

DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM OLHAR SOB A ÓTICA DO DIREITO À PRIVACIDADE E DIREITO AO ESQUECIMENTO

David Junior Reyes Ortiz¹

Ihgor Jean Rego²

RESUMO: Com o crescente avanço dos sistemas de informações nas últimas décadas, tornou-se quase impossível estar-se a salvo dos ataques virtuais cibernéticos, estes, em intensa velocidade, a toda a sorte de cidadãos, tornando-os vulneráveis ao conflito de normas que sustentam o Estado Democrático Direito, nos tempos atuais. As Constituições rígidas, como a brasileira, são as mais propícias à difícil tarefa de atualização de suas leis, equiparando-as aos anseios da sociedade e desta forma resolver seus conflitos constitucionais. A existência de ampla liberdade de expressão, de comunicação, de forma globalizada, e sua ágil capacidade de transmissão dos fatos por diversos meios, constituem óbice real que conflita o direito à privacidade, à intimidade e conseqüentemente ao esquecimento na aplicação do caso concreto, os quais são resguardados na Carta Magna. A solução desse conflito baseia-se na utilização do princípio da ponderação, confrontando-se os interesses existentes aplicando o que melhor se adegue no caso concreto. A Constituição Federal assegura esses direitos fundamentais, a fim de garantir seu importante fundamento principiológico, que é a dignidade da pessoa humana. Tal princípio é pleno e absoluto, isento de ranhuras ou argumentações que possam relativizá-lo. O que se cuida é apontar um conteúdo semântico do que se faz do conceito de dignidade, cuidando não a desvirtuar em face ao momento histórico que se entrelaça entre igualdade, liberdade e dignidade humana nos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Liberdade de expressão e privacidade. Direitos fundamentais. Direito ao esquecimento. Conflito. Ponderação.

ABSTRACT: With the increasing advance of information systems in recent decades, it has become almost impossible to be safe from cyber attacks, which are at an intense speed for all sorts of citizens, making them vulnerable to the conflict of norms that underpin them. the Democratic State Right, in the present times. Rigid Constitutions, such as the Brazilian one, are the most propitious to the difficult task of updating its laws, equating them with the wishes of society and thus resolving their constitutional conflicts. The existence of wide freedom of expression, of communication, in a globalized way, and its agile ability to transmit the facts by various means, constitute a real obstacle that conflicts with the right to privacy, intimacy and consequently the forgetfulness in the application of the concrete case. which are protected in the Magna Carta. The solution of this conflict is based on the use of the principle of weighting, confronting existing interests and applying what is best suited in this case. The Federal Constitution guarantees these fundamental rights in order to guarantee their important principled foundation, which is the dignity of the human person. Such a principle is full and absolute, free of grooves or arguments that might relativize it. What is taken care of is to point out a semantic content of what is made of the concept of dignity, taking care not to distort it in the face of the historical moment that intertwines between equality, freedom and human dignity in fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights. Freedom of speech and privacy. Right to forgetfulness. Conflict. Weighting.

¹Graduando em Direito pelo Centro Universitário São Lucas – Porto Velho-RO.

²Advogado, chefe da assessoria jurídica da Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia – CAERD, professor no Centro Universitário São Lucas – AFYA, Mestre em Direitos da Personalidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a abordagem da temática acerca dos conflitos que permeiam os direitos fundamentais, especialmente o conflito entre direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, no âmbito do direito ao esquecimento, comumente percebido na sociedade atual.

A liberdade de expressão é um direito fundamental que está amparado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e permite as pessoas manifestarem seus pensamentos, criações, opiniões pelos meios de comunicação sem a necessidade de autorização. É um direito universal, visto que encontra amparo também no Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, em seu artigo 13, inciso I, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 19, que preveem a liberdade de pensamento e expressão por qualquer instrumento de comunicação.

O direito à privacidade é outro direito fundamental insculpido no inciso X, do Artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, em que está protegida a sua inviolabilidade. Esse direito garante que as pessoas não terão sua intimidade, sua vida privada, sua honra e sua imagem expostas a terceiros, sem o seu consentimento.

No contexto atual, em que a sociedade convive com o aumento de divulgação de notícias, principalmente com a tecnologia globalizada e com essa superinformação segundo a segunda sobre os inúmeros fatos humanos e científicos, a causa humana figura como pouca importância. Isso acontece em face da necessidade de robustecer de informações os mais variados sites informativos, a mídia em geral, priorizando muitas vezes a informação imediata e sensacionalista, assentada no direito à Liberdade de Expressão.

Não obstante as redes sociais, as novas investidas tecnológicas advindas do vale do silício (polo industrial tecnológico situado na Califórnia – EUA), que acena para o desenvolvimento da Inteligência Artificial, a qual é a mais conflitante tecnologia que permeará os derredores da privacidade do indivíduo, com seus algoritmos de última geração. Assim, essa nova tecnologia, proporcionará a quebra de todos os paradigmas legais de proteção à privacidade do indivíduo, podendo facilmente manipular, com sua capacidade algorítmica, toda liberdade humana de pensar, propor, criar ou limitar seu direito à intimidade.

Esse excesso de informação e controle vai de encontro ao direito à privacidade do indivíduo, que pretende ser deixado em paz diante de determinado fato que sobre o qual não

gostaria de ser incomodado, lembrado, evidenciado, ou manipulado intelectualmente. Ao entorno disso, gira uma problemática, que é o conflito entre esses dois Direitos Fundamentais (Liberdade de expressão e direito à privacidade), ambos protegidos pela Carta Magna de 1988.

Sendo assim, na solução do conflito entre esses dois direitos fundamentais, em que o intérprete do direito, ao analisar o caso concreto, utiliza o mecanismo da ponderação, sopesando qual direito é mais adequado e qual interesse deverá prevalecer naquele caso. Isso considerando que um direito fundamental não se reveste de caráter absoluto, visto que encontra limite em outro direito fundamental. Deve-se, portanto, aplicar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade sem que limite os direitos além do estritamente necessário, a fim de se produzir uma solução justa.

Diante do contexto surge o seguinte questionamento: Seria imperiosa a necessidade da aplicação do princípio da ponderação sob a ótica do conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, no âmbito do direito ao esquecimento que permeia a sociedade atual ou seria uma utopia.

O objetivo geral em que se apoiou esse estudo, foi analisar o conflito existente entre o direito de liberdade de expressão e o direito à privacidade no âmbito do direito ao esquecimento.

A partir desse ponto central, foram delimitados alguns objetivos específicos que, por meio dos quais, buscou-se: Discorrer sobre direitos fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil/1988; Identificar a aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro; Traçar a contextualização histórica do direito ao esquecimento; Identificar colisão entre o direito de liberdade de expressão e o direito à privacidade; Explicar sobre o princípio da ponderação nos casos de colisão entre os direitos fundamentais.

A escolha do presente tema justifica-se pela importância de se debater nos dias atuais os direitos fundamentais assentados no ordenamento jurídico brasileiro, cujo princípio fundante é a dignidade da pessoa humana. Sendo relevante o debate da relativização do direito à liberdade de expressão em face do direito à privacidade no âmbito do direito ao esquecimento, visto que entram em rota de colisão diante de determinado caso concreto. É relevante essa discussão pelas contribuições teórica e social, pois enfatizam sobre os limites e técnicas que balizam qual direito será mais adequado em determinado caso concreto.

Quanto à metodologia na produção deste artigo e no desenvolvimento do tema, foi utilizada a pesquisa de caráter exploratório, coletando as informações por meio de pesquisa bibliográfica, tendo como fundamentação teórica os seguintes autores: Menezes, (2022), que esquematiza posicionamento de doutrina, apontando correntes prevalentes, acerca de grandes temas do Direito Constitucional; Oliveira (2018), que sistematiza a compreensão do direito ao esquecimento na perspectiva jurídico-judicial de defesa da dignidade da pessoa humana; Bezerra Júnior (2020), o qual discute o direito ao esquecimento e a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade; Maldonado (2021), trata de vasta pesquisa contributiva à evolução do estudo do direito ao esquecimento, aliada à larga discussão na doutrina e na jurisprudência; além de contar com ampla leitura e análise a artigos e periódicos, referentes ao tema.

Esse artigo está distribuído em três tópicos. O primeiro tópico conta com a dissertativa sobre direitos fundamentais, dividido em quatro subtítulos. O primeiro subtítulo aborda o conceito de direitos fundamentais, sua origem, dimensões e características; o segundo dá ênfase ao direito de liberdade de expressão e informação; o terceiro trata do direito à privacidade e o quarto reporta-se ao direito ao esquecimento, abrangendo seu contexto histórico e descrição de casos jurisprudenciais. O segundo tópico trata da colisão de direitos e a ponderação como parâmetro de solução. O terceiro capítulo apresenta as considerações finais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado Democrático de Direito fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, qualidade ínsita do ser humano, que deve ser resguardada com a observância dos direitos fundamentais, os quais estão estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2.1 Origem, dimensões e características

A origem dos direitos fundamentais não possui um ponto definitivo ou determinado. Autores teorizam sua evolução ao longo dos acontecimentos históricos marcados no fim da idade média ao começo da idade moderna em que algumas ideias já fundamentavam a sua existência. O corolário veio com a Revolução Francesa e a Revolução Americana. Os lemas de Liberdade, Igualdade e Fraternidade da Revolução Francesa, doutrinariamente foram

basilares para o reconhecimento dos direitos de 1^a, 2^a e 3^a gerações (MALDONADO, 2021, p. 33).

Atualmente, a doutrina, ao invés da nomenclatura geração, adota o termo “dimensões” dos direitos fundamentais. Nesse entendimento, faz-se mister dizer que uma nova dimensão não anula a conquista da dimensão antecedente, podendo evoluir para uma 4^a e 5^a dimensão.

Quanto aos Direitos fundamentais de primeira dimensão, estes têm como perspectiva o absentismo estatal. Destarte, não deve o Estado interferir nas liberdades individuais, que se referem aos direitos civis e políticos. O indivíduo é o seu titular, e caracterizam-se como atributos da pessoa, cuja característica marcante é a subjetividade.

Os Direitos fundamentais de segunda dimensão ligam-se ao direito de igualdade evidenciando a intervenção positiva do Estado para a garantia dos direitos sociais, culturais, econômicos. Estes direitos foram impulsionados pela Revolução Industrial a partir do século XX (ZARZALEJOS, p. 23).

Já os Direitos fundamentais de terceira dimensão, ou transindividuais, vão além do ser humano como indivíduo, tratando-o como coletividade. Eles cuidam de a proteção do gênero humano como ser inserido na coletividade com franco humanismo e universalidade. Referem-se ao direito ao desenvolvimento, meio ambiente, comunicação, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

No doutrinamento de Norberto Bobbio, segundo Menezes, (2022, p. 10), “existe uma quarta dimensão de Direitos Fundamentais, os quais decorreriam dos avanços do campo da engenharia genética.” No seu entendimento, os avanços das pesquisas genéticas/biológicas permitirão eminentemente, a manipulação do patrimônio genético.

No entanto, na visão de Bonavides, os Direitos de quarta dimensão decorrem da globalização política, que são os direitos à democracia, informação e pluralismo. Menezes, (2022, p. 10), afirma: “Assim, para Bonavides, os direitos da 4^a dimensão decorrem da globalização dos direitos fundamentais, o que significa universalizá-los no campo institucional”.

Percebe-se, portanto, que os direitos fundamentais transcendem a uma esfera universal, que se estendem a todos os seres humanos nas relações jurídica e social das instituições em razão da globalização. Dessa maneira alargam-se os horizontes do princípio da dignidade humana que acolhe todos os indivíduos como titulares dos referidos direitos.

De acordo com a doutrina, os direitos fundamentais possuem um rol extenso de características, no entanto serão citadas as principais, como: universalidade, historicidade, inalienabilidade, relatividade ou ilimitabilidade e imprescritibilidade.

A universalidade consiste que os direitos fundamentais se destinam a todos os seres humanos, independentemente de raça, credo, nacionalidade, sexo. Quanto à historicidade, são históricos porque foram modificados com o passar do tempo, foram evoluindo ao longo dos acontecimentos históricos.

A inalienabilidade confere que os direitos fundamentais são indisponíveis, inegociáveis, intransferíveis, não podendo ser alienados por lei ou pela autonomia da vontade, pois não possuem conteúdo econômico ou patrimonial.

Quanto à relatividade, nenhum direito fundamental poderá ser considerado absoluto, visto que encontra limite em outro direito fundamental. Os direitos fundamentais não prescrevem com o passar do tempo, devido a sua imprescritibilidade, não desaparecendo pelo lapso temporal diante do não uso (SOUZA, 2023, p. 13).

Assim, a obediência à essência dos direitos fundamentais leva ao exercício da dignidade da pessoa humana. Um caso emblemático sobre esse tema, refere-se ao episódio conhecido como “arremesso de anão” que se tratava de uma atração de bar em que anões com as devidas proteções eram arremessados em um colchão como se fossem bola de boliche para aferir quem os atiraria mais longe.

Na França, em 1992, ocorreu que o prefeito de uma pequena cidade proibiu tal prática fundamentando tratar-se de desrespeito à ordem pública e violação da dignidade da pessoa humana. No entanto, determinado anão contestou asseverando que era seu meio escolhido de sobrevivência e que não se sentia constrangido de ser usado daquela forma.

De acordo com Zarzalejos, (2020, p. 27)” Porém o tribunal francês e a ONU mantiveram a proibição ratificando a decisão do prefeito.”

O que se pode perceber é a visível indisponibilidade dos direitos fundamentais, que mesmo estando diante de duas vertentes, prevalece a obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que essa forma de trabalho é considerada ultrajante à imagem dos demais portadores do nanismo.

2.2 Direito à liberdade de expressão e informação

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, o direito à liberdade de expressão é reconhecido pela Constituição Federal de 1988, sendo a matéria regulada no artigo 5º, incisos IV, IX e XIV e artigo 220, §§ 1º e 2º. A liberdade de expressão é um direito que permite as pessoas manifestarem seus pensamentos, criações, opiniões pelos meios de comunicação sem a necessidade de autorização (BARROSO, 2019, 33).

Também o Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, em seu artigo 13, inciso I, prevê a liberdade de pensamento e expressão que corresponde à liberdade de buscar, receber e propagar informações e ideias de qualquer natureza, por qualquer instrumento de comunicação (SANTOS, 2018, p. 22).

Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembleia Geral da ONU, 1948), contempla em seu artigo 19, o direito à liberdade de informação e de expressão:

Art. XIX: Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras (Humanos (ONU, 1948).

Diante desses instrumentos normativos, percebe-se que a liberdade de expressão é um direito universal, devendo ser respeitado o direito do indivíduo de comunicar livremente fatos, opiniões verbais ou escritas, sem prender-se ao viés de censura. Nesse ângulo, pode-se utilizar variados meios de comunicação, não havendo limitação de fronteiras.

Sobre esse tema, Rodrigues, (2021, p. 123) infere que:

A liberdade de expressão do pensamento, exercida dentro dos limites constitucionais a ela inerentes, traz, como pressuposto, um direito de manifestação livre da ingerência ou prévia chancela do Estado, o que se reflete na proibição da censura e no dever de neutralidade, a impedir qualquer forma de discriminação motivada pela manifestação do pensamento ou da opinião.

408

Assim, o autor corrobora com as informações das linhas constitucionais, em que a liberdade de expressão do pensamento ou opiniões, é isenta de qualquer forma de intervenção do Estado. Não cabe a este instituir qualquer autorização ou cerceamento intelectual.

Diferentemente dos anos de exceção que o Brasil viveu com o regime militar marcado pela prática da censura prévia aos conteúdos, pelo controle governamental acerca do que poderia ser publicado, a Constituição que hoje vigora procurou assegurar a liberdade de expressão, erigida como cláusula pétrea e tão fundamental para um estado democrático de direito.

Nesse contexto, também na concepção de Bezerra Júnior (2020, p.123):

A Constituição de 1988, escrita como documento simbólico de blindagem de um sistema de garantias erigido contra qualquer tentativa de controle governamental da opinião pública, não deixa remanescer qualquer dúvida quanto à importância atribuída, pelo constituinte, à liberdade de pensamento, expressão e comunicação, como via necessária ao resguardo do regime democrático e à promoção da dignidade humana.

Diante das marcas profundas deixadas pelo regime militar iniciado em 1964, a Constituição de 1988 veio garantir essa liberdade de expressão como de grande importância, sem o controle do governo, não permitindo o retrocesso a uma situação de censura à manifestação do pensamento.

Como exemplo desse direito tem-se o julgado do STF em ADPF 187, referente à realização da Marcha da Maconha que fora anteriormente proibida de ser realizada em algumas cidades brasileiras, tendo em vista que o objetivo de seus organizadores era que o uso da maconha fosse descriminalizado em território brasileiro (RODRIGUES, 2021, p. 123)

O plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido de realização da manifestação, sob o argumento de que não se tratava de incitação ou provocações de ações ilegais iminentes, mas do exercício do direito à liberdade de expressão garantido na constituição federal.

2.3 Direito à privacidade

O artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), assevera, que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Esse direito garante que as pessoas não terão sua intimidade, vida privada, a honra nem sua imagem exposta a terceiros sem o seu consentimento.

A sociedade da informação, aliada ao crescimento tecnológico e veiculando variados fatos por meio da sua grande malha mundial de comunicação instantânea, coloca em alerta os limites que podem invadir a privacidade de outrem.

Nesse contexto, o indivíduo sente a necessidade de proteger-se de ingerência de terceiros em sua vida privada ou revelação e publicidade de dados que atentem à sua honra, sua família e amigos.

Sobre a vida privada, Silva (2021, p. 20) ensina que:

[...] A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma.

Nessa linha, não sendo de interesse público, a privacidade do indivíduo torna-se imprescindível na preservação dos elementos da sua vida íntima e sua privacidade interior, garantidos constitucionalmente.

A inviolabilidade da privacidade, honra, imagem é direito ligado à dignidade da pessoa humana. O homem necessita de sua privacidade para propiciar o desenvolvimento livre da personalidade. Estudos mostram que a reclusão periódica à vida privada é necessária à própria saúde mental. Com a privacidade o indivíduo traça metas, cumpre a sua autoavaliação, supera-se, cria perspectivas.

Seria pouco provável a autossuperação do indivíduo sob uma intensa fiscalização, ou sob constante observação alheia expondo seus erros publicamente ao ridículo e críticas. Pois em função da inexistência de condições que lhe propiciasse o nascimento de uma nova forma de se opor aos fatos expostos e inibidores, a autossuperação é afetada. A eclosão de uma nova meta ou perspectiva inovadora é imprescindível ao renascimento do ser humano.

A privacidade protege o indivíduo de sua exposição quanto às suas escolhas particulares, quer seja no âmbito das relações familiares quanto nas opções, hábitos, relações afetivas, amizades, e tantas outras que lhe são únicas. Há que se ponderar até que ponto a privacidade é apenas seu direito, ou se é de interesse público, dependendo, aí, da necessidade de intervenção em maior ou menor grau do Estado.

O direito de imagem está assegurado no art. 5º, V, X e XXVIII, a, da Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como no art. 11 e seguintes do Código Civil Brasileiro de 2002 que trata dos direitos da personalidade. Tem a proteção voltada à figura do indivíduo, seu corpo, traços, partes ou formas que, pelas características identifiquem o seu reconhecimento (OLIVEIRA, 2008, p. 18).

De acordo com Bezerra Junior, (2020, p. 55) “Esse direito abriga a intransmissibilidade, a inalienabilidade, impenhorabilidade, entre outras características, no entanto há uma exceção quanto à indisponibilidade ao se tratar da cessão da imagem a terceiros pelo titular licenciando-a para proveito econômico.”

Referido licenciamento deve estar resguardado de forma expressa por meio de contrato o qual não pode vigorar por tempo indeterminado. Mesmo o titular licenciando, não pode haver lesão à honra nem desvio da finalidade inicialmente acordada.

Nessa seara, o art. 20 do Código Civil Brasileiro, dispõe que:

Art.20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (BRASIL, 2002).

Assim sendo, a preservação do indivíduo, quanto a sua imagem, flexibiliza-se apenas no que tange aos ditames da lei, visto que a autorização expressa do titular, o não desvio da finalidade do uso da imagem, a não ofensa à honra, à boa fama, são critérios essenciais na proteção desse direito.

Apesar desses critérios essenciais, o direito à imagem não possui caráter absoluto, em razão do interesse público, podendo-se citar como exemplos, a publicação em matérias que possuem em seu bojo o interesse geral, fotografias com fins didáticos, científicos, fatos jornalísticos, entre outros. Destarte, o direito à imagem é mitigado, diante de um valor público predominante (CHUNG, 2021, p. 22).

2.4 Direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento, alinhado ao direito à privacidade, baseia-se no direito de a pessoa decidir se determinados fatos do passado que não interessam mais ser discutidos, podem ou não ser expostos publicamente. Esse direito é também conhecido como o “direito de ser deixado em paz” ou “direito de estar só” (do inglês “*right to be let alone*”). É o direito de ter um novo nascimento em face de acontecimentos que possam ter-lhe causado imenso sofrimento (NUNES, 2018, p. 22).

O Direito ao Esquecimento está fundamentado em jurisprudências antigas de Cortes Estrangeiras. Um dos primeiros casos em que esse direito foi exercido, aconteceu na década de 1930 com o caso Gabrielle Darley Melvin. Uma ex-prostituta que, ao ter seu nome associado a um homicídio e depois absolvida, abandonou essa vida para construir uma vida digna, ilibada, constituindo família, casando-se com Bernard Melvin, deixando para trás todo o vestígio da vida que levava, passando a ter uma vida de grande prestígio social (MORAIS, 2017, p. 28).

Anos depois, sua vida pregressa foi narrada com detalhes numa produção cinematográfica em que figurava seu nome e imagens reais, e ao ser exibido o filme, as pessoas da sociedade da qual fazia parte, passaram a tratá-la com desprezo e preconceito, o

que lhe causou problemas emocionais, físicos e mentais. Diante disso, em ação indenizatória que alegava violação de direitos à intimidade e propriedade.

De acordo com Bezerra Junior, (2020, p. 76) A Corte “[...] reconheceu a procedência do pedido, pontuando a existência de um direito constitucional de “buscar e achar a felicidade” [...] que pode se considerar um reconhecimento judicial ao direito ao esquecimento.

Outro fato emblemático referente ao direito ao esquecimento é o “*Caso Lebach*”, que trata do assassinato de quatro soldados, que mantinham a vigilância de um depósito de armas do exército alemão. O crime aconteceu no ano de 1969 no lugarejo *Lebach*, localizado a oeste da República Federal da Alemanha, praticado por assaltantes enquanto aqueles militares dormiam. O julgamento ocorreu em 1973, resultando na condenação dos dois principais autores à prisão perpétua, enquanto que a um terceiro que atuou como cúmplice foi atribuída a pena de seis anos de reclusão (MALDONADO, 2021, p. 12).

Passados quatro anos, próximo à soltura do partícipe, uma emissora de televisão alemã propagou o anúncio da exibição de um documentário sobre o fato ocorrido, reconstituindo-o com imagem dos autores do crime, seus nomes e a intimidade entre eles.

Na tentativa de impedir a veiculação do programa televisivo, o terceiro condenado, às vésperas da sua soltura, e alegando que tal exibição atingiria seus direitos de personalidade e prejudicaria sua ressocialização, postulou medida liminar. O pedido foi indeferido por dois tribunais, no entanto o Tribunal Constitucional Federal reverteu as decisões anteriores, proibindo a veiculação do programa com a imagem e o nome do reclamante.

Em contrapartida, o canal de TV alegou a legitimidade do documentário, a prevalência da informação à população e o grande interesse da opinião pública. Porém, o Tribunal ao sopesar os dois interesses, entendeu que, passados os anos, o fato não tinha mais interesse público em face da inexistência de fatos novos, e a exibição do documentário sobre o caso, prejudicaria a vida e a ressocialização da pessoa envolvida.

No Brasil, o Direito ao Esquecimento foi disciplinado no Enunciado 531/2013 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF):

ENUNCIADO 531 - A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: II do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou

reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (BRASIL, 2013).

Apregoa que, na sociedade da informação, a garantia da dignidade da pessoa humana tem liame no direito ao esquecimento. Não significa que seja legado o direito de extinguir fatos históricos, mas o legítimo direito de recompor-se socialmente em face de fatos passados, como a exemplo de condenações criminais cuja pena fora cumprida, ou atos reprovados socialmente relacionados ao passado.

O primeiro reconhecimento surgido no Brasil foi o caso conhecido como Chacina da Candelária, configurado como uma sequência de homicídios tendo como vítimas adolescentes e jovens que dormiam nas proximidades da Igreja da Candelária do Rio de Janeiro. O fato ocorreu na noite de 23 de julho de 1993, tendo sido praticado por policiais (MENEZES, 2022, p. 14).

Um dos suspeitos, apontado como coautor da chacina, mas que fora absolvido por unanimidade, no ano de 2006 foi surpreendido com o seu nome associado ao crime em um programa de uma emissora de televisão brasileira.

O referido ajuizou ação com pedido de indenização, assegurando que a sua exposição causou violação à sua privacidade pessoal, tendo sido obrigado a sair da sua comunidade em razão de ter se tornado alvo do ódio social, tirando-lhe o direito à paz.

A 4ª turma do STJ, da 3ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, condenou a emissora de televisão a indenizar ao recorrente pela violação dos direitos de personalidade e pelos danos causados à sua imagem, nome e privacidade e o direito de ser deixado em paz (STJ, REsp. 1.334.097, 2013) (BRASIL, 2013).

A emissora condenada em recurso especial alegou que era “incabível o acolhimento de um direito ao esquecimento ou o direito de ser deixado em paz” e “que não seria possível retratar a trágica história dos homicídios da Candelária sem mencionar o recorrido, porque se tornou, infelizmente, uma peça chave do episódio e do conturbado inquérito policial”. (MALDONADO, 2021, p. 13).

Nesse caso concreto é nítida a existência da colisão entre os direitos fundamentais de ambas as partes. De um lado, a violação da privacidade, sendo atingindo o direito à paz, ao anonimato do autor, abalando a sua moral, tendo como causa a exposição de fatos pretéritos aos quais não pretendia mais ter seu nome associado, pois fora absolvido. De outro lado o

direito à expressão e informação da emissora restringido, estar condenada a custas indenizatórias.

O tribunal, na seara do direito ao esquecimento busca adequá-lo ao ordenamento jurídico brasileiro, analisando que não se trata de censura à informação, mas da ausência de contemporaneidade da notícia. Assim, buscou preservar a honra, imagem, intimidade do postulante.

Por outro lado, no caso sobre Aida Curi que foi assassinada em 1958, a mesma turma não acolheu o pedido de sua família quanto ao esquecimento da sua morte, cinquenta anos depois, quando da exibição de documentário na mesma rede de televisão que rememorou a tragédia familiar ao explorar a imagem da vítima. Mais um conflito de direitos em que se recorre ao judiciário para análise e julgamento acerca de indenização a danos morais (BARROSO, 2021, p. 28).

Vale ressaltar que, por não ser positivado esse direito, é preocupante quando se analisa pela perspectiva dos direitos fundados na Constituição Federal, os inúmeros pleitos com pedido de indenização que os tribunais brasileiros enfrentam atualmente, contra sites de busca on-line como é o caso do gigantesco Google, para não mais haver exibições de notícias, reportagens e investigações, cuja pretensão está constantemente a serviço de uma indústria de danos morais. Essas tais indústrias valem-se mesmo de redes sociais, para o disparo de fatos maliciosos e viralizantes que são capazes de gerar informações equivocadas com danos nem sempre reparáveis à personalidade, à honra ou liberdade, valores tais protegidos pela Constituição Federal.

3 COLISÃO DE DIREITOS E A PONDERAÇÃO COMO PARÂMETRO DE SOLUÇÃO

No atual formato democrático, em que o indivíduo tem o direito à liberdade de opinião e expressão, e nesse meio globalizado em que se vive atualmente, inúmeras são as formas propícias para sua manifestação e informações nos mais variados meios.

Nessa seara da globalização da informação, Barroso (2019, 32):

O desenvolvimento tecnológico, especificamente no tocante aos meios de comunicação de massa, trouxe ao mundo um novo fenômeno social: o da globalização da informação. A imprensa de Gutemberg foi substituída por avançadíssimos meios de comunicação de massa que, transmitindo informações e entretenimento por todo o mundo, fizeram do homem, ao mesmo tempo, um artífice e um refém da informação.

Nesse raciocínio, a sociedade atual está marcada pela super informação, disseminada de forma acelerada. Isso graças ao poder tecnológico que coloca às mãos do cidadão em qualquer lugar ou situação em que se encontre, fatos dos mais variados e ainda os mais distintos pontos de vista.

Essa desenfreada propagação tem o condão de transformar vidas, elevando-as, criando mitos e lendas, desmistificando, destruindo costumes, criando outros e modificando comportamentos, remontando, indiscriminadamente, histórias e vidas numa eufórica e incessante velocidade. É o exercício do direito à liberdade de expressão, acesso à informação, garantidos na Carta Magna.

No entanto, esse direito tende a colidir com o direito à vida privada, a qual permite a autonomia da pessoa em excluir do público fatos ou dados referentes a ela, garantindo-lhe a independência e a inviolabilidade da sua casa, correspondências, informações que não deseja compartilhar. Colide também, com o direito à intimidade, que é personalíssimo, e que permite ao seu titular escolher o que quer ou não dividir com outrem, não admitindo a intromissão de quem quer que seja. Além disso, também pode ocorrer o conflito com a honra e imagem das pessoas.

Nesse contexto, o conflito surge porque esses direitos fundamentais não são absolutos e, no estado democrático de direito, sua eficácia na vida das pessoas deve ser preservada. Para tanto, o magistrado deve usar a ponderação e a razoabilidade no caso concreto. Nessa seara, em seu artigo, Chung (2021, p.11), pondera:

A colisão entre direitos fundamentais é situação que constantemente se opera diante de casos concretos onde mais de um princípio esteja presente. A depender das peculiaridades apresentadas, um deles prevalecerá sobre os demais, com base na aplicação da ponderação de valores, sem perder de vista o princípio da unidade da Constituição e da concordância prática ou harmonização.

Vê-se, portanto, que a relativização dos direitos fundamentais não põe em risco a sua garantia constitucional, no momento em que o intérprete da lei procura aplicar a ponderação entre os polos conflitantes priorizando a dignidade da pessoa humana.

Em igual entendimento, sobre direitos fundamentais, comenta Moraes (2017, p. 23):

Desta forma, 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.

Entende-se que os conflitos devem ser harmonizados de tal forma que não exceda, nem minimize o direito devido de cada parte conflitante. Assim, com vistas aos bens jurídicos em julgamento, que tal conflito não desvirtualize fundamentalmente o fato jurídico, nem arranhe as normas constitucionais.

Portanto, a solução do conflito entre esses direitos fundamentais passa pela imperiosa necessidade da análise do caso concreto. Constrói-se a harmonização de direito, valorando o direito que melhor se adequar a um julgamento justo. Assim, o intérprete da lei deve usar a ponderação dentro do critério da proporcionalidade, verificando se tais direitos são legitimamente tuteláveis, estabelecendo o limite da atuação normativa e a conformidade de interesse predominante, conforme feito nos casos elencados anteriormente. “

Nesse mesmo pensamento, Rodrigues (2021, p. 10) explica:

Além da ponderação (sopesamento), o princípio da proporcionalidade também deverá ser aplicado em caso de colisão entre princípios. Este princípio constitucional fundamental proporcionará uma solução harmoniosa, pesando a incidência de cada princípio e resguardando o máximo possível os direitos fundamentais.

Percebe-se que não há uma prevalência de um princípio sobre o outro. Um dos princípios terá que ceder, o que não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido. Para tanto o intérprete deverá contrabalançar diante do caso concreto, sem a ideia de exceção, mas com o senso de valor a que defendem os princípios postos na Constituição Federal, objetivando um resultado harmonioso e justo, na proteção do indivíduo.

Ainda no mesmo sentido, Barroso (2021, p. 32) afirma que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”.

Portanto, não há hierarquia entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão. Por um viés tem-se o reconhecimento da relevante função da imprensa no estado democrático de direito, em que a liberdade de informação tem o lastro protetivo na Carta Magna, sendo, portanto, isenta de censura. Por outro lado, tem-se o direito à privacidade do indivíduo que busca proteger sua honra, a vida privada, imagem, sua convivência no seio familiar, e no seu meio social, também assegurado pela Lei Maior.

Como se percebe, esses direitos são importantes, tendo em vista sua essência principiológica, e a ponderação do juiz objetiva um resultado que melhor se adequa no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo buscou analisar a temática referente aos conflitos existentes entre os direitos fundamentais, especialmente o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, no âmbito do direito ao esquecimento que permeia a sociedade atual. Sociedade esta que se tornou refém de variadas formas de conflitos.

Os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, são essenciais para a pessoa humana e de grande relevância no estado democrático de direito. Foram surgindo de acordo com os acontecimentos históricos e com as necessidades da sociedade. São universais, relativos, indisponíveis e não prescrevem pelo lapso temporal. Portanto, o seu exercício deve ser observado por todos.

Um dos desafios do século, caracterizado pela superinformação, é o convívio diário com a possibilidade de invasão à privacidade, direito este aliado à vontade e à necessidade de ser deixado em paz (*the right to be let alone*). Cada um desses direitos está protegido pela Constituição Federal e, em determinadas situações, podem ocorrer conflitos, tendo em vista que cada indivíduo, em lados opostos, usa o mesmo dispositivo constitucional em sua defesa.

Para a prevalência de garantia desses direitos fundamentais, resultantes do estado democrático de direito, verificou-se, conforme foi tratado nesse estudo, a imperiosa necessidade da aplicação do princípio da ponderação. Neste, o julgador confronta os interesses existentes, sopesando aquele que melhor se adequa no caso concreto, limitando a atuação da lei, visando o exercício do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da Constituição Federal/88 (art. 1º, inciso III).

Neste sentido, e diante de tudo que foi abordado ao longo dessa pesquisa, vê-se que os direitos fundamentais não são absolutos. A sua relativização contribui para a manutenção da eficácia dos direitos na vida da pessoa, ou seja, não põe em risco a sua garantia constitucional.

Em análise aos casos narrados nesta pesquisa, percebeu-se que o direito ao esquecimento tem origem em jurisprudências antigas de Cortes Estrangeiras, em que pessoas acionavam a justiça para que fatos indesejados do seu passado não fossem revisitados. No Brasil, situações parecidas também ocorreram e continuam a ocorrer. Portanto, seja na esfera nacional como na estrangeira, decisões judiciais foram necessárias, utilizando-se o método da ponderação, visto que se tratava de conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade.

Ademais, o direito ao esquecimento no Brasil está disciplinado no Enunciado 531/2013 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF) que prevê que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. No Código Civil brasileiro está previsto no artigo 11, tratando-se dos direitos de personalidade, os quais são indisponíveis.

Portanto, conclui-se que, se por um lado o indivíduo tem o direito de manifestar-se, bem como o direito à informação, sem que haja censura, por outro lado existe o direito, garantido pelo mesmo diploma legal, à intimidade, o direito de ficar sozinho, o direito ao esquecimento. Este último, mostrando-se sob variados ataques do excesso de uso dos meios comunicadores, é proeminente o uso constante dos remédios constitucionais.

Assim, sugere-se que o estudo e a exploração dessa matéria sejam ampliados envolvendo novas formas invasivas da tecnologia, inclusive baseando-se nos preceitos da Lei nº 12.737/2012, bem como a análise de novas decisões que possam ocorrer conforme a dinamicidade dos acontecimentos na sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2019.

418

_____. **Entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Revista de Direito Administrativo, Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/450262021>>. Acesso em: 16 mar. 2024.

BEZERRA JÚNIOR, Luis Martius Holanda. **Direito ao esquecimento: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 mar. 2024.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembleia Geral da ONU, 1948)**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55809&seo=1>>. Acesso em: 16 mar. 2024.

_____. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 mar. 2024.

_____. **Enunciado 531/2013 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 mar. 2024.

CHUNG, Nathalie Maia. **Direito à liberdade de expressão e de informação versus direito ao esquecimento**: colisão entre direitos fundamentais em defesa da dignidade humana. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 maio 2021. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55809&seo=1>>. Acesso em: 16 mar. 2024.

_____. A 4^a turma do STJ, da 3^a Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro. **STJ, REsp. 1.334.097, 2013.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55809&seo=1>>. Acesso em: 16 mar. 2024.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. Novo Século, São Paulo, 2021.

MENEZES, Joyceane; COLAÇO, Hian. **Direito ao esquecimento digital e responsabilidade civil dos provedores de busca na internet**: interface entre marco civil, experiência nacional e estrangeira e projetos de lei nº 7881/2021 e nº 1676/2022. In: Direito, Governança e Novas Tecnologias. Florianópolis: CONPEDI, 2022.

MORAIS, Luciano Pires de. **Informação versus privacidade**: quando direitos fundamentais entram em rota de colisão. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5125, 13 jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59075>>. Acesso em: 10 mar. 2024.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana doutrina e jurisprudência**. 4. ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

419

OLIVEIRA, Joseanny Lara Dias de. **Direito ao esquecimento: quando o esquecimento deixa de ser natural para ser judicial**. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2018.

RODRIGUES, Mháyra Aparecida. **Direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=18435.2021>. Acesso em: 10 mar. 2024.

SANTOS, Marco Aurélio Moura dos. **O discurso de ódio nas redes sociais**. São Paulo: Lurra Editorial, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 49^a ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

SOUZA, Carlos Afonso; PADRÃO, Vinicius. **Quem lê tanta notícia (falsa)? Entendendo o combate contra as “fake news”**. ItsRio, Rio de Janeiro, 19 abril 2023. (Material de jornal). Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/quem-l%C3%AA-tanta-not%C3%ADcia-falsa-entendendo-o-combate-contra-as-fake-news-70faodbo5aa5>>. Acesso em: 20 mar. 2024.

ZARZALEJOS, José Antonio. **A era da pós verdade: realidade versus percepção**. Uno, São Paulo, v. 37, mar. 2020. Disponível em: <http://www.site.satc.edu.br/admin/arquivos/31350/Felipe_M_de_Aguiar.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2024.