

**CURSO DE DIREITO**

Patrícia Sabrina da Silva

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO APLICADO AO ORDENAMENTO JURÍDICO: A  
COLISÃO EXISTENTE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE  
DE EXPRESSÃO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Santa Cruz do Sul

2018

Patrícia Sabrina da Silva

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO APLICADO AO ORDENAMENTO  
JURÍDICO: A COLISÃO EXISTENTE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de  
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Diogo Frantz.

Santa Cruz do Sul  
2018

*Como já dizia Isaac Newton: “Se pude ver mais longe, foi por estar de pé sobre os ombros de gigantes”.*

## AGRADECIMENTOS

Findando-se esta intensa jornada, chega a hora de dizer obrigada; obrigada àqueles que se fizeram presentes nos momentos de alegrias, bem como naqueles não tão alegres assim.

Primeiramente, aos meus pais, Flávio da Silva e Elisabete da Silva, os quais não mediram esforços para que eu conseguisse chegar até aqui. Sempre priorizando os meus estudos, prestando todo o apoio necessário. Muitas vezes, deixando de lado suas prioridades, a fim de atenderem às minhas.

Aos meus tios/padrinhos, Marcelo Lessing e Fabiana Isabel Ledur Lessing, pelo apoio prestado do início ao fim desta jornada.

À Magistrada Dra. Letícia Bernardes da Silva, por todos os ensinamentos passados e pela oportunidade de poder realizar meu estágio junto ao seu Gabinete, bem como à sua assessoria, Andressa Machado Diehl e Denise Ribeiro dos Santos Graf. A Terceira Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul estará para sempre em meu coração.

Aos grandes amigos que o Curso de Direito me concedeu, em especial, à Brenda Medina Rech, à Karem Roberta Severo da Silva e ao Felipe D'ávila Severo, que estavam comigo do início ao fim.

Ao meu grande orientador, M.s. Diogo Frantz, pela paciência e apoio prestados. Muito obrigada, serei eternamente grata a todos vocês.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico possui como objetivo analisar, de modo geral, com base no ordenamento jurídico, os casos de colisão entre direitos fundamentais, ora, a liberdade de expressão da mídia em face da dignidade da pessoa humana, qual deverá prevalecer. De modo específico, busca verificar o surgimento e o motivo que determinou a aplicação do direito ao esquecimento, bem como investigar qual o maior caso de repercussão acerca deste tema e pesquisar a eficácia deste direito fundamental. Assim, a problemática a ser enfrentada consiste na crescente avalanche do hiperinformalismo que nunca esteve tão presente na vida das pessoas como nos dias de hoje, desde a última década, razão pela qual suas vidas ficam mais expostas ao público em geral. Ademais, considerando o direito fundamental de liberdade de expressão/informação da mídia e o direito fundamental da dignidade da pessoa humana – norteado na intimidade, na privacidade e na honra do ser humano para com a sociedade -, ambos com a mesma hierarquia, na balança do direito, em qual o julgador deve se filiar quando da aplicação do direito. Para dar conta dessa tarefa, quanto à definição do método de abordagem, será o dedutivo, tendo em vista que será abordado, em primeiro momento, o assunto em geral, passando-se-o ao assunto mais restrito. No que diz respeito ao método de procedimento, optou-se pelo histórico, analisando a expansão do direito ao esquecimento aplicado ao ordenamento jurídico. No tocante às técnicas de pesquisa, elas estarão resumidas à pesquisa bibliográfica em diversas fontes. Por fim, pode-se inicialmente afirmar que existindo colisão entre dois direitos fundamentais, o caso deverá ser analisado sob a ótica do princípio da proporcionalidade, haja vista que não há direito fundamental coberto de absolutividade, devendo ser aplicada a melhor solução ao caso concreto de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Colisão. Direito constitucional. Direito ao esquecimento. Princípios constitucionais.

## ABSTRACT

The purpose of this monographic work is to analyze, in a general way, based on the legal system, cases of collision between fundamental rights, or, the freedom of expression of the media in the face of the dignity of the human person, which should prevail. Specifically, it seeks to verify the emergence and the motive that determined the application of the right to oblivion, as well as to investigate the greatest case of repercussion on this topic and to investigate the effectiveness of this fundamental right. Thus, the problem to be faced is the growing avalanche of hyperinformalism that has never been so present in people's lives as they have been since the last decade, which is why their lives are more exposed to the general public. In addition, considering the fundamental right of freedom of expression / media information and the fundamental right of the dignity of the human person - based on intimacy, privacy and the honor of the human being towards society - both with the same hierarchy, in the balance of the law, in which the judge must join when applying the law. In order to deal with this task, as to the definition of the method of approach, the deductive was chosen, considering that the subject will be approached first in general, passing to the narrower subject. Regarding the method of procedure, the history was chosen, analyzing the expansion of the right to forgetfulness applied to the legal order. With regard to research techniques, they will be summarized in bibliographical research from several sources. Finally, it can initially be said that if there is a collision between two fundamental rights, the case must be analyzed from the point of view of the principle of proportionality, since there is no fundamental right covered by absolutism, and the best solution must be applied to the concrete case of accordance with the principle of proportionality.

Keywords: Collision. Constitutional right. Constitutional principles. Right to oblivion.

## SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO**
  
- 2 ORIGEM E DICOTOMIAS ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO**
  - 2.1 A origem do direito ao esquecimento**
  - 2.2 Do caso Aida Jacob Curi**
  - 2.3 A eficácia da aplicação do direito ao esquecimento**
  
- 3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA *VERSUS* A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**
  - 3.1 O conceito da dignidade da pessoa humana e sua aplicação com base na Constituição Federal de 1988**
  - 3.2 O motivo da colisão existente entre os dois direitos fundamentais**
  - 3.3 O conceito de liberdade de expressão e sua aplicação com base na Constituição Federal de 1988**
  
- 4 DO JULGAMENTO: O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO**
  - 4.1 Origem do princípio da ponderação**
    - 4.1.1 Conceito do princípio da ponderação**
    - 4.1.2 O papel do aplicador do direito ao julgar o caso**
  - 4.2 A eficácia do princípio da ponderação**
  
- 5 CONCLUSÃO**

## REFERÊNCIAS

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como finalidade abordar o direito ao esquecimento, bem como a sua aplicação junto ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a constante colisão existente entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão em face da dignidade da pessoa humana, ambos previstos na Constituição Federal de 1988, em razão do gigantesco espaço que a mídia vem ganhando a cada dia, no dia a dia das pessoas, bem como a ausência de reiteradas discussões acerca do tema, pelos Tribunais Superiores, posto que pouco discutido, uma vez que coberto por entendimentos distintos, de acordo com o entendimento de cada julgador.

No mesmo sentido, em que pese não escrito, de forma objetiva, em lei, o direito ao esquecimento vem conquistando seu espaço a cada dia de uma forma mais intensa e ao mesmo tempo veloz no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o anseio dos cidadãos conviventes em uma sociedade, no que diz respeito à proteção de seus direitos como pessoa humana, de forma individual, considerando que atualmente suas vidas ficam mais expostas que, por exemplo, há algumas décadas.

Ademais, o direito ao esquecimento tem como finalidade analisar, de forma minuciosa, a aplicação de dois dos direitos fundamentais que colidem de forma constante no Brasil: a liberdade de expressão *versus* a dignidade da pessoa humana, competindo ao aplicador do direito uma análise mais abrangente ao caso concreto e cuidadosa, ao mesmo tempo, ao proferir sua decisão e, em havendo colisão entre ambos em um caso específico, em qual deles o julgador deve filiar-se para fins de aplicação do direito, objetivando, sempre, um julgamento justo e de acordo com a Carta Magna, buscando causar a menor restrição possível ao direito fundamental afastado em razão da aplicação do outro.

Portanto, na mesma linha do raciocínio supracitado, assim como diante da facilidade na (re)divulgação de acontecimentos, pela mídia, a fim de manter a sociedade informada – seja através de *sites*, televisão, revistas ou rádio, etc. -, há falar na necessidade de relevar algumas situações que não necessitam ser novamente divulgadas através dos meios de comunicação, uma vez que, por diversas vezes, nova divulgação do acontecimento para a comunidade carece de interesse social desta, ainda mais quando o acontecimento foi relacionado a um ato



do particular, e, portanto, diz respeito somente aos envolvidos neste, além de poder causar prejuízo e eventuais transtornos ao autor do fato/ato, o qual terá sua imagem divulgada outra vez, em que pese com as penalidades anteriormente cominadas, devidamente cumpridas.

De outra banda, há de se preponderar o relevante papel da mídia para com a sociedade, cuja finalidade é manter os cidadãos informados acerca dos acontecimentos diários que ocorrem nesse meio, bem como dos acontecimentos passados, para fins de interesses culturais, como, por exemplo, pesquisas de cunho educativo e/ou estudantil para realizações de estudos e/ou trabalhos educacionais.

Logo, além do direito à informação, advindo do direito de informar e ser informado, engloba-se a liberdade da livre manifestação do pensamento, também caracterizado como direito fundamental previsto na atual Constituição Federal, andando na mesma esteira que os demais.

Nessa mesma linha de raciocínio, portanto, considerando que a Constituição Federal de 1988 trata com igualdade a dignidade da pessoa humana – incluindo-se os direitos da personalidade: a intimidade, a privacidade e a honra da pessoa humana -, a liberdade de expressão – englobando a atividade intelectual, artística, científica, de comunicação, criação e de informação -, tem-se que, desprovida a informação veiculada dos termos supramencionados de interesse social, deve o aplicador do direito analisar a situação a ele imposta para desate sob a ótica do princípio da proporcionalidade, ou seja: deve sempre ser observado qual ato do Estado-Juiz causará menos impacto à parte na qual sua sentença afastou, *in casu*, o seu direito, sob pena de flagrante ato de inconstitucionalidade, ocasionando, assim, a nulidade ou cassação da sentença judicial, pois em desacordo com as normas constitucionais.

Com base nos métodos já referidos e em estudos advindos de jurisprudências do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, buscar-se-á analisar os princípios aqui discutidos (dignidade da pessoa humana, liberdade de expressão e da proporcionalidade) porquanto ocupantes do mesmo patamar e que, em que pese distintos em seus conteúdos, estarão sempre um ao lado do outro, ante a constante relação triangular existente entre eles, podendo-se nominar como uma discussão triangular, onde o princípio da proporcionalidade ocupa o espaço da ponta de cima, e os demais, concomitantemente, ocupam o espaço da parte de baixo, um do lado esquerdo e o outro, outrossim, do lado direito, cabendo ao princípio da

proporcionalidade a escolha de qual deverá prevalecer em razão do outro, desde que haja a menor restrição possível ao outro direito fundamental, uma vez que não há hierarquia entre eles.

Nesse sentido, o primeiro capítulo deste trabalho monográfico terá como objetivo analisar a origem do direito ao esquecimento, a fim de entender a sua finalidade e o seu conceito; após, o caso de maior repercussão que englobou esse direito (da jovem Aida Jacob Curi), bem como a sua eficácia e aplicação com a demonstração de julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o tema.

No que diz respeito ao segundo capítulo, abordar-se-á a colisão existente entre os princípios da dignidade da pessoa humana *versus* a liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, bem como os seus conceitos e o motivo da referida colisão, tendo em vista a constante colisão entre direitos fundamentais que ocorre no dia a dia das pessoas, sejam físicas ou jurídicas.

Por fim, o terceiro capítulo tem como principal objetivo explicar sobre o julgamento do caso concreto, abordando a origem do princípio da ponderação, o qual deverá o aplicador do direito se valer para tomadas de decisões judiciais, posto que não há hierarquia entre os direitos fundamentais aqui discutidos, seu conceito, o papel do julgador ao analisar o caso e a sua eficácia.

## 2 ORIGEM E DICOTOMIAS ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Considerando a facilidade envolvida na divulgação de acontecimentos ocorridos entre os seres humanos nos dias de hoje, através da mídia, com o fito de manter a sociedade em geral informada, busca-se uma resposta no sentido de verificar-se até em qual âmbito a referida liberdade de expressão conferida a ela poderá permanecer, bem como a partir de qual ato essa garantia constitucional começará a interferir nos direitos da personalidade da pessoa humana, também garantia constitucional, vindo a causar-lhe eventuais prejuízos com a exposição de sua imagem ou de fatos envolvendo o seu nome, perante a sociedade na qual convive, podendo-se tal dano estender-se aos seus familiares, os quais possuem uma relação mais próximos do indivíduo, mesmo que não envolvidos de uma forma direta do acontecimento, pois sofrerão os reflexos deste efeito de forma indireta, no entanto, por vezes com a mesma intensidade.

Portanto, ante o explanado, frisa-se que o direito ao esquecimento nasceu para delinear essa questão, considerando a possibilidade de o autor do fato/ato poder ser esquecido perante a sociedade na qual convive, por um acontecimento ilícito seu anteriormente praticado, contudo, já devidamente julgado pela autoridade competente com a pena devidamente cumprida, não precisando, assim, causar-lhe maiores danos no futuro com novas reportagens ou matérias jornalísticas acerca do assunto já circulado perante a comunidade quando do momento oportuno.

Ou seja, no momento em que o fato aconteceu, bem como quando tal assunto já foi devidamente esquecido por todos os conviventes naquela sociedade, e carecer de interesse social para fins de rediscussão, ante a irrelevância de uma nova informação veiculada ao público, assim como a fim de preservar a imagem da pessoa e lhe garantir o uso do direito de não ser (re)lembrado sem sua própria vontade.

Ademais, cumpre destacar que todo cidadão, sem sequer qualquer exceção, tem o amparo dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, podendo socorrer-se, se necessário e a qualquer momento, à aplicação do direito ao esquecimento, no que tange à sua vida privada, com relação a eventuais atos praticados por este no passado, uma vez que eventual (re)divulgação de conteúdo envolvendo-o será tanto quanto desconfortável à sua imagem para com os demais conviventes da sociedade, ainda mais se tal assunto carecer de interesse

social, haja vista que conferindo a liberdade de expressão à mídia, de forma absoluta, nesse caso, estar-se-ia indo de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto o efeito atingiria mais a pessoa humana que a própria sociedade.

Outrossim, é de se destacar, de início, que os danos causados à imagem das pessoas em razão das novas tecnologias e, logo, a evolução dos meios de comunicação, vêm sendo cada vez mais se acumulando, em razão da era da superinformação, crescendo-se, com efeito, as demandas ajuizadas no Poder Judiciário, a título de busca de indenização.

Por essa razão, o direito ao esquecimento tem sua raiz principal no âmbito criminal, visando a ressocialização de ex-presidiários, após cumpridas suas penas ou, de pronto, absolvidos, objetivando devolvê-los à vida social junto à sociedade, no estado *a quo*, ou seja, antes do delito, tendo como ponto principal evitar-se reincidência na conduta delituosa.

De outro lado, cumpre-se destacar, também, que o referido direito foi se estendendo às demais esferas no âmbito do direito brasileiro, tendo em vista que cada vez mais, através dos meios de comunicação, pessoas têm suas vidas expostas à sociedade na qual convivem, causando, por diversas vezes, transtornos, razão pela qual necessita de um poder estatal para fazer cessar essa situação, por vezes, constrangedora.

Assim, neste capítulo serão analisados, em suma, três aspectos: a origem do direito ao esquecimento; a seguir, um dos casos que mais repercutiu no Brasil envolvendo este tema, da jovem Aida Jacob Curi, que, para chegar ao desfecho do caso, houve reiterados julgamentos, com sentenças distintas (de pronúncia, quando a sentença é proferida pelo Tribunal do Júri, e impronúncia, quando o juiz desclassifica o crime inicialmente tratado como doloso contra à vida, passando a ele próprio realizar o julgamento do caso), causando grande prejuízo à família da adolescente, a qual, além de conviver com o fato real, presenciou reiterados julgamentos deste; e, após, a eficácia da aplicação do direito ao esquecimento perante os Tribunais Superiores, com buscas e análises de jurisprudências no *site* do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de verificar o posicionamento da Corte Gaúcha acerca destes casos e, principalmente, o fundamento de seus acórdãos, no que tange ao afastamento de um direito fundamental para prevalência de outro.

## 2.1 A origem do direito ao esquecimento

O direito ao conhecimento - ou, então, a teoria do direito ao esquecimento, como também é conhecido -, teve sua origem na Alemanha, quando, ao final da década dos anos sessenta, mais precisamente em 1969, quatro soldados alemães foram violentamente assassinados e um desses soldados ficou gravemente ferido.

Os suspeitos pela prática do crime foram condenados, sendo dois desses delinquentes submetidos à prisão perpétua, e, no entanto, o outro, teve sua pena cominada em seis anos, em regime inicial de reclusão, tendo em vista que caracterizado como partícipe do delito.

Após um breve lapso temporal depois do ocorrido, um programa de televisão americano criou um documentário para relatar o acontecido.

Por essa razão, um dos condenados pleiteou em juízo a restrição do programa realizar a exibição da reportagem, uma vez que estava prestes a sair da prisão, o que restou deferido pelo Tribunal Constitucional Alemão (SILVA, 2016, <<https://leticiasilva507.jusbrasil.com.br>>).

Quando se fala em direito ao esquecimento, surge a ideia do não acesso a certos fatos ocorridos no passado, por determinada pessoa, em que pese a sua veracidade ou não, uma vez que a atual Constituição Federal veda a aplicação de qualquer pena em caráter perpétuo, o que estaria incorrendo ao tornar eterno ao público os fatos praticados por um determinado cidadão, no âmbito da sua vida privada.

Assim, objetivando a aplicação da vedação de informações divulgadas em relação a um ato praticado por um cidadão que, de fato, aconteceu, contudo, tal ato já foi anteriormente julgado pela autoridade competente, seja no sentido de absolvição ou condenação na qual, em havendo, como sua pena devidamente cumprida, porém, informações estas que são capazes de causar um desconforto no decorrer da convivência de um indivíduo para com a sociedade, caso esses acontecimentos sejam rediscutidos ou revividos pela mídia, através de trazê-los ao debate novamente, com o fito de proteger a pessoa que fez determinado ato ou por ele próprio foi atingida, uma vez que o direito ao esquecimento abrange a tutela da dignidade da pessoa humana - englobando os direitos da personalidade -, direito fundamental previsto na atual Constituição Federal.

Destarte, o direito ao esquecimento surgiu em face da necessidade de imposição de determinadas restrições a assuntos publicados em *sites* ou jornais, bem como transmitidos por programas de televisão ou rádio, tendo em vista o grande avanço tecnológico que vem surgindo cada vez mais, causando uma avalanche de notícias verídicas e até mesmo inverídicas nos meios de comunicação referidos, os quais podem ser acessados a todo e qualquer momento, até por tempo indeterminado, visando, portanto, possibilitar uma determinada proteção a certas informações, com o fito de proteger a pessoa que cometeu algum tipo de crime que foi condenada ou absolvida, mas já julgado o caso, ou, então, por ele foi atingida, após um certo decurso de tempo, bem como àquelas que tiveram sua intimidade violada na *internet*, dentre outros casos relativos em decorrência desses.

O que, há algumas décadas – senão séculos – somente era registrado na memória das pessoas, hoje, com um considerável avanço tecnológico, os acontecimentos são registrados através de câmeras e celulares, logo, publicados na *internet*, seja em *sites* ou redes sociais, passando a se considerar domínio público, uma vez que possível o acesso por qualquer pessoa.

Portanto, torna-se cada vez mais difícil – senão impossível – manter uma vida privada, em razão dessa nova sistemática midiática que vem crescendo cada vez mais perante as pessoas.

Assim, nota-se que quando certa notícia, já discutida, veicular novamente nos meios de comunicação (*sites*, revistas, televisão e rádio) – seja ela verdadeira ou inverídica –, causando vexame e tormento à pessoa atingida, inclusive à sua família, poderá esta se valer do direito ao esquecimento, levando o acontecimento ao Poder Judiciário, uma vez que os direitos da personalidade são aqueles essenciais para o ser humano viver em paz.

Com efeito, será competência do Estado-Juiz, aplicador do direito, analisá-lo de acordo com o princípio da proporcionalidade, tendo em vista o inciso IX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que estabelece a seguinte redação: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), bem como tendo como base o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, a qual abrange, inclusive, todos os direitos da personalidade previstos no inciso X da referida Constituição, ao referir que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), ante a colisão de direitos fundamentais, os quais possuem a mesma hierarquia, em contrapartida, carecem de absolutividade.

Nesta seara, o direito ao esquecimento ganhou mais força, sendo considerado um divisor de águas para debate acerca do assunto, razão pela qual foi rediscutido quando do Enunciado - que é equiparado a uma Súmula, abrangendo o entendimento do Tribunal de Justiça sobre um determinado tema - nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça, em março de 2013, cuja origem sobreveio de assuntos acerca de condenações criminais anteriores (observa-se que, em que pese o direito ao esquecimento encontrar grande amparo do direito civil, seu desenvolvimento ocorreu, em verdade, no direito penal), defendendo que o direito a ser esquecido engloba o direito da personalidade, com base na leitura do Código Civil de 2002, *in verbis*:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 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. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.); MOREIRA, Rogério Meseses Fialho (org.), 2013, <[www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130607-02.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130607-02.pdf)>).

No mesmo sentido, o art. 21 do Código Civil de 2002 preconiza que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.com.br>>).

Portanto, sempre que houver uma afronta em face da violação da vida privada de alguém, há norma prevista tanto em lei constitucional como nas infraconstitucionais, devendo o interessado provocar o Estado-Juiz através de um

processo judicial, a fim de possibilitar a aplicação da medida cabível e eficaz para cessar o ato praticado em seu desfavor.

Assim, tratando-se de direito autônomo da personalidade, o direito subjetivo ao esquecimento, também conhecido como o direito da memória, – cuja base é norteada por um dos princípios constitucionais, qual seja: a dignidade da pessoa humana, abrangendo-se, com efeito, as garantias fundamentais de intimidade, privacidade, honra e imagem -, tem como fundamento o direito de a pessoa ser “deixada em paz” – não no sentido literal, mas, sim, de não conviver com um passado desagradável a ela -, em que pese tenha ocorrido um fato/ato envolvendo-a, seja ele de forma ativa ou passiva, após um certo decurso de tempo (em média, cinco anos, afastando-se a reincidência e os registros de processos criminais), tendo em vista de que não há necessidade de ser lembrado pelos meios de comunicação quando tal informação carecer de interesse social, e que já teve sua discussão em determinado momento pelo órgão judicial, posto que tal repercussão, novamente, será desconfortável à vítima.

Ainda, a teoria do direito ao esquecimento, que engloba mais o direito fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988), surgiu com o fito de o aplicador do direito, ao julgar um caso nestas condições, analisá-lo sob a ótica do princípio da ponderação, que será analisado mais adiante, cuja função do juiz é resolver a lide que lhe foi imposta de acordo com o direito fundamental que mais tiver peso, aplicado ao caso concreto, bem como, objetivando causa a menor restrição possível ao outro direito fundamental em colisão, uma vez que convivemos em uma sociedade pluralista, sendo, portanto, inevitável a colisão entre os direitos fundamentais, porquanto estes carecem de hierarquia entre si, não sendo cobertos, por si só, pela conhecida absolutividade.

Destaca-se que, tratando-se do princípio da proporcionalidade, há falar que este age de acordo com a equalização, buscando, sempre, a menor restrição possível ao outro direito fundamental contraposto, bem como observando a necessidade e a proporcionalidade, estas que são os subprincípios do princípio em comento, uma vez que quando postas na Constituição Federal, as normas têm o mesmo peso, independentemente do conteúdo nelas expresso.



Insta frisar que, com o nascimento, a personalidade é considerado o primeiro bem do ser humano, seguindo, outrossim, no sentido de bem imaterial, a sua vida, honra e imagem.

Fala-se na personalidade como o bem mais importante, pois dela advém o pleno exercício dos demais bens acima referidos, podendo ser caracterizada, portanto, como uma base.

Contudo, em que pesem o *site* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e as doutrinas serem desprovidos do aprofundamento de tais informações, assuntos deste cunho vêm sendo cada vez mais discutidos e aplicados, tendo em vista a avalanche cada vez mais crescente de informação veiculadas na mídia, a fim de assegurar os direitos fundamentais da personalidade aos cidadãos quando exercido em excesso o direito de informação da desta, como, por exemplo, em um dos casos que mais repercutiram no Brasil acerca deste tema: o caso da jovem Aida Jacob Curi, que teve sua imagem exposta a público por reiteradas vezes, e, em razão da sua morte, sua família presenciou diversos julgamentos com decisões distintas, trazendo mais transtorno à sua família, o qual será analisado a partir deste momento.

## **2.2 Do caso Aida Jacob Curi**

O advogado e professor, Diego Bayer, fez uma análise, com base no caso supramencionado, referindo que no ano de mil novecentos e cinquenta e oito, mais precisamente em quatorze de julho, o corpo de uma jovem de dezoito anos havia caído do décimo segundo andar do Edifício Rio Nobre, localizado na cidade do Rio de Janeiro (BAYER, 2015, <<http://www.justificando.cartacapital.com.br>>).

Nesse passo, a vítima, por sua vez, era a jovem Aida Jacob Curi; estudante, cursava datilografia na Escola Remington, situada à rua Miguel Lemos, em Copacabana. No entanto, no retorno para sua casa de uma das suas aulas, junto com uma amiga, foi abordada por rapazes, tendo estes furtado seus objetos pessoais, com o fito de arrastá-la para dentro de um prédio. Assim, levaram-a à força para dentro do Edifício acima referido, localizado na Avenida Atlântica, cidade do Rio de Janeiro, tendo como rota final o décimo segundo andar, local onde a tragédia aconteceria.

Destarte, através do jornal de circulação daquela época, foi informado à comunidade e leitores deste que a jovem havia caído sozinha, por distração, porquanto tropeçou em uma madeira, razão pela qual caiu até o primeiro andar, levando-a à morte tal ato negligente.

Contudo, um breve período depois, com a realização de perícia, esta foi conclusiva no sentido de que a menina não havia caído por descuido, mas, sim, o caso era de suicídio.

Entretanto, a mídia local, não satisfeita com tal resultado pericial, pressionou a Polícia Civil e as pessoas que realizaram a perícia criminal, a fim de que fosse reiterada a perícia, contudo, de uma forma mais detalhada, o que foi aceito pelas autoridades competentes.

Assim, foi decretada a prisão preventiva dos acusados, a fim de dirimir algumas situações que ficaram controvertidas, motivo pelo qual, também, houve a reconstrução da cena do crime, pela polícia.

O principal acusado, foi identificado como Ronaldo Guilherme de Souza Castro, estudante, natural da cidade de Espírito Santo – o qual era conhecido por ser galanteador entre as mulheres -, foi impronunciado pela justiça estadual, sob o fundamento de que Aida Curi teria acompanhado o jovem ao Edifício com seu consentimento, para fins de um breve romance. Da sentença, quando da sua repercussão, de pronto foi atacada pela mídia, tendo, inclusive, o Conselho de Justiça declarado nulo o julgamento.

Por tal motivo, designado um novo julgamento, sobreveio a sentença de condenação do acusado Ronaldo Guilherme a trinta e sete anos de prisão.

Embora tal resultado, após um decurso de tempo surgiu uma nova testemunha, alegando que não foi Ronaldo Guilherme o autor do crime, uma vez que o viu em outro lugar quando do acontecimento, o que voltou a deixar a mídia curiosa.

Diante desse contexto, foi designada uma nova data para a realização de um novo julgamento, sendo, desta vez, Ronaldo Guilherme absolvido por seis votos contra um.

Não satisfeito, o Ministério Público obteve êxito na reiterada anulação do julgamento.

Designada, novamente, outra data para o último julgamento, pelo Júri, Ronaldo Guilherme foi condenado por homicídio simples e tentativa de estupro, com

a pena cominada em seis anos; pena esta que sofreu majoração em sede recursal para oito anos.

Em que pesem todos esses acontecimentos, após um longo decurso de tempo, quando o caso que foi tão repercutido à época havia sido esquecido pela sociedade, a emissora de TV Globo o trouxe à tona, novamente, através do programa “Linha Direta – Justiça”, expondo, inclusive, fotografias de Aida Jacob Curi, motivo pelo qual a família buscou a tutela do direito ao esquecimento junto ao Poder Judiciário, bem como pleiteou a condenação da referida emissora ao pagamento de indenização, uma vez que sua possível conduta ilícita a beneficiou, através de lucros advindos da audiência.

Assim, é fato notório que a extrema e extensiva perturbação ocorrida na família da jovem vítima, a qual teve de presenciar diversos e reiterados julgamentos, causando dor e desconforto prolongados com, ora, sentença de impronúncia; ora, sentença de pronúncia.

Ao fio do exposto, o presente trabalho tem como finalidade pesquisar, através do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento histórico, abrangendo os direitos fundamentais em comento, bem como o critério a ser utilizado quando da sua aplicabilidade, tendo em vista o notável desconforto causado à família de Aida Curi, a qual teve de conviver com um fato privado e doloroso tornando-se público a todos.

Ademais, cumpre destacar que, já não bastasse todo o impacto causado quando do acontecimento, a mídia desencadeou os fatos, causando, com tal conduta, a realização de reiterados julgamentos, com o objetivo de conseguir um julgamento que, a seu ver, seria justo.

Ao mesmo tempo, da mesma forma houveram diversas exposições dos réus – em que pese culpados ou não, são protegidos pelos direitos fundamentais conferidos a todos os cidadãos, inclusive àqueles que abrigam à vítima -, os quais foram por diversas vezes expostos, bem como sido condenados e absolvidos reiteradas vezes, causando efeito, inclusive, às suas famílias, com – quase – a mesma intensidade dos danos emocionais e psicológicos causados à família da jovem Aida Jacob Curi.

Ademais, como bem referido pela doutrinadora Maria Helena Diniz (2002-2004, p. 92), enquadrando-se ao presente caso:

O dano moral, ensina-nos Zannoni, não é da dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido judicialmente. P. ex.: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando este fato nos provoque grande dor. Mas, se houver relação de parentesco próximo entre nós e a vítima, seremos lesados indiretos. Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão do dano moral, embora não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas, tão-somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofrida.

Assim, vejamos a legitimidade ativa dos parentes da vítima para pleitear indenização quando da (re)divulgação, pela mídia, de informações sem autorização, relativas à vida privada de outrem, posto que atingidos de forma indireta pelo ato constrangedor.

No mesmo sentido, verifica-se que, em que pesem seus familiares não serem atingidos de forma direta, ou seja, ter acontecido com eles os fatos, conforme acima já referido, no presente caso ocorreu o atingimento de forma indireta do ato ilícito, uma vez que, além do sentimento de dor causado, o acontecimento será revitalizado e revivido, de uma forma muito mais intensa e desagradável, e exposto a toda sociedade, tendo em vista que além da rediscussão do assunto pela mídia, houve o refazimento da cena do crime, com pessoas na tentativa de simulação como de fato aconteceu no dia do acidente.

### **2.3 A eficácia da aplicação do direito ao esquecimento**

Notórias são as discussões realizadas nos Tribunais Superiores acerca da colisão existente entre os direitos fundamentais da personalidade – sedimentado pela dignidade da pessoa humana -, em razão da concessão da ampla liberdade de expressão conferida à mídia, sob a alegação de que a sociedade deve se manter informada de todos os acontecimentos que a rodeiam, sob pena de voltarmos aos tempos do “homem da caverna”, onde se vivia sem comunicação social, comunicando-se somente com as pessoas que se encontravam ao redor das outras para fins de comunicação.

No mesmo sentido, cumpre-se destacar que, considerando que tanto a tutela da intimidade como a da liberdade de expressão possuem a mesma hierarquia perante a atual Constituição Federal, há que se averiguar os parâmetros necessários para a aplicação do direito, pelo Estado-Juiz, quando da sentença que analisou tal situação, a qual deverá ser devidamente fundamentada, tendo em vista a amplitude do caso, sob pena de nulidade, pois em desacordo com as normas constitucionais, bem como as infraconstitucionais.

Se, de um lado, existe o direito de a pessoa ser deixada em paz por circunstâncias de acontecimentos causados no passado, os quais não quer que sejam lembrados perante a sociedade, através de informações jornalísticas, tampouco expor a público o que já foi discutido e decidido no passado, tem-se a liberdade de expressão da mídia, coberta pelo direito de prestar informações à sociedade.

Nesse norte, verifica-se que é desafiadora a aplicação de um direito fundamental quando vai de encontro ao outro, ante a constante e crescente utilização da *internet* e outros meios de comunicação, bem como que, havendo mais matérias jornalísticas disponibilizadas nos meios de comunicação (Televisão, rádio, jornal e revistas), maior será seu lucro, sendo a mídia coberta pelo direito de livre escolha e exercício da profissão, razão pela qual, às vezes, há veiculação de notícias sem a autorização da pessoa nela presente, em que pese o desinteresse social diante da sua circulação.

Em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, bem se enquadra o disposto na Constituição Federal de 1988, a qual refere que não é admitida pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, alínea “b”). Portanto, já tendo havido o devido o trânsito em julgado da sentença proferida, bem como diante do cumprimento da pena pela pessoa, manter a informação acerca do acontecido ainda em circulação caracterizar-se-ia a imposição de nova pena, no entanto, desta vez, de caráter perpétuo, o que é vedada pela Carta Magna, conforme referido, sob pena de flagrante ato de inconstitucionalidade.

Ademais, importante trazer à baila o art. 202 da Lei nº 7.210/1985 (Lei de Execução Penal), que dispõe, *in verbis*:

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir

processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei. (BRASIL, 1985, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Assim, de acordo com a redação do artigo da lei infraconstitucional supracitada, entende-se que haverá o esquecimento dos fatos ocorridos quando cumprida a pena, pelo condenado.

Inclusive, sobre o tema, seguem dois precedentes do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, ao julgar o presente caso, com duas decisões distintas: uma, com provimento; a outra, desprovendo o recurso interposto em face da sentença proferida pelo juízo de primeiro grau.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RETIRADA DE NOTÍCIAS ENVOLVENDO O AUTOR/AGRAVANTE DE SÍTIOS ELETRÔNICOS MANTIDOS PELAS RÉS/AGRAVADAS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA. DECISÃO MANTIDA. O "direito ao esquecimento" (right to be forgotten; droit à l'oubli; diritto all'oblio; derecho al olvido; recht auf vergessenwerden) é um direito autônomo de personalidade através do qual o indivíduo pode excluir, deletar ou impedir a circulação de informações a seu respeito, quando tenha passado um período razoável de tempo desde a coleta das informações, e desde que não tenham mais utilidade pública ou social ou não interfiram no direito de liberdade de expressão, científica, artística, literária e jornalística. No caso dos autos, o crime cometido pelo autor/agravante ocorreu há pouco tempo, sendo que até recentemente (meses atrás) a pena ainda estava sendo cumprida. Além disso, as "matérias" divulgadas nos sítios das agravadas limitam-se a informar sobre a existência dos processos judiciais, e ainda que contenham o nome do autor, o enfoque é eminentemente jurídico. Logo, no caso dos autos, não se mostram presentes os requisitos do art. 300 do CPC/2015, que autorizariam a tutela de urgência pretendida. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2017, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

APELAÇÃO-CRIME. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO DA ACUSAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. INVIABILIDADE. Circunstâncias do art. 59. Culpabilidade. Não há elementos nos autos capazes de justificar a exasperação relativamente à culpabilidade do acusado. Antecedentes. Decorridos mais de cinco anos entre a extinção da pena e a data do fato. Impossibilidade de utilizar condenações anteriores para negativar referida circunstância judicial. Vedação constitucional de penas de caráter perpétuo. Precedente do STJ. Direito ao esquecimento. Todas as pessoas, sem exceção, têm direito ao esquecimento em relação a fatos da sua vida passada, demeritórios, ou ilícitos. Mesmo a consideração da reincidência tem efeito limitado no tempo e é possível a reabilitação. APELAÇÃO DESPROVIDA. DECISÃO POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL, 2013, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

Observa-se que no primeiro julgado, não foi reconhecido o direito ao esquecimento, tendo em vista o breve lapso temporal ocorrido entre o fato criminoso

e a notícia veiculada. Entretanto, no segundo precedente, houve o reconhecimento do referido direito, pois decorridos mais de cinco anos entre a extinção da pena e a data do fato.

Veja-se que, em ambos os casos, houve o devido respeito aos direitos fundamentais de liberdade de expressão da mídia e da dignidade da pessoa humana aplicável a cada fato, uma vez que, quando do auge do acontecimento, pôde a imprensa gozar do seu direito, bem como, após, o indivíduo, que não teve sua vida exposta a público outra vez, ante o decurso do tempo (cinco anos, conforme já referido) entre a extinção da pena e a data do fato.

### **3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA *VERSUS* A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Face à ausência de hierarquia entre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, faz-se necessária a análise dos princípios acima referidos, de forma individual, a fim de possibilitar o entendimento que leva o julgador à aplicação de uma sentença judicial e o motivo que o levou para o lado de um dos princípios, afastando-se, outrossim, o outro, sendo que ambos possuem a mesma hierarquia, em que pese a fundamentação da norma distinta, o que não induz à conclusão de juízo de valor, ou seja, que um é melhor que o outro, mas, sim, a aplicação do princípio adequado ao caso concreto, vista a convivência de todos os cidadãos em um Estado Democrático de Direito, bem como a fim de evitar a menor restrição possível ao outro direito fundamental.

Portanto, a colisão existente entre os princípios fundamentais está sedimentada na contrariedade proposta na norma constitucional de cada princípio, em que pese não haver como conceituar um como “correto” e outro como “incorreto”, posto que cada caso que chegar ao Poder Judiciário deve ser analisado de forma concreta e imparcial pelo juiz, caso a caso, uma vez que as situações que os envolvem sempre serão distintas; ora, deverá permanecer o princípio da dignidade da pessoa humana, sob a ótica do direito da personalidade em face do princípio da liberdade de expressão, abrangendo o direito de liberdade de imprensa da mídia; ora, o contrário.

Além disso, o sistema jurídico-normativo pode suportar a colisão entre princípios fundamentais em seu ordenamento jurídico, pois a constante incompatibilidade destes é caracterizado como um fato, ante a impossibilidade de reconhecimento de todas as normas existentes em leis, tanto constitucionais quanto às infraconstitucionais, razão pela qual compete ao jurista interpretá-la e encaixá-la ao caso concreto da melhor forma possível, com o cuidado de ocorrer a menor restrição ao direito fundamental afastado para a permanência de outro, desde que haja uma relação lógica e coerente entre a sentença e as normas jurídicas, sem contradições.

Neste sentido, faz-se necessária a análise, tanto do princípio da dignidade humana, estendido ao direito da personalidade, tanto do princípio da liberdade de expressão, de um modo geral, a fim de verificar-se seus pontos controversos e o



motivo de sua frequente colisão no ordenamento jurídico, em que pese não haver hierarquia entre ambos.

### **3.1 O conceito da dignidade da pessoa humana e sua aplicação no ordenamento jurídico com base na Constituição Federal de 1988**

A Declaração Universal dos Direitos do Homem – documento este que foi proclamado, bem como publicado, pela Organização das Nações Unidas, popularmente conhecida como ONU -, no ano de 1948, traz consigo os direitos pertencentes aos cidadãos, assim como, no mesmo norte, os deveres do Estado para com estes.

No entanto, no Brasil, consideravelmente, há falar que a real legitimação dos Direitos do Homem, conforme supramencionado, ocorreu através da proclamação da Constituição Federal de 1988, por meio de seus artigos 5º (direitos e deveres individuais e coletivos) e 7º (direitos sociais).

Os seres humanos, de uma forma voluntária, escolheram por viver em grupos, bem como a construírem um Estado, o qual tem o condão de verificar as atitudes pessoais destes, de forma individualizada, inclusive, para com os demais que vivem na mesma sociedade, sendo legítimo para punir àqueles que agirem em desacordo com as leis estabelecidas dentro da referida sociedade.

Entende-se que os direitos relativos à personalidade são concedidos à pessoa com o fito de elas se defenderem de eventual violação a esse, seja por uma conduta do Estado, da pessoa jurídica ou da pessoa física.

Destarte, a dignidade da pessoa humana é, também, caracterizada pelo fato de a pessoa ser humana; assim, faz-se merecedora de ter uma vida digna e, portanto, ser respeitada pelos demais seres humanos os quais convive dentro de uma sociedade.

Ademais, junto da dignidade da pessoa humana, vem o seu direito à integridade física e psíquica, as quais não podem ser violadas, como, por exemplo, eventual transtorno que o excesso do exercício de liberdade de expressão da mídia poderá causar ao cidadão, ao expor sua vida por meio de veiculação de informação relativa à sua vida privada através de meios de comunicação.

[...] a Constituição Federal não reconheceu de modo expresso e direto um direito a integralidade física ou corporal como direito autônomo, **muito embora não se questione que, na condição de elemento essencial à dignidade da pessoa humana e identidade e integralidade pessoal, a proteção da integralidade corporal (física e psíquica) assume a condição de direito fundamental da mais alta significância.** Considerando que o direito à integralidade corporal não se confunde com o direito à vida – embora a relação de complementaridade entre ambos – não é no direito à vida que se achará, s.m.j., o fundamento constitucional adequado para um direito fundamental à integridade corporal, até mesmo pelo fato de o direito à integralidade corporal cobrir precisamente as situações que dizem respeito a intervenções na estrutura física e psíquica da pessoa humana que não tem por consequência a morte ou que não colocam efetivamente em risco a vida no sentido de sobrevivência física [...] (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 371). (grifo nosso)

Concomitantemente, havendo tal exposição, há falar na proteção à imagem da pessoa que sempre deve ocorrer, sob pena de afronta à dispositivos constitucionais, uma vez que a imagem da pessoa humana é enquadrada no rol dos direitos da personalidade e, sobre seu conceito, ensina-nos Gonçalves (2012, p. 97), *in verbis*:

O direito à própria imagem integra o rol dos direitos da personalidade. No sentido comum, imagem é a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme etc. de qualquer objeto e, inclusive, da pessoa humana, destacando-se, nesta, o interesse primordial que apresenta o rosto. [...] A proteção do direito à imagem resultou de um longo e paulatino trabalho pretoriano, visto não decorrer de texto expresso. À falta de melhor esteio, invoca-se o art. 666, X, do Código Civil de 1916, que focalizava, no entanto, antes uma limitação do direito do pintor e do escultor, em favor do proprietário de retratos ou bustos de encomenda particular e da própria pessoa representada e seus sucessores imediatos. Deu-lhe nova redação o art. 49, I, f, da Lei n. 5.988/73, que regulava os direitos autorais.

Ainda, sobre a dignidade da pessoa humana, entende-se ser composta por dois conceitos: um interno e outro externo.

O conceito interno é aquele que diz respeito a analisar, de forma minuciosa, até onde a ação de outrem causará efeito na vida de outro indivíduo. Ou seja, até que ponto a conduta de alguém pode ser tolerada na vida de outra pessoa.

Por sua vez, a conduta externa é aquela que orienta os demais princípios que andarão ao lado do indivíduo, orientando seus atos, bem como seus deveres para com o outro.

O renomado autor Moraes (2001, p. 57), ensina que “Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, assegurando

um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas”. Ou seja, o direito à intimidade e à vida privada sobrepõem ao direito à vida, assegurando-se ao indivíduo que não haja intromissões de terceiros, objetivando impedir o assentimento de um ato ilícito, seja ele através de uma forma direta ou indireta.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 contém a previsão legal de que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
[...]  
III – a dignidade da pessoa humana;  
[...] (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

No mesmo contexto do referido Diploma Legal, contudo, em seu art. 5º, inciso X, declara que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, senão vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]  
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.  
[...] (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Acrescenta-se, inclusive, em seu inciso XLI, que “A lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”. Ou seja, qualquer ato que for de encontro aos direitos fundamentais, será punido, de acordo com o inciso supra.

Ademais, de forma mais esmiuçada, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 refere que a dignidade da pessoa humana se enquadra no âmbito de um Estado Democrático de Direito, posto que possibilita aos cidadãos o pleno exercício de seus direitos humanos e fundamentais, protegendo-os daquilo que vai de encontro a esses direitos.

Os direitos fundamentais foram se ampliando de acordo com a evolução e a necessidade da sociedade. A evolução, no sentido de aumento da população; já, a

necessidade, também se enquadra no conceito da constante atualização da qual requer a sociedade ao longo dos anos.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais tiveram um significativo avanço, passando-se, portanto, a serem tratados como se fossem uma espécie da característica mais importante da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser sempre observada quando da aplicação de um direito. Não é de se deixar para trás que junto ao avanço da proteção dos direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana, houve grande avanço conferido à mídia, com base no direito à liberdade de expressão, bem como de imprensa.

Cumprido destacar que a intimidade é o interior, o íntimo do ser humano, acompanhada da liberdade de se estar só e não ser perturbado em sua vida particular; a privacidade, por sua vez, tutela a proibição e veiculação de atos particulares do ser humano; a honra é caracterizada pela reputação de uma pessoa, tanto para si, como para as demais pessoas com quem socializa; e a imagem, por fim, é o modo de que a pessoa é vista no meio no qual convive, conforme a classificação proposta pelo escritor Rodrigo César Rebello Pinho (2008, p. 62).

Toda a pessoa humana carrega consigo direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal; direitos estes que não podem ser violados por leis infraconstitucionais, sob pena de flagrante ato de inconstitucionalidade (caso que ocorre quando uma lei infraconstitucional vai se encontro a uma norma prevista na Constituição Federal), sendo a quem se sentir prejudicado permitido pleitear as medidas cabíveis para ver cessada a referida afronta à norma constitucional.

É consabido que a dignidade da pessoa humana é composta pela privacidade de que esta pessoa deve ter, protegendo, com efeito, a sua intimidade e sua honra em relação aos demais indivíduos os quais convive.

A honra, que também é uma das qualidades da pessoa humana, sobrevém da reputação que a pessoa tem para com os demais cidadãos, com o fito de conviver em sociedade, o seu “bom nome” e sua reputação; em outros termos, como esta pessoa é vista pela sociedade na qual convive.

Ademais, ela é subdividida em: honra objetiva, que é aquela concepção dos demais indivíduos em relação a uma determinada pessoa, e a honra subjetiva, que é o sentimento próprio da pessoa em relação a ela mesma.

Entende-se, outrossim, que o campo da intimidade vai ao encontro com a privacidade individual, posto que ambas são a possibilidade de o indivíduo evitar os demais com quem convive.

A intimidade é caracterizada sob o ponto psicológico, ou seja, é a possibilidade de o indivíduo ser livre para pensar e sentir o que quiser em relação às demais pessoas. A privacidade, outrossim, caracteriza-se pelas atitudes e opiniões do indivíduo para com os demais. Em suma, entende-se que, em verdade, a intimidade pode ser vista no interior da privacidade.

Quando se socorre à tutela jurisdicional, visa-se evitar ou fazer cessar o atentado à invasão da vida privada ou sua própria liberdade de vivê-la em modo privado.

Portanto, a privacidade é o segredo da vida do indivíduo; seu momento a sós; aquilo que é feito quando não se está em sociedade, ou, também, atos praticados que carecem a interesse social, motivo pelo qual não precisam serem divulgados, a fim de evitar eventual repercussão desnecessária.

Quanto ao dano moral, Gonçalves (2012, p. 379), ensina que:

O dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É a lesão de bem que integra os demais direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere nos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

[...]

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.

O dano moral (aquele que não atinge o patrimônio da vítima, mas, sim, o seu psicológico), quando atingido, tem a finalidade de indenizar o ofendido, devendo essa indenização ser realizada por quem o ofendeu, que será convertida em pecúnia pelo Estado-Juiz, ao preferir a sentença, devendo o ofensor cumprir à determinação judicial de forma espontânea, sob pena de desapropriação de seus bens em uma fase de cumprimento de sentença, relativa ao valor da condenação.

Assim, os danos que afetam o direito da personalidade previsto na Constituição Federal de 1988, são passíveis de indenização, uma vez que a conduta ilícita será caracterizada como dano moral.

Observa-se que o dano moral não socorre o mero aborrecimento diário, uma vez que as ações somente devem ser ajuizadas quando constar um verdadeiro abalo psicológico no ofendido que sobreveio da ação de outrem.

De outro vértice, a imagem da pessoa diz respeito ao seu físico, uma vez que haverá reflexo desta na moral do indivíduo.

O conceito de “vida privada” torna-se extremamente relativo, diante do vasto campo envolvendo o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, especialmente, em relação à sua privacidade.

Entretanto, convém observar que este direito encontra-se protegido de tudo que venha ataca-lo, ou seja, seja pela divulgação de imagens prejudiciais sem a devida autorização da pessoa nela constante, até a divulgação de repúdio ou ataques que vão de encontro à integralidade física e/ou moral do indivíduo.

Os direitos de imagem, honra, privacidade e intimidade são de cunho personalíssimo, ou seja, somente podem ser exercidos por seu único titular, ou seja, quem sofreu o ato lesivo. Esses direitos acompanharão o ser humano desde o início da sua vida até a sua morte, pois são inerentes à sua personalidade.

Outrossim, mesmo o indivíduo agindo em desacordo com as condutas delimitadas pela sociedade como certas ou erradas, cabe à pessoa, tão somente, escolher se quer mantê-las em segredo ou divulgá-las, não competindo ao Estado, à mídia ou a outrem tomar essa decisão.

### **3.2 O motivo da colisão existente entre os dois direitos fundamentais**

Entende-se como direitos fundamentais aqueles que não essenciais para a existência do ser humano, podendo este exercer a sua existência na terra sem ser perturbado por outrem, bem como para ter, no mínimo, uma boa condição de vida, e de forma digna.

A colisão entre os direitos fundamentais, em razão da heterogeneidade destes, ou seja, em face de suas diferenças, em um termo mais simples, podendo seu conteúdo somente ser verificado, outrossim, quando aplicado a um caso de forma concreta.

Uma vez inseridas na Constituição Federal, as normas possuem a mesma hierarquia uma com a outra, contendo o mesmo valor, independentemente de sua redação.

De início, observa-se que, a mesma Constituição Federal que garante o direito da liberdade de expressão (art. 5º, inciso V, Constituição Federal de 1988), garante “[...] o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Portanto, a resposta é atinente ao direito da pessoa pela veiculação indevida da notícia manifestar-se, e, ademais, defender-se, tornando pública a sua versão dos fatos, pelo mesmo meio de comunicação antes usado. Outrossim, não há falar em medida alternativa, ou seja, é assegurado ao indivíduo, além do direito de resposta, a devida indenização, seja por danos materiais e/ou morais.

Sobre o direito de resposta, também assegurado na Constituição Federal, Mendes (2008, p. 363) discorre que:

A Lei Maior assegura a todos o direito de resposta, que corresponde à faculdade de retrucar uma ofensa veiculada por um meio de comunicação. O direito de resposta, basicamente, é uma reação ao uso indevido da mídia, ostentando nítida natureza de desagravo – tanto assim que a Constituição assegura o direito de resposta “proporcional ao agravo” sofrido (art. 5º, v). O direito de resposta é meio de proteção da imagem e da honra do indivíduo que se soma à pretensão de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes do exercício impróprio da liberdade de expressão. O direito de resposta, portanto, não pode ser visto como medida alternativa ao pedido de indenização por danos morais e materiais.

Com efeito, a imprensa é considerada como um poderoso instrumento gerador de grande influência na sociedade, tendo em vista que, ao mesmo tempo que expande o seu pensamento, possibilita o exercício de tal conduta a um ou mais indivíduos de uma sociedade, tudo com base na democracia e no exercício do desenvolvimento social.

A lei tem o dever de proteger a vida privada das pessoas. Portanto, embora as divulgações de notícias sejam públicas, é preciso agir com cautela, não prejudicando, assim, a dignidade da pessoa humana (sua moral e honra), bem como de seus familiares, uma vez que os efeitos negativos causados à pessoa por ele atingida são voltados, ao mesmo tempo, a estas.

Poderá ser exercida a livre manifestação do pensamento sem qualquer restrição, contudo, observando o disposto na Constituição Federal, desde que seja

vedado o anonimato oportunizando-se, inclusive, àquele que se sentir ofendido, o direito de resposta pelo mesmo meio que foi divulgada a informação, cumulada ou não com o requerimento de eventual dano moral (aquele que afeta o íntimo e o psicológico da pessoa, sendo ele presumido (*in re ipsa*), ou seja, não há necessidade de comprovação do prejuízo sofrido, e material, que ocorre quando tal ato causa diminuição no património da pessoa, como, por exemplo, pelo fato de uma determinada notícia estar veiculada à mídia, o cidadão vem a perder o emprego ou algo relativo a essa situação.

Diante da ausência dessa distinção que, às vezes, passa despercebida por quem a pratica, traz relevante necessidade do ordenamento jurídico resguardar a vida privada do indivíduo, sem, contudo, causar restrições/privações em face do direito fundamental de liberdade de expressão, uma vez que a Constituição Federal de 1988 permite o exercício de ambos direitos fundamentais.

É dever do Estado, como ente federativo, assegurar aos indivíduos o justo exercício de seus direitos fundamentais como cidadãos conviventes em um Estado Democrático de Direito, assegurando-se a não restrição aos referidos direitos fundamentais previstos na Carta Maior.

Outro ponto a ser referido é a lacuna deixada pela Constituição Federal de 1988, no sentido de cobrir os direitos fundamentais com cláusula pétrea, embora nada ter referido quanto às eventuais restrições às garantias fundamentais, delegando tal competência ao aplicador do direito.

A restrição a um direito fundamental pode ocorrer através da via interpretativa, como, por exemplo, através do juiz, ou pela via legislativa, quando sua previsão decorre de lei.

Contudo, há que se observar que tal medida somente é admissível desde que não esvazie toda a norma fundamental prevista na garantia constitucional que foi, por ora, afastada, em razão da permanência da mais adequada para aplicação ao caso concreto, uma vez que a colisão entre os direitos fundamentais ocorre quando, de um lado, tem-se um indivíduo coberto por um direito fundamental, enquanto que, de outro, tem-se outro indivíduo coberto por direito fundamental diverso, ambos legais.

Ante o exposto, verifica-se que a colisão entre os direitos fundamentais ocorre pela falta de absolutividade entre eles, portanto, sendo os direitos fundamentais limitados, face à suas diversidades, não há, tampouco, hierarquia entre estes, razão



pela qual deve o aplicador do direito basear-se ao caso concreto para fins de prolação da sentença.

### **3.3 O conceito de liberdade de expressão e sua aplicação no ordenamento jurídico com base na Constituição Federal de 1988**

Há quem diga que não há vida digna sem que o indivíduo possa ser livre para manifestar-se, pois a liberdade de expressão é um direito digno do cidadão, porquanto convive em um Estado Democrático de Direito.

Ademais, com a expansão da tecnologia, foi possibilitada às pessoas a comunicação uma com as outras, o que não era possível há alguns anos, porquanto só mantinham comunicação com os demais indivíduos que habitavam o mesmo espaço.

Assim, o avanço tecnológico trouxe consigo as vastas informações em tempo real na mídia, uma vez que os fatos a serem noticiados foram acompanhando tal avanço, ante a diversidade de meios de comunicação existentes nos dias atuais.

Outrossim, sempre que alguém falar no direito de comunicar-se, haverá o amparo do direito fundamental de liberdade de expressão.

Além disso, os meios de comunicação são encarregados de prestar informações ao público em geral acerca dos acontecimentos da sociedade, possibilitando, com efeito, a formação de opinião pública, bem como debates sobre os problemas sociais.

Portanto, é impossível imaginar uma vida sem o pleno exercício do direito fundamental de liberdade de expressão, uma vez que não o possibilitando, estaria privando o indivíduo de se relacionar com os demais, causando o seu isolamento, o que também causa um efeito negativo no princípio da dignidade da pessoa humana, pois estaria privando a pessoa da sua própria liberdade.

A Constituição Federal de 1988 consagra a possibilidade de o indivíduo, desde que atendidas às exigências da lei, exercer qualquer trabalho que queira, bem como o direito de informação que possa ser prestado através desse trabalho, como, por exemplo, nos casos de profissão de jornalistas, que são auxiliares da mídia, uma vez que as notícias nela veiculadas são produzidas por eles, os jornalistas, possibilitando a essa última, quando necessário, o resguardo da fonte, em seu respectivo inciso 5º, incisos XIII e XIV:

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

[...]

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

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

[...] (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

No entanto, os mesmos meios de comunicação que têm como finalidade prestar informações ao público, e em determinados momentos, invadem a esfera da vida privada de um determinado indivíduo, podendo até causar-lhe, através dessa conduta, danos praticamente irreparáveis, em que pesem passíveis de reparação por meio de indenização, o que não apagará a ação já realizada, uma vez que vista por um determinado número de pessoas, ante o abuso do exercício do direito conferido, expondo sua vida sem a devida e prévia autorização.

Diante dos avanços tecnológicos eu estão cada vez mais presentes na vida das pessoas, tem-se que a liberdade de expressão é classificada como um dos fundamentos essenciais para a convivência em um Estado Democrático de Direito, posto que é permitida a liberdade de as pessoas se manifestarem através de qualquer meio de comunicação – em tempos de paz –, como, por exemplo: jornal, rádio, redes sociais, televisão, dentre outros.

Ademais, por meio do exercício do direito fundamental de liberdade de expressão é possibilitada a toda pessoa opinar e fazer comentários acerca de qualquer assunto ou até mesmo sobre qualquer pessoa, seja a matéria discutida relativa a interesse público ou não, através de publicações, da fala ou desenho, tendo em vista que assegurado um Estado Democrático de Direito, desde que não haja violência ou palavras de cunho ofensivo.

Contudo, para possibilitar o exercício do princípio aqui discutido, é preciso que haja um equilíbrio com os demais direitos fundamentais previstos na Carta Magna, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, também ora discutido, que assegura a imagem, a honra, a privacidade e a intimidade do indivíduo em relação ao meio pelo qual convive, não podendo haver divulgações acerca de outras pessoas com o dolo de prejudicá-las.

Destarte, a atual Constituição Federal consagra, em seu artigo 5º, inciso IV, que: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; ademais, no inciso IX, que: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, acrescentando-se, mais adiante, no mesmo artigo, contudo, no inciso XIII, que: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (BRASIL, 1988).

Acerca da liberdade de expressão ou manifestação do pensamento, para o escritor Ferreira Filho (2012, p. 326):

A manifestação mais comum do pensamento é a palavra falada, pela qual alguém se dirige a pessoa ou pessoas presentes para expor o que pensa. Essa liberdade é consagrada pelo art. 5º, IV e V. Na verdade, é ela uma das principais de todas as liberdades humanas por ser a palavra uma das características fundamentais do homem, o meio por que este transmite e recebe lições da civilização. A liberdade de palavra, todavia, não exclui a responsabilidade pelos abusos sob sua capa cometidos. Outra forma de manifestação do pensamento é a palavra escrita, destinada a pessoas indeterminadas, divulgada por meio de livros, jornais e revistas. Durante séculos, todas as publicações dependeram de autorização governamental, cientes os poderosos do tempo da força da palavra escrita, o meio de comunicação de massa ao tempo existe. Essa autorização só era dada após a censura da obra, que, conforme o tempo, se fazia com rigor maior ou menor.

A liberdade de expressão da mídia encontra-se sedimentada na construção do pensamento humano, ou seja, possibilita aos cidadãos uma avalanche de notícias, pensamentos e posicionamentos. Através disso, as informações são veiculadas na *internet* em tempo real.

Nesse caso, inclusive, é possível referir o exemplo de quando acontece algum fato na cidade em que convivem, as pessoas, de imediato, ligam seus televisores e/ou conectam-se à *internet* com o fito de buscarem maiores informações acerca do acontecimento, a fim de atualizarem-se, sem a necessidade, contudo, de saírem de suas residências, haja vista a possibilidade para tanto, seja por apenas um clique no controle remoto do televisor ou do *mouse*.

Ademais, é importante referir que o direito de informação consiste no direito de ser informado e, ao mesmo tempo, de informar, a fim de evitar eventual isolamento do indivíduo da sociedade a qual convive, uma vez que o Estado Democrático de Direito possibilita a liberdade de expressão do pensamento, bem como discorrer sobre ele para a sociedade da qual faz parte, sem prévia censura.

De outra banda, nota-se que a mídia, através de suas informações transmitidas ao público diariamente, pelos meios de comunicação, tem um papel de grande relevância para com a sociedade, uma vez que a mantém informada de tudo que acontece em sua volta.

Outro direito fundamental que cumpre trazer à baila, uma vez que engloba o assunto aqui discutido, é a liberdade de trabalho consagrada na Carta Magna, mais especificamente, acerca do trabalho jornalístico: de pensar, expressar-se e de informar, através de qualquer meio de comunicação.

Entretanto, o que há de se diferenciar é quando um assunto a ser publicado tem como finalidade um conteúdo de conhecimento, possuindo o interesse social ou quando carece desse interesse, caracterizando-se apenas cunho especulativo, posto que deverá ser analisado eventual abuso no exercício do referido direito, bem como eventual dano e a gravidade que esta conduta venha causar à vítima.

No exercício da liberdade de expressão não pode resultar violência, uma vez que tal conduta vai de encontro aos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, os quais possuem a mesma hierarquia.

Sobre o já explanado, tem-se o julgamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sendo referente à Apelação Cível n. 70072470016 *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DIFAMAÇÃO E CALÚNIA. COMENTÁRIOS FEITOS NO BLOG DE TITULARIDADE DO RÉU – BLOG O FIM. OFENSA À HONRA SUBJETIVA E OBJETIVA DO AUTOR. ABUSO NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. Pela redação do art. 5º, X, da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Hipótese em que o réu, através de postagens em seu Blog (Blog o Fim), atribuiu ao autor conduta criminosa. Comportamento que se revelou como abuso no exercício da liberdade de expressão, vindo a atingir a honra subjetiva e objetiva do demandante. Danos morais configurados *in re ipsa*. Montante indenizatório mantido em R\$2.000,00 (cinco mil reais), considerando-se valores fixados em causas análogas e as particularidades no caso concreto. Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2017, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

Outro aspecto importante que se faz necessário esclarecer, para haver uma censura, é necessária uma ação governamental, cuja ordem deve ser prévia, não sendo possível somente a ação do indivíduo. Caso haja a sua proibição, o cidadão, antes mesmo de expressar o seu pensamento sobre um determinado assunto,

precisaria pedir autorização para um agente estatal, o que não se mostra viável e de acordo com Lei Maior.

Tratando-se de um cenário hiperinformalista, é notório o fato de que se deve ter cuidado redobrado ao tornar pública uma informação atinente à vida privada de outrem, ou que não se pode confundir com uma divulgação considerada pública e coberta de interesse social.

De outro vértice, o artigo 220 da Constituição Federal de 1988 permite a veiculação de informação através de órgãos de comunicação social, sem prejuízo das demais garantias insculpidas no artigo 5º do diploma legal em comento.

Acerca do referido artigo, tem-se o entendimento dos doutrinadores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 361):

Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. Estamos, portanto, diante de um direito de índole marcadamente defensiva – direito a uma abstenção do Estado pela conduta que interfira sobre a esfera de liberdade do indivíduo.

E, quanto à censura, referem-se que:

Convém compreender que censura, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Proibir a censura significa impedir que as idéias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal. A proibição de censura não obsta, porém, a que o indivíduo assumas as consequências, não só cíveis, como igualmente penais, do que expressou. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 375)

Como as pessoas têm cada vez mais acesso às informações, às vezes, até mesmo de forma involuntária, utilizam das redes sociais para exercitarem, naquele espaço, sua liberdade de expressão, atingindo uma determinada pessoa ou até mesmo um grupo de indivíduos – o que vem acontecendo com frequência –, através de ofensas, o que não socorre o referido direito fundamental, uma vez que quando do exercício do direito não pode valer-se de violência ou de meios para atingir de forma negativa outro indivíduo. Nesse mesmo sentido, contudo, em relação à mídia “a liberdade de informação jornalística deve ser exercida de forma compatível com a tutela constitucional da intimidade e a honra das pessoas, evitando situações de

abuso do direito de informação previsto na Constituição Federal [...]” (PINHO, 2008, p. 92).

Assim, verifica-se que o conceito de liberdade somente cairá por terra quando as leis deixarem de tratar os cidadãos como pessoas humanas para começar a enquadrá-los no conceito de objetos.

#### **4 DO JULGAMENTO: O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO**

Além da letra fria da lei propriamente dita, um Estado Democrático de Direito também é norteado por princípios, que são, em suma, um parâmetro no qual uma sociedade civilizada deve seguir.

Nesse sentido, o princípio da ponderação visa a análise minuciosa do Estado-Juiz, em conjunto com a lei, ao proferir uma decisão optando pela aplicabilidade de um direito fundamental em face do outro, no presente caso, a liberdade de expressão da mídia em face da dignidade da pessoa humana, abrangendo os direitos da personalidade, decisão esta que deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade, ante a relevância do caso, tratando-se estes de direitos fundamentais.

Ademais, destaca-se que compete ao juiz pôr ambos os direitos fundamentais em comento – os quais lhe foram provocados pela parte, a fim de obter sua prestação jurisdicional –, na balança do direito e analisar, de forma imparcial, qual dos lados terá mais peso em razão do outro.

Na mesma linha de raciocínio, importante trazer à baila que este princípio busca sempre agir de maneira menos prejudicial à pessoa, de ambas as partes (ativa ou passiva), motivo pelo qual verifica-se a sua grande relevância junto ao ordenamento jurídico.

A teoria do direito ao esquecimento, que engloba mais o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, seguiu com o fito de o aplicador do direito, ao julgar um caso nesta situação, analisá-lo sob a ótica do princípio da ponderação, ou seja, qual dos princípios constitucionais terá eficácia, quando da sua aplicação ao caso concreto e causará menos prejuízo ao ser aplicado, uma vez que convivemos em uma sociedade pluralista, sendo, portanto, inevitável a colisão entre os direitos fundamentais, porquanto estes carecem de hierarquia entre si.

Ademais, tratando-se do princípio da proporcionalidade, cumpre destacar que sua aplicação é no sentido de buscar, sempre, a equalização na decisão judicial, buscando a menor restrição possível ao outro direito fundamental contraposto, bem como observando a necessidade e a proporcionalidade, estas que são os subprincípios do princípio em comento, uma vez que quando postas na Constituição Federal, as normas têm o mesmo peso, independentemente do conteúdo nelas expresso.

Assim, compete ao julgador do direito, quando provocado, analisar o caso concreto sob a ótica do princípio da proporcionalidade, conforme já referido, e, ao final, proferir a sentença de acordo com o direito que prevaleceu, sentença esta que deve ser devidamente fundamentada, em razão do afastamento de um direito fundamental para a prevalência de outro, sob pena de total nulidade, pois inconstitucional.

#### **4.1 Origem do princípio da ponderação**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, visando a plena manutenção do conceito de Estado Democrático de Direito, ao ponto que, sobrevieram diversos direitos nunca antes vistos, visando, cada vez mais, a proteção do ser humano em todos os sentidos de sua vida. Ademais, o origem do princípio da ponderação ou, como também é conhecido, o princípio da proporcionalidade, teve seu marco inicial na passagem do Estado absolutista, onde o Governo era incondicionado para agir, para o Estado Liberal, caracterizado pelo individualismo entre as pessoas e o Governo, com a finalidade de coibição de somente a Administração Pública, àquela época, ser detentora de prioridade em todos os seus atos.

Destarte, assim como o direito ao esquecimento vem se expandindo no mundo do direito, em que pese pouco aplicado e discutido, no mesmo passo que, acompanha-o o princípio da ponderação, pois sua utilização é voltada para casos em que ocorre a colisão de direitos fundamentais, tendo como finalidade sopesar os fatos e buscar aplicar a decisão mais justa e menos gravosa às partes envolvidas na lide.

O princípio da proporcionalidade aqui discutido caracteriza-se como um parâmetro, valorativo que deverá ser levado em consideração em todas as esferas, seja ela administrativa, legislativa ou judicial. Portanto, este princípio impõe limites ao julgador a serem observados na hora de proferir a sua sentença judicial, a fim de que sua decisão não vá de encontro a princípios constitucionais, objetivando a proteção destes.

Certo é que, tendo a Constituição Federal consagrado o Estado Democrático de Direito, pela denominação de “democrático” passa-se a ideia de que, tratando-se de indivíduo condenado, contudo, já cumprido a pena que lhe foi imposta, nada



obsta a sua ressocialização, uma vez que a atual Carta Magna veda a cominação de pena em caráter perpétuo.

#### **4.1.1 Conceito do princípio da ponderação**

Antes de adentrar no conceito do princípio da ponderação propriamente dito, ou, popularmente conhecido como princípio da proporcionalidade, faz-se necessário o estudo sobre o conceito de princípio, no modo geral, a fim de possibilitar o melhor entendimento acerca deste princípio.

Ademais, nos ensinamentos de Espíndola (2002, p. 50):

O conceito de princípio constitucional não pode ser tratado sem correlação com a ideia de princípio do Direito, posto que o princípio constitucional, além de princípio jurídico, é um princípio que haure sua força teórica e normativa no Direito enquanto ciência e ordem jurídica. Assim, por imperativo metodológico, cumpre sejam levantadas as principais noções, temas e classificações produzidos no âmago da Teoria Jurídica e que antecedem a formulação da ideia de princípio no âmbito do Direito Constitucional e a positivação dos princípios no âmbito normativo material e formal das constituições contemporâneas.

Baseado na essência de uma ordem, os princípios são parâmetros enquadrados no sistema normativo, bem como preceitos de como uma sociedade em geral deve se portar e orientar-se, objetivando a caracterização de um Estado Civilizado. Outro ponto que deve ser destacado sobre os princípios, é que eles possuem características incontroversas, ou seja, quando devidamente adotados pelo aplicador do direito, eles não oferecem resistência ou seja, tem de ser cumpridos.

No mesmo sentido, insta esclarecer que “o princípio da proporcionalidade tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade” (RAMOS, 2011, <<https://www.direitonet.com.br>>).

Com a evolução dos direitos fundamentais que foram ampliados, ainda mais, pela partir da Constituição Federal de 1988, surgiu-se o princípio da proporcionalidade, cuja origem é germânica, que encontra abrigo, muitas vezes, no princípio da razoabilidade – caracterizado pela adequação dos meios aos fins –, busca equilibrar as normas previstas de acordo com a necessidade da sociedade (aqui se fala nas normas constitucionais, bem como naquelas infraconstitucionais), considerando que nenhuma garantia constitucional é mantida de forma absoluta, conforme já mencionado.

Interposto no ordenamento jurídico para atuação como um princípio constitucional implícito, o princípio da ponderação tem como finalidade a aplicação da medida razoável para solução de conflitos entre os princípios constantes no direito, bem como seus valores, a fim de possibilitar um julgamento justo, objetivando a menor restrição possível ao outro princípio o qual se encontrava em colisão.

Advindo do ordenamento jurídico alemão, o princípio da proporcionalidade é carregado de três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, todos de maneira mais estrita.

Sua principal característica é realizar o equilíbrio dos anseios da sociedade com os direitos individuais dos cidadãos. Ademais, tem como objetivo evitar julgamentos desproporcionais quando houver colisão entre os direitos fundamentais.

O princípio em comento também age sob a ótica de que nenhum direito fundamental goza de absolutividade, razão pela qual, uma vez inseridos na Constituição Federal de um País, todos possuem o mesmo valor e peso constitucional.

#### **4.1.2 O papel do aplicador do direito ao julgar o caso**

Insta esclarecer, em primeiro momento, que somente haverá colisão entre os direitos fundamentais quando houverem dois bens jurídicos colidindo, sendo estes cobertos pelas normas de direitos fundamentais – que serão analisados pelo fatos de interesse, e não de direito propriamente dito –, uma vez que a colisão é resultante desse acontecimento.

Destarte, sua aplicabilidade é de forma excepcional, sendo o assunto deste trabalho um dos raros casos em que é possível aplicar a teoria do direito ao esquecimento, pois, via de regra, os direitos fundamentais não podem ser violados, com a ressalva de quando houver dois destes em colisão.

Portanto, o julgador deverá analisar a questão que a ele chegar para julgamento sob a ótica do proporcionalidade, ou seja, deverá verificar qual dos princípios até aqui estudados causará mais eficácia e menos impacto negativo ao caso concreto.

Sobre o tema, nos ensinamentos de Diniz (2001, p. 124) que:

As antinomias jurídicas aparecem como elementos do sistema jurídico, cuja construção requer a solução dos conflitos normativos, pois todo sistema deve e pode alcançar uma coerência interna, Por fico-jurídica, que deve buscar a coerência lógica, condição necessária do pensamento jurídico. Assim a compatibilidade entre as normas num sistema resulta de um processo interpretativo do jurista. Deve haver uma relação lógica e coerente entre os enunciados normativos conectados pelo cientista do direito. O direito apesar de não ser, convém repetir, um sistema, pode ser estudado sistematicamente pelo jurista, que, por meio de uma operação lógica, procura estabelecer entre as normas certas unidades de sentido.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal (STF) é guardião da Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário a competência de analisar a (in)constitucionalidade de leis e atos governamentais através de juízes de direito.

Assim, destaca-se que o sistema normativo deve agir com a devida coerência, não podendo ocorrer qualquer contradição em sua narrativa, para o fim de garantir segurança quando da aplicação jurídica.

Para tanto, tem-se dois casos ao ser analisado pelo julgador: em primeiro momento, com base, inclusive, no caso da jovem Aida Jacob Curi, conforme referido no item 2.2 deste trabalho monográfico, questiona-se a posição do Estado-Juiz ao julgá-lo, uma vez que a extensa liberdade de expressão e de informação conferida à mídia causou mais efeito à sociedade ou à sua família?

No mesmo sentido, pergunta-se: a ausência dessa informação acarretaria impacto negativo para a sociedade? Em contrapartida, tendo a família da jovem convivido por um longo período de tempo com reiterados e prolongados julgamentos sobre o caso (decisões controvertidas em pronúncia e impronúncia no mesmo caso), gerando elevada repercussão, causando, com efeito, situações desgostosas e doloridas à família da jovem, a qual perdeu uma ente querida, entende-se pela aplicabilidade da teoria do direito ao esquecimento.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em uma de suas jurisprudências, entendeu que, ante a ausência de previsão normativa atinente à colisão existente entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão *versus* o direito à imagem e à honra, o caso deve ser analisado de forma concreta; caso a caso, de forma específica, passando-se a analisar, de forma preponderada, os interesses legítimos, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. REPORTAGENS TELEVISIVAS E NOTÍCIA SOBRE SUSPEITA DE FRAUDE NO RECEBIMENTO DE PRÊMIO DA MEGA-SENA. COLISÃO DE

DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. DIREITO À INFORMAÇÃO. CUNHO INFORMATIVO. AUSÊNCIA DE ILICITUDE OU DE EXCESSO NO DIREITO DE INFORMAR. PEDIDO DE DANOS MORAIS. INOCORRENTES. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Em se tratando de colisão de direitos fundamentais - liberdade de imprensa X direito à imagem e à honra - não há solução normativa prévia sobre qual dos direitos deve prevalecer. A solução do conflito passa pela ponderação dos interesses legítimos, à luz das particularidades do caso concreto, já que nosso ordenamento constitucional não hierarquiza, abstratamente, os diversos direitos fundamentais passíveis de conflito. 3. No caso concreto, as reportagens televisivas e a notícia divulgadas pela ré sobre a suspeita de fraude no recebimento de prêmio da mega-sena possuem cunho informativo, envolvendo fato de interesse público, tendo o conteúdo dos noticiosos sido veiculado dentro do limite constitucional da liberdade de imprensa, com observância do direito à informação. 4. Por outro lado, não se encontram presentes os elementos justificadores da configuração de um "direito ao esquecimento". Os fatos são relativamente recentes e de grande interesse público. 6. Sentença de improcedência confirmada. APELAÇÃO DESPROVIDA. (BRASIL, 2016, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

Assim, entende-se que, quando da colisão dos direitos fundamentais estudados até o presente momento deve ser analisado, de pronto, se a notícia a ser novamente circulada pela mídia diante de seus meios de comunicação não atingirão a pessoa relacionada ao fato ou, então, a sua família, quando houver a falta de interesse coletivo ao saber ou não do que aconteceu e já foi exposto quando do seu recente acontecimento.

Além do mais o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 (ADPF 130), tendo como Relator o Ministro Carlos Ayres Britto, a inconstitucionalidade da Lei nº 5.250/67, “Lei da imprensa”, sob o fundamento de sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988 uma vez que marcada por aspectos não democráticos.

Ademais, o nas palavras do doutrinador Espíndola (2002, p. 73-74):

Pela primeira confrontação, a das regras entre si, exclui-se do sistema jurídico a regra conflitante, em face da incompatibilidade entre essa e outra norma situada no mesmo plano de validade, pertencentes ao mesmo ordenamento. Ou seja, é na dimensão da validade que se resolve o problema entre as regras conflitantes. Essa decisão de afastar a regra incompatível dá-se por critérios afixados em casa ordem jurídica (*lex superior derogat inferiorem* – critério hierárquico, *lex posterior derogat priorem* – critério cronológico)

Pelo segundo contraste, a colisão entre princípios – *antinomias jurídicas impróprias* – não conduz à exclusão da ordem jurídica de uma das normas conflitantes. Há incompatibilidade, porém não exclusão. (grifo do autor)

Nota-se que o julgador, ao ser convencido por um dos princípios fundamentais (aplicação do princípio da liberdade de expressão ou da dignidade da pessoa

humana) não excluirá o outro do sistema, mas, sim, aplicar-lhe-á em outra situação, na qual se encaixar.

Destarte, essa conduta não pode ser considerada como desobediência voltada ao princípio afastado em prol do aplicado, embora este possa prevalecer em outro caso concreto, no mesmo tempo, não se afastando, portanto, do ordenamento jurídico.

Outrossim, quando da colisão de princípios constitucionais, utiliza-se como medida excepcional e devidamente fundamentada pelo aplicador do direito, uma vez que um direito fundamental somente pode se sobrepor a outro através de decisão judicial devidamente fundamentada.

O jurista Pedro Lenza, na décima sexta edição de sua obra *Direito Constitucional Esquemático*, página 7, item 14.10.5, explana no sentido de que “caso durante a manifestação do pensamento acuse dano material, moral ou à imagem, assegura-se o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização”.

Por sua vez, o escritor Pinho (2008, p. 62) ensina que, quando da colisão entre dois princípios fundamentais, cujas normas são igualmente válidas, terá de ser resolvido o caso pelo critério de peso, ou seja, considerar-se-á qual o direito fundamental possui maior valor aplicado ao caso concreto.

As colisões de princípios são resolvidas pelo critério de peso, preponderando o de maior valor no caso concreto, pois ambas as normas jurídicas são consideradas igualmente válidas. Por exemplo: o eterno dilema entre a liberdade de informação jornalística e a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (CF, art. 220, §2º). **Há necessidade de compatibilizar no máximo os princípios, podendo prevalecer, no caso concreto, a aplicação de um ou mais de outro.** Já os conflitos de regras são resolvidos na dimensão da validade, em que a aplicação de uma regra importa na não-aplicação da outra. Conflitos de regra são resolvidos pelos critérios tradicionais de interpretação: considerando-se a norma adotada de superioridade hierárquica (hierárquico), a lei posterior revoga a lei anterior (cronológico), a lei específica prevalece sobre a regra geral (da especialidade). (grifo nosso)

Neste diapasão, o supramencionado autor também ensina que:

É possível a existência de situações de conflito entre diversos direitos fundamentais. Observa Canotilho que ocorre a colisão entre direitos fundamentais “quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Diversos exemplos podem ser mencionados. Até que ponto a liberdade de expressão de uma pessoa pode ofender a honra de outra?

Qual o limite de liberdade de informação jornalística na divulgação de fatos que firam a intimidade e a vida privada de um determinado indivíduo? Consequências desastrosas de notícias divulgadas de forma precipitada e leviana, sem qualquer prévia averiguação, são do conhecimento de todos. Devem ser construídas regras com o objetivo de harmonização dos direitos em situações de conflito. Mas somente no exame das circunstâncias do caso concreto é que se poderá estabelecer qual direito deve prevalecer, por possuir uma maior relevância jurídica. (PINHO, 2008, p. 63)

Assim, verifica-se que não há dúvida de que o julgador, ao aplicar o direito ao caso concreto, deverá observar, de forma minuciosa, qual direito deverá prevalecer, em havendo colisão entre direitos fundamentais, tendo em vista que não há hierarquia entre eles.

Importante salientar, também, que, no excesso da liberdade de imprensa da mídia, na (re)divulgação de assuntos atinentes à determinada pessoa, esta poderá ser ressarcida, uma vez que a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso V, frisa que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por danos material, moral ou à imagem”, ao ponto que se nota que não há penalidade prevista para quem não autoriza o uso de sua imagem novamente nos meios de comunicação.

Os direitos aqui discutidos se encontram no mesmo patamar, embora sejam totalmente contraditórios. Como exemplo, pode-se fazer uma análise acerca de um caso: um indivíduo que tenha cometido um ato ilícito, e portanto, foi condenado e cumprido sua pena importa corretamente. Após, decorrido um longo período do acontecimento, a mídia traz o assunto a debate novamente, agora, entretanto, perante a sociedade, e não ao Juízo, através de programa de televisão ou em forma de matéria jornalística disponibilizadas por meio de jornais e revistas. Assim, sob a ótica do princípio da ponderação, o aplicador do direito deve sentenciar a lide de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, abrangente aos direitos da personalidade, ou de acordo com o princípio da liberdade de expressão e de informação?

Entende-se que causará mais efeito a (re)divulgação de um fato à pessoa por ele atingida, a uma sociedade, ante a ausência de interesse público no acontecimento, uma vez que nesse caso a pena imposta já foi devidamente cumprida pelo sujeito, bem como que o acontecimento já foi exposto e discutido em momento oportuno.

Eventual (re)discussão acarretaria inúmeros prejuízos ao indivíduo – outra vez –, bem como à sua família, uma vez que o Estado-Juiz não pode julgá-lo novamente. Deverá, outrossim, também ser observado o efeito que a informação causará não só ao autor do fato, mas à sua família, concomitantemente.

O Estado-Juiz somente poderá intervir na colisão de direitos fundamentais quando provocado pela parte que se sentir lesada, devendo o julgador aplicar a lei de acordo com o caso concreto, ou seja, caso a caso.

Verificando que as informações publicadas são, de fato, inverídicas, ou se sua veiculação e/ou permanência nos meios de comunicação acarretará prejuízo irremediável ao indivíduo, atentando contra os valores da pessoa humana e, ao mesmo tempo, carecer de interesse social, tal informação objetivando a aplicação do princípio da ponderação, bem como a decisão mais justa naquele caso.

Nesta seara, verifica-se que compete ao aplicador do direito – Estado-Juiz – analisar o caso sob a ótica do princípio da ponderação, a fim de decidir qual o direito fundamental prevalecerá sobre o outro, uma vez que, para tanto, é necessário haver uma decisão judicial, devidamente fundamentada, determinado, caso o entendimento seja no sentido de procedência contendo a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana (seja em prol da honra, privacidade ou intimidade), a retirada da publicação dos meios de comunicação, ou optar por prevalecer o direito fundamental da liberdade de expressão (em prol da sociedade), nos casos em que o direito da personalidade invocado seja caracterizado como mero aborrecimento do cotidiano, o que não é passível de indenização, tampouco de uma decisão judicial restringindo o referido direito.

#### **4.2 A eficácia do princípio da ponderação**

Diante do todo acima referido, destaca-se a grande relevância do princípio da ponderação no ordenamento jurídico, uma vez que sem a sua existência, eventualmente poderiam surgir decisões proferidas por Juízes em desacordo com as leis constitucionais e infraconstitucionais, dificultando, assim, a decisão a ser tomada pelo julgador de forma mais justa e eficaz.

Destarte, caracterizado como um princípio fundamental para a aplicação do direito ao esquecimento, o princípio da proporcionalidade visa a análise, de forma detalhada, sobre a colisão existente entre os direitos fundamentais constantes no

ordenamento jurídico, visando a melhor aplicação do direito ao caso concreto, sem que haja a total restrição do outro direito que foi, por ora, afastado.

Acerca do tema, nos ensinamentos de Diniz ( 2001, p. 159):

O jurista, ao estudar o problema eficaz, deverá voltar-se não só para as relações internormativas, mas também para a realidade social referida a valores objetivos, ou positivos, nos quais o material normativo se insere. Ao analisar a eficácia constitucional, deverá, além de verificar quais as coordenadas normativas, fáticas e valorativas, que servem de suporte à produção de efeitos jurídicos concretos, ater-se à atividade do constituinte e os órgãos estatais a que se dirige o comando judicial.

Portanto, ao aplicador do direito não compete somente a função de basear-se somente na Constituição Federal para proferir sua decisão, devendo analisar o caso de acordo com uma interpretação extensiva com as demais normas previstas no direito brasileiro, bem como considerando que ambos os princípios são direitos fundamentais, e, portanto, possuem o mesmo peso, não havendo hierarquia entre estes, o que nunca pode ser deixado de analisar.

Frisa-se trazer à baila um caso típico enquadrando o direito ao esquecimento: tratando-se de pessoa com a pena que lhe foi imposta devidamente cumprida, não cabe à mídia fazer reportagens com o crime anteriormente praticado pelo cidadão, ainda mais para fins lucrativos, exercendo o seu direito de trabalho, razão pela qual o indivíduo pode socorrer-se e pleitear em juízo a aplicação do direito ao esquecimento, sob pena de caracterizar-se penalidade com caráter perpétuo, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988, reforçado se o assunto que o envolveu carecer de interesse social, devendo o magistrado, ao proferir a sentença, socorrer-se do princípio da dignidade da pessoa em face da liberdade de expressão conferida à mídia.

Tal direito tem abrangência, inclusive, àqueles cidadãos que foram indiciados pela prática de um ato ilícito, e, após, absolvidos ante a atipicidade de seus atos em razão do Código Penal.

Por essa razão, a Constituição Federal de 1988 dispõe acerca do tema e ampara o indivíduo que teve sua pena devidamente cumprida, estendendo-se àqueles indivíduos que não a cumpriu, pois extinta a sua punibilidade em face do fato atípico cometido, através do direito a uma vida digna, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, abrangendo a não violação da sua imagem para com os demais cidadãos que convivem na mesma sociedade.



Certo é que a doutrina, de um modo geral, encontra dificuldade no sentido de classificar a expressão “direito de ser esquecido”, para fins de pacificidade. Portanto, os magistrados analisam caso a caso, de forma individual, com relevante cuidado e com a devida fundamentação.

Não cabe ao aplicador do direito buscar amparo somente na Lei da Constituição Federal para resolver a lide que lhe foi imposta, posto que a maioria de seus enunciados são encontrados de forma abrangente, motivo pelo qual deve haver a cumulação de estudo em decisões jurisprudenciais, bem como o amparo de leis infraconstitucionais.

Na classificação de Kraemer (2004, p. 57) sobre o Poder Judiciário, como órgão julgador:

O Judiciário deixou de ser um mero garantidor da forma e da lei, e, obrigatoriamente, passou a desempenhar um papel ativo para a materialização das conquistas sociais extraídas do sistema jurídico. Ao Judiciário é atribuída a tarefa de qualificar o processo social e assegurar a efetividade do sistema normativo.

Outrossim, conforme referido na página 12 deste trabalho monográfico, por meio do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil realizada através do Conselho da Justiça Federal (CJF), procedeu-se à determinação de que o direito ao esquecimento deve ser incluído como um dos direitos da personalidade da pessoa humana, portanto, deverá ser tratado como tal, garantindo-se todas as garantias constitucionais.

Em meio à conclusão do tópico em comento, é de se destacar a eficiência do princípio da proporcionalidade quando aplicado em conjunto com o anseio do direito ao esquecimento, posto que sem a sua criação dificultaria e muito a vida do julgador para proferir uma sentença judicial de maneira eficaz, tendo em vista que teria como base somente o princípio da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana de modo concreto, sem o amparo do princípio da ponderação para decidir tal questão, podendo ocorrer eventual injustiça em razão da ausência de pressupostos eficazes, ou, em outros termos, ausência de amparo legal subsidiário, também conhecido como o princípio da proporcionalidade.

## 5 CONCLUSÃO

O primeiro capítulo deste trabalho monográfico, relativo à origem e dicotomias acerca do direito ao esquecimento, foi subdividido da seguinte forma: primeiro, houve, inicialmente, a apresentação de um contexto histórico sobre o direito ao esquecimento; após, sobreveio a análise do caso da jovem Aida Jacob Curi, caso este que foi um dos que mais teve repercussão no Brasil, em razão da sua brutalidade, e, ainda, falou-se sobre a eficácia do direito ao esquecimento.

Desta forma, é de se considerar que o papel principal do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro é afastar, de qualquer forma, eventuais afrontas de outros princípios que venham a colidir com a princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tal direito é baseado no direito de a pessoa ser deixada em paz e não ser exposta a público sem sua própria vontade, em que pese a realização de uma ilicitude sua anteriormente realizada, no entanto, com a pena imposta pelo Estado-Juiz devidamente cumprida, ou até mesmo em casos de absolvição, momento em que o direito ao esquecimento deverá ser ainda mais reforçado, tendo em vista a ilegitimidade do agente em relação à prática delituosa, logo, a veiculação de sua imagem nos meios de comunicação se mostra tanto quanto desnecessária e desagradável.

O direito ao esquecimento é considerado um direito autônomo da personalidade, cuja função primordial é conceder ao indivíduo a liberdade de pleitear a exclusão, perante os órgãos judiciais, de eventuais notícias vinculadas nos meios de comunicação o envolvendo sem sua própria vontade, tendo como base os direitos da personalidade do ser humano.

Aponta-se que tal direito é mais pleiteado no âmbito penal, onde o indivíduo que se sentir lesado por alguma conduta alheia pode socorrer-se a tal direito, a fim de proceder-se à exclusão de seu nome dos registros anteriormente divulgados na *internet* a seu respeito, após um decurso de tempo – em média, cinco anos, de acordo com o prazo estabelecido para reincidência fixado no direito criminal.

Ademais, carecendo o ocorrido de interesse público e social, não há óbice para o deferimento de tal pedido, porquanto deverá ser analisada a dignidade da pessoa humana e o direito de a pessoa poder começar uma nova vida sem resquícios de um passado que não quer seja lembrado.

É de se observar, também, que, em que pese não haver hierarquia entre os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, conforme já estudado, o direito ao esquecimento, também conhecido como o direito de ser esquecido, visa, sempre, a prevalência da dignidade da pessoa humana em face da liberdade de expressão e de informação conferida à mídia, uma vez que consagra o direito de a pessoa ser deixada em paz, bem como, nos casos de ex-detento, visa a ressocialização destes à sociedade na qual conviviam, a fim de possibilitar um “recomeço” digno.

Ato contínuo, acrescenta-se que o direito ao esquecimento surgiu em face da necessidade de fazer cessar eventual abuso da mídia, no exercício de seu direito fundamental da liberdade de expressão, seguido do direito de informar e ser informado, em casos de exposição da vida de outrem em seus meios de comunicação, quando tal notícia se caracterizar como mais prejudicial à pessoa a ela relacionada que ao público, sendo, por vezes, indiferente a publicação da notícia veiculada, pois carece de interesse público.

De outra banda, em relação ao caso da jovem Aida Jacob Curi aqui estudado, suplica-se ainda mais pela aplicação do direito ao esquecimento, tendo em vista a repercussão que o acontecimento causou quando do momento de sua execução, porquanto houve reiteradas exposições da imagem da jovem vítima e de sua família, ainda mais pelo fato de ter ocorrido diversos julgamentos, com sentenças distintas em relação ao mesmo fato.

Não bastasse o acima referido, após um certo decurso de tempo, todo o acontecimento foi retransmitido pela emissora Rede Globo, na sua integralidade, através do programa de televisão Linha Direta, ressuscitando o caso nos meios de comunicação.

Portanto, veja-se uma situação na qual caberia o pleito da tutela do direito ao esquecimento, uma vez que, neste caso, a aplicação do direito ao esquecimento será mais eficaz à aplicação ao caso concreto em face do direito fundamental da liberdade de expressão.

Ora, no que diz respeito à eficácia do direito ao esquecimento, tem-se que se mostra totalmente eficaz a sua aplicação em casos específicos onde há violação do princípio da dignidade da pessoa humana em face do outro direito fundamental.

Destarte, quando houver conflito entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão *versus* a dignidade da pessoa humana, compete ao aplicador do direito –

ou seja, por juízes, quando se tratar de demandas ajuizadas no primeiro grau de jurisdição, e aos desembargadores, quando haver a interposição de eventual recurso da sentença recorrida, passando a competência para as Instâncias Superiores -, julgar o caso de acordo com o princípio da proporcionalidade, baseando-se, ao mesmo tempo, no princípio da dignidade da pessoa humana, que abrange todos os direitos da personalidade do cidadão, bem como o direito de informar e ser informado, que se enquadra no direito da liberdade de expressão, ambos sendo direitos fundamentais.

Nessa mesma linha de raciocínio, com a aplicação do direito ao esquecimento, faz-se cessar, de forma imediata, os atos praticados pela parte adversa, ou seja, haverá uma decisão – devidamente fundamentada, sob pena de nulidade – afastando o direito à liberdade de expressão, a fim de se fazer prevalecer a dignidade da pessoa humana.

Nessa seara, verifica-se a importância do direito em comento no ordenamento jurídico, bem como a sua eficácia quando aplicado.

O que não se pode deixar passar em branco, no entanto, é que cada caso deverá ser analisado de uma maneira individual, não prevalecendo a dignidade da pessoa humana de forma absoluta, como, por exemplo, quando a divulgação de determinado acontecimento caracterizar-se de puro interesse público.

Ademais, deve sempre ser levado em consideração que o direito afastado deverá sofrer a menor restrição possível, porquanto os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 possuem a mesma hierarquia.

Outrossim, o tópico relativo à dignidade da pessoa humana *versus* a liberdade de expressão, ambos previstos na Constituição Federal de 1988, visou o estudo dos referidos direitos fundamentais de uma forma desmembrada, de forma minuciosa, abrangeu seus subtítulos no sentido de desvendar o conceito da dignidade da pessoa humana e sua aplicação, com base na atual Carta Magna, bem como o porquê da frequente colisão existente entre ambos, e, destarte, o conceito da liberdade de expressão e sua aplicação, com base na referida Constituição Federal.

Nesse passo, o princípio da dignidade da pessoa humana tem como fundamento todos os pressupostos que o ser humano necessita para viver em paz durante sua passagem na Terra.

Ademais, o direito fundamental da dignidade da pessoa humana encontra base sólida no direito ao esquecimento, uma vez que possibilita ao cidadão o livre

exercício da sua vontade, no que tange à possibilidade de pleitear a exclusão de notícias vinculando-o nos meios de comunicação quando tal ato lhe for considerado prejudicial.

Por essa razão, é lhe assegurado o direito de preservação da sua imagem e da sua privacidade, estendendo-se tais garantias a todos os direitos da personalidade, os quais, via de regra, não podem ser violados sem a devida autorização da parte envolvida.

No mesmo sentido, o direito fundamental de liberdade de expressão busca amparo no direito de informar e ser informado, ante a convivência de todos em um Estado Democrático de Direito.

Dessa breve análise, extrai-se a importância de ambos os direitos fundamentais, cada um de um modo diferenciado em relação ao outro.

O principal motivo para a colisão entre os referidos direitos fundamentais é, principalmente, a ausência de hierarquia entre si.

Ademais, outro fato que cumpre trazer à baila é que, por exemplo, para o livre exercício da liberdade de expressão, por vezes, atinge a dignidade da pessoa humana, em razão de afetar alguém através da divulgação de algo dizendo a seu respeito para com a sociedade na qual convive.

Assim, faz-se necessária a intervenção do Estado-Juiz para resolver casos como esses.

Por fim, quanto ao tópico que explanou acerca do julgamento de casos em que há a colisão entre direitos fundamentais sob a ótica do princípio da ponderação, teve os seguintes tópicos: origem do princípio da ponderação; conceito do princípio da ponderação; o papel do aplicador do direito ao julgar o caso; e a eficácia do princípio da ponderação.

Assim, o princípio da ponderação, também conhecido como o princípio da proporcionalidade, visa a aplicação de uma decisão justa e de acordo com as normas constitucionais.

Utilizado como um poder conferido ao aplicador do direito, o princípio da ponderação é caracterizado como sendo o ponto alto de um triângulo, tendo os direitos fundamentais de liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana nos lados abaixo; um, do lado esquerdo; outro, do lado direito.

Por essa razão, é notória a eficácia e a relevância do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que sua utilização é

sedimentada em casos de colisão entre direitos fundamentais, os quais não possuem hierarquia entre si, competindo a ele o papel de verificar qual o direito fundamental que terá a melhor aplicação ao caso concreto, bem como objetivando a menor restrição possível ao direito fundamental afastado, por ora.

Sendo o braço direito do aplicador do direito, o princípio da proporcionalidade é o meio adequado para tomadas de decisões semelhantes a casos como os aqui discutidos, de forma justa e democrática, portanto, de acordo com a Constituição Federal de 1988.

Conclui-se que, de pronto, haverá a aplicação do direito ao esquecimento nos casos em que o indivíduo for inocentado em relação à ação criminosa que lhe foi imposta.

No mesmo sentido, àqueles que foram condenados, no entanto, tiveram suas penas devidamente cumpridas, após o decurso do prazo de cinco anos – o que afasta a reincidência, de acordo com a lei penal -, também poderá pleitear a tutela do direito ao esquecimento.

Por fim, destaca-se o elevado papel do princípio da proporcionalidade nesses casos, uma vez que dele advém a sentença judicial acerca de qual direito fundamental permanecerá em face do outro, posto que na Constituição Federal de 1988 todos eles têm a mesma hierarquia.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.); MOREIRA, Rogério Meneses Fialho (org.). Enunciados aprovados na VI jornada de direito civil. *Migalhas*, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 30 Mar. 2018.

BAYER, Diego. Na série “Julgamentos históricos”: Aida Curi, o Júri que marcou uma época”. *Justificando*, Mar. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

BRASIL, Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 Mar. 2018.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 Abr. 2018.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 Abr. 2018.

CASADO, Ubirajara. Entenda o que é o direito ao esquecimento nos termos da jurisprudência do STJ. *Blog ebeji*, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.blog.ebeji.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002-2004.

\_\_\_\_\_. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

HAETINGER, Josiane Aparecida de Jesus Matias. Evolução histórica da dignidade da pessoa humana. *Conteúdo Jurídico*, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

KONCIKOSKI, Marcos Antonio. Princípio da proporcionalidade. *Âmbito Jurídico*, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

KRAEMER, Eduardo. *A responsabilidade do Estado e do magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LONGEN, Bruna Roberta Wessner. O direito ao esquecimento frente ao princípio da dignidade da pessoa humana em confronto com a liberdade de imprensa. *Conteúdo Jurídico*, maio. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, I. M.; e BRANCO, P. G. G.. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e de direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

PONTIROLLI, Monique. Princípio da proporcionalidade. *Moniquebpontirolli*, abr. 2014. Disponível em: <<https://moniquebpontirolli.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

RAMOS, Diego da Silva. O princípio da proporcionalidade. *Direitonet*, mar. 2011. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Cível n. 70054718952*. Apelante: Ministério Público. Apelado: Antonio Petter. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Cível n. 70072470016*. Apelante: Alessandro Reiffer de Almeida. Apelado: Ruderson Mesquita Sobreira. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre, 26 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Agravo de Instrumento n. 70073400129*. Agravante: Santo Alseu Maciel da Silva. Agravado: Espaço Vital Goshme Soluções para a internet Ltda-ME e Marco Antonio Biernfeld Sociedade de Advogados. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 29 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

ROSENVALD, Nelson. Do direito ao esquecimento ao direito de ser esquecido. *Nelson Rosenvald*, nov. 2016. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

SÁ, Débora Nunes de Lima Soares. Direito ao esquecimento. *Migalhas*, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 17 abr. 2018.



SARLET, I. W.; MARINONI, L.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Letícia. Direito ao esquecimento e o direito a memória como uma garantia fundamental. *Letícia Silva 507*, set. 2016. Disponível em: <<https://leticiasilva507.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.