O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

**PORRUA, Marcelo[[1]](#footnote-2)**

**Resumo**

O direito ao esquecimento surge como um novo direito relacionado ao direto à dignidade, representando um conflito direto entre o direito à informação e o direito à privacidade. O uso da internet e de outros suportes midiáticos vem atingindo todas as idades e classes sociais, propiciando que as informações e notícias circulem rapidamente. No entanto, o seu mau uso pode acarretar conflitos nas relações jurídicas, envolvendo direitos fundamentais. Assim, a pesquisa aqui realizada abarcou o direito de ser esquecido com foco no seu enquadramento no Ordenamento Jurídico Nacional, em especial, na Constituição Federal de 1988, sobremaneira por ser este direito ao esquecimento parte de um processo educativo, dialógico de per si, fundamental para a construção da cidadania e reconhecimento às diferenças. Essa investigação mostrou ser o direito ao esquecimento contemplado pelo ordenamento pátrio quando tutelado pelas decisões jurisprudenciais; contudo, a tutela do direto ao esquecimento, ainda não se dá de forma absoluta, necessitando do sopesamento dos princípios fundamentais em que está envolto, como também, de uma legislação que o regulamente.

**Palavras-chave:** Direito ao Esquecimento; Vida Privada; Liberdade de expressão.

**Introdução**

As redes sociais têm influenciado mais e mais a sociedade. Com isso, são frequentes os conflitos entre princípios relacionados às relações virtuais, como o direito à informação e o direito à privacidade. Estas colisões lançaram o desafio basilar de um direito a ser esquecido, de ser deixado em paz, que está adquirindo progressiva relevância em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.Por isso, tornam-se essenciais as considerações sobre sua aplicação no Brasil.

Conceitua-se o direito ao esquecimento como a capacidade jurídica que um sujeito possui de postular a retirada de informações pessoais constrangedores ou comprometedoras do ambiente virtual. Surge do sopesamento entre o direito à informação e o direito à privacidade, à honra, à imagem e à intimidade, mas com capacidade limitada. Isso, em virtude de uma problemática notadamente contemporânea, decorrente da velocidade de transmissão e permanência de informações na sociedade ocidental hodierna.

Torna-se oportuno destacar que o tema tratado nessa pesquisa visa a ampliação do campo de estudo dos direitos fundamentais, uma vez que viabiliza a incorporação de novas garantias aos titulares máximos deste direito: os cidadãos. O Direito é condição de liberdade externa e elemento integrante do processo educativo tomado no seu sentido amplo.

No tocante à metodologia adotada, essa abrangeu, basicamente, o estudo bibliográfico de livros, artigos, dissertações e teses. Ressalte-se que os trabalhos realizados por juristas de renome internacional são de grande importância,como Ronald Dworkin e Robert Alexy,bem como princípios da interpretação da Carta Maior. Ademais, será estruturado um conceito, com abordagem dos princípios fundamentais antagônicos, especulando sobre a viabilidade de inserção do Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico pátrio.

**1 Definição da Problemática: Conceitos eSopesamentode Princípios**

**1.1 Normas: princípios e regras**

Inicialmente, cumpre conceituar a ideia de norma jurídica. De modo bastante prático, leciona José Afonso da Silva, definindo como se segue:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades, a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por um lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem (SILVA, 2008, p. 91).

Como se depreende do conceito funcional acima colacionado, as normas apresentam-se como um meio de controle das relações jurídicas que surgem entre pessoas físicas ou jurídicas. Elas nascem para estabelecer os parâmetros básicos essenciais para manter a vida em sociedade mais viável e, por ventura, resolver os conflitos decorrentes dessas relações.

Pode-se diferenciar regras e princípios sob dois prismas distintos: a partir de uma perspectiva estrutural, ou a partir de uma perspectiva funcional. Serão ambos expostos, para melhor compreensão de suas diferenças e semelhanças.

Sob o aspecto estrutural, as normas são estudadas como entidades organizadoras de um sistema. Desta perspectiva, os princípios, por sua natural abstração, detém grau de indeterminação muito maior que o das regras. Possuem, assim, abrangência muito maior.

Já sob o viés funcional, deve-se analisar o papel da norma jurídica ante os seus destinatários. Sob este último, indica Raz que “as normas são vistas como razões para a ação; o que interessa basicamente, nesta perspectiva, é mostrar que tipo de razões são as normas e como operam na argumentação prática (ATIENZA e MANERO, 2014)”. Sob este prisma, percebe-se que as regras se prestam a determinar uma relação específica, ao passo que os princípios impõem conceitos genéricos.

Robert Alexy define de forma sumamente pertinente esta diferenciação. Segundo ele:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (...) De outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nesta medida, podem sempre ser somente cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então, é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena (ALEXY, 2014).

Em suma, regras e princípios se diferenciam em face de sua abrangência e abstração: abrangência, dado que as regras possuem âmbito de atuação específico e claramente definido, ao passo que os princípios detêm carga de generalidade enquanto mandamentos de otimização, como estabelecido por Alexy (2014).

Considerando o tema proposto, a atenção deve se volver essencialmente ao estudo dos princípios, notadamente seu conteúdo essencial e suas aplicações no ordenamento. Verificam-se duas funções básicas desempenhadas pelos princípios: explicação e justificação. Conciso e claro é o excerto a seguir colacionado, que vem detalhando essas dimensões.

Pois bem, os princípios cumprem com esta função exemplificativa ao menos nestes dois sentidos. Em primeiro lugar, por sua capacidade para sintetizar uma grande quantidade de informação: a referência a uns poucos princípios nos permite entender como funciona uma instituição jurídica no conjunto do ordenamento jurídico, e em relação ao sistema social. Os princípios são – como as leis científicas – enunciados que fazem possível uma descrição econômica de uma determinada realidade (neste caso, o Direito), e cumprem por tanto uma função didática – no sentido amplo – de grande importância. Mas, em segundo lugar – e isto é ainda mais importante – os princípios nos permitem também entender o Direito – os diferentes Direitos – não como um simples conjunto de padrões, mas também como um conjunto ordenado, isto é, como um conjunto dotado de sentido. Por isso, conhecer os princípios de uma instituição ou de um determinado Direito permite, inclusive, até certo ponto, predizer quais são as soluções para os problemas jurídicos fixadas em disposições específicas. (...) Entretanto, os princípios – como já visto – não desobrigam a tarefa de efetuar essa ponderação. Por outro lado, os princípios, enquanto premissas a ser utilizadas nos argumentos práticos, têm menos força (são menos concludentes) que as regras (ATIENZA e MANERO, 2014).

Como bem leciona Paulo Bonavides, “sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo (BONAVIDES, 2006, p.258)”. É exatamente sobre as teorias que estudam a forma adequada de manuseio desses princípios – especialmente em face da colisão entre princípios antagônicos - de que trata o próximo item.

**1.2 Sopesamento de Princípios: evolução e teorias**

Esta pesquisa tratada análise de um conflito principiológico oriundo da evolução virtual que vem ocorrendo. Figurarão, pois, os princípios como atores principais, vez que “espargem claridade sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas (BONAVIDES, 2006, p.259)”. Deve-se abordar, assim, as teorias que abordam a hipótese de que dois princípios antagônicos entrem em conflito.

Como já se pode depreender, os princípios sofreram muitas modificações quanto à sua importância e normatividade. Paulo Bonavides traz em sua obra que estes, em sua juridicidade, passaram por três fases: jusnaturalista, positivista e pós-positivista.

Na fase jusnaturalista, os princípios eram vistos como normas universais de justiça, que ajudariam a compor um Direito ideal. Flórez-Valdés, em breves e esclarecedoras palavras, define princípios na fase do jusnaturalismo como sendo “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana” Em resumo:

A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça (Flórez-Valdés apud BONAVIDES, 2006, p.261)

Na segunda fase, os princípios passam a se positivar nos Códigos, atuando como fonte normativa subsidiária. São utilizados nesta fase com a função de expandir a eficácia da lei e preencher os vazios existentes. Esta evolução é sobejamente caracterizada por José M. Rodriguez Paniagua:

Em conclusão e em resumo, podemos dizer que a diferença mais destacada entre a tendência histórica e ou positivista e a jusnaturalista radica em que esta última afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei, e a necessidade consequente de recorrer aos do Direito Natural (...), enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste de podem obter por analogia”. E finaliza deste teor: “Mas esta é, antes de tudo, uma questão lógica: a suficiência ou insuficiência do ordenamento jurídico; e só depois de resolvida, sem agitar o fantasma do Direito Natural, dever-se-ia começar a determinar, caso a conclusão seja a da insuficiência, os métodos de suprir lacunas (Rodriguez Paniagua apud BONAVIDES, 2006, p.262)

Percebe-se que a maior mudança entre a primeira e a segunda fase é que a última buscou afastar o Direito Natural como fonte subsidiária para a resolução de antinomias e lacunas normativas. O Direito Positivo passou a ser a fonte primária; o uso de outras fontes deveria ser claramente previsto no ordenamento, não escolhidas à discrição do intérprete (ou, de pronto, do Direito Natural) para resolução de questões não presentes na lei.

Por fim, a terceira e última fase, a do pós-positivismo, já nas últimas décadas do século XX, foi marcada pela promulgação de diversas constituições. Converteram-se os princípios em fundamento no qual se assenta todo o ordenamento jurídico. Ensina Bonavides:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vem abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Havard (BONAVIDES, 2006, p.265).

Ronald Dworkin surgiu como um dos primeiros e maiores críticos à doutrina positivista. Em sua teoria, fez crer que princípios devem ser tratados como Direito, da mesma forma que as regras o são.

Essa nova perspectiva na teoria dos princípios surgiu, sem dúvidas, com o intuito de adentrar em um campo no qual nem se prime só pelo Direito Natural, nem apenas pelo Direito Positivo.

São momentos culminantes de uma reviravolta na região da doutrina, de que resultam para a compreensão dos princípios jurídicos importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza: admitidos definitivamente por normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio. Mas aqui fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio *versus* norma, uma vez que pelo novo discurso metodológico a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra (BONAVIDES, 2006, p.276).

Paulo Bonavides leciona que, a partir de Dworkin, os princípios passam a ser encarados como espécies do gênero norma. Na revolução doutrinária já mencionada, que marcou o fim do positivismo e a afirmação do pós-positivismo, marcando um novo momento constitucional, outro jurista, Robert Alexy, também se fez bastante presente e fundamental.

Ao estudar uma teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas - a teoria normativa-material (*normative-materialeTheorie*) - Alexy instituiu a distinção entre regras e princípios, que, na essência, é a mesma de Dworkin. Conjugou as duas modalidades debaixo do conceito de normas. Tanto as regras como os princípios também são normas, escreve ele, portanto, ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição (BONAVIDES, 2006, p.277).

Segundo Alexy, as diferenças entre as regras e princípios são inúmeras, mas, sem dúvida, a mais acentuada é a generalidade. Isso, porque as regras apresentam grau de generalidade relativamente menor que o dos princípios. E com base nessas diferenciações, o jurista alemão descobre três possíveis teses para essa distinção, quais sejam:

A primeira, rodeada de ceticismo, entende que nenhum daqueles critérios, unilaterais, em razão de sua própria diversidade, serve para fundamentar uma tal distinção. Valendo-se da autoridade de Wittgenstein, entende ele, portanto, que o alvo há de ser colocado nas inumeráveis homogeneidades e heterogeneidades, semelhanças e dessemelhanças, dentro da classe das normas, e não em sua divisão em duas classes. A segunda tese, prossegue Alexy, é representada por quantos admitem que as normas, de modo relevante, se repartem em princípios e regras, mas pondera que essa distinção se faz de forma 'gradual'. Seus adeptos, via de regra, são aqueles numerosos autores que se valem do grau de generalidade por critério decisivo da distinção. A terceira tese, enfim, vem a ser aquela que Alexy julga correta e consiste em afirmar que entre os princípios e as regras não impera tão-somente uma distinção de *grau*, mas de *qualidade* também. Unicamente essa tese consente fazer uma distinção estrita entre as normas (BONAVIDES, 2006, p.278).

Nesta última tese, o critério gradualista-qualitativo, os princípios são entendidos como “*mandamentos de otimização*” (ALEXY, 2008, pp. 67-68) e este é o elemento central da teoria dos princípios de Alexy.

A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios (SILVA, 2011, p.46)

Assim, para ele, a realização do que dispõem os princípios deve ser na medida mais plena dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

**1.3 Princípios de interpretação constitucional**

Os princípios de interpretação constitucional têm a função de possibilitar o entendimento e o significado das normas constitucionais em sua essência sem distorções ou equívocos. “(...) tais princípios, para a maioria dos autores, são os da unidade da Constituição, da concordânciaprática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição, e da máxima efetividade (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 103)”.

**1.3.1 Unidade da Constituição**

Segundo esse primeiro princípio, as normas constitucionais devem ser analisadas de modo integrado, sempre com vistas a evitar qualquer tipo de contradição. Didaticamente, duas características ficam embutidas nessa norma: ausência de hierarquia entre as normas constitucionais e a proibição de interpretação isoladas destas. Nesse ponto, Luís Roberto Barroso se contrapõe em relação aos demais doutrinadores, por considerar que a hierarquia entre as normas da Carta Maior não existe.

A ordem jurídica é um sistema, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarredáveis. […] Por força do princípio da unidade, inexiste hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. (BARROSO e BARCELLOS, 2014).

No entanto, esse não será a posição perseguida pelo trabalho em desenvolvimento, tendo em vista que a doutrina majoritária os tem como princípios que, logicamente, normatizam a interpretação da Constituição.

**1.3.2 Concordância prática**

O princípio da concordância prática, também intitulado princípio da harmonização, é utilizado constantemente, principalmente no caso de colisão entre princípios fundamentais. Exatamente em virtude disso, apesar de o direito de ser esquecido representar o resultado de um conflito, em nenhum momento a concordância prática pode ser deixada de lado.

Nessas situações de conflito em relações jurídicas que envolvem bens protegidos pela Carta Magna, esse basilar determina que “adote a solução que otimize a realização de todos eles [bens constitucionalmente protegidos], mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 103)”.

**1.3.3 Correção funcional**

Outro princípio basilar na interpretação constitucional é a correção funcional. Nele, “o intérprete da Constituição não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional de repartição de funções estabelecido pelo legislador constituinte, haja vista ser o sistema constitucional coerente (BALTAZAR, 2104)”.

**1.3.4 Eficácia integradora**

Desse princípio, preza-se pela interpretação que favoreça e mantenha a unidade político-constitucional para resolução dos conflitos. Baltazar diz que “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prioridade às interpretações que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política, posto que essa é uma das finalidades primordiais da Constituição (BALTAZAR, 2104)”.

**1.3.5 Força normativa da Constituição**

Já no princípio da força normativa da Constituição, o que se busca é dar maior eficácia às normas, aplicando as normas de modo a solucionar os conflitos das relações jurídicas através de uma interpretação ajustada à realidade. Afinal, a Constituição deve estar conectada à realidade jurídica, social, política, bem como à própria Lei Maior.

Considerando que toda norma jurídica – e não apenas as normas da Constituição –, precisa de um mínimo de eficácia, sob pena de perder ou sequer adquirir a vigência de que depende a sua aplicação, impõe reconhecer que, ao menos sob esse aspecto, o princípio da *força normativa da Constituição* não encerra nenhuma peculiaridade da interpretação constitucional, em que pese a sua importância nesse domínio hermenêutico, um terreno onde, sabidamente, qualquer decisão, ao mesmo tempo que resolve um problema constitucional em concreto, projeta-se sobre o restante do ordenamento e passa a orientar a sua interpretação (BALTAZAR, 2104).

Ao buscar dar maior eficácia às normas constitucionais que orientam o comportamento humano com o fito de preservar a própria Constituição. Portanto, antes mesmo de analisar o direito de ser esquecido, deve-se ter ideia de que a ordem constitucional é mais que legitimada e, apenas com os devidos cuidados, terá a eficácia maximizada.

**1.3.6 Máxima efetividade**

Este princípio está diretamente ligado à otimização da eficácia da norma, mas sem que para isso seja necessário alterar seu conteúdo. No entanto, essa máxima efetividade, para não violar o que dispõe a própria Carta Maior, deve caminhar conjuntamente com os demais princípios de interpretação constitucional, já explanados acima.

De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas. Tendo em vista, por outro lado, que, nos casos concretos, a *otimização* de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compressão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de outrem, direitos que constitucionalmente também exigem otimização – o que, tudo somado, contrariaria a um só tempo tanto o princípio da *unidade da Constituição* quanto o da *harmonização* –, em face disso, impõe-se harmonizar a *máxima efetividade* com essas e outras regras de interpretação, assim como impõe-se conciliar, quando em estado de conflito, quaisquer bens ou valores protegidos pela Constituição (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, pp. 111-112).

Portanto, todos os princípios acima tratados devem ser lembrados e levados em consideração para que se possa atingir uma conciliação entre os bens constitucionalmente protegidos, através de uma interpretação efetiva, otimizada e, principalmente, considerando a unidade da Constituição, sua força normativa e seu efeito integrador.

**2 O Direito ao Esquecimento: Conceituação**

O direito ao esquecimento é o direito individual e fundamental de uma pessoa opor-se a que um fato, mesmo que seja verídico, acontecido em determinado momento de sua vida, seja alvo de exposição ao público em geral, podendo causar-lhe sofrimento ou transtornos. O direito ao esquecimento é também conhecido como “direito de ser deixado em paz” ou mesmo de “direito de estar só”. Nos EUA, é reconhecido como “the right to be let alone” e, nos países hispânicos, denomina-se de “derechoal olvido”.

No ordenamento pátrio, o direito ao esquecimento possui assento constitucional e legal, visto como uma consequência direta do direito à privacidade, intimidade e honra, que se asseguram na CF/88, em seu art. 5º, X e pelo Código Civil de 2002 no artigo 21. Outros autores também afirmam que o direito ao esquecimento está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana e por isso com respaldo no artigo 1º, III, da CF/88.

Ao discutir o direito ao esquecimento é essencial lembrar do jurista e filósofo francês François Ost, que diz:

Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído (OST, 2005, p. 160).

O direito ao esquecimento não é uma criação recente, pois há muitos anos já se discute a respeito dessa expressão do direito na Europa e nos EUA.

(...) qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.” (id. p. 161)

Aqui no Brasil, os temas relacionados ao direito ao esquecimento voltaram a ser debatidos depois da aprovação de um enunciado que toca essa temática na VI Jornada de Direito Civil, além de o STJ ter julgado casos envolvendo esse mesmo direito.

Em março de 2013, na VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, foi aprovado o Enunciado 531 que reconhece claramente que o direito ao esquecimento existe como uma expressão fundamental da dignidade da pessoa humana. Assim se manifesta: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Mesmo tendo esta pesquisa o condão da defesa da validade do direito ao esquecimento, vale ressaltar que existem doutrinadores que se opõem à existência de um “direito ao esquecimento”, dentre eles o Min. Luis Felipe Salomão que, no julgamento do REsp 1.335.153-RJ, apesar de se manifestar favorável ao direito ao esquecimento, colacionou diferentes argumentos a ele contrários, donde se destacam:

a) o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constituiria um atentado à liberdade de expressão e de imprensa;

b) o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade;

c) o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público;

d) é absurdo imaginar que uma informação que é lícita se torne ilícita pelo simples fato de que já passou muito tempo desde a sua ocorrência;

e) quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público. Min. Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp 1.335.153-RJ (DIREITO AO ESQUECIMENTO, 2014)

Sem qualquer dúvida, o principal ponto conflituoso em relação ao direito ao esquecimento está em como conciliar o direito à privacidade com a liberdade de expressão e de imprensa, bem como com o direito à informação, ponto de próxima discussão.

**3 A Viabilidade do Direito ao Esquecimento no Ordenamento Jurídico Nacional**

Esta seção se presta a apresentar o aparente conflito principiológico e a forma como os mesmos têm sido resolvidos atualmente. Para tanto lança mão de reflexões sobre o direito à liberdade de informação e à vida privada e como podem esses princípios se coadunarem na garantia da justiça.

**3.1 Direito à liberdade de informação e à liberdade de expressão**

Um dos aspectos importantes de uma nação que se diz democrática outorga-se à liberdade de expressão e, na mesma medida, à de informação. A liberdade de expressão é gênero da espécie que denominamos liberdade de informação, uma vez que a liberdade de expressão abarca um conteúdo mais amplo do que a simples informação.

O ato de pensar é próprio e exclusivo do ser humano, e enquanto não é externado, diz respeito apenas ao indivíduo, uma vez que na liberdade de pensar, está contida a liberdade da consciência, de crença e de livre convicção religiosa, podendo ser exercida livremente.

Sendo assim, é natural que o ser humano necessite exteriorizar seu pensamento, que se revela através da liberdade de manifestação de pensamento, exercendo o direito de propagar opiniões em forma de concepções, valores e crenças. Segundo Pedro Frederico Caldas: “(...) constitui um movimento do pensamento de dentro para fora; é a forma de manifestação de pensamento, resume a própria liberdade de pensamento, encarada, aqui, como manifestação do fenômeno social” (CALDAS, 1997, p. 59.). Assim, pode-se claramente observar que a liberdade de expressão contém uma dupla dimensão, conforme nos ensina Jonatas Machado:

Nesse sentido, deve-se sublinhar a dupla dimensão deste direito. A dimensão substantiva compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A dimensão instrumental traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento (MACHADO, 2002, p. 417).

Portanto, verifica-se que a citada liberdade de informação abrange tanto a liberdade de informar quanto o direito de ser informado; noção explicitada por Freitas Nobre: “A própria liberdade de informação encontra um direito á informação que não é pessoal, mas coletiva, porque inclui o direito de o povo ser bem-informado” (NOBRE, 1988, p. 33). Esse direito “ (...) dotado de força componente e interesse coletivos, a que corresponde, na realidade um direito coletivo à informação.” (GODOY, 2001, p. 49).

Contudo, enquanto a liberdade de expressão abarca fatos, pensamentos, opiniões e crenças que podem ser expressos pelo sujeito que os detém, não importando sua veracidade ou não, a liberdade de informação, por sua vez limita-se à manifestação de fatos que ecoam veracidade que se não forem respeitado ferem frontalmente outros direitos fundamentais protegidos constitucionalmente que podem ser vistos a seguir.

**3.2 Direito à Privacidade, intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.**

O ser humano relaciona-se em distintas esferas sociais, algumas públicas e outras não. É na esfera privada que são encontrados os direitos da personalidade, também chamados de direitos da pessoa e de direitos personalíssimos. Dentre estes, o direito à privacidade.

Atualmente percebe-se a influência dos ideais dos "direitos da personalidade" na Constituição brasileira de 1988, mas eles vêm de longe, como demonstra o Art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948:

Artigo 12° - Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

Alcançam eco na Carta Magna brasileira quando assim são expressos:

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;

O art. 5.º, inciso X da Constituição Federal, assegura o direito à reserva da intimidade, assim como ao da vida privada. Segundo Bastos & Martins (2013) a intimidade consiste

(...) na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano (BASTOS & MARTINS, apud VIEIRA, 2013).

Esta proteção, assim descrita, desdobra-se em outros direitos constitucionais que também se preocupam com a preservação de aspectos íntimos e privados. O direito à privacidade, preconizado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 12, garantido pela Constituição, artigo 5º, é atacado frontalmente, no artigo 21 do Código Civil Brasileiro.

Uma das mais bem vindas mudanças da parte geral do novo Código Civil Brasileiro foi a inserção de um capítulo próprio, para tratar dos direitos da personalidade, que vai do artigo 11 ao 21, sendo os mais interessantes para o desenvolvimento da pesquisa, que ora se pretende, os seguintes, a saber:

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. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. (...)

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. (...)

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, (...) 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 (...)

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.

Na realidade, não se trata de novidade, pois a Constituição Federal traz uma proteção mais abrangente no art. 5º, caput, que consagra direitos fundamentais da pessoa natural. Vieira (2013) afirma que a tutela da pessoa natural é construída com base no preceito fundamental constante no Texto Maior: a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em várias questões jurídicas esse preceito aflora e aponta o caminho de proteção da pessoa, em detrimento de qualquer outro valor

Os direitos da personalidade são aqueles direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade, vislumbrados em cinco garantias: vida, integridade física, honra, imagem, nome e intimidade, que apresentam bastante bem o fundamento desses direitos.

Finalizando o tratamento quanto aos direitos da personalidade, confirma o art. 21 do novo Código Civil o direito à intimidade, já reconhecido na CF/88, sendo inviolável a vida privada da pessoa natural e cabendo sempre medidas visando proteger essa inviolabilidade.

Assim, “a intimidade não deve ser concebida somente no plano físico, mas também no plano virtual, do ambiente da Internet, sendo inviolável o domicílio eletrônico de uma determinada pessoa.” (TARTUCE, 2014)

**3.3 Informação e expressão versus intimidade, vida privada, honra e imagem**

Para que seja possível conciliar o direito ao esquecimento com o direito à informação, deve-se analisar se existe um interesse público atual na divulgação da informação e não apenas a simples curiosidade particular de pessoas e grupos. Se ainda persistir a utilidade da informação, não há que se falar em direito ao esquecimento, estando a publicidade da notícia sendo manifesta de modo lícito. Mas, se não houver interesse público, poderá ser pleiteado o exercício legal do direito ao esquecimento, devendo as notícias sobre o fato serem impedidas de divulgação. Como assevera o Min. Gilmar Ferreira Mendes:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 374).

O Min. Luis Felipe Salomão ainda disse que “ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto – cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo” (REsp 1.334.097).

**Considerações Finais**

O direito ao esquecimento surge como um novo direito relacionado às demandas dos direitos fundamentais, principalmente no que toca à proibição das penas “perpétuas”, uma vez que relembrar é sofrer novamente.Esse posicionamento que ganha cada vez mais corpo, representa, como foi visto, um conflito direto entre o direito à informação e o direito à privacidade, ambos direitos igualmente garantidos pela Carta Magna.

A informação não é boa nem má em si mesma, seu uso pode assim configurar-se, provocando por vezes a execração pública e perpétua do indivíduo apenado, pois os rótulos sociais o acompanharão durante toda sua existência. Por isso, seu mau uso pode acarretar conflitos judiciais, envolvendo os direitos fundamentais mencionados; uma vez que para se garantir um direito, não se pode desrespeitar outro, num eterno conflito de princípios que atinge diretamente quem o postula.

Desta feita, este trabalho analisou o direito de ser esquecido, como foco de conflito entre o princípio da privacidade e o princípio da liberdade de expressão, quando foi verificado seu enquadramento na própria Constituição de 1988 sob a égide da dignidade humana.

Nenhum direito é absoluto, por isso o direito ao esquecimento necessita ser sopesado considerando os princípios que acolhem ou que ferem, e não apenas as normas que implicam sua aplicação ou não, uma vez que a legislação específica ainda não o garante.

Mais do que um simples direito, o esquecimento é a tentativa de fazer com que a Justiça garanta que as penas não excedam sua natureza punitiva/pedagógica e perpetuem a pena, reduzindo ao mínimo as chances de retorno ao convívio social.

É nessa perspectiva que defendemos uma hermenêutica jurídica ampliada no que se refere aos direitos e garantias fundamentais, abarcando a historicidade, a política, os princípios e a própria hermenêutica do Direito, num processo educativo que geste de fato a cidadania.

**Referências Bibliográficas**

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudiointroductorio de Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Politicos e Constitucionales, 2008.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **About principles anda rules**. Tradução de Renata Quinaud Pedron e Flávio QuinaudPedron. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito: 49-67, p. 55. Disponível em: < http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\_direito/AtienzaRuiz.pdf >. Acessado em: 15 out. 2014.

BALTAZAR, Antônio Henrique Lindemberg. **Princípios de interpretação constitucional**. Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt BR&q=princ%C3%ADpios +de+interpreta%C3%A7%C3 %A3o+constitucional&btnG=&lr=>. Acessado em 12.08.2014

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/2283name/texto\_principios\_constitucionais\_barroso.pdf . Acessado em 15.10.2014.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª. ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.278.

BRASIL. Código Civil ( 2002 ). **Novo Código Civil**. Brasília, DF, Senado, 2002

BRASIL. Constituição ( 1988 ). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo, 1997.

**DIREITO AO ESQUECIMENTO**. Acessado em 11.01.2014

Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2013/11/direito-ao-esquecimento.html>

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001

MACHADO, Jónatas E. M.. **Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ONU*.***Declaração Universal dos Direitos****Humanos***.* Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos\_direitoshumanos.php Acesso em 29 dez. 2013.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Os direitos da personalidade no novo código civil**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/7590/os-direitos-da-personalidade-no-novo-codigo-civil>, Acessado em 25.08.2014.

1. Graduado em Filosofia (IVF), Letras (UNEMAT) e Direito (FCARP), especialista em Psicopedagogia (UFRJ) e Direito Constitucional (AVM) e Mestre em Educação (UFMT). [↑](#footnote-ref-2)