



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Endereço/Address:
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-008, Brasil
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31)3330-8262

De Jure: Revista Jurídica / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 19, n. 34 (jan./jun. 2020). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2019.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo,
Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade,
Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights,
Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

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

FREE TO SPEAK, HEAR AND SMILE:
RIGHTS OF PERSONALITY AND FREEDOM OF EXPRESSION

CLEBER COUTO

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
ccouto@mpmg.mp.br

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, estabeleceu extenso rol de direitos fundamentais relacionados à dimensão existencial da subjetividade humana, chamados de direitos da personalidade. Todavia, nenhum direito constitucional é absoluto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: direitos da personalidade; liberdade de expressão; direito de crítica; direito de sátira; direito ao esquecimento.

ABSTRACT: The debate about potential conflicts between freedom of expression and personality rights is well known in doctrine and jurisprudence. The Brazilian Constitution of 1988 was emphatic in the protection of freedom of expression. Similarly, the Constitution has established an extensive list of fundamental rights related to the existential dimension of human subjectivity, called personality rights. However, no constitutional right is absolute, in the light of the Brazilian legal order.

KEYWORDS: personality rights; freedom of expression; Right of criticism; right of satire; Right to oblivion.

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; 7. Referências.

1. Direitos da personalidade

Sob a óptica civilista, os direitos fundamentais relacionados à dimensão existencial da subjetividade humana são denominados direitos de personalidade, os quais formam um conjunto de direitos subjetivos, sendo instrumentos essenciais ao desenvolvimento e à plena realização da pessoa humana.

Tradicionalmente, a doutrina¹ 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, essa enumeração é meramente exemplificativa.

Os direitos da personalidade enumerados pelo Código Civil não excluem outros derivados da cláusula geral de tutela da pessoa humana contida no art. 1.º, 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, direitos ligados à proteção da integridade moral e psíquica do indivíduo, como os direitos à honra, à imagem, bem como intimidade e vida privada, possuem inegável estatura constitucional, como se observa no art. 5.º do cap. 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”.

O *direito à imagem* compreende a exteriorização, sinais pessoais de natureza física pelos quais a pessoa possa ser reconhecida². Abrange a imagem-retrato e a imagem-voz. Há quem defenda, elastecendo o conceito de imagem, a *imagem-atributo*, em que características não físicas identificam a pessoa (orientação sexual, identi-

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

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

dade de gênero, ideologia política, etc.). Peculiares à apresentação e à identificação social, qualificativos sociais, comportamentos reiterados, permitem identificar uma pessoa. Não se confunde com a imagem exterior. Cuida, na verdade, de seu retrato moral³.

Autônomo, o direito à imagem independe de atingir a honra ou qualquer outro direito da personalidade. O seu uso não autorizado implica, a princípio, violação. Mesmo que não seja destinado a fins comerciais ou que não ofenda a honra da pessoa, a imagem alheia não pode ser utilizada, em regra, sem autorização do seu titular. Mas haverá casos permissivos de veiculação da imagem sem autorização.

O dano à imagem restará configurado quando houver a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente de 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 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 de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada pessoa. 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*⁴.

3 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 32.

4 De acordo com o 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 pode decidir manter sob seu exclusivo controle ou decidir quando, como, onde e a quem comunicar. 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.

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 de outra, portanto, varia de intensidade⁵. A privacidade abrange o espaço doméstico de desenvolvimento da intimidade, mas também os variados aspectos do cotidiano e da vida privada.

Como regra geral, não há interesse público em obter acesso a esse tipo de informação⁶. Todavia, é preciso registrar que, embora o direito à privacidade exista a todas as pessoas, o grau de exposição pública pode sujeitá-las a um grau menos rígido de proteção à privacidade. O âmbito que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso de pessoas públicas⁷.

Há dois modos de atentados à privacidade: a investigação abusiva da vida alheia e a divulgação indevida de informação sobre a privacidade⁸. 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 indevida⁹.

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

6 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 25.2.2019.

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

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

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

Por fim, o *direito à honra* visa proteger a reputação no meio social no qual está inserido o indivíduo. 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 homem¹⁰. Abrange a honra objetiva (reputação) e a honra subjetiva (autoestima). A soma dos conceitos que cada qual 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. A necessária defesa da reputação abrange o nome e fama que desfruta na comunidade, bem como a proteção do sentimento interno de autoestima.

3. Liberdade de expressão

Em sentido amplo, abrange a liberdade de informação e a liberdade de imprensa. Todavia, a doutrina costuma diferenciá-las. A *liberdade de informação* divulga fatos e dados objetivamente apurados. A *liberdade de expressão* é livre manifestação do pensamento no cinema, no teatro, na novela, na ficção literária, nas artes plásticas, na música, e 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 ideias, opiniões, juízos de valor e do pensamento em geral¹¹.

Todavia, é de reconhecimento geral que a comunicação de fatos nunca é uma atividade completamente neutra. Sempre haverá

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

11 BARROSO. Op. cit.

uma interferência do componente pessoal¹². Talvez por isso a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 19) trate as duas liberdades de forma conjunta. Contudo, a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo¹³, e dessa forma é tratada neste estudo.

Há ainda a *liberdade de imprensa*, que designa a liberdade conquistada ao longo do tempo pelos meios de comunicação em geral de comunicarem fatos e ideias relacionados tanto à liberdade de informação como à de expressão.

A liberdade de expressão abrange o *direito de opinião* e, portanto, o *direito de crítica*, mesmo que em tom duro, ácido, desfavorável e contundente. Por isso, a liberdade de expressão não deve proteger só 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*. Advindo do exercício do humor, ainda que de mau gosto, não traz qualquer mensagem séria que dele possa ser extraída. São apenas piadas destinadas, em princípio, à diversão do ouvinte ou do telespectador.

Extremamente difícil é estabelecer uma hierarquização de valores que determine o que pode ou não ser objeto de uma manifestação humorística. O resultado seria uma absurda e inócua restrição à atividade humorística, proibindo-se piadas com loiras (sexismo),

12 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).

13 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*. Madri: Fraga, 1998, p. 50).

portugueses (xenofobia), negros (racismo), judeus (intolerância religiosa), idosos, deficientes, e talvez até animais¹⁴. Claro que abusos do direito de crítica e sátira não serão tolerados.

4. Conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão

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

No conflito entre o direito à imagem e à 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 a imagem de milhares de torcedores em um estádio ou a imensidade de banhistas em uma praia). Aí, porém, é indiscutivelmente o fenômeno coletivo, cujos retratados são meros componentes, não individualizados. Bem diferente seria se a imagem individualizasse um torcedor ou um banhista, não exprimindo, assim, a retratação do fenômeno coletivo¹⁵.

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

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

Celebridade vive de sua imagem na mídia, o que reforça a proteção ao direito de imagem. Contudo, o fato de ser notória pode, quando muito, sugerir que há algum grau de interesse do público em ter acesso à imagem daquela pessoa célebre. Não basta para que se conclua sempre pela prevalência da liberdade de expressão sobre o direito de imagem¹⁶. Mesmo assim, públicos não são quaisquer episódios sobre os quais leitores de jornais e revistas, espectadores de TV ou internautas possam ter interesse. Público, no que concerne a ato que envolva a imagem das pessoas, é apenas o evento sobre o qual recaia um interesse legítimo da informação¹⁷.

Critérios isolados de lugar público ou de 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 entre o direito à privacidade e à 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 se chega à conclusão de que os critérios isolados de lugar público ou pessoa pública não constituem guia seguro à 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 só 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

16 *Ibidem*, p. 112.

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

se encontra. Entender o contrário é declarar o fim da privacidade de quem quer que saia pela porta de casa.¹⁸

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 privacidade¹⁹, mas reforçá-la, mesmo porque sempre haverá um espaço íntimo resguardado da curiosidade alheia. Portanto, não é próprio afirmar que alguns indivíduos tenham renunciado genericamente à inviolabilidade de sua intimidade e vida privada pelo fato de serem pessoas notórias. 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 todos eles não sejam titulares de alguma esfera de privacidade que deva ser protegida pelo Direito. A captação e divulgação da vida privada sem o consentimento do sujeito devem ser admitidas somente em caráter excepcional, justificadas por outros interesses merecedores de tutela à luz do ordenamento jurídico.

Entre o direito à honra e à liberdade de expressão, costuma-se invocar que o direito à honra é limitado pela circunstância de ser verdadeiro o fato imputado ao indivíduo, salvo quando se tratar de um fato de caráter puramente privado, sem qualquer repercussão no meio social, sem qualquer interesse público na divulgação.²⁰

Contudo, se o direito à honra não é absoluto, a liberdade de expressão possui a mesma característica de não poder 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 ao público daquele veículo de comunicação.

O direito de informar não pode servir de carta branca para estampar declarações sem uma responsável ponderação entre o interesse social na difusão daquela informação e o impacto ne-

18 SCHREIBER. Op. cit., p. 145.

19 Ibidem, p. 144.

20 BARROSO. Op. cit.

gativo que pode produzir sobre a honra das pessoas. Enfim, a liberdade de expressão deve ser exercida com responsabilidade.

Portanto, 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. A propósito, dispõe a Constituição de 1988:

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, observado o disposto nesta Constituição. § 1.º 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. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2.º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A Constituição proíbe 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, os quais 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 ideias (*marketplace of ideas*) deve ser protegido e mesmo incentivado pelo Estado, de forma a criar condições de informação e capacitação para o exercício da cidadania²¹.

21 BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf. Visualizado em: 26.2.2019.

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.

Mas como nenhum direito constitucional é absoluto, a própria Constituição impõe alguns limites à liberdade de expressão: a) vedação do anonimato (art. 5.º, IV); b) direito de resposta (art. 5.º, V); c) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4.º); d) classificação indicativa (art. 21, XVI) visando à proteção da família, crianças e adolescentes); e) dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5.º, X)²². No caso específico de rádio, televisão e de outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221 traz uma lista de princípios que devem orientar sua programação. Daí o conflito entre os direitos da personalidade e os da liberdade de expressão.

Tanto a liberdade de expressão como os direitos de privacidade, honra e imagem têm estatura constitucional. E 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 ponderação. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível os direitos em disputa. Porém, em casos limítrofes há a necessidade de ser fazerem escolhas. Todo esse processo tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

22 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, entre outros, no art. 3.º 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, HC 82.424: a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho antissemita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo (SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. Disponível 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 27.2.2019).

Todavia, se as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual de desenvolvimento da personalidade, essas 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.

Tanto na dimensão individual como, especialmente, na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades²³. 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 ao conhecimento da história, ao progresso social e ao aprendizado das novas gerações.

Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de expressão e todo e qualquer Estado de Direito que se pretenda autoafirmar como democrático. Uma imprensa livre consolida os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado, interminável, do qual não se pode descurar nem o povo nem as instituições democráticas. Por isso, a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de ruptura democrática.

O amplo fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito constituem pré-requisitos indispensáveis

23 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).

à tomada de decisões pela coletividade em um ambiente democrático. A possibilidade de os indivíduos exprimirem e de terem acesso a ideias, preferências e visões de mundo é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade, à autonomia, à realização e à 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 condição ao avanço do conhecimento e para a formação e a preservação do patrimônio cultural de uma nação.

Tudo isso justifica uma *preferência em tese* - não de superioridade - da liberdade de expressão em relação aos direitos individualmente considerados²⁴, posição consagrada originariamente pela Suprema Corte americana e reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol²⁵ e do Tribunal Constitucional Federal alemão.²⁶ Na Suprema Corte brasileira, a ADPF 130 (Lei de Imprensa) foi revogada; a ADI 4815 inexistiu autorização de pessoa e de coadjuvante retratados em obras biográficas, ou de parentes deles em caso de falecimento;²⁷ e a ADPF 187 entende não haver o crime de apologia no caso conhecido como Marcha da Maconha, fazendo prevalecer a livre expressão do pensamento e o direito de reunião das pessoas que foram às ruas reivindicar a legalização e a descriminalização do uso da maconha.

24 BARROSO. Op. cit.

25 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).

26 FARIAS. Op. cit., p. 178.

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

Embora não haja superioridade, há uma posição de preferência em tese (*preferred position*) da liberdade de expressão sobre os direitos da personalidade. Todavia, afirmar que a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial não significa hierarquizar direitos fundamentais, tampouco ostentar caráter absoluto. Significa que superá-la, 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. 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 decorrentes de eventuais danos causados pela expressão ao risco da sua supressão.

Todavia, não resolve o problema. É preciso avançar, alcançar critérios específicos para a ponderação que não se afaste da teoria *preferred position*. Luís Roberto Barroso propõe oito critérios ou elementos a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: (a) veracidade; (b) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (c) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (d) local; (e) natureza do fato; (f) existência de interesse público na divulgação em tese; (g) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados à atuação de órgãos públicos; e (h) preferência por sanções *a posteriori* que não impliquem proibir a divulgação²⁸.

A) *Veracidade*. 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

28 BARROSO. Op. cit.

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 não corresponde a uma verdade absoluta, mas sim uma verdade plausível e fundamentada. O dever de apurar pelos veículos de comunicação, 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. Num mundo no qual se exige que a informação circule cada vez mais rapidamente, impossível pretender que apenas verdades incontestáveis sejam divulgadas pela mídia. Em muitos casos, seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo a 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 tornar públicos.

A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade e a manipulação dos dados divulgados desinforma em vez de informar e formar a opinião pública. O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas na atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta dúvidas quanto à veracidade do que divulgará. O jornalista tem dever de investigar os fatos que deseja publicar. Contudo, não significa que a 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 se houver certeza plena da veracidade dos fatos. Os meios de comunicação não detêm poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor essa exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la à 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.

É muito comum que, divulgada a notícia, a pessoa noticiada seja inocentada na esfera administrativa ou judicial. Todavia, se a suspeita que recaía de fato era à época fidedigna, não há se falar em violação aos direitos da personalidade. Se hoje já não pesam suspeitas sobre a pessoa, 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 improcedente²⁹.

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, em juízo, provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso por meios ilícitos. Se a fonte da notícia fez, por exemplo, uma interceptação telefônica ilegal, invadiu domicílio, violou o segredo de justiça de determinado processo ou obteve uma informação mediante tortura, violência ou grave ameaça, sua divulgação não será legítima. Note-se que a circunstância de estar disponível em arquivos públicos ou obtida por meios regulares e lícitos torna, em princípio, uma informação pública.

C) *Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia.* Quem ocupa cargo público tem o direito de privacidade e imagem tutelados em intensidade mais branda. Quem não tem vida pública ou notoriedade, desfruta de uma tutela mais ampla. O controle do poder governamental pelo povo amplia o grau legítimo de ingerência na esfera pessoal da conduta dos agentes públicos. O mesmo vale para artistas, atletas, modelos e gente do mundo do entretenimento. Menor proteção, contudo, não significa a supressão do direito.

29 Voto da relatora ministra Nancy Andrighy no REsp 984.803, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

D) *Local*. Os fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla do que aqueles em locais públicos. Eventos 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 em lugares de acesso ao público, em princípio, terão menos proteção.

E) *Natureza*. Há fatos que, independentemente dos personagens envolvidos, são notícias. Acontecimentos da natureza, acidentes, crimes em geral, ainda que exponham a privacidade, a honra ou a imagem de pessoas, despertam evidente interesse público. A divulgação, sobretudo de suposto desvio de dinheiro público, funciona como fator inibidor de transgressões futuras.

F) *Existência de interesse público na divulgação em tese*. A divulgação de qualquer fato verdadeiro colhido de forma lícita se presume como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, do conhecimento, de ideias. A livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Todavia, nem toda informação verdadeira e obtida de forma lícita é relevante. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja 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 à atuação de órgãos públicos*. Existe interesse público na atuação de órgãos encarregados de investigação criminal e administrativa, incluindo naturalmente a prestação jurisdicional. O art. 5.º, XXXIII, da CF, assegura a 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 a atuação do poder público, em qualquer esfera, seja pública. A publicidade é o único mecanismo pelo qual será possível controlar os agentes públicos. Afinal, eles praticam atos delegados pelo povo, e a ele deve satisfações.

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 pela retificação, retratação, direito de resposta³⁰ e responsabilização civil ou penal. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a interdição da divulgação.

Mesmo que a repressão posterior seja incapaz de restabelecer por completo o *status quo* àquele que teve seus direitos da personalidade violados na sistemática criada pela Constituição, prevalece a livre e plena circulação de ideias e notícias, o direito de resposta, retratação e retificação bem como todo um regime de responsabilidades civis e penais que, mesmo depois do fato consumado, têm condição, a princípio, de inibir abusos no exercício da liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento. Além disso, em situações excepcionalíssimas poderá se valer da interdição, quando a reparação posterior se mostrar insuficiente, insatisfatória.

Nas questões que impliquem honra e imagem, por exemplo, o desmentido pode ser por retificação, retratação, direito de resposta ou, quando for o caso, eventual reparação do dano. Já nos casos de violação da privacidade, a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença: na 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, é um 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 se revelem adequados à proteção do direito da personalidade lesado, como a tutela de remoção do ilícito e a tutela inibitória, nem a possibilidade de interromper ou impedir a circulação de informações. Todavia, da posição de preferência da liberdade de expressão deve resultar a ab-

30 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.

soluía excepcionalidade da proibição prévia de publicações ou a retirada de circulação de informações, reservando-se essa medida aos raros casos em que seja impossível a composição posterior do dano que eventualmente cause aos direitos da personalidade. A composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores propugnados pela ideia de ponderação.

Portanto, presume-se como regra geral o interesse público na divulgação de informações obtidas de forma lícita. A finalidade social da notícia é sintonizar a pessoa ao mundo que a rodeia, para que a potencialidade de sua personalidade se desenvolva no exercício pleno da cidadania. Não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação. Na mencionada posição preferencial (*preferred position*) de que essas garantias gozam, sopesados o risco de lesão à subjetividade 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 por algum outro interesse público ou privado somente poderá ocorrer, legitimamente, dentro dos critérios mencionados³¹.

Haverá casos em que a veracidade será um requisito 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, conclui-se que a informação não prescinde da verdade que as pessoas buscam ao se informar. Todavia, não é o que ocorre com a liberdade de expressão que diz respeito a pensamentos, ideias, opiniões e juízos de valor³², de natureza abstra-

31 BARROSO. Op. cit.

32 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)

ta, sem possibilidade de comprovar sua veracidade. No caso de atividades humorísticas, também não se aplica. Por essência, têm 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, ainda que com forte conteúdo sarcástico. Dessa forma, não cabe aos tribunais o papel de censor da atividade humorística e opinativa. Salvo flagrantes ataques ultrajantes, pessoais e individualizados travestidos de humor ou crítica que 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 cabíveis, pode-se estar diante de abuso, excesso ou desvio da liberdade de crítica e sátira. Nos direitos da personalidade, todavia, sempre prevalece a composição posterior do dano, admitida a interdição da divulgação somente em casos excepcionalíssimos.

5. Direito ao esquecimento

A tutela da dignidade humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Autônomo direito da personalidade ou mesmo decorrente do direito à privacidade³³, 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.

33 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. Filipacchi 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 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, *Français. O Tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005, p. 160-161)

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, pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa noticiada, sem falar do alcance potencializado de divulgação, próprio desse cyberspaço. Até agora se tem mostrado inerente à internet — mas não exclusivamente a ela — um *resíduo informacional* que supera a contemporaneidade da notícia e pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado³⁴.

A premissa do direito ao esquecimento é que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Um crime acaba por perder, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento, julgamento ou mesmo durante a execução da sua pena³⁵.

A passagem do tempo equivale a uma estabilização do passado ou a um esquecimento, vedando-se reagitar o que a lei pretende sepultar. Exemplos não faltam, como a prescrição, a decadência, a 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, do direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena, sem falar da reabilitação, prescrição e decadência penal.

Ora, se quem já cumpriu a pena tem direito ao sigilo acerca da condenação na folha de antecedentes (art. 202 da Lei de Execuções Penais), significa que a legislação considera que o interesse

34 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).

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

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 mediante extinção da pena ou absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E nesse interregno da vida útil da informação criminal que deve sobreviver à passagem do tempo, o uso da informação só pode ambicionar um interesse público e social em fatos genuinamente históricos. Em crimes sem qualquer repercussão histórica, usá-la seria ilícito. Estigmatizante, tende-se 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 concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória — que é a conexão do presente com o passado — e a esperança — vínculo do futuro com o presente —, fez clara opção pela segunda. E é por essa óptica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois se afirma, na verdade, como um direito à esperança³⁶, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana³⁷.

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

A história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes

36 Voto do relator ministro Luis Felipe Salomão no REsp 1334097, julgado pelo STJ.

37 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.

de revelar 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 olvidados fatos pretéritos, questionando o modo e a finalidade com que são ainda lembrados e divulgados.

Estabeleçam-se, pois, limites, já que haverá casos em que o tempo não terá o condão de apagar o interesse público da informação³⁸. Um exemplo aqui mencionado é o de crimes ou fatos que em si ou por motivos legítimos de gente envolvida mantenham relevância histórica divulgar. Todavia, uma coisa é absolutamente certa: quanto mais invasivo à honra, à imagem e à privacidade pessoal, maior força terá o tempo na estabilização do passado e no direito ao esquecimento. O caso concreto, enfim, deverá ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuidade da divulgação da notícia ante os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida.

6. Conclusão

Sob a óptica civilista, os direitos fundamentais relacionados à dimensão existencial da subjetividade humana são denominados

38 É o caso da biografia de pessoas notórias e públicas, despertadoras de interesse historiográfico: “Os homens públicos, que se destacam na história, ao assumirem posição de visibilidade, inserem voluntariamente 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).

direitos de personalidade, dos quais decorrem os instrumentos e princípios de realização da dignidade humana.

Dentro dos direitos da personalidade, observa-se uma gama de direitos ligados à proteção da integridade moral e psíquica do indivíduo, como são os direitos à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada.

Neste trabalho, liberdade de expressão, em sentido amplo, compreende a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, o direito de opinião, o direito de crítica e, ainda, o direito de sátira por meio do exercício do humor.

A Constituição de 1988, enfática na liberdade de expressão nas suas diversas formas de manifestação, estabeleceu extenso rol protetivo de direitos da personalidade. Todavia, nenhum direito constitucional é absoluto.

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

Todavia, é preciso que se alcancem critérios específicos para a ponderação, que não é afastada pela teoria da *preferred position*. Propõem-se, assim, oito critérios ou elementos 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 relacio-

nados à atuação de órgãos públicos; e (h) preferência por sanções *a posteriori* que não proibam a divulgação.

Presume-se interesse público na divulgação de qualquer fato, 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 por algum outro interesse público ou privado somente poderá ocorrer, legitimamente, de acordo com os critérios supramencionados.

Contudo, haverá casos de liberdade de expressão que dizem respeito a pensamentos, ideias, opiniões e juízos de valor, de natureza abstrata, sem a possibilidade de comprovação de sua veracidade. 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.

Não cabe aos tribunais o papel de censor da atividade humorística e opinativa, salvo casos flagrantes de ataques ultrajantes, pessoais e individualizados travestidos de humor ou crítica. Quando 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 cabíveis, pode-se estar diante de abuso, excesso ou desvio da liberdade de crítica e sátira. Prevalecem, portanto, os direitos da personalidade.

O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismos que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal. Somente em hipóteses extremas deverá haver a interdição da divulgação.

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Seja como um autôno-

mo 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 olvidados 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 pelo fato em si ou pela pessoa envolvida. Todavia, é certo que quanto mais invasivo à honra, à imagem e à privacidade pessoal, 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 ante os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida.

7. Referências

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*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 25 fev. 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*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ed. 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*. 4 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*. 2 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*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"*. Disponível 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>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

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

SERRA, Luis 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*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/document_2_1.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

Artigo recebido em 2/7/2019

Artigo aprovado em 22/7/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200008