

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

JONAS WAGNER DE ALMEIDA SOARES

DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL E A SUA APLICABILIDADE

São Luís
2014

JONAS WAGNER DE ALMEIDA SOARES

DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL E A SUA APLICABILIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para a
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Maria Tereza Cabral Costa
Oliveira

São Luís

2014

Soares, Jonas Wagner de Almeida

Direito ao esquecimento no Brasil e a sua aplicabilidade / Jonas Wagner de Almeida Soares. – São Luís, 2014.

62 f.

Impresso por computador (Fotocópia).

Orientadora: Maria Tereza Cabral Costa Oliveira.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Direito civil. 2. Direito ao esquecimento. 3. Direito a informação. 4. Base principiológica. I. Título

CDU 347.81

JONAS WAGNER DE ALMEIDA SOARES

DIREITO AO ESQUECIMENTO E A SUA APLICABILIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para a
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira (Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

Universidade Federal do Maranhão
(Examinador)

Universidade Federal do Maranhão
(Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela vida e por todas as bênçãos alcançadas.

Agradeço com grande satisfação aos meus amados pais, Vagner Soares e Claudionora José de Almeida Soares, que tanto contribuíram com dedicação, ternura e carinho para o meu desenvolvimento, demonstrando o valor da integridade e do esforço.

Agradeço a minha segunda mãe, Adalgisa Rocha de Almeida pelo apoio e afeição, sem os quais nada seria possível.

Aos meus irmãos, Claudio Wagner e Waguinho, pelo companheirismo e cumplicidade.

Agradeço especialmente a querida Lara Nina Padilha, tanto por sua relevante contribuição a este trabalho quanto pela sua amizade e carinho.

Aos meus estimados amigos que generosamente contribuíram para a elaboração desta monografia: Miriã Ribeiro de Lira, Thiago Arruda Carvalho e Rodrigo Danuzio Ferreira Diniz.

A todos os amigos encontrados nesta Universidade pelos momentos de felicidade e alegria compartilhados.

A orientadora deste trabalho, professora Maria Tereza Cabral Costa Oliveira, que com sua competência e leveza, desperta o respeito e admiração de todos.

RESUMO

Este trabalho trata do direito ao esquecimento e da sua aplicabilidade. Esse direito ganhou relevância com os avanços dos meios de comunicação, pois isso possibilitou o aumento exponencial na produção e consumo de conteúdo. Assim, a informação está disponível a uma parcela cada vez maior da sociedade alcançando o mundo jurídico expondo a luz o desconhecido direito ao esquecimento. Esse dinamismo torna a tutela dos direitos de personalidade uma missão extremamente difícil. Esse direito tomou forma no mundo jurídico brasileiro com o enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, ao afirmar que o direito ao esquecimento está incluído na tutela da dignidade da pessoa humana. Para se compreender esse direito primeiramente devemos entender a suas bases principiológicas, pois elas que sustentam e legitimam a integração desse conceito não expresso ao ordenamento jurídico brasileiro. Depois de analisada a fundamentação principiológica, entra em cena a aplicabilidade nos casos concretos, tanto no direito brasileiro como no direito comparado, verificando ainda, a colisão com outros direitos assegurados, como por exemplo, o direito à informação. Dessa forma, a análise aprofundada torna-se relevante para o entendimento desse direito relativamente novo, em nossa sociedade.

Palavras-chave: Direito civil. Direito ao esquecimento. Direito à informação. Aplicabilidade. Base principiológica.

ABSTRACT

This work concerns the right to be let alone and its application. This right has gained relevance from the advances of the means of communication, since it enabled the exponential increase of content's production and consume. Therefore, information is available to a bigger and bigger part of society, reaching the juridical field and bringing to light the unknown right to be let alone. This dynamism turns the protection of the personality rights an extremely hard mission. In this context, this right took shape in the Brazilian juridical world with the statement number 531 from the Sixth Civil Law Journey promoted by the Federal Justice Board, by affirming that the right to be let alone is included in the protection of human dignity. In order to comprehend this right, first of all we shall understand its principles basis, for it support and legitimize the integration of this non-express concept in the Brazilian juridical order. Once analyzed the principles basis, comes to scene the practical usage of this right in the Brazilian law as well as in comparative law, checking, also, its collision with other rights, like, for example, the right to information. This way, a deep analysis becomes relevant in order to understand this relatively new right in our society.

Keywords: Civil law. Right to be let alone. Right to information. Application. Principles Basis.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DEFINIÇÃO, ORIGENS E EVOLUÇÃO DO CONCEITO	9
2.1	Definição do direito ao esquecimento	10
2.2	Origens	12
2.3	Evolução do conceito	13
2.3.1	A Internet, a mídia e o direito ao esquecimento	15
3	BASE PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO	18
3.1	Origens dos princípios	19
3.2	Os princípios e a sua distinção do valor	21
3.3	Os princípios e a sua distinção das regras	22
3.3.1	Distinção através do peso entre princípios	24
3.3.2	Distinção através de mandados de otimização	25
3.3.3	Distinção através de juízos de concorrência	27
3.4	Classificações dos princípios	28
3.4.1	Os princípios explícitos	28
3.4.2	Os princípios implícitos	29
3.5	O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como fundamento e legitimação do direito ao esquecimento	31
3.6	Os direitos fundamentais e o direito ao esquecimento	36
3.7	Colisão de direitos fundamentais e o direito ao esquecimento	38
3.7.1	A técnica da ponderação para a colisão de direitos	39
4	APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO NOS CASOS CONCRETOS	43
4.1	Caso da chacina da candelária	46
4.2	Caso Aida Curi	50
4.3	Caso Cicarelli	53
4.4	Caso Xuxa	55
4.5	Casos concretos no direito comparado	56
5	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

O ser humano é capaz de mudar, aprimorar-se e evoluir durante a sua vida. Ele não é um ser estático que permanece imutável em suas convicções e atitudes durante a sua existência, pelo contrário, nós somos a mudança personificada. Assim, em determinado momento, podemos fazer ou dizer coisas que nos arrependemos depois, tal fato é inerente a vida, mas devemos ter consciência que tais acontecimentos podem ser conhecidos pela comunidade na qual vivemos. Além disso se nós formos vítimas ou autores de fatos graves, de crimes, não deveríamos pagar pelo crime ou sofrer a exposição na mídia de forma eterna, pois a Constituição Federal de 1988 consagra a proibição de penas perpetuas em seu art. 5, inciso XLVII.¹

Com a evolução da civilização humana, uma serie de inventos aprimoraram a forma pela qual nos comunicamos. Os meios de comunicação estão cada vez mais rápidos e mais acessíveis a população em geral: a internet, por exemplo, massificou a informação e possibilitou que qualquer pessoa consuma e produza informação a uma grande velocidade e com um alcance planetário. Tal cenário fez com que a humanidade se transformasse em uma aldeia global, por consequência, a intimidade e a privacidade foram ameaçadas de forma sistemática. Qualquer fato que for publicado na rede mundial de computadores pode ser compartilhado e copiado diversas vezes, tornando o controle uma missão extremamente difícil.

No entanto, muito mais que a internet, a mídia clássica pode ser considerada um formador de opinião mais efetivo, pois a maioria das pessoas considera como verdade quase absoluta qualquer notícia que for veiculada na televisão. A mídia ainda tem um poder muito maior na maioria da população que a internet, pois a credibilidade e a massificação do componente televisivo torna necessário o cuidado com as notícias veiculadas, pois mesmo que uma notícia seja verdadeira ela poderá causar graves danos morais e psicológicos.

Nesse contexto entra em voga o relativamente novo direito ao esquecimento. Esse direito ficou conhecido no mundo jurídico brasileiro com o

¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 07 ago 2014

enunciado nº 531, elencado na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal. Esse enunciado afirmou que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”²

Dessa forma estudaremos o direito ao esquecimento e a sua aplicabilidade. Para tanto, antes de analisar os efeitos que esse direito traz para o ordenamento jurídico brasileiro, é fundamental constatar a legitimidade desse direito.

Essa legitimidade será perseguida através do entendimento da base principiológica desse direito, portanto temos que entender onde se sustenta o direito ao esquecimento para que possamos vislumbrá-lo como um verdadeiro direito a ser conquistado.

A importância dessa base principiológica, dos princípios que sustentam os direitos foi explicada com maestria por Celso Antônio Bandeira de Melo, ao afirmar que violar um princípio é muito pior que não obedecer uma norma positivada, pois ao violar o princípio há a violação de todo o ordenamento jurídico, pois o princípio é a viga mestra do sistema jurídico.³

Assim temos que compreender de forma clara o fundamento teórico e principiológico do direito ao esquecimento. Após compreendermos seu lugar no mundo dos direitos fundamentais e dos princípios iremos verificar a sua aplicabilidade em colisão com outros direitos.

O principal direito a entrar em colisão com o direito ao esquecimento e relativizar sua aplicabilidade é a liberdade de expressão, comunicação e a liberdade de imprensa.

Portanto devemos analisar todos esses pormenores para entendermos o direito ao esquecimento e a sua aplicabilidade.

² BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 04 ago 2014.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, Malheiros, 2009, p. 748

2 DEFINIÇÃO, ORIGENS E EVOLUÇÃO DO CONCEITO

Para entender qualquer conceito de forma profunda, deve-se primeiramente analisar as definições desse conceito, não se esquecendo de inter-relacionar as origens para verificar a existência, ou não de uma evolução constante.

De início definiremos com base na doutrina majoritária o conceito de direito ao esquecimento, suprimindo as definições superficiais. Recorreremos à análise de leis e contextualização histórica para alcançar tal fim.

Ao tratar das origens, não levaremos nossa pesquisa às profundezas da história humana, voltando à época dos exílios e banimentos de cidadãos indesejados em suas respectivas sociedades. Iniciaremos nossa pesquisa a partir do século XIX, para delimitação da forma de abordagem que pretendemos neste trabalho.

Por fim, trataremos neste capítulo da evolução do conceito de direito ao esquecimento. Focaremos na evolução no âmbito brasileiro, com as contribuições de diversas áreas do conhecimento jurídico. É bastante esclarecedor o entendimento de Fábio Siebeneichler de Andrade sobre a evolução do ordenamento jurídico:

Paralelamente a esta lenta evolução da teoria dos direitos da personalidade no Direito civil, porém, configurou-se extraordinária evolução do direito Público no século XX, representado pelo fato de que a Constituição preocupa-se em dispor sobre temas originalmente pertencentes ao direito privado. O objetivo da constituição deixa de ser, única e exclusivamente, o de estabelecer o Estado de direito e limitar o poder político e passa a ser o de estabelecer a moldura da atividade dos indivíduos. Ela se transforma seja em centro de direção para a legislação ordinária, como em lei fundamental do Direito Privado – e dos demais ramos do Direito. Trata-se de um fenômeno tão relevante, que a ele se atribui o título de publicização do privado. Surge, assim, uma crescente interação da esfera pública com o setor privado, que origina, no direito Privado, uma profunda modificação em relação ao ideário existente no século XIX. Estabelece-se, em suma, entre estas duas áreas uma tensão dialética, que conduz à noção de constante inter-relação entre os dois grandes setores do Direito. Emblematicamente, faz-se menção à problemática da constitucionalização do Direito Civil e de seu reverso, a civilização do Direito Constitucional.⁴

Além disso, abordaremos de forma especial no decorrer deste trabalho o embasamento teórico e principiológico, que torna especificamente o direito ao esquecimento um direito em constante evolução.

⁴ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de, 2009. Direito no Plural: campos escritórios associados, p. 97. Disponível em: <<http://www.camposea.adv.br>> Acesso em: 15 ago 2014

2.1 Definição do direito ao esquecimento

Como o próprio nome sugere o direito ao esquecimento é a possibilidade de que o ordenamento jurídico tutele e proteja a capacidade do cidadão de esquecer e não deixar que outros relembrem fatos pretéritos, deixando no passado fatos humilhantes, acontecimentos vexatórios ou mesmo delitos. É o direito de restringir o acesso de terceiros a acontecimentos verídicos da história pessoal do indivíduo. Como afirma o ilustre penalista René Ariel Dotti:

As recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida.⁵

Podemos enquadrar o direito ao esquecimento como possuindo um duplo caráter, ao mesmo tempo nos direitos de personalidade, e conforme veremos adiante estreitamente ligado aos direitos fundamentais constitucionais, garantindo que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, assim não permitindo que ocorra uma penalização perpétua por um erro do passado gerando uma série de prejuízos para as pessoas.

No estudo do Direito Civil, os questionamentos acerca dos direitos de personalidade tornam-se fundamentais para compreender a dinâmica da evolução da nossa sociedade. Sem a codificação desses direitos tornar-se-ia inócua falar de um Estado democrático de Direito.

Sobre os direitos de personalidade Edilson de Farias faz a seguinte caracterização:

A classe dos direitos de personalidade é composta por aqueles direitos que constituem o *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade. Sendo próprios da pessoa em si, como ente humano, existentes desde o seu nascimento. Em suma, os direitos da personalidade concedem um poder as pessoas para proteger a essência de sua personalidade e suas mais importantes qualidades. Entretanto, cumpre lembrar que conquanto o objeto dos sobreditos direitos não seja exterior ao sujeito, ao revés dos outros bens que podem ser objeto do direito, aquele não se confunde com o sujeito, no sentido da vetusta teoria dos direitos de personalidade como direitos sobre a própria pessoa (*jus in se ipsum*). O objeto dos direitos da personalidade é na realidade os modos de ser físicos ou morais da pessoa, noutras palavras, os bens mais essenciais do ser humano.⁶ (grifos no original)

⁵ DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.92.

⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos: A honra, a intimidade. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 119

Não se trata de apagar ou reescrever a história pessoal de forma indiscriminada, pois assim tal direito entraria em conflito com o direito à informação, que é fundamental a um Estado Democrático de Direito.

É muito esclarecedora a justificativa do enunciado nº 531 sobre o Art. 11 Código Civil de 2002, na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Segue a justificativa:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.⁷

O enunciado da Justiça Federal enfatizou que não há direito de apagar a própria história, mas apenas de proteger a exploração indevida de tragédias pessoais. Além disso, mostra que esse direito é um dos aspectos da tutela da personalidade estando diretamente ligado a um fundamento do Estado Brasileiro, que é a dignidade da pessoa humana. Logo tal direito não é disponível, devendo ser tutelado pelo Estado.

O art. 11, 20 e 21 do Código Civil Brasileiro de 2002 mostram que tais direitos não são disponíveis de forma voluntária, não podendo a sua efetivação ser limitada de forma voluntária:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

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

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.⁸

⁷ BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 20 ago 2014.

⁸ BRASIL. Código Civil de 2002. Instituído pela Lei 10.406 em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 09 ago 2014.

Além disso, o direito ao esquecimento não deve ser confundido com censura, pois ele é uma derivação da proteção a intimidade, vida privada e honra que está assegurado pelo Art. 5, inciso X da Constituição Federal de 1988:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.⁹

Percebe-se pelo Art. 5º CF/88 que a indenização pelo dano material ou moral será devida somente se ocorrer à violação da intimidade, a honra e a boa imagem das pessoas na sociedade, logo não se pode confundir com censura a mera definição de um direito ao esquecimento.

Adiante veremos a correlação entre o direito ao esquecimento e a liberdade de comunicação.

2.2 Origens

Ao contrário do pensamento inicial que podemos ter a idéia de um direito ao esquecimento não acabou de surgir. Não é exclusividade da era da informação. Samuel Warren e Louis D. Brandeis em 1890 deram uma contribuição muito importante para o nascimento desse direito, com a obra “The Right To Privacy” nessa obra é suscitado o “direito de ser deixado em paz” naquele período já começava a nascer uma imprensa sensacionalista.¹⁰

Tal conceito possivelmente nasceu no julgamento do Tribunal de Apelação da Califórnia sobre o caso Melvin versus Reid, sobre o qual o autor René Ariel Dotti esclarece:

Consiste na faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade. O chamado direito ao esquecimento foi evoluindo à medida que os tribunais dos Estados Unidos e da França passaram a reconhecê-lo como um dos direitos da personalidade. Em 1931, o Tribunal de Apelação da Califórnia, no importante caso Melvin versus Reid, reconheceu a existência de um direito ao esquecimento em favor de Gabrielle Darley, uma ex-prostituta que no passado fora acusada de homicídio, porém absolvida

⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 09 ago 2014.

¹⁰ WARREN, Samuel. In: Harvard Law Review, 1890, p. 193 apud ANDRADE, Fábio Siebeneichler de, 2009, p.10

em 1918. Posteriormente ela se casou com Bernard Melvin, levando uma vida digna e honrada e merecendo a admiração e o bom conceito das pessoas conhecidas. Em 1925, um produtor de cinema de nome Reid fez um filme baseado na biografia daquela mulher, com destaques para as suas características sensuais e o processo criminal a que respondera. Aquele tipo de publicidade causou enorme dor moral à apelante Gabrielle, com reflexos em sua saúde, levando-a a postular na Justiça uma reparação pela grave ofensa ao seu direito à intimidade da vida passada. E o tribunal condenou o autor do agravo a uma indenização como forma material de reparação, apesar de não se referir, literalmente, à existência de um direito ao esquecimento.¹¹

O caso acima foi o primeiro a reconhecer a necessidade de tutela da privacidade, tal ideia era novíssima a época. Tal reconhecimento tornou-se fundamental para o surgimento de um chamado direito ao esquecimento décadas depois do caso Melvin vs Reid. Pois foi assegurado a Gabrielle Darley uma segunda chance de começar a vida deixando o passado para trás.

Assim, verificou-se a necessidade de se proteger a intimidade e a honra individual.

2.3 Evolução do conceito

Depois de 1931, o conceito do direito ao esquecimento foi espalhando-se ao redor do mundo e sendo assimilado pelos diversos ordenamentos jurídicos. Tal processo foi lento e gradual, mas possibilitou que esse conceito evoluísse e tomasse a forma atual, apesar de que de essa forma não é definitiva, pois está em constante mudança.

Na ceara penal, por exemplo, quando um cidadão é condenado pela prática de algum crime e cumpre a totalidade de sua pena, ele voltará a ser considerado réu primário ao cometer novo delito decorrido cinco anos contados da data da extinção da pena ou do seu cumprimento. Conforme o Código Penal Brasileiro:

Art. 64 Para efeito de reincidência:
I- não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5(cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.¹²

¹¹ DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.80.

¹² BRASIL. Código Penal de 1984. Redação dada pela Lei 7.209 em 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 15 ago 2014

Antes da reforma do Código Penal em 1984 a reincidência durava por toda a vida da pessoa que cometesse crimes, era perpétuo. Depois da reforma, o código penal adotou a passagem do tempo, pois as consequências da reincidência são válidas apenas por determinado período de tempo, no caso 5 anos. Ou seja, vemos que há no âmbito penal um direito de esquecer fatos passados, para efeitos processuais.

Sobre a reabilitação, o art. 93 do Código Penal diz que “alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação”¹³.

Dessa forma, o instituto da reabilitação não se restringe a determinadas penas, é universal, protegendo o sigilo de todos os condenados. O art. 748 do Código de Processo Penal ratifica essa garantia: “A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”.¹⁴

Além dessas garantias ao instituto da reabilitação, a própria Lei de Execução Penal no Art. 202 assegura que:

“Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência a condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.”¹⁵

Vemos que o Código Penal Brasileiro, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal contribuíram para a evolução do direito ao esquecimento de forma implícita, pois asseguram formas de evitar a disponibilização eterna para a sociedade dos registros criminais de pessoas que cometeram delitos. Uma vez que a manutenção de tais registros impossibilitaria a efetivação da ressocialização do cidadão que cometeu um erro, mas que cumpriu a sua pena e deseja reintegrar-se a sociedade da qual foi excluído do convívio. Novamente recorreremos ao doutrinador René Ariel Dotti, que, sobre essa evolução revela:

A reabilitação é medida de Política Criminal, consistente na restauração da dignidade social e na reintegração do condenado ao exercício dos direitos e deveres sacrificados pela sentença. Nessa definição deve-se ter em linha de análise dois aspectos distintos: a) a declaração judicial de recuperação do exercício de direitos, interesses e deveres e da condição social de

¹³ BRASIL. Código Penal de 1984. Redação dada pela Lei 7.209 em 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 15 ago 2014

¹⁴ BRASIL. Código Processo Penal de 1941. Decreto-lei 3.689 em 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 16 ago 2014

¹⁵ BRASIL. Lei de Execução Penal. Instituída pela Lei 7.210 em 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 09 set 2014

dignidade do ex-condenado; b) o asseguramento do sigilo dos registros sobre o processo e a condenação.¹⁶

Essa evolução proporcionada pela lei no âmbito penal nos leva a refletir que se os condenados possuem o direito de terem suas condenações e registros criminais esquecidos, o cidadão que nunca cometeu um crime também deveria ter o direito de evitar a consulta generalizada e a qualquer tempo de fatos e acontecimentos humilhantes que compõem o registro da sua história de vida, pois ninguém deve ter negada a possibilidade de recomeçar e buscar a felicidade, lembrando o caso *Melvin versus Reid*. Vemos assim, a contribuição do direito Penal para a evolução do direito ao esquecimento.

Além disso, essa Evolução é gradual, pois depende de como a dinâmica particular da sociedade influencia a mudança de paradigma. Pois a mudança nessa época em questão se dava de forma muito mais lenta que atualmente. Na época a ideia da tutela dos direitos individuais na figura da privacidade e da ressocialização era insipiente se comparada aos dias atuais.

2.3.1 A Internet, a mídia e o direito ao esquecimento

A sociedade atual está com um alto grau de interdependência, globalizada e com meios de comunicação extremamente velozes e com um alcance planetário. A internet é uma rede de computadores mundial que possibilita o compartilhamento em tempo real para bilhões de pessoas de qualquer informação que for jogada na internet. Esse meio de comunicação onde é extremamente difícil o controle de conteúdo, como vídeos ou fotos, gerou uma ameaça muito grande para a proteção do direito a intimidade. O autor Paulo José Costa Júnior observa sobre o direito a intimidade:

O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.¹⁷

Essa deformação progressiva a qual se refere Costa Junior está acelerando o processo de ataque ao direito ao esquecimento no mundo virtual,

¹⁶ DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.90.

¹⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 16-17.

porque quando um arquivo é disponibilizado na rede ele é rapidamente copiado inúmeras vezes, se espalhando.

Além disso, a intimidade está cada vez mais violada e a necessidade de nossa sociedade de informações cada vez mais rápidas, mas não necessariamente com conteúdo cultural, educacional, mas apenas com notícias sobre a privacidade e intimidade do próximo. Gera uma quase impossibilidade se esquecer qualquer coisa que foi colocada na internet. Sobre essa preocupação José Carlos de Almeida Filho leciona:

A preocupação quanto à necessidade de uma regulamentação mais abrangente para a proteção de dados telemáticos diz respeito à possibilidade que as pessoas têm, nos dias de hoje, de consultar a Internet, e, com isso, vasculharem a vida íntima do cidadão. Se uma destas pessoas solicitar, v. g., emprego em uma empresa, poderá o empregador fazer uma busca na Internet, identificando se ele possui ações cíveis, como uma execução, de Direito de Família etc. Sendo o direito de ação garantido a todos, pode até mesmo ocorrer a possibilidade de ajuizamento de demanda totalmente inapropriada, a fim de prejudicar uma determinada pessoa. Ainda que no futuro seja julgado improcedente pedido infundado e o abuso do Direito Processual seja devidamente repugnado pelo Judiciário, a parte em questão já se encontra em prejuízo moral e material, porque não almejou um emprego ou mesmo uma promoção.¹⁸

Essa preocupação não é infundada, pois um dado, uma vez na rede qualquer pessoa pode copiar, transferir para mídias moveis como pendrives, e depois espalhar tal arquivo várias vezes dificultando muito a tutela do direito ao esquecimento, violando o direito de quem quer ter sua privacidade protegida.

A mídia por sua vez é um perigo ainda maior para a tutela dos direitos de personalidade, pela maior credibilidade e por enquanto pelo maior alcance entre os brasileiros, após estudarmos a base principiológica verificaremos casos concretos nos quais a liberdade de informação entrou em choque com o direito ao esquecimento. Vemos todos os dias em programas sensacionalistas, o clamor pela pena de morte, à execração pública de suspeitos de crimes, que tem um julgamento sumário de sua culpabilidade gerando várias vezes a condenação de inocentes.

Além disso, a mídia muitas vezes relembra casos que já foram esquecidos pela sociedade com o único fim de auferir lucros, não se importando com o dano moral e psicológico gerado para as pessoas envolvidas, tanto para as vítimas que querem esquecer o fato trágico ou humilhante como para os agressores,

¹⁸ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. A segurança da informação no processo eletrônico e a necessidade de regulamentação da privacidade de dados. Revista de Processo, 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 152, p. 165-180.

que após cumprirem sua pena, tem o direito de ressocializar-se. No entanto, esse discurso não deve ser confundido com censura, pois esses tempos tenebrosos devem permanecer no passado.

Sobre a liberdade da mídia através da liberdade de expressão e comunicação é valorosa a explanação de Edilson de Farias:

A liberdade de expressão e comunicação, que atinge o nível máximo de sua proteção quando exercida por profissionais dos meios de comunicação social, como qualquer outro direito fundamental, não é absoluta, tem limites. Assim, além do limite interno referido da veracidade da informação, a liberdade de expressão e comunicação deve compatibilizar-se com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados pelas opiniões e informações, bem como ainda com outros bens constitucionalmente protegidos, tais como a moralidade pública, saúde pública, segurança pública, integridade territorial, etc. Contudo, pelo fato de a liberdade de expressão e comunicação desfrutar do status de direito fundamental, o poder público, ao pretender restringir o âmbito de proteção constitucional dessa liberdade para atender os limites supracitados, terá que justificar a necessidade da intervenção e só poderá efetivar a restrição por meio de lei (reserva de lei explícita ou implícita, autorizada pela constituição). Esta deverá ainda satisfazer a máxima da proporcionalidade, a fim de que resulte intacto o núcleo essencial da liberdade de expressão e comunicação.¹⁹

Assim, Concluimos que a mídia possui um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, com todas as prerrogativas e proteções contra a censura prévia.

No entanto vemos que esse direito a informação, expressão e comunicação que é utilizado pelos meios de comunicação possui limites, não é absoluto. Tal relativização, porém, deve ser justificada e ter fundamento constitucional explícito ou implícito para ser colocada em prática.

O direito ao esquecimento como veremos a seguir advém do mundo dos direitos fundamentais e dos princípios, logo ele necessariamente entrará em conflito com o direito a informação na figura da liberdade da mídia em divulgar todo e qualquer conteúdo.

¹⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 150

3 BASE PRINCIPIOLOGICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO

Ao analisarmos o direito ao esquecimento, devemos compreender de forma clara a base de sustentação dele. Essa base principiológica deve ser compreendida a fundo. Dessa forma, iremos partir do entendimento do que são princípios e quais são suas diferenciações de outros conceitos aparentemente similares.

Essa análise é necessária, pois quando estudamos o direito ao esquecimento, notamos logo de início que ele não é um dos direitos expressos entre os direitos de personalidade, ou entre os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal.

Portanto a fundamentação e legitimação desse direito encontra-se no mundo dos princípios, pois decorre deles. Conseqüentemente toda a discursão posterior depende de um entendimento claro da base principiológica.

Por exemplo, vemos na seqüência do Art. 11 do Código Civil de 2002: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”²⁰. Do art. 11 ao art. 21 não há menção ao direito ao esquecimento. Vejamos também os direitos fundamentais expressos no Art. 5 da Constituição Federal de 1998:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

²⁰ BRASIL. Código Civil de 2002. Instituído pela Lei 10.406 em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20.10.2014.

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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;

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.²¹ (grifo nosso)

Não há menção literal sobre o direito ao esquecimento nem no Código Civil, nem na Constituição Federal. Por isso, que a Constituição no § 2º do Art. 5 supracitado afirma que essa numeração de direito não exclui outros decorrentes dos tratados internacionais aceitos e dos princípios recepcionados pela nossa Carta Magna²².

Assim, iremos nos aprofundar no entendimento dos princípios para que possamos compreender como um direito que não está expresso no ordenamento poderá produzir efeitos no caso concreto, sendo, portanto legitimado.

3.1 Origens dos princípios

A origem primária dos princípios está ligada ao próprio desenvolvimento da civilização, no nosso caso a ocidental, e teve como bases iniciais a questão religiosa. No entanto, nos atentaremos para o ressurgimento dos princípios no âmbito jurídico moderno. Nesse sentido, Edilson de Farias esclarece de forma magistral:

Os princípios têm sua origem, no ordenamento jurídico positivo. Tal fenômeno pode suceder de duas maneiras: em primeiro lugar, os princípios são expressamente previstos pelo direito positivo – na constituição, na lei, etc. Gerando os princípios explícitos ou positivos, em segundo lugar, os princípios não estão expressamente plasmados em nenhuma disposição de norma, eles são extraídos do ordenamento pelos operadores jurídicos através do processo de interpretação-aplicação do direito gerando os

²¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 16.10.2014.

²² BRASIL. Constituição (1988). op. Cit.

princípios implícitos ou os princípios gerais do direito. Assim, os princípios, inclusive os princípios gerais do direito- que se encontram em estado de latência na ordem jurídica possuem sempre um respaldo no próprio sistema jurídico. A concepção de princípios extra sistêmicos, oriundos do Direito Natural, do Direito Justo, da ideia de direito, da natureza das coisas, que vem sendo recusada pela doutrina jurídica contemporânea, é responsabilizada em grande parte pelas críticas e mesmo desprestígio que sofreu a teoria dos princípios. Estes não são obra de moralistas e de filósofos que costumam ignorar as técnicas concretas do Direito, mas dos juristas, quer na sua atividade teórica de sistematizar o Direito.²³

Ou seja, os princípios não são apenas aqueles positivados, mas também os implícitos, aqueles que permeiam a própria estrutura ético-jurídica universal. Esse aspecto dos princípios que demonstram a sua origem primeira. Conforme Enterría e Fernández: “o pensamento jurídico por princípios gerais, como técnica tanto aplicativa como científica, é a verdadeira herança dos juristas romanos ao mundo ocidental.”²⁴

Na sociedade atual, especificamente, no mundo jurídico vivemos o tempo dos princípios, anteriormente eles não tinham a importância que tem hoje em diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo. Nesse sentido o Ilustre Celso Antonio Bandeira de Melo ensina:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.²⁵

O ordenamento brasileiro consagra o papel de destaque dos princípios ao elencar no Art. 4º da lei de Introdução ao Código Civil, que quando a lei for omissa, o juiz poderá decidir conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.²⁶ Além disso, a nossa lei maior, a Constituição Federal no Título I elenca do art. 1º ao art. 4º os princípios fundamentais da nossa República.²⁷ Isso demonstra a

²³ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 22

²⁴ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 87

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 26ª edição, Malheiros, 2009, p. 748

²⁶ BRASIL. Código Civil de 2002. Instituído pela Lei 10.406 em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25.09.2014

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 25.09.2014.

importância que os princípios possuem em nosso ordenamento, e não poderei ser diferente, pois eles são um alicerce onde todas as outras derivações se sustentam.

Pode haver uma regra, uma lei injusta, mas em um sistema democrático não pode existir um princípio injusto. Segundo Rizzatto Nunes, os princípios são o ponto mais elevado de todo ordenamento jurídico, só que de uma forma geral e abstrata, no entanto, mesmo os princípios sendo gerais e abstratos eles incidem na realidade, pois as regras e normas agem no caso concreto, e elas são submetidas aos princípios, logo os princípios influenciam a realidade.²⁸

3.2 Os princípios e a sua distinção do valor

Faz-se necessária a distinção dos princípios com os termos e conceitos que podem ser confundidos na primeira análise. É fundamental que compreendamos com clareza a teoria dos princípios para que possamos estudar o direito ao esquecimento sem dúvidas quanto a sua legitimidade principiológica. O nobre autor Rizzatto Nunes leciona sobre:

É preciso deixar clara uma distinção entre princípio e valor, para buscar eliminar a confusão que se fez entre os conceitos na linguagem jurídica corrente. Com efeito, têm-se usado os dois termos indistintamente, como se tivessem o mesmo conteúdo semântico. Mas o fato é que, enquanto o valor é sempre um relativo, na medida em que vale, isto é, aponta para uma relação, os princípios se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização. O princípio é, assim, um axioma inexorável e que, do ponto de vista do direito, faz parte do próprio linguajar desse setor de conhecimento. Não é possível afastá-lo, portanto. O valor sofre toda a influência de componente histórico, geográfico, pessoal, social, local etc. e acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação jurídica ou não. Por isso, há muitos valores e são indeterminadas as possibilidades de deles falar. Eles variarão na proporção da variação do tempo e do espaço, na relação com a própria história corriqueira dos indivíduos. O princípio, não. Uma vez constatado, impõe-se sem alternativa de variação.²⁹

Conforme vimos acima, o princípio então possui um caráter absoluto, não no sentido de aplicação absoluta, pois conforme veremos adiante há a relativização quando princípios entram em colisão.

O caráter absoluto citado acima por Rizzatto Nunes é no sentido da imutabilidade da constituição do próprio princípio, já o valor é transitório da mesma

²⁸ NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

²⁹ NUNES, Rizzatto. op. cit. p. 20

forma que a nossa sociedade. Vejamos os ensinamentos de Edilson Pereira de Farias sobre a distinção baseada no grau de abstração:

Nessa linha de pensamento, aduz Claus-Wilhelm Canaris que os princípios já se encontram num grau de concretização mais elevado do que o valor. O princípio, ao contrário do valor, já conteria as características básicas da norma jurídica: a previsão e a consequência jurídica, conquanto, nesta última, pormenores possam ficar em abertos. Por detrás do princípio da autodeterminação negocial, está o valor da liberdade; mas enquanto este, só por si, ainda não compreende qualquer indicação sobre as consequências jurídicas daí derivadas, aquele já exprime algo de relativamente concreto, e designadamente que a proteção da liberdade é garantida através da legitimidade, conferida a cada um, para a regulação autônoma e privada das suas relações com os outros.³⁰

Logo, a diferença entre princípio e valor é claramente verificável e a partir dessa premissa poderemos adentrar ainda mais no mundo dos princípios. Assim, verificaremos agora como poderemos diferenciar os princípios das regras utilizando formulações jurídicas lógicas para tal fim.

3.3 Os princípios e a sua distinção das regras

A distinção entre princípios e regras é o foco de um debate extenso e acalorado no mundo jurídico, com uma diversidade de posicionamentos bastante extensa, dessa forma necessitamos delimitar a forma de abordagem teórica sobre o tema, nesse contexto é de valiosa estima o posicionamento da analista judiciária federal Lara Nina Padilha:

A discussão concernente à diferenciação entre as espécies normativas resultou no surgimento de diversas correntes doutrinárias e em uma pluralidade de critérios segundo os quais é possível distinguir os princípios das regras. De forma geral, as diversas teses encontram-se reunidas em duas principais correntes: a da distinção forte e a da distinção fraca, ou débil, entre regras e princípios. Os defensores da distinção fraca entre regras e princípios acreditam haver entre essas duas espécies uma diferença meramente de grau e não uma diferença lógica. Princípios são normas com maior grau de abstração e generalidade enquanto as regras são normas mais específicas, que por isso não exigem atividade subjetiva do intérprete. Nesse sentido, essa proposta de dissociação entre princípios e regras, porque fundada em grau de indeterminação, mostra-se mais superficial, não apresentando diferenças entre a natureza ou as propriedades das normas.³¹

³⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade*. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p.44

³¹ PADILHA, Lara Nina. *Colisão de direitos na propaganda eleitoral: a ponderação entre a liberdade de expressão e comunicação e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem dos candidatos a cargo eletivo*. 2010. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2010. p. 12

Nesse sentido, trataremos da questão relativa à distinção entre regras e princípios sob o manto da distinção forte, pois, os princípios são as construções mais importantes dentro do sistema jurídico, eles se apresentam como alicerce para embasar todas as formulações dentro de um ordenamento jurídico.

Dessa forma, eles fazem o papel de critérios objetivos dentro da sistemática de interpretação e aplicação do direito por parte do operador jurídico, por exemplo, quando o juiz está diante de um fato concreto, ele não pode usar a discricionariedade de forma arbitrária, levando em consideração apenas conceitos meramente subjetivos.

Essa discricionariedade foi concedida pelo ordenamento para possibilitar a interpretação, por isso, deve obrigatoriamente fazer menção de quais princípios estão norteando sua formulação jurídica.³²

Assim, o estudo do direito ao esquecimento está limitado pelos princípios éticos jurídicos, não permitindo uma extrapolação interpretativa. Nesses termos, é valioso o ensinamento de Rizzato Nunes sobre a influência dos princípios:

Essa influência tem uma eficácia efetiva, real, concreta. Não faz parte apenas do plano abstrato do sistema. É de ser levada em conta na determinação do sentido de qualquer norma, como exigência de influência plena e direta. Vale dizer: o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.³³

O ensinamento acima vai de encontro ao pensamento superficial de que como os princípios são abstratos, não possuem a capacidade de fundamentar, por exemplo, diretamente uma decisão judicial. Para clarificar a ideia recorreremos ao ilustre jurista Carlos Maximiliano, ao discorrer sobre a compreensão axiológica do direito:

Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o substratum de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretivas, ideias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica.³⁴

Diante do exposto, é possível afirmar que os princípios éticos-jurídicos possuem uma grande relevância na interpretação, definição e limitação de todo o ordenamento jurídico sendo de vital importância na fundamentação e legitimação de

³² FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit p. 22.

³³ NUNES, Rizzatto. op.cit. 33.

³⁴ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 295

direitos, em especial no direito de estar só, pois esse direito não está definido literalmente em nossa constituição, necessitando sobremaneira do alicerce principiológico. Assim a análise a seguir se baseará na distinção forte entre regras e princípios.

3.3.1 Distinção através do peso entre princípios

Depois de ressaltada a importância dos princípios para o estudo em questão, far-se-á indispensável à distinção entre princípios e regras. Nesse sentido devemos verificar vários argumentos, Por exemplo, a ideia de peso dos princípios, a identificação dos princípios como mandados de otimização e os princípios como juízo de concorrência.³⁵

Vejamos primeiramente, a questão de peso de princípios, a luz do entendimento de Ronald Dworkin. Para ele, os princípios têm um peso que as regras não possuem, essa afirmação é claramente entendida quando se analisa a colisão de princípios e a colisão de regras jurídicas.³⁶ Ronald Dworkin esclarece:

Quando princípios concorrem entre si (a política de proteção dos consumidores de automóvel concorrendo com princípio de liberdade de contratar, por exemplo), aquele a quem incumbe resolver o conflito deve tomar em consideração o peso relativo de ambos. Não se pode ter aqui uma mensuração exata, e o juízo de que um princípio ou política particular é mais importante que outra será frequentemente uma decisão controversa. Não obstante, é um constituinte da noção de princípio que ele tenha essa dimensão, que seja relevante perguntar o quão importante ou qual peso ele possui.³⁷

Na colisão entre princípios, não há qualquer discursão de validade, ambos os princípios em colisão são validos, logo levar-se-ia em consideração o peso relativo de cada um, para definir qual princípio iria prevalecer na situação fática em análise. Já as regras jurídicas não têm essa característica do peso, quando duas regras estão em conflito só uma terá validade, cabendo ao operador do direito aplicar a norma de maior hierarquia, de maior especialidade ou a lei posterior.³⁸

Vejamos a perspicaz análise de Farias sobre a teoria de Dworkin:

³⁵ FARIAS, op.cit, p. 24.

³⁶ DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Harvard University Press, 1977.

Tradução portuguesa: Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 26

³⁷ DWORKIN, R. M. É o direito um sistema de regras? Estudos Jurídicos, São Leopoldo, RS, v.34, n.92, p. 119-158, set./dez. 2001.

³⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10. ed. (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 92-97.

As reflexões de Dworkin desenvolvidas acerca dos princípios levam-no a conceber o direito como um sistema composto de princípios e regras. Com isso, o autor choca-se frontalmente com a concepção positivista que representa o direito como um sistema de regras apenas. Dworkin dirige sua crítica preferencialmente contra a versão positivista formulada pelo jusfilósofo inglês H. L. A. Hart. 'Essas críticas são motivadas pela constatação (pragmática) de que a concepção positivista do direito como um sistema de regras resulta em um modelo que não é fiel à complexidade e sofisticação de sua prática, especialmente quando se ocupa dos chamados *hard cases*, nos quais se tornam evidentes os recursos a outras fontes, igualmente normativas', os princípios, acrescentamos nós.³⁹

Portanto, analisando as reflexões acima vemos que o ordenamento jurídico não é tão simples quanto pregam os positivistas clássicos, um conjunto frio de regras. O direito possui formulações abstratas que influenciam no caso concreto, ou seja os princípios propriamente ditos e estes não se confundem com as regras.

3.3.2 Distinção através de mandados de otimização

Para entendermos esse aspecto dos princípios, ampliando o conceito anteriormente visto dos pesos, ou importância dos princípios recorreremos a Robert Alexy:

Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁴⁰

Essa visão de Robert Alexy sofisticou a ideia inicial trazida por Dworkin sobre a distinção entre regras e princípios. Segundo Alexy, a distinção entre regras e princípios é qualitativa, não é baseada apenas na questão do grau, por isso o nome de mandados de otimização.⁴¹ Nas próprias palavras de Robert Alexy:

Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.⁴²

Nesse ponto, vejamos primeiramente como dirimir um conflito de regras e depois como resolver uma colisão de princípios para clarificar de que forma a teoria

³⁹ FARIAS, op.cit, p. 25

⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.669.

⁴¹ ALEXY, Robert. Idem. p.91.

⁴² ALEXY, Robert. Idem. p.91.

dos princípios de Alexy contribuiu para contrastar regras e princípios. Assim ensina Alexy sobre o conflito entre regras:

Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.⁴³

Agora analisemos sob a ótica de Alexy como resolver uma colisão de princípios, utilizando o conceito criado por ele dá precedência condicionada, ou seja, um princípio prevalece e um cede, mas nenhum dos dois será considerado inválido. Neste ponto vejamos o esclarecimento do próprio Alexy:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.⁴⁴

Além desses aspectos de distinção supracitados, há a existência de uma relação entre a teoria dos princípios de Alexy e a máxima da proporcionalidade, vamos recorrer a explicação de Edilson Pereira de Farias sobre essa relação na teoria de Alexy:

Alexy considera ainda a existência de uma íntima conexão entre a teoria dos princípios e a 'máxima da proporcionalidade'. Esta, para ele, origina-se mesmo do caráter lógico daqueles. Os princípios, sendo mandados de otimização com relação às *possibilidades fáticas e jurídicas*, implicariam a máxima da proporcionalidade com suas três máximas parciais da conformidade ou da adequação dos meios - *Geeignetheit*, da exigibilidade ou da necessidade - *Erforderlichkeit* (requisito do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito - *Verhältnismässigkeit*: as máximas da adequação e da necessidade são deduzidas do caráter dos princípios como mandados de otimização referente às possibilidades fáticas; a máxima da proporcionalidade em sentido restrito ou mandado de ponderação refere-se às possibilidades jurídicas de realização dos princípios. Isto é, na hipótese de colisão de princípios, a efetivação dos mesmos dependerá dos princípios opostos, e a escolha dos que prevalecerão no caso concreto será conduzida pela ponderação dos princípios em jogo.⁴⁵ (Grifos no Original)

Assim, ao verificarmos que a colisão entre princípios e o conflito entre regras são dirimidos de forma completamente diferente, constatamos que a inovação proporcionada pela teoria do autor alemão, realmente distingue princípios e

⁴³ ALEXY, Robert. Idem. p.92.

⁴⁴ ALEXY, Robert. Idem. p.93-94.

⁴⁵ GIANFORMAGGIO, Letizia apud FARIAS, op.cit, p. 27

regras. Segundo Alexy, o cerne dessa distinção está centrado no fato de que o conflito entre duas regras encontra-se focalizado na validade, já a colisão entre princípios está além dessa dimensão da validade, está na dimensão do peso ou importância de forma qualitativa.⁴⁶

3.3.3 Distinção através de juízos de concorrência

Outra forma de diferenciar os princípios das regras é a característica dos princípios de serem juízos de concorrência. Sobre os juízos de concorrência é esclarecedor o ensinamento de Letizia Gianformaggio: “a diferença específica entre princípio e regra torna-se manifesta no momento da interpretação–aplicação do direito”.⁴⁷ Vejamos a Análise de Farias acerca do pensamento da jurista italiana:

Ela propõe o seguinte critério para assentar aquela diferença: uma regra é uma norma cuja aplicação possui como fase central de sua argumentação a subsunção de uma situação de fato a uma previsão normativa. Os Princípios, entretanto, seriam normas cuja aplicação não se conformaria com aquele silogismo prático. Gianformaggio responde que os princípios jamais são entre si incompatíveis, são sempre entre si concorrentes e aplicar um princípio implica também aplicar outros princípios com ele concorrentes no sentido de se alcançar o mínimo de restrição dos princípios envolvidos.⁴⁸

Nesse sentido, foi explicado que a situação de fato é o foco da aplicação de uma regra, através da subsunção. Na subsunção uma situação fática é analisada e verificando-se o enquadramento do fato concreto a norma abstrata previamente positivada o a subsunção do fato a norma, nesse caso não pode haver duas ou várias normas distintas na subsunção ou enquadramento de um mesmo fato. Assim quando ocorre a subsunção com uma regra isso afasta a incidência de outras regras distintas, e traz uma obrigação de aplicação da norma que foi alvo da subsunção.

No entanto os princípios não funcionam assim, conforme vimos anteriormente, quando há a colisão de princípios não se pode afastar a incidência ou a validade do outro princípio, ou seja, não se pode fazer uma subjunção pura e simples do princípio à situação de fato, devendo-se, portanto, ao aplicar um princípio aplicar também outros de forma concorrente.⁴⁹

⁴⁶ ALEXY, Robert. op. cit. pp. 93/94

⁴⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit, p. 28

⁴⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. Idem.

⁴⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 29.

Já as regras não, é improvável que o operador do direito possa na mesma situação fática aplicar duas ou mais regras distintas, as regras não são concorrentes, mas em sua maioria são mutualmente excludentes.

Agora iremos verificar quais são as classificações dos princípios, essas classificações são importantes, pois clarificam quais princípios estão sendo aplicados ou não no caso concreto. O direito ao esquecimento necessita de um correto entendimento dos tipos de princípios, pois esse direito tanto se fundamenta e legitima neles, quando entra em colisão com eles.

3.4 Classificações dos princípios

Depois de entendermos a origem dos princípios na civilização ocidental, e a forma de distingui-los das regras e do valor, devemos verificar os tipos de princípios existentes para que possamos compreendê-los de forma mais eficiente.

Assim passaremos a explicitar os princípios explícitos e os princípios implícitos, pois o direito ao esquecimento necessita sobremaneira de um entendimento aprofundado sobre o tema dos princípios.

3.4.1 Os princípios explícitos

É considerado princípio explícito, como o próprio nome sugere, aquele que está expressamente presente no ordenamento jurídico vigente em determinado país. Por exemplo, no art. 37 da Constituição Federal de 1988, estão expressos os princípios da administração pública da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.⁵⁰

A constituição deve ter a supremacia dentro de um ordenamento jurídico, para que o mesmo seja coerente e válido, assim, qual será o status dos princípios explícitos dentro da constituição brasileira? Edilson de Farias responde a esse questionamento da seguinte forma:

A concepção jurídica da constituição significa que a Lex Superior deve ser interpretada e aplicada como lei. Isto é, quer sejam princípios, quer se trate de regras, as normas constitucionais, independentemente de sua estrutura,

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 25.09.2014.

são obrigatórias e vinculantes para seus destinatários, sejam estes agentes estatais ou privados.⁵¹

Assim, os princípios explícitos terão força de lei, devendo ser obedecidos por todos. Ou seja, está superada qualquer discursão a respeito de normas preceptivas e normas programáticas, pois as normas programáticas são consideradas iguais a qualquer outra na constituição.⁵² Sobre o papel dos princípios explícitos na interpretação constitucional é esclarecedor o ensinamento de Edilson de Farias:

O valor dos princípios para a interpretação constitucional revela-se profícuo, sobretudo, face à insuficiência, no campo do direito constitucional, dos cânones hermenêuticos tradicionais formulados ainda no século passado por Savigny, ou seja, o chamado método jurídico, exposto pelos critérios literal, sistemático, histórico e lógico. É que as normas constitucionais possuem caráter aberto e amplo que faz surgir problemas de interpretação não verificados em outros ramos do ordenamento jurídico, cuja normas são mais minudentes. Assim, face à natureza especial das normas constitucionais principalmente àquelas atinentes aos direitos fundamentais, que geralmente envolvem referência a valores individuais e coletivos- a utilização dos princípios constitucionais como premissa da argumentação jurídica torna o procedimento da interpretação constitucional racional e controlável, ao evitar que o interprete-aplicador lance mão de sua mera subjetividade, invocando ideias ou valores que não estejam respaldados no texto constitucional.⁵³

Assim verificamos que os princípios explícitos têm na Constituição Federal o melhor exemplo de sua existência e força normativa.

3.4.2 Os princípios implícitos

Esse tipo de princípio, como o próprio nome sugere não se encontra expresso em nenhuma parte do ordenamento jurídico. Esses princípios estão implícitos no ordenamento jurídico e se mostram no momento de interpretação-aplicação do direito.⁵⁴ O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil de 2002 está se referindo a esses princípios implícitos ao falar da utilização pelo juiz dos princípios gerais do direito.⁵⁵

⁵¹ FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 32

⁵² CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 190.

⁵³ FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 33

⁵⁴ CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional.6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.190.

⁵⁵ BRASIL. Código Civil de 2002. Instituído pela Lei 10.406 em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25.09.2014

Nesse sentido, podemos afirmar que os chamados princípios gerais do direito podem se apresentar tanto na dimensão da aplicação utilizando-se principalmente da jurisprudência como forma dos princípios obterem uma maior efetividade na aplicação no caso concreto, quanto na doutrina que clarifica na teoria geral do direito, a estruturação do direito enquanto ciência.⁵⁶ Vejamos o ensinamento de Luis Roberto Barroso sobre o tema:

A interpretação Constitucional em íntima conexão com a interpretação das leis, na medida em que, não obstante a interpretação constitucional detenha princípios, retira da interpretação geral do Direito sua natureza e características, além de a jurisdição constitucional está ligada á análise da compatibilidade entre a lei ordinária e as normas constitucionais.⁵⁷

Uma manifestação dessa interpretação, tendo como parâmetro os princípios, pode ser elencada como um exemplo de princípio geral do direito consagrado pela Constituição brasileira – o princípio da proporcionalidade, esse princípio é uma proteção contra arbitrariedades do Estado.⁵⁸ Quanto a esse princípio Willis Santiago Guerra Filho assevera:

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípios da proporcionalidade, que determina a busca de uma solução de compromisso, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao outro, e jamais lhe faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu núcleo essencial.⁵⁹

O autor acima chama o princípio da proporcionalidade de “princípio dos princípios”, ou seja, esse princípio é um fator essencial de qualquer Estado que queira ser definido como Estado Democrático de Direito, a importância desse princípio implícito é que ele funciona como um instrumento de resolução na colisão de princípios, pois quando o operador do direito está diante de um caso concreto, no qual ocorre a colisão entre princípios, é a proporcionalidade que servirá de norte para a relativização de um em face de outro princípio.⁶⁰ Nesse sentido, Rizzato Nunes leciona:

⁵⁶ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 87

⁵⁷ BAROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva 2004, p. 196.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 61.

⁵⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p.59.

⁶⁰ NUNES, Rizzato. op. cit. p. 55

Examinando-se de perto, percebe-se, então, que o chamado princípio da proporcionalidade assemelha-se em tudo a um método de interpretação, quiçá um supermétodo, na medida em que é capaz e permite solucionar os aparentes conflitos mais importantes do sistema constitucional que visa garantir os direitos fundamentais e o Estado de Direito Democrático.⁶¹

Vemos assim, a importância dos princípios implícitos no nosso ordenamento. Tal constatação é essencial para entendermos o lugar de princípios que não estão expressos e correlacioná-los depois com o direito ao esquecimento, que é um direito não expresso, que decorre de outros princípios. E o mais importante princípio, no caso do direito ao esquecimento é o da dignidade da pessoa humana, que veremos a seguir.

3.5 O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como fundamento e legitimação do direito ao esquecimento

Após entendermos a definição de princípios e o diferenciarmos de outros conceitos, chegamos ao ponto de grande importância no entendimento do direito ao esquecimento. Isso porque o direito ao esquecimento necessita de uma legitimação principiológica que o sustente no mundo jurídico. A viga mestra que sustenta tal direito é o princípio da dignidade da pessoa humana. Agora passemos a entender esse princípio.

Ao iniciarmos o estudo desse princípio devemos ter em mente a pessoa humana como valor, pois apesar das muitas conquistas que os direitos humanos conseguiram no último século, ainda existem ao redor do mundo guerras e atentados que atacam os direitos universais do homem, como a dignidade, a liberdade, a autonomia.⁶²

Sobre essa teoria dos valores Miguel Reale ensina que: “a teoria dos valores é hoje central porque acima de tudo no mundo contemporâneo está em causa o valor próprio do ser humano”.⁶³ Nesse contexto, surge o complexo assunto da relação entre a pessoa humana como valor e a sociedade em geral. Conforme o entendimento de Edilson de Farias:

A despeito de a pessoa humana encontrar-se alçada ao vértice dos valores normativos ou jurídicos, contudo, ela não deve ser vista como um valor absoluto no sentido de prevalecer sempre sobre os outros em todas e

⁶¹ NUNES, Rizzatto. *Idem*, p. 56

⁶² FARIAS, Edilson Pereira de. *op.cit.* p. 45.

⁶³ REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963; 2ª ed. Expressão e Cultura, 1998. p. 15.

quaisquer circunstâncias. É necessário compatibilizá-la com outros valores sociais e políticos. E aqui nos encontramos perante tema nevrálgico de que se ocupa a filosofia prática e a política e que desafia a argúcia humana: encontrar o ponto de equilíbrio no tenso relacionamento entre indivíduo e sociedade. Existem, pelo menos, três maneiras de equacionar o problema: a primeira é priorizando os valores individuais em detrimento dos valores da sociedade. Essa postura historicamente é representada pela concepção individualista-burguesa que propugna que a função do Estado deve-se limitar a manter as condições de funcionamento do mercado, onde cada indivíduo naturalmente encontra seu bem-estar e riqueza. Esta concepção confundia a dignidade verdadeira da pessoa com a ilusória divindade de um indivíduo abstrato, que se bastaria a si mesmo, a pessoa humana era abandonada a si própria, sozinha e desarmada; particularmente, a pessoa dos que não possuem era largada sem defesa diante dos possuidores que a exploravam. A segunda maneira corresponde ao reverso da primeira, isto é, agora são os interesses e valores sociais que devem prevalecer sobre os dos indivíduos. Estes se encontram em função daqueles. Esta, concepção, apelidada de transpersonalismo, reputa, portanto, equivocadas todas as doutrinas que consideram a pessoa humana o bem maior. A terceira postura frente ao conflito indivíduo e sociedade são representadas pelo personalismo que busca uma conciliação entre as concepções anteriores: nem absolutização do indivíduo, nem absolutização do social, mas compatibilização entre ambas as posições.⁶⁴

Dessa forma, esse abandono de posições extremistas, nas quais o absolutismo do valor é prejudicial em ambas as concepções, vimos que a terceira postura que procura a conciliação entre o interesse coletivo e o individual é o entendimento mais coerente.⁶⁵ Na aplicação do Direito ao esquecimento, deverá estar presente essa conciliação.

Infere-se portanto, segundo Bagolini que a compreensão do homem não pode ser apreendida em sua totalidade nem com a visão estritamente individual, nem com a visão da total prevalência do coletivismo.⁶⁶ A transposição das visões absolutas perpassa pelo personalismo que afere o homem ao mesmo tempo um ser social e um ser individual.⁶⁷ Sobre esse tema é valiosa a lição de Castanheira Neves:

A dignidade pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício de seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o

⁶⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 56-57.

⁶⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 56.

⁶⁶ BAGOLINI apud FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 58.

⁶⁷ MESSNER, Johannes. Ética social. São Paulo: quadrante. p. 127

homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe.⁶⁸

Dessa forma, vemos que esse princípio, deve ser plural, aberto para a diversidade, não deve ser definido de forma rígida, pois assim não estaria em harmonia com a própria organização plural e democrática de nossa sociedade. A base jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerada a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que declara de forma inequívoca no art. 1º: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.⁶⁹

O causador da universalização no mundo ocidental do discurso a respeito dos direitos humanos sem dúvida foi a terrível Segunda Guerra Mundial, pois a morte de milhões de seres humanos no campo de batalha e o extermínio de outros milhões nos campos de concentração nazistas, levaram o mundo pós-guerra a querer cuidar pelo menos no ponto de vista jurídico-dogmático que isso nunca mais seria tolerado e legitimado pela comunidade internacional e pelos ordenamentos jurídicos das nações. Nesse sentido ensina Ana Paula de Barcelos:

De fato, com o fim da Segunda Guerra Mundial, e especialmente após a criação da ONU, a discussão a respeito dos direitos humanos ou fundamentais tomou uma nova dimensão. No âmbito internacional, Declarações e Pactos sobre esses direitos foram firmados, bem como Organizações e Cortes criadas para protegê-los. O reconhecimento do dever de respeitar e promover a dignidade da pessoa humana embora o conteúdo dessa afirmação ainda hoje seja objeto de acirradas disputas parecia ser o único ponto de acordo teórico entre os países divididos pela Guerra Fria.⁷⁰

Nesse passo, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1998, não só acompanhou a maioria das nações do mundo e adotou como princípio expresso a dignidade da pessoa humana, mas também declarou esse princípio como sendo um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito no art. 1º, III.⁷¹ Sobre esse artigo é elucidativa a análise de Edilson de Farias:

Vale dizer que o respeito da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos elementos imprescindíveis para a legitimação da atuação do Estado

⁶⁸ CASTANHEIRA NEVES apud Miranda, Jorge. Manual de direito Constitucional. Tomos II e IV. 3. ed.rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991. pp. 172-173.

⁶⁹ ONU, Declaração Universal dos direitos do homem (1948). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 24 set 2014

⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 111-112.

⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 29.09.2014

brasileiro. Qualquer ação do Poder Público e seus órgãos não poderá jamais, sob pena de ser acoimada de ilegítima e declarada inconstitucional, restringir de forma intolerável ou injustificável a dignidade da pessoa. Esta só poderá sofrer constrição para salvaguardar outros valores constitucionais.⁷²

A Constituição Brasileira atual é a primeira constituição do Brasil a adotar de forma expressa esse princípio, já no mundo a primeira Carta Magna a reconhecer esse direito foi a Constituição de Weimar, na era moderna várias constituições reconhecem o princípio da dignidade da pessoa humana: a Constituição da República Federal da Alemanha, a Constituição da Grécia, a Constituição da Espanha, entre outras tantas.⁷³

Conceituando o princípio da dignidade da pessoa humana Ingo Wolfgang Sarlet assevera:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁷⁴

O autor acima define, portanto esse princípio como sendo uma qualidade inerente a todo ser humano sendo oponível erga omnes, além disso, ele coloca o princípio da dignidade da pessoa humana, não como um direito, mas como um fundamento universal de onde todos os outros. Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade:

Realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdade tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.⁷⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana cuida de vários aspectos da vida do homem, não é apenas a proteção material, mas também abstrata, ou seja, é uma das necessidades básicas para uma vida decente dentro da sociedade e para que o indivíduo tenha a possibilidade de se desenvolver completamente não sendo ridicularizado, tendo o direito a honra, a intimidade protegida.⁷⁶

⁷² FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 60.

⁷³ FARIAS, Edilson Pereira de. Idem. P. 61.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

⁷⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998. p. 102.

⁷⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 61

Assim, vemos a conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao esquecimento, pois aquele fundamenta e legitima este a partir do momento que considera a dignidade da pessoa humana como uma proteção abrangente indo para além da mera proteção material e física do indivíduo, mas também garantindo sua proteção de bens intangíveis como a honra, a intimidade, e o direito de ser esquecido, não permitindo que o ser humano seja forçado a cumprir penas perpétuas de consciência.

Para confirmar essa conexão entre o direito ao esquecimento e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, além das demonstrações axiológicas, relembremos que o Enunciado nº 531 sobre o Art. 11 Código Civil de 2002, na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal afirmou que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.⁷⁷

Dessa forma, constatamos que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é o fundamento primeiro de todos os direitos, assim como de novos direitos como, por exemplo, do direito ao esquecimento. Essa concepção é defendida na obra de Edilson de Farias da seguinte forma:

Ademais, aquele princípio funcionaria ainda como uma cláusula aberta no sentido de respaldar o surgimento de direitos novos não expressos na Constituição de 1998 mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, § 2º. Estreitamente relacionado com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional.⁷⁸

Não obstante, surge agora o questionamento acerca da colisão entre os direitos em geral e entre o fundamento do direito ao esquecimento, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como fundamento de todos os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como eles precisa ser relativizado, não adotaremos aqui a corrente que o considera como sendo absoluto, pois ele não deve prevalecer em toda e qualquer situação contra todo e qualquer princípio,

⁷⁷ BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 27 set 2014

⁷⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 64

haverá a incidência da ponderação na colisão de princípios, o caso concreto que determinará a incidência ou não do princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁹

Iremos constatar nos casos concretos que o direito fundamental que vai prevalecer na análise fática, dependerá sobretudo da ponderação de direitos e princípios, tal método de resolução das colisões de direitos fundamentais serão explicadas no decorrer deste trabalho.

Esse método de ponderação de direitos é de suma importância para a aplicabilidade do direito ao esquecimento na situação fática, em que há uma série de fatores que precisam ser levados em conta ao se relativizar um direito fundamental ou princípio em face de outro.

3.6 Os direitos fundamentais e o direito ao esquecimento

Os direitos fundamentais estão estreitamente ligados aos direitos humanos que por sua vez são indissociáveis do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Vimos que o fundamento primeiro do direito ao esquecimento é o princípio da dignidade da pessoa humana, da mesma forma o fundamento dos direitos fundamentais também é esse princípio.

Vejamos agora a conceituação de direitos fundamentais para que possamos compreender a colisão de direitos na aplicabilidade do direito ao esquecimento. Vejamos o claro conceito apresentado por George Marmelstein sobre os direitos fundamentais:

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.⁸⁰

A conceituação de Marmelstein, porém considera como direitos fundamentais apenas aquelas normas que foram positivadas na Constituição de um Estado, e que só dessa forma poderiam fundamentar e legitimar o ordenamento jurídico desse Estado de Direito.⁸¹

Não obstante, nós podemos afirmar que os direitos fundamentais são de todos os homens, portanto são universais. Essa ideia foi consagrada pela

⁷⁹ ALEXY, Robert. op. cit. pp. 87/89.

⁸⁰ MARMELESTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20

⁸¹ MARMELESTEIN, George. op. cit. p. 20.

assembleia geral das Nações Unidas ao ratificar a Declaração Universal dos Direitos humanos em 1948:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.⁸²

Dessa forma, constatamos que os direitos fundamentais são direitos morais, pois a sua validade e legitimação não são dependentes de uma positivação em uma Constituição de um Estado Democrático de Direito, mas apesar de não dependerem da positivação os direitos do homem necessitam ser positivados para que gerem efeitos no mundo das normas jurídicas.⁸³ Nesse sentido, Edilson de Farias esclarece:

Uma das espécies representativas da positivação dos direitos humanos é a constitucionalização dos mesmos. Deixam, então, eles de ser apenas reivindicações políticas para se transformarem em normas jurídicas. Para destacar essa mudança, a doutrina contemporânea vem dando preferência ao uso da locução direitos fundamentais, quando deseja fazer alusão aqueles direitos positivados numa constituição de um determinado Estado. A expressão direitos humanos têm sido geralmente reservada para ser adotada em documentos internacionais.⁸⁴

Nesse sentido, quando os direitos humanos são positivados e assumem o seu lugar como direitos fundamentais positivados, surge o questionamento sobre onde entram os direitos novos, que ainda não foram positivados. O direito ao Esquecimento é um deles.

Apesar de não está expressamente no texto constitucional, o direito ao esquecimento é derivado do art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 que afirma: “São invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação desses direitos”.⁸⁵ Sobre a intimidade, segundo Warren e Brandeis:

⁸² ONU, Declaração Universal dos direitos do homem (1948). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 24 out 2014

⁸³ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 37

⁸⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 68

⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 01 dez 2014

“A proteção concedida a pensamentos, sentimentos e emoções, expressos através da escrita ou das artes, até no que concerne ao impedimento da publicação, é meramente um exemplo de execução do direito mais geral do indivíduo a ser deixado em paz”⁸⁶

Logo podemos afirmar que o direito ao esquecimento pode produzir efeitos como um direito fundamental, pois decorre dos direitos fundamentais, não necessitando em primeira análise de uma expressa positivação na Constituição Federal de 1988. Não obstante, devemos clarificar a questão do direito ao esquecimento enquanto membro dos direitos de personalidade, pois o já mencionado enunciado nº 531 sobre o Art. 11 Código Civil de 2002, na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal o caracterizou como tal. Edilson de Farias esclarece ao analisar a doutrina a relação entre direitos de personalidade e direitos fundamentais:

Pondo de relevo a summa divisio do direito, isto é, a divisão entre direito público e direito privado, verificaremos que os direitos da personalidade se encontram subsumidos ao âmbito do direito privado. A divisão mencionada põe claramente de manifesto que, embora a categoria dos direitos fundamentais mantenha uma estreita relação com a categoria dos direitos de personalidade, ambas pertencem a planos distintos do direito. É afirmar, os direitos da personalidade reportam-se ao âmbito específico do direito civil, que implica tensão entre particulares. Sua esfera de operatividade se estende tão somente as relações *inter privatos*. Só quando esses direitos da personalidade são recepcionados pela Lex Superior, como direitos fundamentais, é que a primeira consequência de sua constitucionalização como direitos fundamentais radica, pois, em sua exigibilidade frente aos poderes públicos.⁸⁷

Logo, a explicação supra lança luz sobre a questão pois vemos que o direito ao esquecimento caminha entre os dois campos, pois ele pode ser entendido como estando incluído nos direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Brasileira, quanto parte dos direitos de personalidade do art. 11 do Código Civil de 2002, pela interpretação do Enunciado 531, do Conselho da justiça federal.

3.7 Colisão de direitos fundamentais e o direito ao esquecimento

Ao percebermos que o direito ao esquecimento possui uma dimensão nos direitos fundamentais surge uma questão extremamente importante na aplicação

⁸⁶ WARREN, Samuel D e BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. p. 197 *apud* FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 125.

⁸⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 120.

desse direito no caso concreto, que é a colisão entre direitos conflitantes a luz do fato.

Para que exista a necessidade de se resolver a colisão entre direitos fundamentais, basta que existam vários direitos fundamentais positivados na Constituição em questão. Segundo Robert Alexy: “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais”⁸⁸

A colisão de direitos fundamentais pode ser entendida como uma colisão de princípios positivados, assim vários direitos podem colidir da mesma forma que vários princípios podem colidir ao mesmo tempo, além disso os direitos coletivos podem entrar em colisão com vários titulares individuais detentores de direitos individuais, dessa forma o conceito de colisão será amplo ou restritivo, na forma restritiva não há a colisão apenas de direitos fundamentais, não importando os sujeitos titulares de posições fundamentais, na forma ampla a colisão opera em direitos fundamentais com bens jurídicos coletivos.⁸⁹

No nosso estudo em questão é relevante a colisão em sentido estrito. Agora vejamos a principal técnica utilizada para resolver a colisão de direitos de direitos fundamentais. Essa análise é de suma importância para o entendimento do direito ao esquecimento, pois esse direito irá encontrar durante a sua aplicabilidade no caso concreto diversas colisões com direitos fundamentais positivados.

3.7.1 A técnica da ponderação para a colisão de direitos

Assim, como os direitos fundamentais colidem entre si, faz-se necessário a utilização de uma técnica consagrada chamada de ponderação. Devemos compreender essa técnica para que possamos analisar mais a frente os casos em que a colisão entre o direito ao esquecimento e o direito à informação. Gavião filho inicia o estudo dessa técnica da seguinte forma:

A ponderação está no princípio da proporcionalidade. É que o princípio da proporcionalidade se compõe de três princípios parciais: i) idoneidade; ii) necessidade; iii) proporcionalidade em sentido estrito. A ponderação é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Os três princípios parciais expressam uma ideia de otimização. A expressão princípio, empregada no conceito de princípio de proporcionalidade, não tem o significado de princípio como mandamento a ser otimizado, em diferentes graus, conforme

⁸⁸ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56-57.

⁸⁹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. op. cit. p. 41

as possibilidades fáticas e jurídicas e que admite ponderação, no sentido de uma teoria dos princípios. A idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a algo diferente, mas sim satisfeitas ou não satisfeitas no caso concreto. O problema, portanto, não é de ponderação como ocorre com os princípios e sim de satisfação ou não satisfação como ocorre com as regras. A consequência da não satisfação de um deles é a ilegalidade. Assim, os três princípios parciais da proporcionalidade devem ser classificados como regras.⁹⁰

Nesse sentido, os princípios parciais mencionados, com exceção do princípio da proporcionalidade estrita, estão no âmbito das possibilidades de casos concretos, já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito cuida das possibilidades jurídicas, ou seja, dos direitos fundamentais em colisão.

O princípio parcial da idoneidade, parte do pressuposto que se a intervenção em um direito fundamental, não tiver como objetivo e não efetivar outro direito fundamental, então a própria ponderação não estará legitimada, ou seja toda intervenção que for feita na colisão de direitos, deverá haver a obrigatoriedade de que a intervenção seja idônea para a efetivação de um direito fundamental previsto na Constituição.⁹¹ Vejamos a explicação de Gavião Filho sobre esse princípio parcial:

Se o princípio parcial da idoneidade expressa mandado a ser otimizado em relação as possibilidades fáticas, o vínculo causal entre a medida e o fim perseguido é empírico, devendo, por isso, constatar-se a partir de premissas empíricas, construídas com base nos conhecimentos gerais da sociedade e especializados da ciência. Cuida-se de verificação empírica a de que a advertência a população quanto aos riscos de fumar contribui para promover a saúde pública. As regras da experiência dão conta de que uma publicidade tal propicia aos usuários uma maior conscientização sobre as consequências do cigarro e serve para inibir novos fumantes. Com isso, menos cigarros podem ser consumidos e menos pessoas, fumantes ativos e passivos, serão colhidos pelas consequências negativas a saúde. O Resultado, diante dos males cientificamente comprovados do cigarro, é que menos pessoas terão problemas de saúde relacionados ao consumo de produtos de fumo.⁹²

Assim, a intervenção nos direitos fundamentais deverá buscar um fim legítimo, este seria o fim, o objetivo a ser alcançado no termino da ponderação de direitos, tal fim legítimo pode ser conceituado como aquele fim que não está proibido de forma expressa ou implícita na Constituição Federal de 1988.⁹³ Carlos Bernal Pulido afirma que os direitos fundamentais apenas podem ser relativizados quando

⁹⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. op. cit. p. 240

⁹¹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Idem. p. 241

⁹² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. op. cit. p. 242

⁹³ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Idem. p. 241

com essa relativização outros direitos fundamentais tutelados pela constituição forem efetivados.⁹⁴

Já o princípio parcial da necessidade, parte do pressuposto que se existem duas ou mais medidas que são idôneas, ou seja, passaram pelo crivo do princípio parcial da idoneidade, deve-se escolher aquela que minimamente intervém no direito fundamental a ser relativizado, assim entre várias medidas idôneas a que passará no crivo do princípio parcial da necessidade será aquela que relativizará o mínimo possível o direito fundamental em jogo na colisão.⁹⁵ Nas palavras de Gavião Filho:

O exame do princípio parcial da necessidade é uma questão de comparação entre a medida escolhida e outras medidas alternativas. No exame do princípio da idoneidade, diferentemente, a questão é de verificação da relação de causalidade empírica entre a medida e o fim a ser promovido. A análise comparativa deve responder se entre as medidas alternativas não existe uma que, com o mesmo grau de idoneidade para alcançar o fim que a medida escolhida ou a ser escolhida promove, intervenha com intensidade de menor grau em outro ou em outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos em jogo na colisão. Essa formulação põe de manifesto que o exame do princípio parcial da necessidade requer a verificação de duas questões: i) a idoneidade equivalente ou maior das medidas alternativas para a promoção do fim imediato e ii) a escolha da medida com menor grau de intensidade de intervenção nos direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.⁹⁶

Agora passemos para o princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, que é propriamente a ponderação ao utilizar-se do mandado de otimização nas diversas situações jurídicas.⁹⁷

Segundo Robert Alexy, esse princípio pode ser caracterizado da mesma forma que a lei da ponderação material: “quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.⁹⁸

Ou seja, a gravidade de intervenção em um direito fundamental ou em um princípio deve ser diretamente proporcional a importância da efetivação do outro direito fundamental ou princípio em jogo na colisão.⁹⁹

⁹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales apud GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. op. cit. p. 241

⁹⁵ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Idem. p. 244

⁹⁶ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. op. cit. p. 248

⁹⁷ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schid Silva, São Paulo: Landy, 2001. p. 146

⁹⁸ ALEXY, Robert. op. cit. p. 146

⁹⁹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. op. cit. p. 249

Segundo Gavião Filho, a verificação dos graus de intensidade na intervenção em um direito fundamental deve ser feita em três passos, primeiramente deve-se constatar o grau de gravidade na restrição de um direito fundamental, segundo, deve ser constatado a relevância da efetivação do direito fundamental ou princípio em colisão, e finalmente deve-se verificar se a relevância do cumprimento do direito fundamental de colisão a ser efetivado justifica a restrição do direito a ser relativizado.¹⁰⁰

Sobre as dificuldades que surgem acerca da utilização desse método da ponderação é valiosa a explicação de Gavião Filho:

As discussões em torno da ponderação apontam para as dificuldades quanto à verificação dos graus de intensidade da intervenção em um direito fundamental e de importância do cumprimento do outro direito fundamental em um caso de colisão de dois direitos fundamentais. No caso de uma publicação não autorizada de uma biografia que descreve acontecimentos e particularidades da vida pessoal de alguém com relativa notoriedade, tem-se colisão entre o direito fundamental a livre manifestação do pensamento e o direito fundamental a intimidade e vida privada. Conforme as circunstâncias do caso concreto, essa discussão pode envolver também o direito fundamental a liberdade da atividade econômica. Quando é o caso de colisão de um direito fundamental com um bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido e outros direitos fundamentais, a questão da verificação dos graus de intervenção e de importância se torna ainda mais complexa. Nesses casos, o grande desafio é saber se a atribuição dos graus de intervenção e de importância de realização se deixa dar de tal modo que seja possível um controle racionalmente intersubjetivo da ponderação e portanto do princípio da proporcionalidade como um todo.¹⁰¹

Dessa forma, verificamos que esse método de resolução das colisões de direitos fundamentais possui dificuldades apesar de ser o método mais efetivo. No próximo capítulo veremos como esse método foi aplicado em casos concretos envolvendo o direito ao esquecimento.

¹⁰⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Idem. p. 249

¹⁰¹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Idem. p. 250-251.

4 APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO NOS CASOS CONCRETOS

Depois de compreendermos a fundamentação principiológica do direito ao esquecimento, verificamos que ele, mesmo não estando literalmente expresso no ordenamento jurídico, possui como base o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, além de decorrer de direitos fundamentais expressos no do art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988.

Além disso, na questão da legislação infraconstitucional, apesar de não existir positivação do direito ao esquecimento, lembramos novamente do enunciado nº 531 sobre o Art. 11 Código Civil de 2002, na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, que colocou o direito ao esquecimento entre os direitos de personalidade.¹⁰² Apesar de não ser vinculante nem ter força normativa o enunciado é um norte para o aplicador do direito em relação a esses direitos de personalidade. Sobre o direito de personalidade analisemos especificamente a intimidade recorrendo ao ensinamento de Edilson de Farias sobre o tema:

A intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Arendt, com base em Kant, Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações).¹⁰³

Assim vemos que o direito a personalidade específico da intimidade abarca a possibilidade de o indivíduo ser deixado em paz, nesse contexto podemos perceber a logicidade do enunciado 531 colocando o direito ao esquecimento entre os direitos de personalidade.

Com a legitimação principiológica e com o norte infraconstitucional provido pelo enunciado 531, esse direito está apto a produzir efeitos no caso concreto. A partir do momento em que o direito ao esquecimento é aplicado, surge

¹⁰² BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 01 dez 2014

¹⁰³ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos: A honra, a intimidade. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p.126

imediatamente a questão da colisão entre o direito à informação baseado na liberdade de expressão e a tutela dos direitos de personalidade.

Nesse caso a liberdade de informação será confrontada com os direitos de personalidade, especificamente com o direito ao esquecimento. Conforme vimos anteriormente o fundamento principiológico desse direito, que é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, não é absoluto, ao contrário é relativo e deve haver uma compatibilização entre o ser humano como indivíduo e como coletivo¹⁰⁴. Assim é necessário o estudo do conflito com a liberdade de expressão e comunicação, inicialmente vejamos o ensinamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior sobre a liberdade em geral:

Como valor, a liberdade integra a personalidade enquanto seu contorno essencial, de início no sentido positivo de criatividade, de expansão do próprio ser da pessoa, da capacidade de inovar, e, em seguida, num sentido negativo de não ser impedido. No sentido positivo, a liberdade tem relação com a participação do homem na construção política, social, econômica e cultural da sociedade. No sentido negativo, refere-se à autodeterminação do homem, à possibilidade de ser diverso, de não submeter-se à vontade dos outros. Ao Estado atribui-se a função de protegê-la e jamais cerceá-la. Os limites da liberdade estabelecidos por lei são, nestes termos, pretensões e não impedimentos. Cabe à lei, assim, apenas equilibrar a liberdade de uma pessoa em face da liberdade de outra, de modo a permitir a convivência.¹⁰⁵

Conforme o entendimento do autor acima, vemos que a liberdade em geral possui o contorno negativo, dando ao ser humano a possibilidade de ser diferente não submetendo-se a vontade dos outros e o positivo que consiste da garantia do cidadão de participar de todos os âmbitos da vivência em sociedade e que o Estado deve se limitar a proteger ambas, apenas conciliando a liberdade de uma pessoa em face da outra.¹⁰⁶

Agora vejamos um aspecto específico dessa liberdade genérica, que é a liberdade de expressão. A liberdade de expressão está presente no art. 5º e 220, §1º da Constituição Federal de 1988 transcritos:

Art. 5, IV- é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 5º, IX- é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 5º, 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.

¹⁰⁴ MESSNER, Johannes, op. cit, p. 127.

¹⁰⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas – Barueri, SP: Manole, 2007, p. 195/197

¹⁰⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, op. cit. p. 195/197.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.¹⁰⁷

Essa liberdade protegida na Constituição é um dos aspectos mais necessários a qualquer Estado Democrático de Direito, o grau de liberdade de expressão em um determinado Estado, determina quão bem ou mal passa a democracia naquela sociedade.¹⁰⁸ Esse direito foi reconhecido internacionalmente com a aprovação pela ONU da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que prescreveu no art. 19: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”¹⁰⁹

Por conseguinte, verificamos que a liberdade de expressão é protegida tanto no âmbito internacional quanto no âmbito brasileiro com a Constituição de 1988. Assim, podemos afirmar que ela é um direito fundamental positivado e supranacional garantido a todo ser humano, possibilitando a expressão livre dos pensamentos, posicionamentos e ideias, por qualquer meio de comunicação, além disso é assegurado ao cidadão consumir informações verdadeiras sem qualquer censura.¹¹⁰

Para que não haja confusão de conceitos, é necessário fazer a distinção entre a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação, vejamos a análise de Edilson de Farias sobre a doutrina e jurisprudência nesse assunto:

Com base no mencionado conceito, a doutrina e a jurisprudência tem assentado a relevante distinção entre liberdade de expressão e comunicação. O objeto daquela seria a expressão de pensamentos, ideias e opiniões, conceito amplo dentro do qual devem incluir-se também as crenças e juízos de valor. Esta abarcaria o direito de comunicar e receber livremente informação sobre fatos, ou talvez mais restringidamente, sobre fatos que se pode considerar noticiáveis.¹¹¹

Essa distinção é imprescindível para a produção de contornos acerca das responsabilidades e limitações derivadas do exercício do direito à liberdade de

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 25.06.2014.

¹⁰⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 1.

¹⁰⁹ ONU, Declaração Universal dos direitos do homem (1948). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 1 dez 2014

¹¹⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 145.

¹¹¹ FARIAS, Idem. p. 146

expressão e do direito a comunicação.¹¹² Agora passemos a análise de casos concretos onde ocorreu essa colisão entre o direito ao esquecimento e o direito referente a liberdade de expressão e comunicação. Primeiramente serão analisados os casos mais emblemáticos e relação ao direito ao esquecimento e a colisão de direitos fundamentais, após serão vistos alguns casos pontuais do direito comparado, demonstrando a aplicabilidade do direito ao esquecimento.

4.1 Caso da chacina da candelária

O caso em epigrafe, que ficou conhecido como chacina da candelária foi uma serie de homicídios que ocorreram em 23 de julho de 1993 no Rio de Janeiro, Oito moradores de rua, na maioria crianças, foram mortos próximo da Igreja da Candelária, por cinco pessoas que chegaram em dois carros efetuando vários disparos, um dos suspeitos desse crime a época, foi posteriormente absolvido por negativa de autoria pela unanimidade do conselho de sentença, o indivíduo absolvido¹¹³ ajuizou ação contra a empresa Globo Comunicações e Participações S/A, produtora do Linha Direta Justiça, por veicular o seu nome e sua imagem sem a sua autorização expressa.¹¹⁴

Ao ajuizar a ação, no Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, em primeiro grau, este, julgou improcedente o pedido do autor, reconhecendo portanto a prevalência do direito de comunicação e liberdade de imprensa em face do direito a intimidade, anonimato e esquecimento.¹¹⁵No entanto a sentença for reformada na apelação conforme a ementa transcrita:

Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art.1º, III, da Constituição Federal. I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no

¹¹² FARIAS, Idem. p. 146

¹¹³ Devido a proteção dada pela justiça, reconhecendo o direito do autor ao esquecimento o nome do autor da ação e posteriormente recorrido será suprimido.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 set 2014. p. 7.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 11 set 2014. p. 8

interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último. II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil. III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento. IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento. V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de indenização.¹¹⁶

Após a apelação ser rejeitada pela maioria, foram interpostos embargos infringentes que também foram rejeitados, um dos mais fortes argumentos para a rejeição dos embargos infringentes foi a demonstração da falta de necessidade de se revelar o nome completo e a imagem do indivíduo absolvido, pois isso não diminuiria em nada a fruição do direito à liberdade de imprensa e do direito à liberdade de expressão e comunicação, a utilização da ponderação de valores concluiu se fosse utilizado um pseudônimo e fosse distorcida a imagem do autor da ação o direito à liberdade de informação teria uma intervenção mínima se comparada a importância do outro direito fundamental em colisão, nos mesmos termos foram rejeitados os embargos de declaração.¹¹⁷

Depois do inicial reconhecimento do direito ao esquecimento no primeiro grau de jurisdição a matéria acendeu ao Superior Tribunal de Justiça que conheceu da matéria na forma de recurso especial nº 1.334.097-RJ, que não foi provido pela 4ª Turma do STJ em favor da Globo, mantendo assim a preponderância do direito ao esquecimento no caso concreto, conforme a ementa transcrita:

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. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATOS. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 14 set 2014. p. 8.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 14 set 2014. p. 9.

ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.

[...]

8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das "coisas humanas".

[...]

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. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado.

13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal,

art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes.

[...]

18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.

19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte.

20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante.

21. Recurso especial não provido.¹¹⁸(grifo nosso)

No voto do Ministro Luís Felipe Salomão cabe ressaltar a propriedade com que tratou do tema acerca da ponderação na colisão de direitos entre a liberdade de expressão, comunicação e de imprensa e o direitos ao esquecimento embasado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o ministro ressaltou a importância da Liberdade de imprensa, lembrando que sem ela é impossível um Estado Democrático de Direito subsistir, lembrou ainda do passado tenebroso pelo qual passou o nosso país no tempo da ditadura militar e a importância desse direito fundamental que é a liberdade, no entanto frisou o ministro essa liberdade não pode sofrer um alargamento sem controle.¹¹⁹ Nas palavras do Ministro Luís Felipe Salomão:

Desse modo, depois de a Carta da República afirmar, no seu art. 220, que "[a] manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição", logo cuida de explicitar alguns princípios norteadores dessa liberdade, como a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 220, § 1º). Na mesma direção, como que o § 3º do art. 222, em alguma medida, dirigisse o exercício de tal liberdade, afirma-se que "[os] meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221", princípios dos quais se destaca o "respeito aos valores éticos e

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 11 set 2014. p. 12-16.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 11 set 2014. p. 20

sociais da pessoa e da família" (inciso IV). Com isso, afirma-se com todas as letras que, não obstante a Carta estivesse rompendo com o paradigma do medo e da censura impostos à manifestação do pensamento, não se poderia hipertrofiar a liberdade de informação, doravante garantida, à custa do atrofiamiento dos valores que apontam para a pessoa humana.¹²⁰

A aplicabilidade do direito ao esquecimento face o direito à liberdade de comunicação foi ratificada, nesse caso com a relativização do direito fundamental de liberdade de expressão, comunicação e de imprensa, que estão positivados na Constituição Brasileira em benefício do Direito a intimidade, a honra e ao novo direito ao esquecimento. Essa relativização feita pelo acórdão da 4ª Turma do STJ, que pela maioria acompanhou o voto do relator, sobretudo utilizou-se da técnica de ponderação de valores, na colisão de direitos fundamentais.

4.2 Caso Aida Curi

Esse caso data de 1958, ano em que ocorreu o assassinato e tentativa de estupro da jovem Aida Curi, os irmãos da jovem iniciaram uma ação de danos morais contra a TV Globo Ltda, pois esta, através do programa Linha Direta-Justiça trouxe o crime novamente à tona mais de cinquenta anos depois, esse fato, segundo os autores da ação trouxe mais uma vez a dor da perda e o sofrimento causado por aquele acontecimento trágico, os irmãos afirmaram que a TV Globo Ltda auferiu ganhos ilícitos veiculando novamente o acontecimento sem autorização expressa.¹²¹

Os autores ajuizaram inicialmente a ação no Juízo de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, o Juiz de primeiro grau negou os pedidos dos autores julgando-os improcedentes, logo após a apelação foi negada.¹²² Vejamos a ementa da apelação:

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA "LINHA DIRETA JUSTIÇA". AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado "Linha Direta Justiça". 1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 11 set 2014. p.30

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153/RJ. Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 26 set 2014. p. 4.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153/RJ. Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 26 set 2014.p. 4

desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas. 2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos. Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator.¹²³

Após os embargos de declaração serem rejeitados o tema foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça através do recurso especial nº 1.335.153 – RJ, o relator desta matéria foi o mesmo do caso anterior da chacina da candelária, no entanto o voto do Ministro Luís Felipe Salomão, que foi acompanhado pela maioria, foi contrário ao prevalecimento do direito ao esquecimento frente a liberdade de imprensa, isso demonstra que a análise do caso concreto definirá qual direito prevalecera.¹²⁴ Vejamos a transcrição da ementa do recurso especial:

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 CURTI". 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.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153/RJ. Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 26 set 2014.p. 5

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153/RJ. Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 26 set 2014.p. 1

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), 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.

4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

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.

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificialidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

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. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

[...]

10. Recurso especial não provido.¹²⁵(grifo nosso)

Neste caso concreto prevaleceu através da ponderação racional, o direito a liberdade de expressão, comunicação e de imprensa, em face do direito ao esquecimento, no caso em tela por ter se passado mais de cinquenta anos, com a conseqüente diminuição do sofrimento causado pela tragédia aos autores, e pelo fato ter se tornado indissociável do nome da vítima, entre outros argumentos transcritos da ementa supracitada, os Ministros da 4ª turma do STJ, decidiram por maioria que a liberdade de imprensa prevaleceria nesse caso.¹²⁶

Sobre essa colisão é valioso o entendimento de Edilson de Farias sobre esse tema da colisão entre os direitos em voga:

A colisão dos direitos à honra, à intimidade, a vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e comunicação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente. Por outro lado, conforme exposto, a liberdade de expressão e comunicação, estimada como um direito fundamental que transcende a dimensão de garantia individual por contribuir para a formação da opinião pública pluralista, instituição considerada essencial para o funcionamento da sociedade democrática, não deve ser restringida por direitos ou bens constitucionais, de modo que resulte totalmente desnaturalizada.¹²⁷

Assim, verificamos que a liberdade de expressão, comunicação e a liberdade de imprensa não são direitos fundamentais absolutos, da mesma forma que o novo direito ao esquecimento também não é absoluto.

Vemos entretanto que a aplicabilidade do direito ao esquecimento é real, sendo ele até mesmo posto em ponderação com direitos fundamentais e os relativizando.

4.3 Caso Cicarelli

Esse caso teve grande repercussão na internet, em 2006 foi divulgado um vídeo contendo cenas de sexo explícito entre Daniella Cicarelli Lemos, conhecida modelo brasileira e seu namorado. O fato ocorreu na Espanha em agosto de 2006,

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153/RJ. Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 27 set 2014.p. 2-3.

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153/RJ. Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 26 set 2014.p. 4

¹²⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. op.cit. p. 152

todavia a ação de indenização e pedido para remover o vídeo foram feitas na justiça brasileira segue uma parte da fundamentação da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca do caso:

[...]A questão do vídeo do casal ultrapassou o campo da individualidade e ganhou notoriedade pelo questionamento que se fez da capacidade de o Judiciário resguardar o direito de intimidade e de honra das pessoas, quando há violação pela Internet. Assim, na forma do art. 20, do CC, e porque se confirmou a inviabilidade de o site ser bloqueado na integralidade, caberá ao provedor atuar de forma a cumprir o que se decidiu, por ser o único com vínculo direto com a ilicitude e aquele que lucra com o negócio de risco. [...] **Os apelantes estão suportando violações não somente do direito à imagem, como da intimidade [leia-se vida privada] e convém colocar um fim a essas invasões.** As cenas são de sexo, atividade mais íntima dos seres humanos. Ainda que as pessoas tenham errado e errare humanum est quando cederam aos impulsos dos desejos carnis em plena praia, a ingerência popular que se alardeou a partir da comercialização do vídeo produzido de forma ilícita pelo paparazzo espanhol, afronta o princípio de que a reserva da vida privada é absoluta, somente cedendo por intromissões lícitas. **A notícia do fato escandaloso ainda pode ser admitida como lícita em homenagem da liberdade de informação e comunicação, o que não se dá com a incessante exibição do filme, como se fosse normal ou moralmente aceito a sua manutenção em sites de acesso livre. Há de ser o Judiciário intransigente quando em pauta a tutela da esfera íntima das pessoas que não autorizaram a gravação das cenas e a transmissão delas.**[...] ¹²⁸(grifo nosso)

No caso em epigrafe o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pugnou pela defesa do direito a imagem e da intimidade, apesar de os autores da ação derem dado causa a sua violação por praticarem atos íntimos em uma praia, mas apesar disso a tutela dos direitos de intimidade prevaleceram sobre a liberdade de imprensa nesse acordão do Tribunal de Justiça, ainda cabe recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça para que ocorra novamente a ponderação de direitos fundamentais. ¹²⁹

Nessa ponderação de direitos fundamentais, o entendimento sobre a intimidade revelou-se importantíssimo para uma decisão acertada no caso concreto, para retirar quaisquer dúvidas a respeito das diversas características da intimidade

¹²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 556.090.4/4-0. Recorrente Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos e Ig – Internet Group do Brasil Ltda. Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo, 12 de junho de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>> Acesso em: 28 set 2014.p. 2

¹²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 556.090.4/4-0. Recorrente Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos e Ig – Internet Group do Brasil Ltda. Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo, 12 de junho de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>> Acesso em: 28 set 2014.p. 3

que foram abordadas, recorreremos a doutrina alemã com a análise de Edilson de Farias:

Com efeito a doutrina alemã, debruçando-se sobre o conteúdo do direito à intimidade, vislumbra a existência de três esferas: (a) *Privatsphäre* (esfera da vida privada) - a mais ampla das esferas, abarcando todas as matérias relacionadas com as notícias e expressões que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros. Ex.: imagem física, comportamentos que mesmo situado fora do domicílio, só devem ser conhecidos por aqueles que travam regularmente contacto com a pessoa; (b) *Vertrauenssphäre* (esfera confidencial) – incluindo aquilo que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o público em geral e as pessoas pertencentes ao ciclo da vida privada e familiar. Ex.: correspondência, memoriais, etc; (c) *Geheimsphäre* (esfera do secreto) - compreendendo os assuntos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à natureza extremamente reservada dos mesmos.¹³⁰

No caso em epigrafe podemos inferir que mesmo estando praticando um ato na praia a vista de todos, uma das esferas de intimidade, a da vida privada mereceu ser protegida, apesar do fato ter acontecido fora do domicílio.¹³¹

4.4 Caso Xuxa

A apresentadora conhecida no Brasil como Xuxa ajuizou em 2010 uma ação contra o site Google, requerendo que o referido buscador removesse todos os resultados da busca “xuxa pedófila” ou que colocasse o nome “Xuxa” ligado com qualquer tipo de prática criminosa, inicialmente a apresentadora ganhou uma liminar obrigando o Google a restringir os resultados da pesquisa a as referidas expressões.¹³²

Quando a questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, em 2012 a 3ª turma do STJ decidiu por unanimidade que o site google apenas facilitava o acesso aos dados, devendo a ação ser movida contra os produtores dos conteúdos.¹³³ Segue a transcrição do Recurso Especial nº 1316921/RJ:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET, RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PREVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE, RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. CONTEUDO PÚBLICO. DIREITO A INFORMAÇÃO.
[...]

¹³⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos: A honra, a intimidade. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 126

¹³¹ FARIAS, Edilson Pereira de. op. cit. 126

¹³² PALMA LIMA, Erik Noleta Kirk. Direito ao esquecimento: Discursão europeia e sua repercussão no Brasil. Revista de Informação Legislativa. Ano 50, nº 199. Jul./set 2013. p. 277.

¹³³ PALMA LIMA, Erik Noleta Kirk. op. cit. p. 277

5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe a identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa.

6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar de seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade a informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.¹³⁴

Esse julgado, desconsiderou completamente o direito ao esquecimento dando a liberdade de informação um alargamento desnecessário e preocupante. A dificuldade técnica na supressão de alguns conteúdos da rede mundial de computadores também é um fator que influencia as decisões judicial de forma implícita, pois o julgador não irá proferir uma decisão inócua.

4.5 Casos concretos no direito comparado

Um caso emblemático no direito comparado envolvendo o direito ao esquecimento e o direito da liberdade de comunicação foi decidido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, que ficou conhecido como o caso dos soldados de Lebach, segue a ensinamento de Gavião Filho sobre o caso:

Um caso paradigmático da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão é o de colisão entre o direito fundamental de liberdade de radiodifusão da disposição do art. 5, al. 1ª, fr. 2ª, da lei Fundamental e o direito ao desenvolvimento da personalidade da disposição do art. 2º al. 1ª da Lei Fundamental. Cuidava-se do caso conhecido como assassinato de soldados de Lebach e que dizia com a morte de quatro soldados, que guardavam um depósito de munição no lugarejo de Lebach, perpetrado durante um roubo de armas e munição. Os Autores foram condenados a prisão perpétua e um terceiro, por ter participado como auxiliar, restou condenado a pena de seis anos de reclusão. Em atenção a repercussão desse fato, a ZDF(Zweites Deustches Fernsehen) produziu um documentário sobre o ocorrido, apresentando os dois principais envolvidos e o terceiro participante, com nomes, fotos, referências as ligações homossexuais entre eles, detalhes do crime, perseguição e prisão. O

¹³⁴ PALMA LIMA, Erik Noleta Kirk. Idem. p. 277

documentário seria transmitido em uma sexta-feira à noite, um pouco antes da soltura do terceiro participante e autor do recurso constitucional.¹³⁵

O Tribunal Constitucional Alemão reconheceu que quando a liberdade da emissora de tevê de escolher quaisquer temas para veicular entra em choque com o bem jurídico da personalidade, deverá haver a ponderação entre esse direito de personalidade e o direito de informação da sociedade, assim o Tribunal Alemão considerou que a nova veiculação do caso poria em risco a reintegração social do autor da ação, pois ele já havia cumprido sua pena e mereceria ser esquecido.¹³⁶

Outro caso interessante do direito comparado ocorreu também na Alemanha. Wolfgang Werle e Manfred Lauber cumpriram a pena por terem assassinado um ator nos anos 90, no entanto mais de vinte anos depois da condenação, em 2009, Wolfgang Werle ajuizou ação no Tribunal de Hamburgo para que seu nome fosse retirado do site Wikipedia, o Tribunal Constitucional Federal Alemão acatou a fundamentação de Wolfgang Werle obrigando a Wikipedia a suprimir as referências ao nome de Wolfgang Werle.¹³⁷

O Tribunal Alemão, no entanto viu sua decisão torna-se ineficaz pois o site Wikipedia não possuía quaisquer negócios na Alemanha, tampouco filiais, além do que estava hospedado nos Estados Unidos da América, sendo portanto protegido pela primeira emenda da Constituição Americana, acerca da liberdade de expressão.¹³⁸

Um caso importante ocorreu na Suíça em 1983, uma emissora suíça iria fazer um documentário sobre um homicida condenado a morte em 1939, mas um dos seus descendentes ajuizou ação contra a veiculação de tal documentário, afirmando que isso traria sofrimento para sua própria vida, no entanto o Tribunal suíço considerando que não há direito absoluto ao esquecimento que deva obstruir a pesquisa histórica autorizou a veiculação do documentário.¹³⁹

¹³⁵ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. op. cit. p. 44.

¹³⁶ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Idem. p.44-45.

¹³⁷ PALMA LIMA, Erik Noleta Kirk. Direito ao esquecimento: Discursão europeia e sua repercussão no Brasil. Revista de Informação Legislativa. Ano 50, nº 199. Jul./set 2013. p. 275-276

¹³⁸ PALMA LIMA, Erik Noleta Kirk. Idem. p. 275-276

¹³⁹ PALMA LIMA, Erik Noleta Kirk. Idem. p. 275-276

5 CONCLUSÃO

A sociedade moderna transmuta-se a cada dia com uma velocidade assustadora, mudam-se os conceitos, os valores e os ideais. Essas mudanças não são apenas comportamentais, são mudanças estruturais que alteram a dinâmica social e trocam os rumos da evolução humana.

Diante de um mundo tão dinâmico, o direito não pode permanecer estático, imutável, não é viável ao direito como uma das expressões humanas mais complexas ficar alheio ao seu destinatário, o direito não é um fim em si mesmo, como queriam os positivistas puros, ele é uma ferramenta de proteção, estruturação e regulação social.

Dessa forma, o direito deve estar atento para o surgimento de novas demandas e conseqüentemente de novos direitos. A demanda tratada, no decorrer deste trabalho foram os problemas ocasionados pela informação pela informação, ou seja a hipertrofia dos meios de comunicação que podem tornar fatos eternos, tanto utilizando-se do meio eletrônico, quanto apresentando repetidas vezes ao longo dos anos acontecimentos que não fazem mais parte do contexto onde são veiculadas.

Com essa nova demanda, surge a necessidade de uma nova interpretação sobre os direitos, assim fazendo entrar em discussão o direito ao esquecimento, esse direito não surgiu do nada pois conforme análise histórica, percebemos que o direito de ser deixado em paz tem suas raízes na proteção da privacidade que iniciou-se a mais de 100 anos.

No século XIX, a demanda pela tutela dos direitos de personalidade era incipiente, mais mesmo assim foi fundamental para lançar as bases do que no futuro, que é o nosso presente, seria um direito indispensável para a era da informação.

Ao se estudar um direito novo, é preciso primeiramente verificar se esse direito possui ou não legitimidade e bases sólidas. O direito ao esquecimento encontra suas bases nos direitos de personalidade do Código Civil de 2002 e na Constituição Federal de 1988.

Mas ao se fazer essa afirmação surge uma dúvida, como pode um direito novo, sem estar devidamente positivado nem na legislação infraconstitucional, nem na carta constitucional, ter suas bases em tais codificações?

Essa indagação é respondida pelos princípios, são eles que legitimam e fundamentam esse novo direito, pois ao se analisar de forma criteriosa a teoria dos princípios, constatamos que a base principiológica do direito ao esquecimento é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, esse direito está apto a produzir efeitos no caso concreto. Apesar da discussão no Brasil ser relativamente nova, os recentes casos estudados neste trabalho, nos induzem a afirmar que a aplicabilidade dele será cada vez maior, à medida que os operadores do direito e os legisladores perceberem está nova demanda da sociedade.

Nesse contexto, os meios de comunicação se apresentam como um dos fatores de aceleração da perceptibilidade dessa nova necessidade cotidiana. Os meios de comunicação são uma ferramenta indispensável, para a manutenção e evolução de um Estado Democrático de Direito, e também são uma expressão da dignidade.

Quando o direito ao esquecimento é aplicado, quase sempre será gerada a discussão sobre os limites desse novo direito. Obviamente ele não absoluto, pois deriva do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que também não é absoluto. Devendo da mesma forma que todos os outros direitos ele deve ser ponderado no caso concreto.

Dessa forma, A liberdade de expressão e comunicação só deverá ser limitada e relativizada, quando for indispensável para a proteção da intimidade, do direito de ser deixado em paz, em última análise da própria dignidade humana. E tal relativização só poderá ser decidida em face do fato, utilizando-se a ponderação, através do princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

Assim, o fim ultimo do Estado Democrático de Direito será alcançado ao se proteger a pessoa humana em todos os seus aspectos existenciais, garantindo a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schid Silva, São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *A segurança da informação no processo eletrônico e a necessidade de regulamentação da privacidade de dados*. *Revista de Processo*, 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 152.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de, 2009. *Direito no Plural: campos escritórios associados*. Disponível em: <<http://www.camposea.adv.br>> Acesso em: 15 ago 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 ago. 2014.

BRASIL. Código Civil de 2002. *Instituído pela Lei 10.406 em 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 09 ago 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153/RJ. Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 26 set 2014.

BRASIL. Código Penal de 1984. *Redação dada pela Lei 7.209 em 11 de julho de 1984*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 15 ago 2014

BRASIL. Código Processo Penal de 1941. *Decreto-lei 3.689 em 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 16 ago 2014

BRASIL. Lei de Execução Penal. *Instituída pela Lei 7.210 em 11 de julho de 1984*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 09 set 2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 set 2014.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. *A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 04 ago 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 556.090.4/4-0. Recorrente Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos e Ig – Internet Group do Brasil Ltda. Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo, 12 de junho de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>> Acesso em: 28 set 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

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

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1977. Tradução portuguesa: *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. M. É o direito um sistema de regras? *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, RS, v.34, n.92, p. 119-158, set./dez. 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas* – Barueri, SP: Manole, 2007.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MESSNER, Johannes. *Ética social*. São Paulo: quadrante.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito Constitucional. Tomos II e IV. 3. ed.rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ONU, Declaração Universal dos direitos do homem (1948). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 24 set 2014

PADILHA, Lara Nina. *Colisão de direitos na propaganda eleitoral: a ponderação entre a liberdade de expressão e comunicação e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem dos candidatos a cargo eletivo*. 2010. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2010.

PALMA LIMA, Erik Noleta Kirk. *Direito ao esquecimento: Discursão europeia e sua repercussão no Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Ano 50, nº 199. Jul./set 2013.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963; 2ª ed. Expressão e Cultura, 1998. p. 15.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998. p. 102