jurídico**. Limite Extraterritorial. 24 de set. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-24/direito-esquecimento-aplicado-toda-uniao-europeia>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

VALENTE, F. Rastro Digital: "se o tal direito ao esquecimento for levado ao extremo a história será apagada". **Revista Consultor Jurídico**. Rastro Digital. 15 de set. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-15/entrevista-marco-antonio-sabino-advogado>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

ANEXO A

Formulário para desindexação Google – TJUE – (Português – BR)

24/02/2020 Remoção de privacidade da UE

Remoção de privacidade da UE [Ajuda](#)

Formulário de pedido de remoção de informações pessoais

Por motivos de privacidade, você pode ter o direito de solicitar que determinadas informações pessoais relacionadas a você sejam removidas.

Este formulário solicita a remoção de resultados específicos de consultas que incluem seu nome na Pesquisa Google. Para pedir a remoção de informações pessoais de outros produtos do Google, envie uma solicitação usando o formulário do produto específico, disponível na página [Remoção de conteúdo do Google](#).

Por exemplo, se você quiser remover informações pessoais do Blogger, envie uma solicitação no formulário correspondente.

Após sua solicitação, analisaremos os direitos de privacidade da pessoa envolvida e o interesse do público em geral no acesso às informações, bem como o direito de outras pessoas de divulgá-las. Por exemplo, podemos recusar a remoção de determinadas informações sobre fraudes financeiras, negligência profissional, condenações criminais ou conduta pública de funcionários do governo.

É necessário ter uma cópia digital de um documento de identificação para preencher o formulário. Caso você esteja enviando a solicitação em nome de outra pessoa, será preciso fornecer o documento de identificação relevante.

* Campo obrigatório

SUAS INFORMAÇÕES

País de origem *

Nome completo *

Seu nome, mesmo que você esteja fazendo a solicitação em nome de outra pessoa que autorizou você a representá-la. Se estiver representando outra pessoa, você precisará ter autoridade legal para atuar em nome dela.

Nome:

Sobrenome:

Endereço de e-mail para contato *

Estou agindo em nome de... *

Se você está enviando a solicitação em nome de outra pessoa, especifique sua relação com ela (por exemplo: "pai", "advogado"). Talvez seja preciso apresentar documentos que confirmem sua autorização para representá-la.

☐ Eu mesmo

☐ Um cliente

☐ Um membro da família

☐ Um amigo

☐ Outro

Sua relação legal com a pessoa em nome de quem esta solicitação foi feita *

Anexe uma cópia legível de um documento que confirme a identidade da pessoa em nome de quem esta solicitação foi feita *

Para evitar solicitações de remoção fraudulentas por parte de indivíduos que falsificam a identidade de outras pessoas, tentam prejudicar a concorrência ou buscam ocultar informações legais, precisamos confirmar a identidade da pessoa em nome de quem esta solicitação foi feita (a pessoa relevante). Não é necessário apresentar um passaporte nem outros documentos de identidade emitidos pelo governo. É permitido encobrir partes do documento (por exemplo, número do RG), desde que as informações visíveis identifiquem a pessoa relevante. Também é possível encobrir as fotografias dos documentos de identificação, a menos que a solicitação seja para remoção de páginas que incluam fotos suas. A Google LLC usará essas informações somente para analisar e documentar a autenticidade da sua solicitação e excluirá a cópia em um prazo de um mês a partir da data de fechamento da solicitação de remoção, salvo exigência legal em contrário.

https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id=637181719280321629-3991526466&hl=pt&rd=1

Ativar
Acesse C

Fonte: Google LLC, disponível em: <https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id=637194439743572261-2193026110&hl=pt&rd=1>, acesso em: 15 jan. 2020.

ANEXO B

Formulário para desindexação Google – TJUE – (Português – BR)

Para fazer upload de vários documentos, toque e mantenha pressionado a tecla "Ctrl" ou "Command" ao selecionar os arquivos.

Nenhum arquivo selecionado

Você enviou uma solicitação anterior?

Se você ou a pessoa relevante já tiver solicitado a remoção de URLs com conteúdo semelhante, em vez de enviar um novo aviso, responda ao e-mail que enviamos a você (ou à pessoa relevante) para acelerar o processo.

Caso prefira enviar um novo aviso, digite o número de referência de 14 dígitos da solicitação anterior. O formato é o seguinte: 1-1111000001111. É possível encontrá-lo na linha de assunto do e-mail que enviamos para responder à solicitação anterior.

IDENTIFICAR AS INFORMAÇÕES PESSOAIS QUE VOCÊ QUER REMOVER E A LOCALIZAÇÃO DESSAS INFORMAÇÕES

Se este aviso refere-se a vários motivos para violação, envie apenas o primeiro deles. Em seguida, clique no link "Adicionar um novo grupo" abaixo das caixas de texto para adicionar outro motivo.

Os URLs do conteúdo com as informações pessoais que você quer remover *

[Clique aqui](#) para receber ajuda a fim de localizar o URL.

Insira um URL por linha (no máximo 1000 linhas)

Motivo da remoção *

Para cada URL fornecido, explique:

(1) como as informações pessoais identificadas acima se relacionam com a pessoa em nome de quem esta solicitação foi feita;

(2) por que você acredita que as informações pessoais devem ser removidas

Por exemplo: "(1) Esta página é sobre mim porque a, b e c. (2) Esta página deve ser removida porque x, y e z."

[Adicionar um novo grupo](#) No máximo 10 grupos

Nome usado na pesquisa *

É o nome que, quando usado como uma consulta de pesquisa, gera os resultados que você quer remover da lista. Caso queira enviar vários nomes (por exemplo, se o nome de solteiro for diferente do atual), coloque ";" entre eles. Por exemplo, "João da Silva / João Ninguém".

DECLARAÇÕES JURAMENTADAS

Leia as declarações a seguir e marque as caixas para confirmar que você concorda com elas.

☐ Concordo com o processamento das informações pessoais que estou enviando conforme descrito abaixo: *

A Google LLC usará as informações pessoais fornecidas neste formulário (incluindo seu endereço de e-mail e quaisquer informações de identificação), além de outras informações pessoais enviadas em comunicações futuras, para processar sua solicitação e cumprir com nossas obrigações legais. Os detalhes da sua solicitação poderão ser compartilhados com autoridades de proteção de dados, mas somente se isso for exigido para investigar ou rever uma decisão tomada. Normalmente, esse processo ocorrerá se você optar por entrar em contato com as autoridades nacionais sobre nossa decisão. Caso um ou mais URLs tenham sido removidos dos resultados da pesquisa como resposta à sua solicitação, poderemos fornecer detalhes sobre os URLs removidos aos webmasters relevantes.

Se você estiver conectado à sua Conta do Google, o envio poderá ser associado a essa conta.

https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id=637181719280321629-3991526466&hl=pt&rd=1&... 2/3

Ativar

Fonte: Google LLC, disponível em: <https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id=637194439743572261-2193026110&hl=pt&rd=1>, acesso em: 15 jan. 2020. 15/01/2020.

ANEXO C

Formulário para desindexação Google – TJUE – (Português – BR)

24/02/2020 Remoção de privacidade da UE

☐ Declaro que as informações contidas nesta solicitação são verdadeiras e que tenho autorização para enviá-la. *

☐ Entendo que o Google não poderá processar minha solicitação se o formulário não estiver preenchido corretamente ou se a solicitação estiver incompleta. *

ASSINATURA

Assinado no dia: *

MM/DD/YYYY (por exemplo, "12/19/2010")

Assinatura: *

por exemplo, João A. Silva
Ao digitar acima seu nome completo, você nos fornece sua assinatura digital, que o sujeita juridicamente tanto quanto sua assinatura física. Sua assinatura precisa corresponder exatamente ao nome e sobrenome inseridos na parte superior deste formulário da Web para que seu envio ocorra.

☐ Não sou um robô reCAPTCHA
Privacidade - Termos

© 2020 Google LLC - Central do webmaster - Termos de Serviço - Política de Privacidade - Ajuda do Search Console

Fonte: Google LLC, disponível em: <https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id=637194439743572261-2193026110&hl=pt&rd=1>, acesso em: 15 jan. 2020.