

A LIBERDADE DE IMPRENSA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO: PONDERAÇÕES HERMENÊUTICAS NO DIREITO BRASILEIRO

PRESS FREEDOM AND THE RIGHT TO FORGET: HERMENEUTICAL CONSIDERATIONS IN BRAZILIAN LAW

Sterfany Feitosa 1
Fábio Barbosa Chaves 2

Resumo: O presente artigo apresenta a perspectiva principiológica que resulta a aplicação do direito ao esquecimento no Brasil. A construção sustenta-se em delinear a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988- CRFB/88 como parâmetro para a análise do direito à imagem, à informação e à liberdade de imprensa. Ademais, averiguar a evolução dos direitos fundamentais, no que tange ao ângulo da dignidade da pessoa humana. O artigo estabelece um conflito entre direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade de imprensa e o direito à imagem. Em vista disso, apresenta conceitos e casos verídicos, objeto de discussão em processos judiciais, com o fim de demonstrar como o judiciário brasileiro lida com direito ao esquecimento. E ainda, questiona-se, havendo conflito entre direitos fundamentais, especialmente, direito de ser deixado em paz e liberdade de imprensa qual prevalece na aplicação do direito brasileiro.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Direito de Imagem.

Abstract: This article presents the principiological perspective that results from the application of the right to be forgotten in Brazil. The construction is based on outlining the Federal Constitution of 1988 as a parameter for the analysis of the right to image, information and freedom of the press. In addition, to investigate the origin of fundamental rights, regarding the angle of human dignity. The article establishes a conflict between fundamental rights, namely, freedom of the press and the right to be forgotten. In view of this, it presents concepts and real cases, the subject of discussion in legal proceedings, in order to demonstrate how the Brazilian judiciary applies the right to be forgotten. And yet, it is questioned, there is a conflict between fundamental rights, especially the right to be left in peace and freedom of the press which prevails in the application of Brazilian law.

Keywords: Fundamental Rights. Dignity of Human Person. Image Rights.

Graduação em Direito pelo Centro Universitário
Católico do Tocantins (UniCatólica).
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1950243015394853>.
E-mail: ster.may.cpm@gmail.com | 1

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais (PUC/MG). Mestre em Direito, Relações Internacionais e
Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO).
Atualmente é professor do Centro Universitário Unicatólica do Tocantins e
Professor da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Secretário Municipal
de Assuntos Fundiários e Presidente Interino da Fundação Municipal de Meio
Ambiente no município de Palmas/TO.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7435008955450391>.
E-mail: fabio.barbosa@catolica-to.edu.br | 2

Introdução

O século XXI é marcado pela velocidade com que as informações se propagam. Nos dias atuais, o acesso à internet é capaz de proporcionar ao usuário todas as buscas que realiza em questão de segundos, a depender de sua localização. Ao realizar pesquisas o internauta depara-se com a apresentação de diversas páginas, sites e textos demonstrando diversas perspectivas acerca do tema proposto.

Atualmente a imprensa possui uma função essencial no compartilhamento de informações. Os meios de comunicação jornalísticos detêm uma força em potencial, devido a proporção de sua propagação. É comum que as notícias catastróficas espalham-se rapidamente, no entanto quando há retificações, isto é, correções em algum ponto da matéria, o alcance nem sempre é o mesmo.

Na era da informação, estudar o processo da sociedade com a imprensa trata-se de uma abordagem fundamental, uma vez que, a responsabilidade não recai estritamente sobre os jornais, mas também sobre as pessoas que decidem prosseguir com divulgações indevidas.

Faz-se necessário que haja conscientização da sociedade em sua amplitude a fim de perceber que além dos efeitos positivos da mídia há diversas consequências negativas para a pessoa que tem suas imagens e experiências divulgados ilimitadamente.

É notório que os veículos de informação detêm real influência sobre a população. Todavia, o que acontece quando a transmissão da notícia prejudica o particular? Tem-se por um lado a liberdade de imprensa e o direito de informação, e sob outra perspectiva a individualidade.

A legislação brasileira assegura a todos os brasileiros ou estrangeiros residentes no país, dignidade da pessoa humana, da qual decorre o respeito à imagem, o resguardo da honra, bom nome, privacidade e intimidade. Um dos desdobramentos desta garantia é o direito ao esquecimento, conhecido como o direito de ser deixado em paz.

O dilema está em verificar qual postura deve ser adotada quando há conflito entre o direito do particular e a liberdade de imprensa, visto que, no Brasil não é dada a possibilidade de censurar as notícias expostas na mídia, e os direitos da personalidade não possuem hierarquia entre si.

A estrutura constitucional dos direitos fundamentais

O Brasil, estado democrático de Direito, tem a Constituição Federal como pilar para todo o ordenamento jurídico. Ao analisar quaisquer sejam os temas, é imperioso atentar-se ao que a Carta Magna expressa sobre o assunto. Assim, este capítulo busca apresentar a perspectiva dos direitos fundamentais aplicadas especialmente ao direito à imagem, à informação e à privacidade.

A princípio, elucida-se que no âmbito do direito constitucional há uma classificação dos direitos humanos em gerações. Flávio Martins (2019), apresenta seis gerações de direitos fundamentais, quais sejam: primeira geração, direitos individuais ou liberdades públicas; segunda geração, direitos sociais; terceira geração, direitos metaindividuais ou transindividuais; quarta geração, direitos decorrentes do avanço tecnológico; e por fim, quinta e sexta geração, relacionados aos desafios da sociedade tecnológica e da informação.

Ao classificar os direitos em gerações, Flávio Martins (2019), aponta que cada divisão importa uma ação do estado. Podendo ser uma ação positiva, quando há interferência estatal, uma função negativa, quando ele deixa de interferir na autonomia do cidadão, e por último pode adotar uma postura passiva, quando estabelece deveres fundamentais aos indivíduos.

Quanto ao direito à imagem, informação e privacidade diz-se que se referem a direitos de primeira, terceira e segunda geração refletindo diferentes atuações do estado. No que se refere ao direito à imagem, Caleffi (2020) define-o como o conjunto de elementos vinculados à personalidade do indivíduo, abrangendo aspectos físicos e psicológicos.

Isto posto, verifica-se a indisponibilidade da imagem do indivíduo como perdimento do seu eu, visto que, trata-se de sua pessoalidade e autonomia individual. A imagem é a exteriorização que abrange todas as facetas privativas do indivíduo, que no que lhe concerne, torna cada ser humano ímpar.

O direito brasileiro protege a imagem e honra desde a concepção ao post mortem. Re-memora-se caso julgado pelo STJ (RESP. N°1.487.089/SP) em que Wanessa Camargo ingressou com medida judicial contra Rafael Bastos Hocsman de modo a resguardar direitos da personalidade de seu bebê.

Apesar de se tratar de um nascituro, houve o reconhecimento do dano moral tendo em consideração o abuso da liberdade de expressão bem como o princípio da dignidade da pessoa humana. De outro modo, nota-se a interpelação referente à imagem da pessoa falecida. O artigo 12 do Código Civil assente ao cônjuge, qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau a legitimação para exigir a cessação de desrespeito à personalidade.

Diante disso, é perceptível que o direito à imagem tem garantida a sua proteção no decorrer da vida de cada cidadão, desde a concepção ao pós-morte. Harmoniza-se, no Brasil, o direito à imagem relaciona-se com a informação e direito à liberdade de expressão.

A autonomia do cidadão é um direito amparado pela CRFB/88, essa dispõe ser livre a manifestação do pensamento. Percebe-se a presença de características da primeira geração de direitos. Ferreira (2020), expressa que o direito de acesso à informação deve ser compreendido como um direito negativo. Isto é, o estado deve abster-se de interferir na liberdade do cidadão, pois conforme a CRFB/88, importa que o sigilo seja a exceção e não a regra.

Ademais, a carta magna brasileira dispõe em seu artigo (5°) inciso XIV, é direito de todos o acesso à informação, bem como é resguardado o sigilo da fonte quando necessário ao sigilo profissional. O direito à informação possui dois desdobramentos, são eles, a liberdade de informar e o direito de ser informado. Delgado (2006) esclarece que o primeiro tem relação principalmente com os veículos de comunicação, se consolida substancialmente pela expressão de alguém.

Acerca da manifestação da voz, opinião e pensamento a CRFB/88 assegura em seu artigo (5°) que quaisquer deles têm a liberdade como fator. A liberdade de informar é ampla, porém não significa que seja irrestrita, contíguo à garantia há a ressalva aos excessos que causem dano a outrem.

Quanto ao direito de ser informado, trata-se de gozar de acesso a dados que busca. Por exemplo, se o cidadão necessita de dados que estão em repartição pública e que sejam de interesse pessoal, pode solicitá-la, sob pena de o órgão responder judicialmente.

Dessarte questiona-se, dado que o direito à informação é amparado pela liberdade, poderia sofrer limitação estatal? Atualmente, uma das ferramentas que evidenciam as informações como ferramenta de resposta a este direito é a imprensa, meio pelo qual a sociedade busca saber o que está acontecendo no lugar onde vivem e no mundo.

A CF/88 dispõe em seu artigo 220, é livre a manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão nenhuma restrição, observado o que está disposto na própria constituição.

Verifica-se ao final do artigo supramencionado que há uma ressalva, excetuando a liberdade desde que não contrarie normas da carta magna. Para melhor esclarecimento, cita-se direitos que encontram amparo constitucional, como a dignidade da pessoa humana, o direito ao nome, à honra e à privacidade.

O artigo 1° da Lei de Imprensa dispõe ser livre a manifestação do pensamento, a divulgação de informações independentemente de censura, respondendo pelos abusos que cometer. Silva, Nunes e Barros (2020) advertem que apesar de a imprensa não sofrer censura, nada obsta que haja limites em sua atuação com o fim de preservar os direitos individuais como a intimidade e a privacidade.

Salienta-se, o Brasil é um estado democrático de direito, atentar-se a essa característica é perceber que não é inerente à atuação estatal a implicação de restrição, nem tampouco de prévia análise a atuação da mídia.

Entende-se que a regra é a liberdade, e somente após, se houver violação/abuso que haverá um controle do estado sobre os atos. Delgado (2006, p.8) adverte: “Não há democracia sem que todos os cidadãos, indistintamente, tenham plena e ampla liberdade de expressão e de imprensa, traduzidas no binômio do direito de informar e ser informado - direitos esses inalienáveis de todos os cidadãos.”

Posto isso, resta evidente que informar e ser informado assume um papel significativo em se tratando da relação do cidadão com a atuação estatal. Certificar-se que há a livre manifestação da expressão por meio da imprensa possibilita o efetivo cumprimento do estado democrático de direito.

O esquecimento como expressão de dignidade: processo evolutivo

A dignidade da pessoa humana exerce função norteadora à aplicação do Direito, dado que os princípios estabelecem uma lente sobre a qual o observador examina as situações expostas. Destaca-se, no direito brasileiro a dignidade está disposta na CRFB/88 em seu primeiro artigo, apontada como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Nota-se, o legislador insere a dignidade em Título diferente dos direitos precipuamente fundamentais. Posto isso, vislumbra-se distinção entre os fundamentos e os demais direitos constitucionais. Para compreender a relação entre a dignidade da pessoa humana com o direito ao esquecimento, oportuna-se discorrer sobre a historicidade, processo evolutivo, assim como a gênese dos princípios, com o intuito construir uma base com os elementos que formam a aplicação do direito ao caso concreto.

Marmelstein (2019) evidencia o direito como uma ciência social que se transforma no decorrer dos anos. O autor sustenta, há um marco divisório na História que define a perspectiva atual da teoria jurídica humanitária, qual seja, o holocausto acometido aos judeus no século XX.

Brevemente, rememora-se os fatos do genocídio que se deu 1933 a 1945. Adolf Hitler chanceler da Alemanha, chefiou umas das maiores atrocidades da história, sobretudo ao povo judeu. A perseguição em massa, os campos de concentração, os testes genéticos, entre outras crueldades marcam esse período.

No que concerne aos autores das malevolências, isto é, os envolvidos no extermínio em massa, houve um julgamento no Tribunal de Nuremberg. Marmelstein (2019) esclarece que à época as leis eram permissíveis a todos os atos praticados no genocídio, dessa forma, não havia ilegalidade nos atos. Ainda que diante de atos válidos, os juízes condenaram as ações sob a fundamentação de que houverem diversas violações aos direitos do homem.

O autor informa que sobrevieram críticas hermenêuticas ao sistema penal, pelo desrespeito às leis que regiam à época. No entanto, este julgamento sobreleva-se à dignidade da pessoa humana, à legalidade, e à força estatal. Por tudo isso, evidencia-se a dignidade como um superprincípio constitucional. Constatada a origem deste princípio, segue-se a contextualização do direito ao esquecimento.

A contemporaneidade comporta a propagação de informações de modo mais facilitado do que as gerações passadas, esse processo ocorre devido ao avanço tecnológico. O uso das redes de comunicação, como a televisão, rádio e principalmente a 'internet' está cada vez mais presente no cotidiano da população.

O debate acerca da divulgação de informações que dizem respeito à pessoa, no Brasil, ocasionou o enunciado 531 na IV Jornada de Direito Civil que declara: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Martins (2020) diz que as tecnologias podem ocasionar a perda na capacidade de controlar a própria vida, de realizar escolhas ou ainda de recomeçar. Diante dessa problemática cabe esclarecer o porquê da intitulação do termo "direito ao esquecimento".

Importa dizer, não há um conceito exclusivo que abarca o direito ao esquecimento, pois há diversas perspectivas para vislumbrar o tema. No entanto, para exemplificar, Fujita e Barreto Junior (2020, p. 14) valem-se do conceito de Consalter:

Um direito subjetivo, de titularidade individual e não absoluto, resultante do desdobramento do direito fundamental à intimidade, mediante o qual o interessado, no exercício de sua liberdade, autonomia e determinação individual, controla se fatos pertencentes ao seu passado podem ou não ser retomados no presente, como forma de salvaguardar a sua integridade emocional, psíquica, profissional e social, além de resguardar, eficazmente, a sua vida íntima.

Observa-se que o direito ao esquecimento embora não esteja disposto na constituição é interligado aos direitos individuais, sendo um desdobramento do direito à intimidade. Em complementação, Franceschi e Pompéo (2015, p.11) expressam a aplicação do direito, veja-se:

Analisar a matéria sob a simples ótica da proteção da privacidade e intimidade, na medida em que, passado determinado período de tempo, o cidadão teria o direito de não ser lembrado por fatos que possam lhe causar vergonha e descrédito, pode fazer com que estejamos diante de um verdadeiro isolacionismo social.

O direito ao esquecimento, também é conhecido como o “direito de ser deixado em paz”. Trata-se de uma limitação sobre fatos em que não há necessidade da perpetuação de sua divulgação no decorrer dos anos. Franceschi e Pompéo (2015) sustentam a restrição tanto do ponto de vista temporal, como pessoal, dado que, em determinadas circunstâncias como supracitado pode causar sofrimento ao indivíduo em sua vida privada.

No ato de elaboração do Enunciado 531 na IV Jornada de Direito Civil, a justificativa de seu texto explica que este direito surge no campo penal com o fim de resguardar os direitos de ex-detentos a ressocialização. Apesar de nascer no campo do direito penal, se estende ao direito civil sobre casos que não possuem fundamentos penalistas.

Destaca-se que a aplicação do direito ao esquecimento não possui o condão de apagar fatos nem tampouco reescrever a história, mas assegurar a possibilidade de rever o uso das informações e de que modo serão lembradas.

Ao dispor sobre a imprensa, a legislação brasileira sustenta a sua atuação em diversos dispositivos legais. A Carta Magna declara a liberdade de expressão, profissão e pensamento, como regra, serve como fundamento para a atuação da imprensa.

Ademais há uma Lei específica para tratar desse assunto (Lei nº5.250/1967). Declara ser livre a difusão de informações, por qualquer meio, sem dependência de censura, podendo ser responsabilizada pelos abusos que cometer.

Dito isso, é perceptível a divergência entre a aplicação da liberdade de imprensa como propulsor de informações, e o particular com a manifestação do interesse de não ter fatos pessoais expostos na mídia, ter sua vida íntima resguardada.

Aplicação do direito ao esquecimento no Brasil

Neste ponto, importa traçar como o judiciário brasileiro se manifestou acerca deste tema no decorrer do tempo e instâncias. Há dissentimento entre a liberdade de imprensa e a disposição da vida íntima do cidadão. Em razão disso, apresenta-se julgados do Supremo Tribunal Federal-STF e Supremo Tribunal de Justiça-STJ com o fim de demonstrar sua aplicação no direito brasileiro.

Cumprido apresentar inicialmente o Recurso Especial nº1.334.097 (2012/0144910-7) julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se da judicialização de situação vivenciada pelo Sr. Jurandir Gomes de França que ingressou com ação de reparação de danos em face da TV. Globo. Ltda. (Globo Comunicações e Participações S/A).

O caso deu-se do seguinte modo, no mês de julho de 1993, evento intitulado “Chacina da Candelária”, nomeação por conseguinte da sequência de atos que aconteceram em frente à igreja Candelária no Rio de Janeiro. Houveram oito homicídios contra jovens e diversas pessoas ficaram na condição de feridos.

Segundo o Código Penal Brasileiro, no que diz respeito especificamente aos homicídios ocorridos, por serem atentados contra a vida compete ao Tribunal do Júri realizar seu juízo. Dito isso, a Chacina da Candelária estabeleceu a competência no Júri popular.

O Senhor Jurandir foi um dos indiciados como coautor/partícipe do crime. Sucede que, após a tramitação legal, concluiu-se pela absolvição do Sr.Jurandir, ou seja, fora considerado inocente de tal acusação.

No ano de 2006 a emissora de televisão Rede Globo apresentou em rede nacional a reprodução do evento Chacina da Candelária no programa Linha Direta. Neste programa, foi rea-

lizada simulação dos fatos e incluso como um dos envolvidos na prática delituosa o Sr. Jurandir, tendo citado apenas ao final a absolvição do mesmo no processo judicial.

A divulgação da história anos após o ocorrido provocou azáfama na comunidade que o Sr. Jurandir residia motivando o ingresso na via judicial para resguardar a sua imagem.

Em julgamento ao RE do Resp. N°1.334.097 (2012/0144910-7), o STJ reconheceu o direito ao esquecimento:

RE no RECURSO ESPECIAL N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7) RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS RECORRENTE: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A ADVOGADOS: JOSÉ PERDIZ DE JESUS E OUTRO (S) - DF010011 JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO (S) - RJ075342 GUSTAVO BINENBOJM - RJ083152 RODRIGO NEIVA PINHEIRO E OUTRO (S) - DF018521 RECORRIDO: JURANDIR GOMES DE FRANÇA ADVOGADO: PEDRO D'ALCÂNTARA MIRANDA FILHO E OUTRO (S) - RJ069620 DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 786/STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO. DECISÃO. [...] 12. **Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional.**[...] 17. **Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.**[...] 21. Recurso especial não provido".[...] determino o SOBRESTAMENTO do recurso extraordinário até a publicação da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal acerca do Tema 786/STF da sistemática da repercussão geral. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 4 de outubro de 2017. MINISTRO HUMBERTO MARTINS Vice-Presidente.(grifo nosso)

Interpreta-se da decisão o reconhecimento do Direito ao esquecimento como um desdobramento dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. No entanto, sua aplicação sofre restrições diante do caso concreto.

Ao se tratar da Ação proposta pelo Sr. Jurandir não foi verificado abuso da emissora de televisão. Ademais, o Tribunal sustenta que o crime se tornou histórico, ao ponderar os fatos referente a Chacina da Candelária, diz-se que não é estritamente um direito individual do particular, mas passou a ser interesse da sociedade.

Outro caso notório para a abordagem do direito ao esquecimento no cenário brasileiro reiteradamente é caracterizada por uma ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem em face da Globo Comunicações e Participações S/A, ajuizada pelos familiares de Aída Curi, qual sejam, seus irmãos, Nelson Curi, Roberto Curi e Maurício Curi.

O caso se deu no ano de 1958, Aída Curi foi vítima de homicídio com 18 anos. O crime foi amplamente noticiado pela mídia, atribuindo-se notoriedade social a este fato. Na volta da escola a jovem foi abordada por dois rapazes, Ronaldo Guilherme de Souza Castro e Cássio Murilo Ferreira que pegaram a sua bolsa.

Logo após, com a ajuda do Senhor Antônio João, porteiro de um edifício próximo ao local onde estavam, auxiliou os dois rapazes a transportarem Aída Curi à força para o prédio em que trabalhava na região de Copacabana.

Encaminharam-se ao décimo segundo andar do prédio em construção à época, levando-a para este andar, houve tentativa de estupro. Relata-se, ao perceber que Aída Curi estava desacordada jogaram-na do prédio com o fim de simular suicídio. Segundo a perícia judicial, a

jovem morreu virgem, confirmando que não houve a consumação do estupro.

O cerne da questão dá-se 50 anos após o crime, o programa Linha Direta da TV Globo noticiou o caso de Aída Curi. Explica-se, houve simulação do caso em rede nacional, no que lhe concerne, levou a família a reviver todos os fatos que ocasionaram dores e sofrimento pela sua perda.

O processo movido pelos irmãos da vítima, objeto do RESP N°1.335.153 RJ (2011/0057428-0) manifestou pretensão a indenização pela divulgação não autorizada da imagem da falecida.

Em julgamento a 4ª Turma do STJ reconheceu a aplicabilidade do direito ao esquecimento e manifestou acerca da indenização por uso indevido da imagem, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURÍ". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.[...]5. Com efeito, o **direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos**, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.[...]7. Não fosse por isso, o **reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar**. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar.[...] 9. Por outro lado, **mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa**. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias - assim também ao que alegam os próprios recorrentes -, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização. 10. Recurso especial não provido..(grifo nosso)

Observa-se a existência do direito ao esquecimento tanto ao ofensor como ofendido, tendo em vista que os direitos fundamentais não são exclusivos da vítima. Importa lembrar que o direito de ser deixado em paz nasce para resguardar o direito à imagem do réu condenado, com o fim de ressocializar-se na sociedade.

A pretensão dos irmãos de Aída Curi não se restringem apenas ao reconhecimento de um direito, mas pleiteiam indenização diante do uso indevido da imagem da falecida. Segundo o STJ, reconhecer o direito ao esquecimento não implica necessariamente o dever de indenizar, dado que, esta é vinculada ao dano causado.

A análise do caso nas instâncias ordinárias não vislumbrou abuso de direito na apresentação da imagem de Aída Curi no programa de televisão, eximindo a emissora de responsabili-

zação pelo uso indevido. A imprensa, veículo de comunicação, serve a população para expor a realidade, o que aconteceu no caso de Aída.

Por tudo isso, o STJ entendeu pela inaplicabilidade da Súmula 403/STJ, informa que o pagamento de indenização independe da prova do prejuízo. Insatisfeitos com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, a família de Aída Curi ingressou com recurso extraordinário ao STF, tendo sido firmada a repercussão geral sobre o caso, tema 786.

O recurso foi distribuído ao Supremo Tribunal Federal em 2016, Audiência Pública foi realizada em 2017 e o julgamento do RE 1010606 pelo Tribunal Pleno ocorreu em fevereiro de 2021. Tendo proferido a seguinte decisão:

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 786 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e indeferiu o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida, nos termos do voto do Relator, vencidos parcialmente os Ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou **dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais**. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, o Ministro Marco Aurélio. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 11.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).. (grifo nosso)

A tese fixada pelo STF estabelece como regra a não aplicação do direito ao esquecimento nos julgamentos de processos que tramitem no Brasil. Isto é, considerou, ainda que esteja diante de fatos que em algum momento causem desconforto ao particular, se as informações forem lícitas, não há que se falar em indenização ou sequer a exclusão dos dados de plataformas como jornais, revistas ou qualquer outro meio de divulgação.

O sistema de ponderação como instrumento objetivo para análise de conflito

A ausência de hierarquia entre princípios fundamentais faz surgir divergência em sua utilização. O questionamento sobre qual prevalece, o direito à imagem ou o direito à liberdade de imprensa, direito individual ou coletivo permeia o campo das decisões judiciais. Pompéo e Franceschi (2015) assinalam que por se tratar de uma divergência principiológica há dificuldade em estabelecer padrões para sua aplicação.

Conforme mencionado, padronizar a aplicação dos princípios não é um exercício irrefletido, visto que, não há na CRFB/88 ou nas leis a determinação expressa do predomínio de um direito sobre o outro, cabendo a cada caso uma orientação.

Para solucionar a divergência principiológica vale-se da ponderação. Caleffi (2015) diz que a técnica trata-se de um processo em que um princípio ou direito sobressai sobre outro diante de sua melhor adequação ao caso concreto. A autora salienta que a ponderação traduz o equilíbrio legal, visto que, não há direito absoluto.

Ao tratar do direito ao esquecimento, Pompéo e Franceschi (2015) problematizam a ponderação em razão da ausência de objetividade. Explica-se, o direito de ser esquecido é subjetivo de cada indivíduo, sendo que, os fatos que são capazes de apoquentar uma pessoa não são os mesmos de outro.

Portanto, trata-se de um direito precipuamente subjetivo de cada titular. Situações e circunstâncias podem ser semelhantes, porém o modo de cada indivíduo percebê-la é particular de cada pessoa.

Fujita e Barreto Junior (2020) sustentam que o direito ao esquecimento está inserido no direito à intimidade, em que consiste o direito de encontrar-se com o seu interior e defendem que para a solução conflituosa deve-se ao bom-senso e a proporcionalidade para cada caso apreciado pelo judiciário.

Questiona-se, diante da ausência de parâmetros e a aplicação do sistema de ponderação qual direito sopesa no que diz respeito ao tema ora discutido, qual seja, direito ao esquecimento. Ademais, até fevereiro de 2021 não haviam critérios para o julgador valer-se pela procedência ou improcedência do pedido de aplicabilidade do direito ao esquecimento e consequentemente a retirada de fatos da mídia, com o fim de resguardar a intimidade do indivíduo.

Diante do confronto de princípios, ao julgar o caso RE 1010606 houve divergência de entendimento entre os Ministros, vez que a aplicação da ponderação, isto é, proporcionalidade é atinente ao entendimento do julgador.

Em julgamento do Tema 786, reuniu-se o plenário do STF, que conta com 11 (onze) Ministros, houverem três votos divergentes, Ministro Edson Fachin, Nunes Marques e Gilmar Mendes.

O Ministro Edson Fachin, voto vencido, entendeu pela procedência parcial do Caso de Aída Curi, vez que não vislumbrou nenhuma irregularidade na obtenção e divulgação de informações, portanto ponderou pela sobreposição do direito de liberdade de imprensa sobre a pretensão dos irmãos de Aida. Embora tenha desconsiderado a indenização, o Ministro votou pelo reconhecimento de um direito de ser deixado em paz no direito brasileiro.

Quanto ao Ministro Nunes Marques, fundamentou em sua decisão a não existência de um direito ao esquecimento defronte a CRFB/88. Segundo ele, não é possível extrair da carta magna danos morais ou materiais por abuso do direito de informar, ou ainda de informações divulgadas e que posteriormente serão apurados, por isso inexistente a aplicação de tal instituto no direito brasileiro.

Ainda em seu voto, o Ministro Nunes Marques mantém o reconhecimento de violação moral à família de Aída Curi, ora fixado nas instâncias inferiores.

Já o Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a indenização moral à família da falecida, vez que a exposição vexatória e humilhante de imagem pessoal gera direito à retratação. Ademais, em seu voto o Ministro apresentou proposta de resolução de conflitos, veja-se:

1. Na hipótese de **conflito entre normas constitucionais de igual hierarquia constitucional** (direito à liberdade de imprensa e de informação) frente aos direitos da proteção à imagem, honra e vida privada, além da dignidade da pessoa humana, **deve-se adotar a técnica da concordância prática, demandando análise pontual sobre qual direito fundamental deve prevalecer, para fins de direito de resposta e/ou indenização**, sem prejuízo de outros instrumentos a ser aprovados pelo Parlamento; e 2. **Devem ser considerados** como fatores preponderantes desse balizamento: **o decurso do tempo** entre o fato e a publicização; a **existência de interesse histórico, social e público atual**; o **grau de acessibilidade ao público**; e a **possibilidade de divulgação anonimizada dos fatos sem que se desnature a essência da informação**". *grifo nosso*

Ressalta-se a sugestiva de resolução deste voto devido ao questionamento de sobreposição entre direito fundamentais com paridade de normativismo. Gilmar Mendes (2021), expressou-se pela análise isolada de casos para decidir se há direito à indenização pelo uso indevido da imagem. Ademais, acrescentou a necessidade de considerar fatores como lapso temporal, assim como a importância social/histórica do fato em discussão.

Percebe-se, o voto do Ministro não engessa o direito, nem tampouco nega a pretensão judicial, apenas introduz elementos que devem ser considerados na análise de casos semelhantes ao de Aida Curi.

Salienta-se que os três votos acima citados foram vencidos pela maioria, em suma acompanham o voto do Ministro Relator Dias Toffoli, que fundamentou a importância histórica de perpetuar casos como o de Aida Curi na mídia, vez que, faz parte da história brasileira. Ora, se cada família buscar indenização e pleitear que sejam excluídas informações a história se apagará.

No entanto, destaca-se que a tese não é de qualquer forma restritiva ou absoluta, pois concede oportunidade de requerer indenização desde que haja abuso de direito, situação esta que não será permitida legalmente sobre quaisquer meios.

Por fim, a tese fixada pelo STF é que não há o termo chamado direito ao esquecimento no campo brasileiro e no que lhe concerne diferencia-se do reconhecimento de danos morais ou materiais estabelecidos pelo Código Civil, ou pela CRFB/88. Ressalta-se, embora a regra seja a não aplicabilidade, nada obsta que haja diante do caso concreto a valoração do direito à intimidade predominante sobre a liberdade de expressão.

Considerações finais

O estudo acerca dos direitos fundamentais fixados na CRFB/88 eleva o direito do titular ao determinar que estas são normas de aplicabilidade imediata, isto é, não necessitam de leis/normas infraconstitucionais para serem aplicadas.

Quando está um direito fundamental a ideia é de garantismo. Ocorre que na vivência há circunstâncias que obstam o seu imediatismo, como é o caso do direito à saúde, embora não exista restrição constitucional pode encontrar limitação de recursos para sua efetividade.

No que diz respeito ao direito em discussão, qual seja, a autonomia e intimidade do cidadão defronte a informação e imprensa, percebe-se conflito entre eles, ambos direitos fundamentais. Nasce um conflito entre normas de igual hierarquia, neste caso a lei não anteviu a solução, portanto cabe ao julgador dizer o direito, cabe a ele esclarecer, fundamentar e expor.

O direito brasileiro perpassa instâncias de julgamento, vez que, dá oportunidade ao cidadão de recorrer da decisão que de algum modo não satisfaz a sua pretensão. Deste modo, em geral, o processo inicia-se com um petição inicial que resulta na sentença de um juiz, havendo apelação, resultará acórdão de um colegiado, e assim sucessivamente.

A instância última no Brasil é o STF, ressalta-se, para julgamento faz-se necessário que o tema ainda não tenha sido apreciado. Dito isso, volta-se a discussão de direitos fundamentais, que exige a ponderação de um julgador para determinar a justaposição

Ora, a decisão do Supremo Tribunal em 2021 informando pelo não reconhecimento de um direito ao esquecimento pode ser modificada pela própria corte futuramente, nada obsta que isso ocorra. Porém, atualmente, este foi o entendimento estabelecido.

Depreende-se do julgamento pelo Tribunal do Pleno do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento de indenização por uso indevido da imagem em situações específicas, ou seja, diante de abuso de informações, ou aquisição ilícita das mesmas.

Porém se não há qualquer ilegalidade na divulgação e ainda, se há importância histórica não há que se falar em exclusão de informações de apenas um cidadão em detrimento do direito da população ser informada. Conclui-se, havendo conflito entre o direito fundamental à intimidade e privacidade em combate a liberdade de expressão/imprensa essa prevalecerá.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 18 out. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 1010606 – Rio de Janeiro Ministro Relator Dias Toffoli. DJe: 11/02/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603> Acesso em 05 mar. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0) Ministro Relator Luis Felipe Salomão Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201201449107 Acesso em 10 fev. 2021.

CALEFFI, Isabella Diniz. A proteção do direito à imagem na era da liberdade de imprensa. **Trabalho de Conclusão de Curso** - PUCRS, 2020. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/08/isabella_caleffi.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de 8 informação. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda, 2006. p. 9-42. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79060303.pdf> Acesso em: 12 set. 2020.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. O direito ao esquecimento e a liberdade de informar na sociedade da informação. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Vol.5, n.2, p.5-27, mai/ago de 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1392> Acesso em: 20 out. 2020.

FERREIRA, Kauê Ribeiro; GOMES, Camila Paula de Barros. Direito ao esquecimento: o conflito entre a garantia do acesso a informação e a proteção a dignidade da pessoa humana. **Revista UniToledo**, Vol.5, n.01, p.149-162, jan/mar de 2020. Disponível em: <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3488/577> Acesso em: 12 set. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais** - 8ª Edição. 8. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2019.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Direito ao esquecimento na era da memória e da tecnologia. **Revista dos Tribunais**, Vol.1019, p.109-153, setembro de 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/revistas-especializadas/rt-1019-guilherme-magalhaes-martins-direito-ao-esquecimento-na-era-da-memoria-e-tecnologia.pdf> Acesso em: 15 out. 2020.

GOUVEIA, M. V. T. M. ; TIZZO, L. G. L. . Dos limites constitucionais do direito de informar que violam a personalidade, e a problemática da internet. **Revista Videre**, v.8, n.16, p.128-150, 1º semestre de 2016. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/4770/3123>. Acesso em: 20 out. 2020.

POMPÉO, Wagner Augusto Hundertmarck; FRANCESCHI, A. L. . Do direito ao esquecimento ao esquecimento do direito: Persistência da memória ou efemeridade do tempo?. **Congresso Internacional Direito e Contemporaneidade Mídias e Direito da Sociedade em Rede**, v. 1, p. 1-15, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-24.pdf> Acesso em: 12 set. 2020.

SILVA, Juvêncio Borges; NUNES, Danilo Henrique; BARROS, L. M. .A Aplicação do Direito ao Esquecimento em Ponderação com o Direito de Acesso à Informação e à Liberdade de Imprensa. **Revista Húmus**, v. 10, p. 467-490, 2020. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/13237/7817> Acesso em: 18 out. 2020.