

LIVRE PARA FALAR, OUVIR E SORRIR. SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Cleber Couto¹

Resumo: O debate acerca dos potenciais conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade é bastante conhecido na doutrina e na jurisprudência. A Constituição Brasileira de 1988 foi enfática na proteção da liberdade de expressão. Da mesma forma, a Constituição estabeleceu extenso rol de direitos fundamentais relacionados com a dimensão existencial da subjetividade humana, chamados de direitos da personalidade. Todavia, nenhum direito constitucional é absoluto. Isso nos conduz, e é o que propõe o presente estudo, ao tema dos direitos da personalidade e sua ponderação com a liberdade de expressão, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: direitos da personalidade; honra, imagem, intimidade e vida privada; liberdade de expressão; direito de crítica; direito de sátira; direito ao esquecimento.

Sumário: 1. Direitos da personalidade; 2. Direito à integridade psíquica e moral; 3. Liberdade de expressão; 4. Conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão; 5. Direito ao esquecimento; 6. Conclusão

1. DIREITOS DA PERSONALIDADE

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, Brasil. Coordenador Regional das Promotorias de Justiça da Educação, Infância e Juventude. Coordenador Regional do Grupo de Atuação Especial no Combate ao Crime Organizado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Pós-Graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Doutorando em Direito Civil pela Universidad de Buenos Aires, Argentina.



ob a ótica civilista, os direitos fundamentais relacionados com a dimensão existencial da subjetividade humana são denominados de direitos de personalidade. Os direitos da personalidade formam um conjunto de direitos subjetivos atinentes à própria condição humana, sendo assim, instrumentos essenciais ao desenvolvimento e à plena realização da pessoa humana.

Tradicionalmente, a doutrina² costuma dividir os direitos da personalidade em três blocos: i) *direito à integridade física* (direito ao próprio corpo); ii) *direito à integridade psíquica/moral* (honra, imagem, intimidade e vida privada); iii) *direito à integridade intelectual* (proteção às manifestações do intelecto). Todavia, os direitos da personalidade não se esgotam nesses três blocos. Em outras palavras, sua enumeração é meramente exemplificativa.

Dessa forma, os direitos da personalidade enumerados pelo Código Civil não excluem outros derivados da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º III da Constituição Federal – princípio da dignidade humana. Daí a íntima relação dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, podendo-se afirmar que os direitos da personalidade decorrem e são instrumentos de realização da dignidade humana.

2. DIREITO À INTEGRIDADE PSÍQUICA E MORAL

Dentro dos direitos da personalidade, observamos uma gama importante de direitos ligados à proteção da integridade moral e psíquica do indivíduo, como são os direitos à honra, à imagem, bem como a intimidade e vida privada da pessoa humana. Tais direitos possuem inegável estatura constitucional,

² ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 213.

como se observa no art. 5º X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Vejamos cada um deles.

O *direito à imagem* compreende a exteriorização física da pessoa humana, enfim, seus sinais pessoais de natureza física pelos quais possa ser ela reconhecida³. Abrange a imagem-retrato e a imagem-voz. Há quem defenda, elastecendo o conceito de imagem, uma terceira espécie chamada de imagem-atributo, como sendo a identidade pessoal do indivíduo, características que não são físicas mas que identificam a pessoa (ex.: orientação sexual, identidade de gênero, ideologia política, etc.). Seriam assim características peculiares da apresentação e da identificação social de uma pessoa, seus qualificativos sociais, seus comportamentos reiterados, que permitem identificá-la. Não se confunde com a imagem exterior, cuidando, na verdade, de seu retrato moral⁴.

O direito à imagem é autônomo. Sua violação independe de atingir a honra ou qualquer outro direito da personalidade. O seu uso não autorizado⁵ implica, a princípio, violação. Da mesma forma, o uso fora do contexto autorizado (*false light*) já que o contexto é um dos critérios que conferem legitimidade ao uso da imagem alheia. Mesmo que o uso não seja destinado a

³ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 32. Embora na doutrina atual aquilo que se denomina imagem-atributo tem sido reconhecido de forma autônoma, como direito à identidade. O direito à identidade pode ser conceituado, em geral, como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa na sociedade. A identidade é tudo aquilo que faz que cada um seja “um mesmo” e “não outro”, enfim, sua verdade pessoal ou direito de ser si mesmo (KONDER, Carlos Nelson de Paula. *O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro*. Em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7497>. Visualizado em 28/02/2019)

⁵ ALMEIDA JUNIOR, Vítor de Azevedo. *A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo*. Em: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 167.

fins comerciais ou que não ofenda a honra da pessoa atingida, a imagem alheia não pode ser utilizada, em regra, sem autorização do seu titular. Digo que o uso não autorizado da imagem alheia implica, a princípio, violação, porque como será visto adiante, haverá casos permissivos de veiculação da imagem sem autorização.

Assim, o dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano. É firme a jurisprudência no sentido de que os danos morais em virtude de violação do direito à imagem decorrem do próprio uso indevido, sendo prescindível a comprovação da existência de dano ou prejuízo, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*.

A *privacidade* reconhece a existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um. Aí estão incluídos fatos e comportamentos que geralmente ocorrem no âmbito doméstico ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas, etc. O direito à privacidade é conceito amplo que abrange a *intimidade* e a *vida privada*⁶. A intimidade corresponde a um círculo mais restrito de fatos relacionados exclusivamente ao indivíduo, ao passo que a vida privada identifica um espaço mais amplo de suas relações sociais. A proteção de uma e outra, portanto, varia

⁶ Como emanção do direito à privacidade, tem-se admitido o direito à autodeterminação informativa, no sentido de que a pessoa possui controle sobre suas informações pessoais. De acordo com esse direito de autodeterminação e controle sobre os dados pessoais, a privacidade passa a ser compreendida como todo o conjunto de informações acerca do indivíduo, que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle ou comunicar, decidindo a quem comunicar, quando, como e onde. A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa constituem, portanto, uma nova extensão do direito à privacidade, pois, quando os indivíduos conseguem proteger seus dados pessoais, tornam eficaz uma parcela significativa da dignidade de sua pessoa humana.

de intensidade⁷. Enfim, a privacidade abrange não apenas o seu espaço doméstico de desenvolvimento de sua intimidade, mas também os variados aspectos do seu cotidiano e de sua vida privada.

Como regra geral, não há interesse público em ter acesso a esse tipo de informação⁸. Todavia, é preciso registrar que embora o direito à privacidade exista em relação a todas as pessoas, é verdade que o grau de exposição pública da pessoa pode a sujeitar a um grau menos rígido de proteção de sua privacidade. O que ser dizer é que o âmbito que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso de pessoas públicas⁹.

Há dois modos de agressão à privacidade: a investigação abusiva da vida alheia e a divulgação de informações. Pode-se, em resumo, assinalar que os atentados possíveis consistem, ou na investigação abusiva da vida alheia, ou na divulgação indevida de informação sobre sua privacidade¹⁰. Faz-se necessário distinguir ambas as hipóteses. Numa, a privacidade é agredida, porque violada. Noutra, a privacidade é lesada, porque divulgada. No primeiro caso, a aquisição das informações íntimas é ilegítima. No segundo, embora legítima a aquisição das informações, não é lícita sua ulterior revelação. Aqui, a violação opera de dentro para fora, ao serem difundidas as intimidades legitimamente conquistadas. Lá, a violação se faz de fora para dentro no instante da interferência indevida¹¹.

⁷ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000, p. 140 e ss.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação*. Em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Visualizado em 25/02/2019.

⁹ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 99 e ss.

¹⁰ BITAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 114.

¹¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 26.

Por fim, há o *direito à honra*, que visa proteger a dignidade pessoal do indivíduo, sua reputação diante de si próprio e no meio social no qual está inserido. Trata-se da dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa. A honra é o valor moral mais íntimo do homem¹². Abrange a honra objetiva (reputação) e a honra subjetiva (autoestima). A soma dos conceitos que cada pessoa goza na vida em sociedade tem como resultado o que se convencionou chamar de honra. Noutras palavras, o direito à honra tem pertinência com a projeção social da respeitabilidade e estima conquistada pelo indivíduo no seu ambiente e na sociedade. Trata-se da necessária defesa da reputação da pessoa, abrangendo o seu bom nome e fama que desfruta na comunidade, bem como a proteção do seu sentimento interno de autoestima.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Utilizar-se-á no presente trabalho a expressão liberdade de expressão em sentido amplo, abrangendo a liberdade de informação e também a liberdade de imprensa. Todavia, a doutrina costuma diferenciar a *liberdade de informação* e a *liberdade de expressão*. No primeiro está apenas a divulgação de fatos e dados objetivamente apurados. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo.

Em outras palavras, a liberdade de informação diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado. A liberdade de expressão tutela o direito de externar idéias, opiniões, juízos de valor e manifestações do pensamento em geral¹³.

¹² DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004, p. 122.

¹³ BARROSO. Op. cit.

Todavía, é de reconhecimento geral que a comunicação de fatos nunca é uma atividade completamente neutra, sempre haverá uma interferência do componente pessoal¹⁴. Talvez por isso a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 19) tratem as duas liberdades de forma conjunta. Contudo, é fora de dúvida que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo¹⁵, e dessa forma trataremos nesse estudo.

Como se não bastasse, há ainda a chamada *liberdade de imprensa*, que designa a liberdade, conquistada ao longo do tempo, aos meios de comunicação em geral, de comunicarem fatos e ideias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão.

Lado outro, a liberdade de expressão, não se tem dúvida, abrange o *direito de opinião*, e, portanto, o *direito de crítica*, mesmo que em tom duro, ácido, desfavorável e contundente. Por isso, vale o registro de que a liberdade de expressão não deve proteger somente ideias positivas, socialmente aceitas, inofensivas e neutras, mas também aquelas negativas, ofensivas, incômodas e chocantes. Essa é uma exigência do pluralismo e da tolerância, essencial em uma sociedade democrática.

Abrange, ainda, o *direito de sátira*, através do exercício do humor. Esse, inclusive, é preciso advertir, ainda que de mau gosto, não traz qualquer mensagem séria que dele possa ser extraída. São apenas piadas destinadas, em princípio, à diversão do

¹⁴ “A comunicação de fatos ou de notícias não se dá nunca em um estado quimicamente puro e compreende, quase sempre, algum elemento valorativo ou, dito de outro modo, uma vocação à formação de uma opinião” (CASTRO. Op. cit., p. 106).

¹⁵ “Esta configuración autónoma de ambos derechos no puede oscurecer el hecho de que la libertad de información es material y lógicamente una faceta de la libertad de expresión. (...) La construcción dogmática de ambos derechos tiene idénticos fundamentos, o dicho en otras palabras, que las líneas doctrinales que se elaboran en beneficio de la garantía de la libertad de expresión son aplicables, con escasas acomodaciones, a la libertad de información” (TALAVERA, María del Mar López; BARROSO, Porfirio. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madrid: Fraga, 1998, p. 50).

ouvinte ou telespectador. Extremamente difícil é estabelecer uma hierarquização de valores no sentido de determinar o que pode ou o que não pode ser objeto de uma manifestação humorística. O resultado seria uma absurda e inócua restrição à atividade humorística, proibindo-se piadas com loiras (sexismo), portugueses (xenofobia), negros (racismo), judeus (intolerância religiosa), idosos, deficientes, e, talvez, até animais¹⁶.

Claro que abusos do direito de crítica e sátira não serão tolerados. E disso se tratará adiante.

4. CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O debate acerca dos potenciais conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade é bastante conhecido, embora ainda não suficientemente resolvido. A Constituição de 1988 foi enfática na proteção da liberdade de expressão, nas suas diversas formas de manifestação. Da mesma forma, a Constituição estabeleceu extenso rol de direitos fundamentais relacionados com a dimensão existencial da subjetividade humana, chamados de direitos da personalidade. Todavia, nenhum direito constitucional é absoluto. Isso nos conduz ao tema dos direitos da personalidade e sua ponderação com a liberdade de expressão.

Vejamos o conflito entre o direito à imagem e a liberdade de expressão. Costuma-se invocar que a imagem, mesmo que não autorizada por seu titular, pode ser utilizada desde que captada em um lugar público ou se tratar de uma pessoa pública.

Ora, ninguém deixa em casa, sua imagem, quando sai às ruas. A imagem deve ser tutelada em qualquer lugar. Claro que, ao participar da vida comunitária, qualquer pessoa se sujeita a ser retratada como parte integrante da realidade coletiva (como

¹⁶ BRANDÃO, Tom Alexandre. *Rir e fazer rir: uma abordagem jurídica dos limites do humor*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2016, p. 179-181.

a imagem de milhares de torcedores em um estádio ou da imensidade de banhistas em uma praia). O que se retrata aí, porém, é indiscutivelmente o fenômeno coletivo, do qual os retratados são meros componentes, não individualizados. Bem diferente seria se a imagem individualize determinada pessoa (como a imagem de um torcedor ou um banhista), não exprimindo, assim, a retração do fenômeno coletivo¹⁷.

Lado outro, a proteção ao direito de imagem de celebridades é tão intensa quanto a de qualquer um. Celebidades vivem de sua imagem na mídia, o que reforça sua proteção. O fato da pessoa retratada ser célebre ou notória pode quando muito sugerir que há algum grau de interesse do público em ter acesso à sua imagem. Isso não basta, contudo, para se conclua sempre pela prevalência da liberdade de expressão sobre o direito de imagem¹⁸. Mesmo assim, públicos não são quaisquer episódios sobre os quais os leitores de jornais e revistas, ou espectadores de TV, ou os internautas possam ter interesse. Público, no que concerne a atos envolvendo a imagem das pessoas, é apenas o evento sobre o qual recaia um interesse legítimo da informação¹⁹.

Enfim, os critérios isolados de lugar público ou pessoa pública, não constituem guia seguro para a solução do conflito. Diversos outros fatores devem ser sopesados antes de se concluir qual dos dois direitos fundamentais deve prevalecer no caso concreto.

Vejam agora o conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão. A privacidade se sujeita, como qualquer outro direito da personalidade, a ponderações que, à luz das circunstâncias concretas, a fazem ora prevalecer, ora ceder passagem, a outros interesses de envergadura constitucional merecedores de igual proteção pela ordem jurídica. E novamente

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 110.

¹⁸ *Ibidem*, p. 112.

¹⁹ ROSENVALD; FARIAS. *Op. cit.*, p. 234.

chega-se à conclusão acima estabelecida de que os critérios isolados de lugar público ou pessoa pública não constituem guia seguro para a solução do conflito.

Ora, ninguém deixa em casa, sua privacidade, quando sai às ruas. O direito à privacidade não se restringe ao ambiente doméstico. O que deve ser analisado não é somente o caráter público ou privado do local, mas também a expectativa de privacidade em torno do ato captado naquelas circunstâncias concretas. Determinante não pode ser, de modo algum, o aspecto puramente estrutural do local (público ou privado) onde a intimidade da pessoa é captada, mas também a consciência e a expectativa de quem ali se encontra. Entender o contrário é declarar o fim da privacidade de quem quer que saia pela porta de casa.²⁰

Lado outro, se a profissão ou o sucesso de uma pessoa a expõe ao interesse do público, o direito não deve deixar de assegurar a tutela de sua privacidade²¹, mas reforçá-la, mesmo porque sempre haverá um espaço íntimo resguardado da curiosidade alheia. Não é próprio afirmar, portanto, que alguns indivíduos teriam renunciado genericamente à inviolabilidade de sua intimidade e vida privada pelo fato de serem pessoas notórias. É certo que, dependendo de suas opções pessoais, o âmbito de proteção da intimidade e da vida privada de um indivíduo será menor que o de outros. Isso não significa, porém, que os indivíduos – todos eles – não sejam titulares de alguma esfera de privacidade que deverá ser protegida pelo Direito.

Enfim, a captação e divulgação da vida privada do sujeito sem o seu consentimento, devem ser admitidas somente em caráter excepcional, quando justificadas por outros interesses mercedores de tutela à luz do ordenamento jurídico.

Vejamos agora o não menos relevante conflito entre o direito à honra e a liberdade de expressão. Costuma-se invocar que o direito à honra é limitado pela circunstância de ser

²⁰ SCHREIBER. Op. cit., p. 145.

²¹ *Ibidem*, p. 144.

verdadeiro o fato imputado ao indivíduo, salvo quando se tratar de um fato de caráter puramente privado, sem qualquer repercussão no meio social, não havendo assim qualquer interesse público na divulgação.²²

Contudo, esse critério por si só é insuficiente para a solução do conflito. Se o direito à honra não é absoluto, certo é também que a liberdade de expressão possui a mesma característica. A liberdade de expressão não pode ser desvirtuada de sua função genuína, para albergar manifestações pejorativas sobre qualquer pessoa, sem a existência de dados objetivos cuja transmissão possa assumir interesse informativo para o público daquele veículo de comunicação. O direito de informar não pode servir de carta branca para estampar declarações de qualquer tipo, sem uma responsável ponderação entre o interesse social na difusão daquela informação e o impacto negativo que pode produzir sobre a honra das pessoas. Enfim, a liberdade de expressão deve ser exercida com responsabilidade.

Portanto, nesse momento é preciso estabelecer critérios mais seguros para a ponderação desses direitos de estatura constitucional, para uma solução ao caso concreto que seja justa e adequada.

Como já mencionado, a Constituição de 1988 estabelece de forma ampla a proteção da liberdade de expressão, informação e de imprensa. Veja-se, a propósito, o que dispõe o art. 5º, IV, IX e XIV, bem como art. 220, §§ 1º e 2º, da Constituição: “Art. 5º. IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;” “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição,

²² BARROSO. Op. cit.

observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Como se constata dos dispositivos referidos, a Constituição proíbe, expressamente, a licença e a censura (possibilidade de o Estado interferir no conteúdo da manifestação do pensamento). As liberdades de expressão, informação e imprensa são pressupostos para o funcionamento dos regimes democráticos, que dependem da existência de um mercado de livre circulação de fatos, ideias e opiniões. O propósito último da garantia de liberdade de expressão é o de fomentar um robusto, aberto e livre debate público, que prepare os cidadãos para deliberar sobre assuntos de interesse geral. Esse mercado de idéias (*marketplace of ideas*) deve ser protegido e mesmo incentivado pelo Estado, de forma a criar condições de informação e capacitação para o exercício da cidadania²³.

Em outras palavras, existe inegável interesse público no exercício da liberdade de expressão, informação e de imprensa, independentemente da qualidade do conteúdo que esteja sendo veiculado. Por essa razão, elas são tratadas como liberdades preferenciais em diferentes partes do mundo.

Nada obstante, como nenhum direito constitucional é absoluto, a própria Constituição impõe alguns limites à liberdade de expressão, como por exemplo: a) vedação do anonimato (art. 5º, IV); b) direito de resposta (art. 5º, V); c) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º); d) classificação indicativa (art. 21, XVI) visando a proteção da família, crianças e adolescentes; e e) dever

²³ BINENBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa*. Em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf. Visualizado em 26/02/2019.

de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X)²⁴. No caso específico de rádio, televisão e outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221 traz uma lista de princípios que devem orientar sua programação. Daí surge o conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão.

Tanto a liberdade de expressão como os direitos de privacidade, honra e imagem têm estatura constitucional. Vale dizer que entre eles não há hierarquia. De modo que não é possível estabelecer, em abstrato, qual deve prevalecer. Em caso de conflito entre direitos dessa natureza, impõe-se a necessidade de ponderação. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa. Porém, em casos limítrofes há a necessidade de ser fazer escolhas. Todo esse processo tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

Todavia, uma premissa é certa. Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter

²⁴ Há outros limites à liberdade de expressão previstos constitucionalmente, expressos ou implícitos. É o caso da vedação de manifestações explícitas de ódio, intolerância e preconceito contra minorias estigmatizadas (*hate speech*), vedação prevista constitucionalmente, dentre outros, no art. 3º IV da CF que estabelece como objetivo fundamental do Brasil: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Assim decidiu o STF, no caso Ellwanger, no HC 82424. Decidiu-se, nesse julgamento, que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho antisemita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo (SARMENTO, Daniel. *Liberdade de Expressão e o problema do “Hate Speech”*. Em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Visualizado em 27/02/2019). Em 2020, um episódio brasileiro trouxe à tona outro limite constitucional à liberdade de expressão. Após manifestações a favor do regime ditatorial e fechamento de instituições republicanas, o Min. Alexandre de Moraes, do STF, autorizou a abertura de inquérito - a pedido da PGR - para investigar a existência de crimes contra a Segurança Nacional (lei 7170/83). Fundamentou o Ministro que a liberdade de expressão não permite a incitação à violência e ameaças às instituições republicanas, à democracia, ao Estado de Direito e à ordem constitucional. Em suma, pleitear a tirania, o arbítrio e a ditadura não estão abrangidos pela liberdade de expressão (CF, arts. 5º, XLIV; 34, III e IV; 60, parágrafo 4º).

individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa.

Em outras palavras, tanto em sua dimensão individual como, especialmente, na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades²⁵. A liberdade de expressão é pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais. Sem liberdade de expressão e de informação não há cidadania plena, não há autonomia privada nem pública. Os direitos políticos, a possibilidade de participar no debate público, reunir-se, associar-se e o próprio desenvolvimento da personalidade humana dependem da livre circulação de fatos, informações e opiniões. Como se não bastasse, a liberdade de expressão é indispensável para o conhecimento da história, para o progresso social e para o aprendizado das novas gerações. Por fim, há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de expressão e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre consolida os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas - encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de ruptura democrática.

²⁵“Assim, a liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais” (FARIAS. Op. cit., p. 167).

O amplo fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito constituem pré-requisitos indispensáveis para a tomada de decisões pela coletividade em um ambiente democrático. A possibilidade de os indivíduos exprimirem de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, assim como de terem acesso às ideias, preferências e visões de mundo dos demais é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial dos indivíduos, consistindo, assim, em uma emanção da sua dignidade. Toda intervenção no sentido de silenciar uma opinião, ainda que ruim ou incorreta, seria perniciosa, pois é na colisão com opiniões erradas que é possível reconhecer a verdade ou as melhores posições. Soma-se isso à função instrumental da liberdade de expressão para o exercício e o pleno gozo dos demais direitos fundamentais, além de constituírem claramente uma condição para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação.

Tudo isso justifica uma *posição de preferência em tese* (embora não de superioridade) da liberdade de expressão, em relação aos direitos individualmente considerados²⁶. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol²⁷ e do Tribunal Constitucional Federal alemão²⁸. É o que se pode extrair também de julgamentos pela Suprema Corte Brasileira, como a ADPF 130, que entendeu não recepcionada pela Constituição a Lei de Imprensa, a ADI 4815, que entendeu ser inexigível autorização de pessoa biografada ou retratada como coadjuvante (ou seus parentes, em caso de falecimento)

²⁶ BARROSO. Op. cit.

²⁷ “La jurisprudencia constitucional otorga a la libertad de expresión o de información un carácter preferente sobre los demás derechos fundamentales, como son el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen” (SERRA, Lluís de Carreras. *Derecho Español de la Información*. Barcelona: Universidad Oberta de Catalunya, 2003, p. 219).

²⁸ FARIAS. Op. cit., p. 178.

em obras biográficas²⁹, e também a ADPF 187, que no caso conhecido como marcha da maconha (pessoa que foram às ruas para reivindicar a legalização e a descriminalização do uso da maconha), entendeu o Supremo não haver o crime de apologia, fazendo prevalecer a livre expressão do pensamento e o direito de reunião.

Enfim, embora não haja superioridade, há uma posição de preferência em tese (*preferred position*) da liberdade de expressão sobre os direitos da personalidade. Todavia, registra-se que afirmar que a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial não significa uma hierarquização dos direitos fundamentais, tampouco reconhecer que a liberdade de expressão ostenta caráter absoluto. Mas significa que a sua superação, em um processo de ponderação, transfere o ônus argumentativo para a parte que pretende restringi-la.

Em outras palavras, a opção por uma posição preferencial da liberdade de expressão não ignora o perigo de que o exercício das liberdades comunicativas seja abusivo e produza danos injustos. No entanto, ela decorre do reconhecimento, historicamente comprovado, da impossibilidade de eliminar *a priori* os riscos de abusos sem comprometer a própria democracia e os demais valores essenciais tutelados. Em uma sociedade democrática, é preferível arcar com os custos sociais que decorrem de eventuais danos causados pela expressão do que o risco da sua supressão.

Todavia, essa afirmação não resolve o problema. É preciso avançar para alcançar critérios específicos para a ponderação, que não é afastada, como visto, pela teoria da *preferred position*. Luis Roberto Barroso propõe oito critérios ou elementos

²⁹ Nas biografias, a exposição da imagem, honra e privacidade do biografado, ainda que em graus variados, é da própria essência do gênero literário. Em uma biografia, a personalidade do biografado, seus relacionamentos interpessoais, sua trajetória e os episódios que compuseram sua vida são tomados como objeto de estudo e transformam-se em uma narrativa, a ser contada ao grande público a partir da perspectiva do biógrafo.

a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: (a) veracidade do fato; (b) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (c) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (d) local do fato; (e) natureza do fato; (f) existência de interesse público na divulgação em tese; (g) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (h) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição da divulgação. Vejamos cada um deles³⁰.

A) *A veracidade do fato*. A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade.

Todavia, essa verdade em questão não corresponde a uma verdade absoluta, mas sim uma verdade plausível e fundamentada. Em outras palavras, há um dever de apurar pelos veículos de comunicação, que, como é intuitivo, não equivale a uma investigação própria dos mecanismos estatais. Trata-se de um dever de apurar próprio da atividade jornalística, desde que sério e responsável. De fato, no mundo atual, no qual se exige que a informação circule cada vez mais rapidamente, seria impossível pretender que apenas verdades incontestáveis fossem divulgadas pela mídia. Em muitos casos, isso seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo de informação jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade. Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria e diligente os fatos que pretende

³⁰ BARROSO. Op. cit.

tornar públicos.

A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados desinforma e manipula ao invés de informar e formar a opinião pública. O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará. O jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar, contudo, isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre nos mecanismos estatais. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque os meios de comunicação, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento administrativo ou judicial de investigação.

Inclusive é muito comum que após a divulgação da notícia, a pessoa noticiada seja inocentada na esfera administrativa ou judicial. Todavia, se a suspeita que recaía sobre a pessoa noticiada, de fato, existia e era, à época, fidedigna, não há se falar em violação aos direitos da personalidade. Se hoje já não pesam sobre a pessoa noticiada essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, seja arquivado ou se mostre improcedente³¹.

³¹ Assim o voto da Relatora Ministra Nancy Andrihy, no REsp 984.803, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

B) *Licitude do meio empregado na obtenção da informação*. O conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo direito. A Constituição, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante meios ilícitos. Se o jornalista ou alguém empreitado pelo veículo de comunicação realizou, por exemplo, uma interceptação telefônica ilegal, invadiu domicílio ou dispositivo informático, violou o segredo de justiça de determinado processo ou obteve uma informação mediante tortura, violência ou grave ameaça, sua divulgação não será legítima. Ressalte-se que se o jornalista ou o veículo de comunicação obtiveram as informações de forma lícita, torna-se irrelevante a forma como a fonte (terceiro) obteve a informação, se de forma lícita ou ilícita. Ante a garantia do sigilo da fonte³² e o direito de buscar e obter informações, desde que esse ato em si não seja ilícito, o jornalista ou o veículo de comunicação podem divulgar as notícias obtidas por suas fontes. Note-se ainda que a circunstância de a informação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos, torna-a, assim, a princípio, uma informação pública.

C) *Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia*. As pessoas que ocupam cargos públicos têm o seu direito de privacidade e imagem tutelados em intensidade mais branda. O controle do poder governamental, por

³² Tratando do sigilo da fonte como direito básico do jornalista e prerrogativa constitucional que se qualifica como garantia institucional da própria liberdade de informação: “trata-se não apenas de uma proteção ao jornalista, destinada a lhe assegurar os meios para o livre exercício da sua atividade, mas de uma condição indispensável à própria liberdade de informação na vida contemporânea. A supressão da garantia do sigilo de fonte desestimularia fortemente toda e qualquer pessoa a fornecer dados e informações a jornalistas. Quem sairia perdendo não seria apenas o jornalista ou o veículo de imprensa, mas toda a sociedade brasileira, ameaçada na própria essência da democracia” (SCHREIBER, Anderson. *Sigilo de Fonte do Jornalista*. Em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/16/sigilo-de-fonte-do-jornalista/>. Visualizado em 28/02/2019).

parte do povo, amplia o grau legítimo de ingerência na esfera pessoal da conduta dos agentes públicos. O mesmo vale para as pessoas notórias, como artistas, atletas, modelos e pessoas do mundo do entretenimento. Evidentemente que menor proteção não significa supressão do direito. Já as pessoas que não têm vida pública ou notoriedade desfrutam de uma tutela mais ampla de sua privacidade e imagem.

D) *Local do fato*. Os fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla do que os acontecidos em locais públicos. Eventos ocorridos no interior do domicílio de uma pessoa, como regra, não são passíveis de divulgação contra a vontade dos envolvidos. Mas se ocorrerem em locais públicos ou lugares de acesso ao público, em princípio, sua proteção será menos ampla.

E) *Natureza do fato*. Há fatos que são notícias, independentemente dos personagens envolvidos. Acontecimentos da natureza, acidentes, assim como crimes em geral, são passíveis de divulgação por seu evidente interesse público, ainda quando exponham a privacidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidos. Há evidente interesse público na divulgação de supostos crimes, sobretudo quando envolvam desvios de dinheiro público, inclusive como fator inibidor de transgressões futuras.

F) *Existência de interesse público na divulgação em tese*. O interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro, mediante informações colhidas de forma lícita, se presume, como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de idéias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Presume-se, como regra geral, o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro, mediante informações obtidas de forma lícita. Todavia, nem toda informação verdadeira e obtida de forma lícita é relevante para o convívio em sociedade, ou seja, nem toda informação é relevante ao interesse

público. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepõe o interesse público, em tese, na divulgação, decorrente da liberdade de expressão e de informação.

G) *Existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos.* Existe interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos, como a atuação de órgãos encarregados de investigação criminal e administrativa, incluindo naturalmente a prestação jurisdicional. O art. 5º, XXXIII, da CF, assegura como direito de todos, o acesso a informações produzidas no âmbito de órgãos públicos, salvo se o sigilo for indispensável à segurança da sociedade e do Estado. Em um regime republicano, a regra é que toda a atuação do Poder Público, em qualquer de suas esferas, seja pública. A publicidade é o mecanismo pelo qual será possível ao povo controlar a atuação dos agentes públicos que afinal praticam atos em seu nome, a ele devendo satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los.

H) *Preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição da divulgação.* O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta³³ e a responsabilização, civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade.

Mesmo que a repressão posterior não se mostre ideal, sendo incapaz de restabelecer por completo o *status quo ante* daquele que teve seus direitos da personalidade violados, na sistemática criada pela Constituição prevalece a livre e plena circulação de ideias e notícias, assegurando-se, em contrapartida, o

³³ Há diferenças sutis entre retificação (corrigir), retratação (voltar atrás) e direito de resposta (responder, dando outra versão). Os dois primeiros são realizados pelo ofensor, o último pelo ofendido.

direito de resposta, retratação e retificação, bem como todo um regime de responsabilidades civis e penais que, mesmo atuando após o fato consumado, têm condição, a princípio, de inibir abusos no exercício da liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento. Contudo, em situações excepcionais poderá se valer da interdição da divulgação, quando a reparação posterior se mostrar absolutamente insuficiente e insatisfatória.

Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido – por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso. Já nos casos de violação da privacidade, a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença. No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua consequência. Mas no caso da intimidade, se se divulgar que o casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges – hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público – não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado.

Assim, não devem ser excluídos meios de tutela que possam se revelar adequados à proteção do direito da personalidade lesado, como é a tutela de remoção do ilícito e a tutela inibitória, incluindo a possibilidade de interromper a circulação de informações ou impedir sua publicação. Todavia, da posição de preferência da liberdade de expressão deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações ou a retirada de circulação de informações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação.

Conclui-se, portanto, que se presume, como regra geral, o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro, mediante informações obtidas de forma lícita. A notícia tem uma finalidade social, que é colocar a pessoa sintonizada com o mundo que a rodeia, para que possa desenvolver toda a potencialidade de sua personalidade. Visa capacitar e informar necessariamente o cidadão para o exercício pleno da cidadania. Assim, como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada posição preferencial (*preferred position*) de que essas garantias gozam. Sopesados o risco de lesão à subjetividade individual da pessoa humana e a ameaça de censura à imprensa, o fiel da balança deve pender para o lado do direito à informação e expressão. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, de acordo com os critérios acima mencionados³⁴.

Por fim, haverá casos em que o requisito da veracidade seja inaplicável. Se a liberdade de informação diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado e a liberdade de expressão tutela o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor e manifestações do pensamento em geral, concluímos que a informação não prescinde da verdade, porque é isso que as pessoas buscam ao se informar, todavia, não é o que ocorre com a liberdade de expressão, que como visto, diz respeito a pensamentos, ideias, opiniões e juízos de valor³⁵, de natureza abstrata, sem possibilidade de comprovação de sua veracidade. No caso de atividades

³⁴ BARROSO. Op. cit.

³⁵ “mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad (...), y por tanto, la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta” (SERRA. Op. cit., p. 49)

humorísticas, o requisito da veracidade também não possui aplicação. A atividade humorística, por essência, tem como conteúdo exatamente a inverdade.

A opinião e a crítica, mesmo que ácidas e contundentes, são manifestações legítimas da liberdade de expressão, tal qual o humor, mesmo que com forte conteúdo sarcástico. Dessa forma, não cabe aos Tribunais o papel de censor da atividade humorística e opinativa, salvo casos de abusos flagrantes, nas hipóteses claras em que ataques ultrajantes, pessoais e individualizados vierem travestidos de humor ou crítica. Quando o humor e a crítica não forem a causa da violação, mas apenas o meio para a ofensa direta ou sub-reptícia dos direitos da personalidade, ponderados os demais critérios acima descritos (quando cabíveis), poderemos estar diante de abuso, excesso ou desvio da liberdade de crítica e sátira, fazendo prevalecer, portanto, os direitos da personalidade, todavia, sempre prevalecendo, em regra, a composição posterior do dano, admitida a interdição da divulgação somente em casos excepcionalíssimos.

5. DIREITO AO ESQUECIMENTO

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Seja como um autônomo direito da personalidade ou mesmo decorrente do direito à privacidade³⁶, o direito ao esquecimento permite que fatos

³⁶ “O direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. Em uma decisão de 20 de abril de 1983, *Mme. Filipachi Cogedipresse*, o Tribunal de última instância de Paris consagrou este direito em termos muito claros: “[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao

ocorridos no passado não sejam reavivados tempos depois, quando a informação – embora verdadeira e obtida de forma lícita – deixa de ter interesse público na sua divulgação.

A internet não esquece. Ao contrário, serve de combustível aos prazeres mais primários da sociedade. A ideia de um direito ao esquecimento se torna ainda mais complexa quando aplicada à internet, ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado. Sem falar do alcance potencializado de divulgação, próprio desse cyberspaço. Até agora, tem-se mostrado inerente à internet - mas não exclusivamente a ela - a existência de um *resíduo informacional* que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado, e em muitas das vezes ultrajante³⁷.

A premissa do direito ao esquecimento é que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Assim também com relação ao crime, que acaba perdendo, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento, julgamento ou mesmo durante a execução da sua pena³⁸.

O ordenamento é repleto de previsões em que a passagem do tempo equivale a uma estabilização do passado ou esquecimento, vedando-se reagitar o que a lei pretende sepultar. Exemplos não faltam como a prescrição, a decadência, a

esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela” (OST, François. *O Tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005, p. 160-161)

³⁷ Na atual sociedade da hiperinformação parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BAUMAN, Zygmunt. *Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos e outras baixas colaterais da modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 113).

³⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 89-90.

irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito. No âmbito penal não é diferente, como é o caso do perdão, da anistia, da reabilitação penal e do direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena, sem falar também da prescrição e decadência penal.

Ora, se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo, acerca dessa condenação, na folha de antecedentes (art. 202 da Lei de Execuções Penais), significa que a legislação penal considera que o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar um interesse histórico. No caso de fatos genuinamente históricos, o interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo. Do contrário, tratando-se de crimes sem qualquer repercussão histórica, o uso dessa informação seria ilícita, pois estigmatizante, tendente apenas a perpetuar no tempo as misérias humanas.

Repita-se que o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretezude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à

esperança³⁹, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana⁴⁰.

Se tudo isso se passa no âmbito penal, com muito mais razão deve-se aplicar na esfera civil, conferindo às pessoas o mesmo direito de serem esquecidos por fatos outrora ocorridos.

Todavia, não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Por isso, a ninguém é dado o direito de apagar fatos ou reescrever a história, mesmo que seja a sua própria história, porque isso faz parte da sua biografia e jamais será apagado. O que o direito ao esquecimento propõe é assegurar a possibilidade de serem esquecidos fatos pretéritos, questionando o modo e a finalidade com que são ainda lembrados e divulgados. Em outras palavras, trata-se de um direito a não ser constantemente perseguido por fatos do passado, que já não mais refletem a identidade atual daquela pessoa⁴¹.

Lado outro, é preciso estabelecer limites, pois haverá casos em que o tempo não terá o condão de apagar o interesse público da informação⁴². Um exemplo já foi aqui mencionado,

³⁹ Assim o voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão, no REsp 1334097, julgado pelo STJ.

⁴⁰ Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento - se assim desejarem -, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram, salvo evidentemente, quando se tratar de crimes genuinamente históricos.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado*. Em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-admitem-proprietarios-passado>. Visualizado em: 28/02/2019.

⁴² É o caso das biografias, que evidentemente relatam a vida de pessoas notórias e públicas, despertadoras de interesse historiográfico: “Os homens públicos, que se destacam na história, ao assumirem posição de visibilidade, inserem voluntariamente

como é o caso de crimes genuinamente históricos, que o tempo não terá a força de aplacar o interesse público do seu conhecimento. O mesmo se passa com outros fatos que por motivos legítimos mantenham relevância histórica em sua divulgação, pelo fato em si ou pela pessoa envolvida. Todavia, uma coisa é absolutamente certa. Quanto mais invasivo à honra, imagem e privacidade da pessoa, maior força terá o tempo na estabilização do passado e no direito ao esquecimento. Enfim, o caso concreto deverá ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuidade da divulgação da notícia com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida.

6. CONCLUSÃO

Sob a ótica civilista, os direitos fundamentais relacionados com a dimensão existencial da subjetividade humana são denominados de direitos de personalidade. Há uma íntima relação dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, podendo-se afirmar que os direitos da personalidade decorrem e são instrumentos de realização da dignidade humana.

Dentro dos direitos da personalidade, observamos uma gama importante de direitos ligados à proteção da integridade

a sua vida pessoal e o controle de seus dados pessoais no curso da historiografia social, expondo-se ao relato contido nas biografias [...] Vale registrar que mesmo o chamado direito ao esquecimento, invocado como forma de apagar parcela da vida ou fatos passados, cede frente ao interesse público inerente à publicação de biografias”. (TEPEDINO, Gustavo. *Liberdade de Informação e de Expressão: Reflexão sobre as Biografias não autorizadas*. Em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/document_2_1.pdf. Visualizado em 28/02/2019). Da mesma forma: “uma certa apresentadora de televisão, famosa pela atuação em programas infantis, quando era muito jovem, e por razões que não interessam, posou nua para um fotógrafo. Pode-se requerer que aquelas fotos não sejam publicadas invocando o direito ao esquecimento? Segundo nós sim, a menos que sejam essenciais para a informação, a exemplo do que ocorre quando se quer escrever uma biografia completa da pessoa” (RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 65).

moral e psíquica do indivíduo, como são os direitos à honra, à imagem, bem como a intimidade e vida privada da pessoa humana.

No presente trabalho utilizou-se a expressão liberdade de expressão em sentido amplo, abrangendo a liberdade de informação e também a liberdade de imprensa. A liberdade de expressão abrange o direito de opinião, e, portanto, o direito de crítica. Abrange, ainda, o direito de sátira, através do exercício do humor.

A Constituição de 1988 foi enfática na proteção da liberdade de expressão, nas suas diversas formas de manifestação. Da mesma forma, a Constituição estabeleceu extenso rol protetivo de direitos da personalidade. Todavia, nenhum direito constitucional é absoluto. Isso nos conduz ao tema dos direitos da personalidade e sua ponderação com a liberdade de expressão.

A liberdade de expressão goza de uma posição de preferência em tese – e não de superioridade – em relação a outros direitos individualmente considerados, como os direitos da personalidade. Há inúmeras razões para assim sustentar. A liberdade de expressão possui uma função instrumental para o exercício e o pleno gozo dos demais direitos fundamentais, além de constituir claramente uma condição para a consolidação da democracia, bem como para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação. Não há exercício pleno da cidadania sem liberdade de expressão.

Todavia, é preciso avançar para alcançar critérios específicos para a ponderação, que não é afastada pela teoria da *preferred position*. Propõem-se, assim, oito critérios ou elementos a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: (a) veracidade do fato; (b) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (c) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (d) local do fato; (e) natureza do fato; (f) existência de interesse

público na divulgação em tese; (g) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (h) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição da divulgação.

Conclui-se, portanto, que se presume, como regra geral, o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro, mediante informações obtidas de forma lícita. Assim, como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada posição preferencial de que essas garantias gozam. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, de acordo com os critérios acima mencionados.

Contudo, haverá casos em que o requisito da veracidade seja inaplicável, como no caso da liberdade de expressão, que como visto, diz respeito a pensamentos, ideias, opiniões e juízos de valor, de natureza abstrata, sem possibilidade de comprovação de sua veracidade. O mesmo ocorre no caso de atividades humorísticas, pois o humor, por essência, tem como conteúdo exatamente a inverdade.

A opinião e a crítica, mesmo que ácidas e contundentes, são manifestações legítimas da liberdade de expressão, tal qual o humor, mesmo que com forte conteúdo sarcástico. Dessa forma, não cabe aos Tribunais o papel de censor da atividade humorística e opinativa, salvo casos de abusos flagrantes, nas hipóteses claras em que ataques ultrajantes, pessoais e individualizados vierem travestidos de humor ou crítica. Quando o humor e a crítica não forem a causa da violação, mas apenas o meio para a ofensa direta ou sub-reptícia dos direitos da personalidade, ponderados os demais critérios acima descritos (quando cabíveis), poderemos estar diante de abuso, excesso ou desvio da liberdade de crítica e sátira, fazendo prevalecer, portanto, os direitos da personalidade.

O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação

pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta e a responsabilização, civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade.

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Seja como um autônomo direito da personalidade ou mesmo decorrente do direito à privacidade, o direito ao esquecimento permite que fatos ocorridos no passado não sejam reavivados tempos depois, quando a informação – embora verdadeira e obtida de forma lícita – deixa de ter interesse público na sua divulgação.

A ninguém é dado o direito de apagar fatos ou reescrever a história. O que o direito ao esquecimento propõe é assegurar a possibilidade de serem esquecidos fatos pretéritos, questionando o modo e a finalidade com que são ainda lembrados e divulgados.

É preciso estabelecer limites, pois haverá casos em que o tempo não terá o condão de apagar o interesse público da informação, que por motivos legítimos, mantém a relevância histórica em sua divulgação, pelo fato em si ou pela pessoa envolvida. Todavia, é certo que quanto mais invasivo à honra, imagem e privacidade da pessoa, maior força terá o tempo na estabilização do passado e no direito ao esquecimento. Enfim, o caso concreto deverá ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuidade da divulgação da notícia com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida.



BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JUNIOR, Vítor de Azevedo. *A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo*. Em:

- SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação*. Em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Visualizado em 25/02/2019.
- BAUMAN, Zygmunt. *Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos e outras baixas colaterais da modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa*. Em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf. Visualizado em 26/02/2019.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BRANDÃO, Tom Alexandre. *Rir e fazer rir: uma abordagem jurídica dos limites do humor*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2016.
- CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao esquecimento: proteção*

- da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.
- GARDÓ, Antonio Fayos. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- KONDER, Carlos Nelson de Paula. *O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro*. Em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7497>. Visualizado em 28/02/2019.
- MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre. *El derecho a la propia imagen*. Madri: Tecnos, 1997.
- MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. *O direito ao esquecimento na Internet*. Em: *Direito privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.
- OST, François. *O Tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.
- RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma: Editori Laterza, 2005.
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 14ª ed. Salvador:

Juspodivm, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Liberdade de Expressão e o problema do “Hate Speech”*. Em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Visualizado em 27/02/2019.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado*. Em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-admitem-proprietarios-passado>. Visualizado em: 28/02/2019.

_____. *Sigilo de Fonte do Jornalista*. Em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/16/sigilo-de-fonte-do-jornalista/>. Visualizado em 28/02/2019.

SERRA, Lluís de Carreras. *Derecho Español de la Información*. Barcelona: Universidad Oberta de Catalunya, 2003.

TALAVERA, María del Mar López; BARROSO, Porfirio. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madri: Fraga, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. *Liberdade de Informação e de Expressão: Reflexão sobre as Biografias não autorizadas*. Em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/docum ent_2_1.pdf. Visualizado em 28/02/2019.