

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – UERN
NÚCLEO AVANÇADO DE DIREITO DE NOVA CRUZ/RN
CURSO DE DIREITO

ERIVELTON LIMA DE OLIVEIRA

DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* LIBERDADE DE INFORMAÇÃO: A
colisão de direitos e a aplicação da proporcionalidade no âmbito dos tribunais
brasileiros

NOVA CRUZ/RN

2017

ERIVELTON LIMA DE OLIVEIRA

**DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* LIBERDADE DE INFORMAÇÃO: A
colisão de direitos e a aplicação da proporcionalidade no âmbito dos tribunais
brasileiros**

Artigo apresentado a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN - como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: Prof.^a Ma. Aurélia Carla Queiroga da Silva.

NOVA CRUZ/RN

2017

ERIVELTON LIMA DE OLIVEIRA

**DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* LIBERDADE DE INFORMAÇÃO: A
colisão de direitos e a aplicação da proporcionalidade no âmbito dos tribunais
brasileiros**

Artigo apresentado a Universidade do Estado
do Rio Grande do Norte – UERN - como
requisito obrigatório para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof.^a Ma. Aurélia Carla Queiroga da Silva

UERN

Prof.^o. Ms. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon

UERN

Prof.^o. Dr. Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

UERN

DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* LIBERDADE DE INFORMAÇÃO: A colisão de direitos e a aplicação da proporcionalidade no âmbito dos tribunais brasileiros

Erivelton Lima de Oliveira¹

RESUMO: A colisão de princípios tem se mostrado frequente a partir da incidência de premissas fundamentais atinentes à dignidade humana. Na legislação brasileira sua maior legitimação insurge pelo advento da Constituição de 1988, que inovou ao trazer rol extensivo de prerrogativas irradiadoras do bem-estar social. A pesquisa objetiva depurar, através do método dedutivo, acerca da aplicabilidade da ponderação, enquanto medida razoável, no âmbito dos tribunais brasileiros, para fins de resolução de colisão de direitos em face ao conflito evidente entre o Direito do Esquecimento *versus* a Liberdade de Informação, enaltecendo a importância de se resguardar os direitos personalíssimos, porém, sem olvidar da proteção necessária à difusão de conhecimento. Resta claro que, o direito ao esquecimento surge como uma notável garantia à dignidade humana, na medida em que obsta a aplicação de penas de caráter perpétuo, não condignas com a ideia de Estado Democrático, sendo a atuação do Judiciário decisiva à quebra de paradigma, posto que vem promovendo a Justiça ao caso concreto no âmbito da sociedade.

Palavras-Chave: Direito ao Esquecimento, Liberdade de Informação, Ponderação.

RIGHT TO FORGOTTEN *VERSUS* FREEDOM OF INFORMATION: The collision of rights and the application of proportionality in the Brazilian courts

ABSTRACT: The collision of principles has been frequent from the incidence of fundamental premises pertaining to human dignity. In Brazilian legislation, its greatest legitimacy is instigated by the advent of the Constitution of 1988, which innovated by bringing about an extensive role of prerogatives radiating from social welfare. The research aims to determine, through the deductive method, the applicability of the weighting, as a reasonable measure, within the Brazilian courts, for the purposes of resolving a rights collision in the face of the evident conflict between the Right of Forgetfulness and Freedom of Information, extolling the importance of safeguarding the most personal rights, but without forgetting the protection necessary to the diffusion of knowledge. It remains clear that the right to oblivion emerges as a remarkable guarantee of human dignity, inasmuch as it precludes the application of perpetual sentences, not commensurate with the idea of the Democratic State, and the Judiciary's action is decisive for the breakdown of the paradigm, since it has been promoting justice to the concrete case within the society.

Keywords: Right to Forgetfulness, Freedom of Information, Weighting.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Brasil. E-mail: eriveltonoliveira_@outlook.com.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 ESTADO DEMOCRÁTICO E O DIREITO À LIBERDADE E À INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	07
3 DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	11
3.1 RAÍZES EUROPEIAS E CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL	13
3.2 DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE	16
4 COLISÃO DE DIREITOS E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS NO BRASIL	19
4.1 DIREITO À INFORMAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO: NOVOS CONTORNOS DE UM ANTIGO CONFLITO	22
4.2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DE PONDERAÇÃO AOS BENS JURÍDICOS CONFLITANTES	24
4.3 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: ESTUDO DE CASO	26
4.4 LIMITES À APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E OS ENUNCIADOS 531 E 576 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL	28
5 CONCLUSÃO.....	31
REFERÊNCIAS	33

1. INTRODUÇÃO

A estrutura apresentada pelo Estado Democrático de Direito está atrelada a liberdade e a igualdade como garantias sociais de maior participação popular em sua problematização. Dentro deste critério, a Constituição Federal de 1988, caracterizada por sua órbita inovadora, trouxe inúmeros direitos, tanto no âmbito individual quanto no coletivo, como fundamentos da República Federativa do Brasil, revelando, como princípio, verdadeiro epicentro da ordem jurídica brasileira, em torno do qual gravitam os direitos fundamentais.

Ocorre que, hodiernamente, em face da força normativa e da efetividade atribuída a Lei Maior, suas normas que tratam dos direitos fundamentais deixaram de ser analisadas apenas sobre a ótica política que conclama a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Os dispositivos constitucionais desta natureza, através dos interesses diversos que os preceituam, passaram a gozar da prerrogativa de aplicabilidade imediata e direta pelo poder Judiciário nos casos conflituosos.

Neste contexto, busca-se analisar a capacidade do Judiciário de intervir em situações que resultem relações divergentes de interesses fundamentais, mensurando e equilibrando a aplicação de garantias frente ao mais viável para sociedade, tendo em vista não haver direito, constitucionalmente garantido, que goze de valor supremo e absoluto, de modo que extinga outra garantia de valor e grau equivalente.

O estudo que se segue procura tecer um exame crítico acerca da colisão entre o Direito ao Esquecimento e a Liberdade de Informação, sobretudo no que tange ao choque de garantias fundamentais, bem como trazer o exame da aplicação da proporcionalidade no âmbito dos tribunais brasileiros como meio viável de ponderação ao caso concreto para solução da problemática.

Busca traçar um panorama evolutivo do Direito ao Esquecimento como direito fundamental do constitucionalismo pátrio, perpassando pelo direito comparado e positivado até sua caracterização a nível Brasil. Abordando também, sua relação com os direitos da personalidade, seja no resguardo à intimidade e à personalidade, na proteção à honra e à imagem, ou na vinculação direta da tutela à dignidade humana, garantias legitimamente positivadas na Constituição Federal.

Versará acerca da análise de confronto associado ao conflito envolvendo o Direito à Informação e o Direito ao Esquecimento, apresentando aspectos polêmicos que acompanham o fenômeno da lei de colisão em aplicação as garantias norteadoras do direito,

aferindo observações com abordagens ao princípio da proporcionalidade como meio de ponderação para solução de bens jurídicos conflitantes em meio à análise do caso concreto, trazendo estudos de casos com a posição dos tribunais brasileiros que permitam a averiguação dos elementos objetivos e subjetivos utilizados para pautar e fundamentar suas decisões. Observar-se-á também, a aplicação do Direito ao Esquecimento junto aos enunciados 531 e 576 do Conselho da Justiça Federal.

Por último, cabe salientar que não se pode olvidar que o pleito levado ao Judiciário nesses casos, muito mais do que envolver conflito de interesses, envolve diretamente princípios norteadores da Dignidade da Pessoa Humana. E, nessa perspectiva, surgem os debates de ordem moral, cuja solução jurídica pode parecer muitas vezes inviável, afinal, trata-se da utilização de parâmetros de proporcionalidade para resolver embates relacionados a confrontos de direitos fundamentais ponderados unicamente por elementos dotados de subjetividade, sopesando valores na preponderância de um a outro.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO E O DIREITO À LIBERDADE E À INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A ideia de Estado Democrático de Direito trouxe em seu contexto o viés da igualdade e liberdade humana atrelado a estruturação de Estado garantidor, com maior participação popular em suas decisões. José Afonso da Silva alude que, “é um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo [...] para configurar um Estado promotor de justiça social [...]”², trazendo fatores provenientes do reconhecimento de princípios naturais e inatos do homem (vida, subsistência digna, integridade do próprio corpo, etc), fortalecido pela saturação e revoltas aos modelos absolutista e centralizador predominante à época, que ecoavam pelo mundo.

Teve como marco histórico a Revolução Francesa de 1789, possibilitando o surgimento de um Estado submisso à lei, guardião das liberdades individuais e defensor da divisão dos poderes, insurgindo com elementos provenientes do Estado Liberal de Direito³ e

² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 120.

³[...] Registra-se que foi a Revolução Francesa - e não a americana ou a inglesa - que se tornou o grande divisor histórico, o marco do advento do *Estado liberal*. Foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com seu caráter universal, que divulgou a nova ideologia, fundada na Constituição na separação de Poderes e nos direitos individuais. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 96, *grifo nosso*.

do Estado Social de Direito⁴, e ganhando força na sua vertente democrática no pós 2ª Guerra Mundial, em tônica voltada a garantias dos direitos sociais mais abrangentes, antes limitados aos direitos civis e políticos⁵.

Para Silva⁶, o modelo democrático do Estado de Direito propicia elementos garantidores de interesses diversos, sendo pautados pelas garantias fundamentais do povo, respeitando a soberania da coletividade.

Ricardo Moraes, por sua vez, enfatiza que “o atual Estado Democrático de Direito é o resultado de anseios passados, da esperança daqueles que nos precederam”⁷, complementando no sentido de ter sido “[...] formado a partir das tentativas de enfrentar as arbitrariedades e desigualdades dos modelos pretéritos de Estado e de dominação/legitimação política”⁸, com influência direta nas garantias da dignidade do homem, insurgindo uma proposta de Estado, acima de tudo, justo.

Nesta vertente de Estado garantidor de direitos sociais, em conceito macro, sejam eles individuais e coletivos, é que a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 1988, trazendo inovação em seu texto que tange o Estado de Direito dentro da amplitude conceitual contemporânea de democracia, propiciando elementos de garantias fundamentais ao indivíduo independentes dos interesses exclusivos do Estado.

Outrossim, diante deste modelo de Estado protetor, propulsor da legalidade e cujo conteúdo material avoca a fruição de garantias constitucionalmente impostas, surgem os direitos fundamentais do homem, tendo o propósito de estabelecer uma ordem jurídico-política que não apenas reconhecesse tais direitos, mas sim possibilite a concretude de tais garantias. Eis que dentro desse amplo leque, o Direito à Liberdade e à Informação se inter-relacionam e se complementam entre linhas sociais individuais e coletivas.

Na seara do Direito à Liberdade, tal garantia tem previsão atrelada ao homem desde os primórdios, ainda que mínima, dentre limitações diversas impostas pelos Estados autoritários, restringindo assim, sua aplicação. Teve evolução gradativa ao longo dos séculos,

⁴ “A constitucionalização do Estado Social consubstanciou-se na importante intenção de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito”. Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo, Atlas, 2016, p. 1291.

⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. O perfil constitucional do Estado contemporâneo: O Estado Democrático de Direito. **Rev. Inf. legisl.**, Brasília, a. 30, n. 118, abr./jun. 1993, p. 08. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

⁶ SILVA *apud* CROSA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p.117.

⁷ MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.51, n. 204, out./dez. 2014, p. 270. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

⁸ *Ibid.*, p. 270.

conquistando seu ápice abrangente na liberalidade trazida pelo Estado moderno insurgido, principalmente, na Revolução Francesa. Antônio Riccitelli versa que, “[...] o homem livre é aquele que não depende exclusivamente do Estado, por considerá-lo um instrumento e não um fim⁹”, trazendo neste âmbito um papel estatal de complementariedade às liberdades já atreladas naturalmente.

Os aspectos provindos deste direito, através de sua evolução histórico/prática, só reforçam o quão necessário e preponderante as garantias fundamentais tem na consolidação de uma sociedade livre, emergindo preceitos democraticamente aplicáveis na proposta de Estado moderno. Sobre este aspecto, a vigente Constituição Cidadã, elenca em seu artigo 5º, *caput*, inúmeras garantias fundamentais colacionadas a individualidade¹⁰ e a coletividade¹¹, contemplando em seus 78 incisos umas das maiores declarações de direito do mundo, colacionando em seu corpo o Direito à Liberdade no sentido garantidor de elementos que propiciem a inviolabilidade da liberdade multifacetada, desde que, limitada aos padrões exigíveis para convivência pacífica em sociedade.

Noberto Bobbio conceitua a liberdade como “[...] a eliminação da desigualdade de poder, ou, por outras palavras, a condição em que todos os membros de uma sociedade se consideram *livres* porque têm *igual* poder.”¹² Preconizando seu instituto como um dos mais importantes princípios fundamentais norteadores das garantias individuais, com influência direta na dignidade da pessoa humana.

Muitas são as liberdades garantidas pelo texto constitucional, dentre elas destacam-se a liberdade de ação, liberdade de locomoção, liberdade de opinião e pensamento, liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, liberdade de informação, liberdade de consciência e crença, liberdade de reunião, liberdade de associação, e liberdade de opção profissional¹³, proporcionado aos cidadãos um panorama político-social de seu país, ao passo em que poderão se expressar livremente por meio destas prerrogativas.

⁹ RICCITELLI, Antônio. **Direito constitucional**: Teoria do estado e da constituição. 4 ed. São Paulo: Manole, 2007, p. 104.

¹⁰“Por direitos individuais deve-se entender todos aqueles que visam a defesa de uma *autonomia pessoal* no âmbito da qual o indivíduo possa desenvolver as suas potencialidades e gozar de sua liberdade sem interferência indevida do Estado e do particular” Cf. JR., Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 695.

¹¹ “[...] os direitos coletivos destinam-se, não à tutela da autonomia da pessoa em si, mas à proteção de um grupo ou coletividade, onde a defesa de seus membros é apenas reflexa ou indireta” Cf. *Ibid*, p. 695.

¹² BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**: Tradução João Ferreira; revisão técnica Gilson César Cardoso. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 41.

¹³ JR., Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 702.

Contextualizando acerca das liberdades vinculadas ao Estado Democrático de Direito, encabeçadas pelos valores oriundos da atual Constituição Federal, vale destaque a livre expressão em suas diferentes vertentes (artística, científica, intelectual, cultural, etc), elementos esses, intrinsecamente ligados aos preceitos democráticos de sociedade livre. Neste azo, a liberdade de expressão nada mais se qualifica senão na manifestação livre, sem qualquer censura e retaliação, de opiniões, ideias e pensamentos, seja ela pessoal ou midiática. Tem sua relevância pautada na história, característica por corresponder a uma das mais relevantes e antigas reivindicações do homem.

Mendes e Branco, na conjuntura de que para toda e qualquer pessoa, seja física ou jurídica, existe a garantia constitucional de se expressar livremente, respeitando sempre os preceitos de democracia social positivados na Carta Magna de 1988, relatam que:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não [...].¹⁴

Importante abordar nesta discussão outra garantia fundamental de significativa relevância no mister dos direitos democráticos dos indivíduos, qual seja, a liberdade de informação, cuja relação é de completude e extensão à liberdade de expressão, versando inicialmente como garantia individual no que tange ao “[...] *direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado*”¹⁵. Direito à Informação é o que “[...] surge como pressuposto do exercício pleno dos demais direitos [...]”¹⁶, e se molda em um de seus fins como garantia comum, esta na vertente do direito da coletividade à informação. Como bem pondera Silva, em conceito genérico e amplo, “o direito de informar, [...] revela-se um direito individual, mas já contaminado no sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação [...]”¹⁷, em clara demonstração do seu caráter plural.

Por meio disto, cumpre ressaltar que o próprio texto constitucional atribui métodos de correção aos excessos cometidos no seio do exercício fundamental do direito de informação ou à informação assim como em todos os temas que versem sobre colisão de

¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234.

¹⁵ JR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 707.

¹⁶ ARAUJO, Marcelo Labanca Corrêa de; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Constituição e Direitos Fundamentais em Perspectiva**. Recife: APPODI, 2015, p. 154.

¹⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 260.

princípios, devidamente justificado no âmago garantidor da isonomia, cabendo reparação ao indivíduo ou grupo social, na dinâmica coletiva, que venha ter sofrido qualquer dano.

Cabe por último frisar a importância que o direito à informação tem na sociedade contemporânea, se tornando essencialmente necessário ao cumprimento de um Estado garantidor de preceitos fundamentais, tanto em contexto unitário quanto em contexto macro, viabilizando o Estado Democrático de Direito na essência da premissa do poder que emana do povo e para o povo, resguardando elementos de uma sociedade livre e igualitária, com garantias fundamentais sempre ajustadas e adequadas à necessidade e dignidade do homem.

3 DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Observa-se que, no contexto pátrio, os direitos fundamentais promovem em sua proposta garantias capazes de viabilizar uma maior democratização, quebrando paradigmas de exclusão e segregação de direitos ao indivíduo como pessoa una, e como ser integrante do corpo social dentre suas distintas peculiaridades. “[...] participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para sua ação.”¹⁸

Na conjuntura de garantias fundamentais, surge o direito ao esquecimento como seguimento jurídico do Estado Social Democrático, capaz de proporcionar a estrutural efetivação da aplicabilidade de prerrogativas constitucionais ao ser. Tal seguimento versa a proibição de que um determinado fato, ocorrido em algum momento da vida do indivíduo, verídico ou não, seja exposto ao público, causando-lhe transtornos e/ou sofrimentos.

O direito ao esquecimento é conceituado por Bruno Martins Moutinho, em alusão a definição de René Ariel Dotti, como “a faculdade da pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público”¹⁹. Versa objetivamente acerca de o sujeito poder escolher ter informação a seu respeito omitida, nos casos de não haver relevante interesse social, atrelado a uma vontade unipessoal, ou não, de manutenção da sua privacidade.

Por sua vez, Viviane Cristina de Souza Limongi aduz que o direito ao esquecimento “surge pela necessidade de garantir à pessoa humana a tutela do direito geral de

¹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148.

¹⁹ MOUTINHO, Bruno Martins *apud* DOTTI, René Ariel. Direito ao esquecimento como um direito fundamental. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 2, n. 2, jul./dez. 2015, p. 134. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-ao-esquecimento-como-um-direito-fundamental>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

personalidade [...]”²⁰, estando presentes na Carta Republicana o embasamento para tais garantias. Nisso, a fundamentalidade do direito ao esquecimento, no âmbito do texto constitucional, deverá ser observada levando em consideração alguns aspectos de caracterização, no sentido de que haja seu reconhecimento e, por consequência, sua aplicabilidade dentro de padrões razoáveis e proporcionais da inviolabilidade pessoal.

No bojo do que foi exposto, a sistemática dos direitos e garantias fundamentais elencada, como bem expõe Rodrigo Padilha, “[..] não exclui outros direitos de caráter constitucional decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição [...]”²¹, havendo no texto magno amplitude para tais prerrogativas. Em seu texto, o art. 5º, § 2º, dispõe que “os direitos 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”²², abrindo claro precedente à novos direitos fundamentais, sendo possível reconhecer sua existência além do rol constitucional.

Tão logo, cumpre reconhecer o direito ao esquecimento como direito fundamental, devendo se ater a alguns requisitos balizadores que proporcionem sua completude, quais sejam, “[...] a) vinculação com a dignidade da pessoa humana ou com a limitação de poder; b) origem no regime democrático e nos princípios contidos no Título I da Constituição; e c) equivalência a outros direitos fundamentais”²³.

No primeiro ponto é possível identificar sua conexão, tendo em vista estar intimamente vinculado às prerrogativas protetivas da personalidade humana, também norteadora da dignidade do indivíduo, legitimando a premissa de preservação dos interesses constitucionais personalíssimos. O segundo ponto também encontra vinculação. O regime democrático do Estado viabiliza meios de garantias diversos à sociedade, e um deles, usado como fundamento da aplicação do aludido direito, é a garantia da privacidade, atingindo tal fim. Por último, a terceira condição também se aplica, pois, o direito ao esquecimento se equivale, analiticamente, a inúmeros outros direitos fundamentais taxados na CF/88, se inter-relacionando diretamente com estes, a exemplo da garantia à honra e privacidade.

²⁰ LIMONGI, Viviane Cristina De Souza. Limites ao exercício do direito ao esquecimento. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 14, n. 6, mai./ago. 2016, p. 40.

²¹ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 529.

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 ago. 2017.

²³ MOUTINHO, Bruno Martins. Direito ao esquecimento como direito fundamental. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 2, n. 2, jul./dez. 2015, p. 147. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-ao-esquecimento-como-um-direito-fundamental>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

Portanto, se valendo da amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana, tal direito é derivado de um fundamento maior, combatendo excessos cometidos contra o indivíduo e “[...] se fortalecendo como medida de proteção da privacidade, evitando que uma informação seja eterna, e que as mesmas possam gerar danos [...]”²⁴, quer seja na ordem material ou moral.

3.1 RAÍZES EUROPEIAS E CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

No limiar do progresso humano, em sociedade, constata-se que “o direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais²⁵”, com raízes iniciais na Europa, surgindo na Alemanha com forte ligação a fatos praticados que se relacionam às grandes guerras mundiais, a exemplo do caso *Lebach*²⁶, influenciando sua evolução pelo mundo à medida que os tribunais reconheciam sua existência, a exemplo dos Estados Unidos e França²⁷, passando à aplicação da temática em suas jurisprudências pátrias.

Um claro exemplo de aplicação do direito ao esquecimento, mesmo ainda não existindo discussão de sua problemática nos moldes praticados hoje, foi nos EUA:

O Tribunal de Apelação da Califórnia, no caso *Melvin x Reid*, reconheceu a existência de um direito à intimidade da vida passada em favor de Gabrielle Darley, uma ex-prostituta que no passado fora acusada de homicídio, porém absolvida em 1918 [...]. Em 1925, um produtor de cinema fez um filme baseado na biografia daquela mulher, com destaque para as suas características sensuais e para o processo criminal a que respondera. Da análise do caso, o tribunal condenou o produtor a pagar uma indenização como forma de reparação, alegando a existência de um direito ao esquecimento da sua vida passada²⁸.

²⁴ *Ibid*, p. 150.

²⁵ BITTENCOURT, Illa Barbosa; VEIGA, Ricardo Macellaro. DIREITO AO ESQUECIMENTO. **Revista DIREITO MACKENZIE**, São Paulo, v. 8, n. 2, jul./dez. 2014, p. 57. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/8449/5469>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

²⁶ PAIVA, Bruno César Ribeiro de. O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 13, n. 22, jan./jun. 2014, p. 273-274. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1202?show=full>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

²⁷ MOUTINHO, Bruno Martins. Direito ao esquecimento como um direito fundamental. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 2, n. 2, jul./dez. 2015, p. 134. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-ao-esquecimento-como-um-direito-fundamental>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

²⁸ *Ibid*, p. 134.

A França²⁹. foi uma das precursoras em positivar matéria envolta do direito ao esquecimento, propiciando cenário relevante no seu desenvolvimento, correlacionando inicialmente, garantias protetivas de dados pessoais em referência aos consideráveis avanços tecnológicos, e por consequência, abrangência das mídias em geral, consubstanciada esta última à sua liberdade de informar, inovando ao apresentar preceitos mais democráticos e responsáveis à utilização de informações que pudessem afrontar os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana.

Alinhado ao pensamento do legislador francês, outros países europeus seguiram sua iniciativa, “[...] conforme demonstram as Diretivas n. 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de out. de 1995, ambas relativas à proteção dos dados pessoais da pessoa física”³⁰, propulsando debates e avanços graduais ao longo do tempo acerca da matéria.

[...] em maio de 2009 a Comissão Europeia organizou uma conferência dedicada a debater o uso de dados pessoais e sua proteção, bem como examinar os novos desafios para a privacidade. Foi então que, em 25 de janeiro de 2012, o Conselho e o Parlamento europeus propuseram a codificação do direito ao esquecimento em uma Diretiva e um Regulamento³¹.

Em momento posterior, o parlamento europeu definiu que o direito ao esquecimento teria conceito de “esquecer” e não mais de proteger dados pessoais³². Neste ensejo, mesmo antes de haver amplos debates sobre a temática, bem como delimitações quanto sua aplicação, a jurisprudência internacional já aceitava o direito ao esquecimento visando justamente a preservação e ampliação dos direitos fundamentais, até se chegar, posteriormente, a fatores mais objetivos.

No Brasil, por sua vez, a Constituição Federal de 1988, promulgada à luz do Estado Democrático e incitada, sobretudo, pelo clamor libertário da sociedade, trouxe texto contemporâneo e garantidor de preceitos progressistas e fundamentais ao homem com possibilidade de interpretação de abrangência ao direito ao esquecimento.

Vale salientar, *a priori*, que há alguns registros de manifestações na jurisprudência pátria, ainda, que não utilizando tal termo, que versam sobre a garantia de ser esquecido,

²⁹ LIMONGI, Viviane Cristina De Souza. LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 14, n. 6, mai./ago. 2016, p. 38.

³⁰ *Ibid*, p. 38.

³¹ LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, a. 50, Brasília, n. 199, jul./set. 2013, p. 274. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

³² LIMONGI, Viviane Cristina De Souza. Limites ao exercício do direito ao esquecimento. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 14, n. 6, mai./ago. 2016, p. 38.

como no caso Doca Street³³, muito repercutido na sociedade brasileira na década de 1970, bem como o caso da apresentadora Xuxa³⁴, que pleiteou ação em face do site de busca Google no intuito de retirar de sua plataforma qualquer conteúdo resultante de busca do termo “Xuxa pedófila” ou qualquer conteúdo que pudesse associá-la a condutas criminosas.

Ambos os casos apresentados possuíam embasamento para discussão sobre aplicabilidade do direito ao esquecimento, mas que oportunamente não sofreram qualquer aprofundamento, deixando passar o azo do debate e fortalecimento da temática no cerne dos conflitos de garantias fundamentais conflitantes.

Com a frequente incidência de casos do tipo, o judiciário passou ao debate desta tônica com maior habitualidade, ainda que em primeira instância. Ocorre que “em junho de 2013, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou dois recursos especiais sobre o “Direito ao Esquecimento”, tendo sido a primeira vez que um tribunal superior brasileiro discutiu o tema”³⁵, abrindo claro e importante precedente ao assunto ainda pouco debatido e com visível dicotomia de interpretação, servindo, por conseguinte, de significativo propulsor para uma maior análise e possibilidade de uniformização do tema.

No mesmo ano surge “[...] o Enunciado nº 531 das Jornadas de Direito Civil da Justiça Federal, que prevê que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”³⁶, indo de encontro aos julgados do Superior Tribunal de Justiça, com o condão doutrinário de auxiliar na compreensão, aplicação e aprimoramento do ordenamento jurídico pátrio.

Ainda é possível observar panorama envolvendo o direito ao esquecimento na Lei nº 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil³⁷. A Lei do Marco Civil da Internet (LMCI), ao tratar dos direitos e deveres dos usuários de Internet, assegurou, “[...] no inciso I do art. 7º, o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral

³³ LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, a. 50, Brasília, n. 199, jul./set. 2013, p. 276-277. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

³⁴ *Ibid*, p. 277.

³⁵ CARDOSO, Mateus Queiroz; PIMENTEL, Alexandre Freire. A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do marco civil da internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, mar. 2015, p. 54.

³⁶ BITTENCOURT, Illa Barbosa; VEIGA, Ricardo Macellaro. DIREITO AO ESQUECIMENTO. **Revista DIREITO MACKENZIE**, São Paulo, v. 8, n. 2, jul./dez. 2014, p. 57. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/8449/5469>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

³⁷ BRASIL, **Lei Federal nº 12.965 de 26 de abril de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acesso em: 15 de ago. de 2017.

decorrente de sua violação”³⁸, bem como estabelece no decorrer de seu texto a possibilidade de ter a exclusão definitiva de dados pessoais do usuário.

No desfecho ora tratado, cabe dizer que apesar do referido direito vir implícito na carta constitucional ou em legislação infraconstitucional, estando ligado, primariamente, aos princípios fundamentais trazidos em redação da CF, e sua discussão ter avançado substancialmente nos últimos tempos, há uma veemente necessidade de regulamentação

3.2 DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade surgem como garantia de proteção aos interesses individuais do homem em face do Estado ou de outro indivíduo. Cumpre inicialmente analisar a premissa civil-constitucional envolta do tema para fins de sua compreensão. O código civil de 2002 versa sobre tais direitos entre seus artigos 11 e 21, estando devidamente legitimados pela CF/88 que enumerou os direitos fundamentais, atribuindo-lhes *cláusula pétrea*.

Os doutos Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona atribuem o conceito do aludido direito como “[...] aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”³⁹. Por sua vez, Flávio Tartuce, citando Rubens Limongi França, relata que, “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”⁴⁰. Inobstante vislumbrar assim, que ambos os conceitos trazem consigo o amplo leque possível de sua incidência.

São caracterizados, como bem salienta Fábio Ulhoa, por serem “absolutos (oponíveis e erga omnes) e vitalícios. Na sua maioria, são extra patrimoniais, indisponíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis e intransmissíveis”⁴¹. Nesta premissa, é possível perceber sua subjetividade extensiva, fato que atribui ligação direta ao direito ao esquecimento como direito dotado de garantias inerentes a personalidade humana na manutenção de sua dignidade.

Em sua aplicação como direito personalíssimo, o direito ao esquecimento também possui vinculação direta com o resguardo à intimidade, podendo ser definido como “[...] aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos

³⁸ CARDOSO, Mateus Queiroz; PIMENTEL, Alexandre Freire. A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do marco civil da internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, mar. 2015, p. 55.

³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: Parte geral 1. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 184.

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: Volume único. 6 ed. São Paulo: Método, 2016, p. 98.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: Parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.

ouvidos de outrem”⁴², ou seja, proteger o íntimo individual do sujeito de outros que não interessam tais informações.

Arelado a sua intimidade se encontra a privacidade do indivíduo. Com previsão de garantia no artigo 5º da CF e artigo 21 do CCB/02, o direito à privacidade, com definição trazida por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, no sentido de ser um direito, pode-se dizer, eremítico, de não haver incômodo de outrem em fatos privados, é a “[...] manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros”⁴³.

O direito à identidade e à privacidade estão na escala de proteção à integridade física do indivíduo, garantindo o direito de exercer o livre arbítrio no resguardo de seus fatores íntimos e privados face dos demais. Também na equivalência dos direitos da personalidade, desta vez na proteção da integridade moral, o direito à honra e à imagem são preceituados e legitimados na legislação pátria como garantias fundamentais do homem.

No cerne do direito à honra, Tartuce relata que este se “[...] subclassificada em honra subjetiva (autoestima) e honra objetiva (repercussão social da honra)”⁴⁴, e traz definição, citando Adriano De Cupis, de que o direito a honra “[...] significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros [...]”⁴⁵, carregando consigo elementos subjetivistas e relevantes que norteiam a ordem incidente da garantia. Completando, Fábio Ulhoa refere que “em termos de regra geral de convivência, o direito à honra corresponde o dever de reserva quanto às opiniões desabonadas”⁴⁶, cabendo como garantia fundamental da personalidade, visando sempre o convívio amistoso pautado no respeito social.

Tangente o direito à imagem, expõe Domingos Franciulli Netto acerca do controle do uso da imagem nos diferentes aspectos, que:

Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A ideia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras.

⁴² HIRATA, Alessandro. O Facebook e o direito à privacidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 51, n. 201, jan./mar. 2014, p. 21. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: Parte geral 1. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 218.

⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. 6 ed. São Paulo: Método, 2016, p. 99.

⁴⁵ *Ibid*, p. 99-100.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: Parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade⁴⁷.

Apregoam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, simplificando tal definição, que “[...] constitui a expressão exterior sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica”⁴⁸, complementando ao relatar existir dois tipos de imagem com possibilidade de serem concebidas, quais sejam, *imagem-retrato*⁴⁹ e *imagem-atributo*⁵⁰. Todos os direitos personalíssimos se caracterizam por estarem diretamente atrelados no âmbito das garantias fundamentais trazidas pelo texto constitucional, sejam positivados ou não, tutelam os princípios norteadores da dignidade humana, garantindo assim, sua real efetivação. Acerca da dignidade da pessoa humana, versa Tartuce se tratar do:

[...] princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista no Direito⁵¹.

Este aparato estruturante traduz sua contextualização macro e reforça seu caráter essencial e preponderante dentro do Estado Democrático de Direito, como instituto garantidor de preceitos fundamentais diversos e necessários. A dignidade humana tem valor essencialmente vinculado à vida, sendo pertinente explicitar sua definição, em referência ao texto de Paulo Gonet, este citando Ingo Sarlet, como:

[...] 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 assegurem 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 humano.⁵²

⁴⁷ NETTO, DOMINGOS FRANCIULLI. A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, v. 16, n. 1, jan./jul. 2004, p. 20. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/viewFile/436/394>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte geral 1. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221.

⁴⁹ “Que é literalmente o aspecto físico da pessoa.” Cf. *Ibid*, p. 221.

⁵⁰ “Que corresponde à exteriorização da personalidade do indivíduo, ou seja, à forma como ele é visto socialmente.” Cf. *Ibid*, p. 221.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: Volume único. 6 ed. São Paulo: Método, 2016, p. 195.

⁵² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Princípio da dignidade da pessoa humana**. 1 ed. Brasília: IDP, 2013, p. 137.

Relevante, pois, compreender o direito ao esquecimento como rol extensivo dos direitos fundamentais, conforme legitima o parágrafo segundo do art. 5º da CF, no seu todo atrelado aos direitos da personalidade, também fundamentados tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no vigente Código Civil, trazendo para tais direitos preceitos precípuos à garantia e preservação da dignidade humana.

4 COLISÃO DE DIREITOS E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS NO BRASIL

O advento da legitimação de direitos inerentes ao homem, sobretudo substanciados pelas Constituições sociais democráticas, propulsiona as mais diversas garantias no âmbito da dignidade humana. A expansão de tais preceitos acaba por legitimar prerrogativas múltiplas aos segmentos sociais do Estado, seja na defesa dos interesses individuais ou dos interesses coletivos, ocasionando em muitos casos, por consequência, a colisão de direitos no imo constitucional, o que acarreta, com periodicidade, a intervenção jurisdicional para dirimir tais conflitos.

Pondera Luís Roberto Barroso, no cerne da discussão, onde constata-se a alusão acerca de sua incidência maior nos sistemas normativos atuais justamente em face de sua amplitude democrática e diversidade de direitos, que:

A identificação e o equacionamento das colisões de normas constitucionais são relativamente recentes no Direito contemporâneo. A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque.⁵³

Dentro do que expõe Fernando José Gonçalves Acunha, colisões de direitos são “[...] conflitos originados pela possibilidade de aplicação concomitante de princípios que, no caso concreto, indicam soluções contraditórias ao intérprete⁵⁴”, e como objetivo de resolução da problemática, “[...]compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao *intérprete*”⁵⁵, como bem aponta Alexandre de Moraes. Tais regras balizam a preponderância de uma norma à outra, trazendo ao intérprete tanto a análise objetiva no que

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 329.

⁵⁴ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: Distinção entre ponderação e juízo de adequação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 51, n. 203, jul./set. 2014, p. 166. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 69.

tange aos propósitos hermenêuticos utilizados, e subjetiva no ensejo de sua apreciação e julgamento do caso concreto.

Nesta premissa, cabe frisar a diferenciação das normas jurídicas aplicadas pela doutrina, segregando-as em duas espécies, quais sejam *regras* e *princípios*. Gilmar Mendes e Paulo Branco tratam que:

As regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Não é viável estabelecer um modo gradual de cumprimento do que a regra estabelece. Havendo conflito de uma regra com outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico. [...] Os princípios “são que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai.⁵⁶

Pactuando da mesma vertente de diferenciação, Robert Alexy aduz que “[...] regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. [...] Ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”⁵⁷, relacionando às colocações propostas seu critério distintivo frequente, qual seja, “[...] princípios são normas com grau de **generalidade** relativamente alto, enquanto o grau de **generalidade** das regras é relativamente baixo.”⁵⁸ (*Grifo nosso*)

Analisando a problemática apresentada, é possível verificar que a incidência de colisão de normas se dá no âmbito dos princípios constitucionais, cujos valores se encontram no aporte da dignidade humana e versam de fatores mais genéricos do que as regras. Àqueles norteiam sua aplicação nas garantias tidas como fundamentais ao homem, apresentadas no texto constitucional como elementos necessários à concretização da democracia social, ocasionando muitas vezes, o choque de seus valores pelo fato de defenderem interesses diversos.

No bojo da matéria, Canotilho destaca existir “[...] uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”⁵⁹, complementando ainda

⁵⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 160.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87.

⁵⁸ *Ibid*, p. 87.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 643.

que “aqui não estamos perante um *cruzamento* ou *acumulação* de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um «choque», um autêntico *conflito* de direitos”.⁶⁰

Pois bem, em alusão a colisão de direitos fundamentais em solo pátrio, os tribunais brasileiros adotam o juízo da ponderação para solucionar lides que versem sobre a temática, aplicando a análise de peculiaridades na concretude dos casos, atribuindo critérios de proporcionalidade entre as normas conflitantes, chegando assim, a solução mais razoável.

Luís Roberto Barroso traz em seu texto a atribuição do conceito ao juízo da ponderação e evidencia sua incorporação a jurisprudência brasileira, inclusive da Suprema Corte do país, *verbis*:

[...] consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos.⁶¹

Neste sentido, cabe ressaltar que inúmeros são os valores axiológicos possíveis na interpretação da norma constitucional, todavia, o juízo da ponderação se sobressai na jurisprudência pátria face ao subjetivismo principiológico dos conflitos inerentes aos direitos fundamentais, onde, por conseguinte, além do reconhecimento da interpretação positivada e toda sua abrangência produzida, cabe complementação elucidativa pela consideração de outros fatores do caso conflitante em seus julgamentos.

Um exemplo claro de utilização da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do choque de garantias fundamentais, foi no julgamento relacionado a concessão de *habeas corpus* a um homem que havia recebido ordem judicial para coleta de material genético, objetivando a realização de exame hematológico de DNA, no azo de uma ação de investigação de paternidade, e na qual havia se recusado anteriormente à fazê-lo. Ocorreu claro conflito entre o direito à incolumidade física e à identidade da criança, prevalecendo, no entendimento da corte, o primeiro⁶².

Por fim, referenciando o que diz Barroso, “a metáfora da ponderação, associada ao próprio símbolo da justiça, não é imune a críticas, sujeita-se ao mau uso e não é remédio

⁶⁰ *Ibid*, p. 643.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 380.

⁶² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 162.

para todas as situações”⁶³. Conquanto tenha merecido ênfase coeva, por força da teoria dos princípios, aventa-se de uma ideia que vem de longe, sendo bastante utilizada para dirimir lides conflituosas entre direitos fundamentais no âmbito dos tribunais brasileiros, aplicando o juízo da proporcionalidade na análise fática do caso, e assim se chegando à solução mais razoável.

4.1 DIREITO À INFORMAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO: NOVOS CONTORNOS DE UM ANTIGO CONFLITO

No prisma de reconhecer o direito ao esquecimento como uma garantia que promove a amplitude de proteção dos direitos da personalidade, exercendo controle de informações de cunho pessoal, se atenta para sua relação conflitante para com o direito à informação desde os primórdios do estabelecimento de garantias fundamentais promotoras da dignidade humana. De um lado a prerrogativa de não ter invadido seus direitos personalíssimos, e do outro, a garantia da informação.

Nenhum dos princípios e, por consequência, direitos, possui grau irrestrito e absoluto na preponderância de um sobre o outro. Ambos são necessários e de igual importância na consolidação do Estado Democrático de Direito. Nesta premissa, apesar de ser novo o conceito que versa sobre o direito de esquecer, a existência conflituosa envolvendo liberdade de informação *versus* direitos da personalidade é antiga, ganhando atualmente novos contornos.

Intrínseca a sistemática do conflito está a Constituição vigente, que legitima em seu artigo 5º tais direitos divergentes como preceitos fundamentais, garantindo de um lado a liberdade de manifestação e o acesso a informação (informar e ser informado), e do outro a inviolabilidade da honra, intimidade, vida privada e imagem (direitos da personalidade). Concomitantemente a isso, o surgimento das tecnologias modernas de comunicação aliadas ao leque cada vez mais extensivo de garantias fundamentais, possibilita o aparecimento de novos elementos contemporâneos na discussão da dicotomia ‘direito à informação x direito à intimidade’.

O direito ao esquecimento insurge neste viés, ou seja, no viés da adequação à realidade fática do antigo conflito ora tratado. Contextualizando, em referência ao que diz Calasans e Queiroz, observa-se o fator de “[...] o direito, enquanto instrumento regulador das

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 382.

relações sociais deve sempre estar atento às mudanças que ocorrem na sociedade, desenvolvendo mecanismos hábeis a acompanhá-las.”⁶⁴

Indo de encontro aos novos contornos do conflito, a jurisprudência e o legislador pátrio tem se aperfeiçoado na utilização de métodos que acarretem melhor juízo de ponderação na solução de lides desta natureza, sobretudo, na perspectiva dos crimes cometidos no âmbito virtual, vindo o Marco Civil da internet (lei nº 12.965/14) como inovação e garantia de consequências punitivas aos abusos cometidos na rede. No tocante a jurisprudência, esta vem se aprimorando na celeuma do choque de preceitos fundamentais, inclusive tendo reconhecido o direito ao esquecimento como fundamento amplo dos direitos da personalidade, chegando tal discussão até mesmo nos tribunais superiores do país.

Os frequentes abusos cometidos sob alegação da liberdade de informação no ambiente da internet, principalmente no âmago da privacidade alheia, tem provocado decisões no Brasil e no mundo que vão de encontro a regulamentação de um ‘ciberdireito’, promovendo o reconhecimento de garantias fundamentais também no meio virtual, com adequação ao atual contexto da sociedade.

À título exemplificativo do enunciado acima, podemos citar a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo em caso envolvendo a apresentadora Daniela Cicarelli e o *site* YouTube⁶⁵, e no âmbito internacional, um caso que envolveu os interesses personalíssimos de um advogado contra um buscador de internet.⁶⁶ Em ambos a empresa Google, gestora das plataformas digitais, foi responsabilizada em manter conteúdo que feria a privacidade dessas pessoas nos espaços citados, sendo obrigada, por decisão judicial, a removê-los.

Vislumbrando a matéria, é possível se ater aos avanços já notados na hodiernidade acerca da problemática ora tratada, seja no aprimoramento legislativo, ou nas técnicas de reconhecimento e resolução de normas conflituosas. Porém, apesar de, em muitos casos, o sopesamento atrelado aos mecanismos de ponderação - utilizados pela jurisprudência - parecerem eficazes, face à omissão de elementos mais objetivos, seu aperfeiçoamento se mostra indispensável, tendo como finalidade primária, a padronização de decisões, e assim se esquivando, por consequência, da insegurança jurídica.

⁶⁴ ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; DAMÁZIO, Marcela Queiroz de França. Direito ao esquecimento como direito da personalidade versus liberdade de expressão como direito à informação: ponderação entre direitos fundamentais com aplicação da proporcionalidade e razoabilidade. **Interfaces Científicas**, Aracajú, v. 4, n. 2, fev. 2016, p. 88.

⁶⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6 ed. São Paulo: Método, 2016, p. 106.

⁶⁶ ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; DAMÁZIO, Marcela Queiroz de França. Direito ao esquecimento como direito da personalidade versus liberdade de expressão como direito à informação: ponderação entre direitos fundamentais com aplicação da proporcionalidade e razoabilidade. **Interfaces Científicas**, Aracajú, v. 4, n. 2, fev. 2016, p. 89.

4.2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DE PONDERAÇÃO AOS BENS JURÍDICOS CONFLITANTES

Inicialmente cumpre conceituar o princípio da proporcionalidade, em alusão ao que traz Mariá Brochado citando Luís Roberto Barroso, como sendo “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”⁶⁷. Tal princípio é aceito na doutrina e jurisprudência brasileira como um viés de solução à normas conflitantes, sendo preponderantemente aplicado em questões que envolvam oposição entre bens jurídicos.

Caracterizando a proporcionalidade como consolidação de técnica viável no julgamento de relações antagonistas que visem as vantagens do contexto macro de dada situação, sua usabilidade deve ponderar diante do fato de que “[...] um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca”⁶⁸, como bem traz Humberto Ávila. Barroso, por sua vez, atenta para as influências atinentes ao ordenamento jurisprudencial e doutrinário pátrios trazidas pelo direito comparado no tocante o princípio da proporcionalidade, *ipsis verbis*:

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de idéias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão.⁶⁹

A proporcionalidade tem ideia inicial no Direito Administrativo alemão⁷⁰ e se consolida à premissa da razoabilidade iniciada no constitucionalismo anglo-saxão⁷¹. Hoje se estabelece como princípio constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, caracterizando-se como meio possível para interpretação legislativa.

⁶⁷ BROCHADO, Mariá. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 39, n. 155, jul./set. 2002, p. 132. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109-110.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 292.

⁷⁰ *Ibid*, p. 294.

⁷¹ *Ibid*, p. 294.

Versando acerca da colisão de princípios, Robert Alexy alude que na ocorrência do fenômeno, um dos princípios terá que ceder se sobrepondo ao outro através da análise do caso concreto, de modo que:

[...] o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.⁷²

Neste prisma, Alexy defende a observação casuística do todo, levando em consideração o fato de nenhum dos princípios colidentes gozar de prioridade, atribuindo ao sopesamento⁷³ da matéria a definição de qual dos interesses tem prevalência sobre o outro. A partir daí, se a garantia com menor peso por algum motivo prevalecesse, ocorreria violação ao princípio da proporcionalidade⁷⁴, e conseqüentemente, do direito a ele vinculado. Barroso reforça tal entendimento dizendo que, “o princípio também funciona como um critério de ponderação entre proposições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou que entrem em rota de colisão.”⁷⁵

Branco e Mendes ponderam que “a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática, [...] de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade”⁷⁶, oferecendo para o contexto, a dignidade da pessoa humana, e atribuindo para efeito decisório da lide, o sopesamento de garantias, destacando a concordância de que:

[...] no Direito brasileiro, o princípio da dignidade humana assume relevo ímpar na decisão do processo de ponderação entre as proposições em conflito. É certo, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como “lei de ponderação”, rejeitando a intervenção que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional.⁷⁷

Outrossim, evidencia-se o papel essencial do princípio da proporcionalidade como meio de ponderação entre bens jurídicos conflitantes. Tudo face a omissão em empregar elementos mais pragmáticos e eficazes como metodologia resolutive da lide, tendo conduta

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**: Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93 e 94.

⁷³ *Ibid*, p. 95.

⁷⁴ *Ibid*, p. 95.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300.

⁷⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 213.

⁷⁷ *Ibid*, p. 218.

notória na defesa e utilização de seus parâmetros, tanto a doutrina e jurisprudência pátria, quanto a mundial.

4.3 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: ESTUDO DE CASO

Os tribunais brasileiros há muito já discute matéria relacionada à colisão de garantias fundamentais, tendo inclusive debatido, em tempos recentes, temática relacionada à aplicabilidade do direito ao esquecimento no âmbito cível, considerando não haver regulamentação para tal. Neste azo, cumpre expor, como bem coloca Bittencourt e Veiga, que o direito ao esquecimento “[...] discute a possibilidade [...] de divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas nem causem transtorno das mais diversas ordens às pessoas – então vítimas.”⁷⁸

Em recentes decisões do ano de 2013, o Superior Tribunal de Justiça discutiu o tema ‘direito ao esquecimento’, reconhecendo em uma delas sua incidência na ponderação entre choque de garantias fundamentais. A primeira delas trata-se do REsp 1334097 / RJ⁷⁹ de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28 de maio de 2013, onde foi atribuída a não procedência do recurso e reconhecendo o direito ao esquecimento do requerido, sujeito acusado e, posteriormente, inocentado de participação nos casos relacionados a sequências de

⁷⁸ BITTENCOURT, Illa Barbosa; VEIGA, Ricardo Macellaro. DIREITO AO ESQUECIMENTO. **Revista DIREITO MACKENZIE**, São Paulo, v. 8, n. 2, jul./dez. 2014, p. 54 Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/8449/5469>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

⁷⁹ **EMENTA: 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 FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO 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. [...] 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, [...]. 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva [...]. REsp 1.334.097 - RJ 2012/0144910-7. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão julgador: 4ª turma –STJ. Julgamento: 28/05/2013. Publicação: Dje 10/09/2013. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013>. Acesso em: 06 de setembro de 2017.**

crimes conhecidos como Chacina da Candelária no Rio de Janeiro. O processo se deu em decorrência de exploração jornalística do fato, em programa especializado de emissora de TV.

No primeiro caso, se vislumbra que a decisão foi tomada mediante sopesamento dos bens jurídicos conflitantes na análise do caso concreto. Entendeu o eminente relator, ser proporcionalmente adequado o esquecimento do requerido, tendo em vista ter sido julgado e inocentado da participação em fato exposto pelo programa de televisão. Embasa sua decisão no direito penal, onde especifica que há inclusive previsão de esquecimento aos apenados como elemento de ressocialização, ainda mais no caso ora tratado, onde o sujeito exposto se quer sofreu condenação.

Versando sobre o mesmo prisma, o REsp n. 1.335.153 / RJ⁸⁰ do STJ, também sob relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28.05.2013, tratou sobre a colisão entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de imprensa relacionados a exibição de matéria em programa de televisão. A situação narra o caso 'Aída Curi', homicídio ocorrido no ano de 1958 de muita repercussão no país, tendo por sua vez, prevalecido o garantia da liberdade de informação, conforme se observa abaixo:

Analisando decisão acima, conclui-se que o exame do caso concreto foi decisivo em não reconhecer o direito ao esquecimento no objeto da lide. Levou-se em consideração a não hierarquia entre os preceitos fundamentais garantidores da dignidade humana e a aplicação do método proporcional mais razoável ao objeto, entendendo assim, que a vinculação de matéria, que já tinha sido de relevante interesse público à época, não trouxe qualquer fator sensacionalista ou desrespeitoso aos direitos personalíssimos dos parentes da

⁸⁰ **EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA . HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURÍ". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL [...]** 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. [...] 8. [...] Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. REsp 1.335.153 - RJ 2011/0057428-0. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão julgador: 4ª turma -STJ. Julgamento: 28/05/2013. Publicação: Dje 10/09/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100574280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>>. Acesso em: 06 de setembro de 2017.

falecida. Esclareceu, com isso, que “o direito ao esquecimento não visa apagar o passado, mas, sim, evitar que dados pessoais possam circular de forma desproporcional e excessiva.”⁸¹

Ainda acerca do último caso, vale enfatizar que o plenário do Supremo Tribunal Federal, seguindo voto do relator do ARE n. 833248/RJ⁸², Ministro Dias Toffoli, com decisão em 12 de dezembro de 2014, reconheceu a repercussão geral da matéria envolvendo, nas palavras do ilustre juiz, “de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada”⁸³, no âmbito de se galgar uma harmonização dos princípios capaz de delimitar atuação em conflitos desta natureza, com grande relevância jurídica e social, de repercussão em toda sociedade.

4.4 LIMITES À APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E OS ENUNCIADOS 531 E 576 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Os limites à aplicação do direito ao esquecimento deverão obedecer aos mesmos limites inerentes aos preceitos fundamentais no âmbito de sua aplicação na jurisdição pátria. Na premissa de que nenhum direito é absoluto ou hierarquicamente superior a outro do mesmo patamar de fundamentalidade, sua aplicação se limita aos limites de todos os outros, na análise da proporcionalidade casuística e no interesse público da matéria.

A Carta Constitucional garante direitos, mas também limita seus excessos. Como exemplo, podemos citar o direito à informação positivado no artigo 5º, vindo este a sofrer controle restritivo no próprio texto magno, onde:

[...] em seu art. 220, dispõe que: “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, porém, cuida de explicitar alguns princípios norteadores dessa liberdade, como a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 220, § 1º).”⁸⁴

⁸¹ BITTENCOURT, Illa Barbosa; VEIGA, Ricardo Macellaro. DIREITO AO ESQUECIMENTO. **Revista DIREITO MACKENZIE**, São Paulo, v. 8, n. 2, jul./dez. 2014. P. 55 Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/8449/5469>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

⁸² BRASIL, ARE n. 833248/RJ com repercussão geral. Rel. Ministro Dias Toffoli. Julgado em 12.12.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 de set de 2017.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ MOUTINHO, Bruno Martins. DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 2, n. 2, jul./dez. 2015, p. 153. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-ao-esquecimento-como-um-direito-fundamental>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

Branco e Mendes aludem que a limitação da norma passa pelo critério de proteção de seu núcleo essencial. Para eles, tal “núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação”⁸⁵, completando que tal núcleo essencial sofrerá definição “[...] para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. [...] seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins [...], com base no princípio da proporcionalidade.”⁸⁶

Com base no posicionamento acima, constata-se que o núcleo essencial é limitado através do vislumbramento das informações fáticas em que a norma se sujeita. Por conseguinte, se além ao fato - considerando o direito ao esquecimento como matéria ligada aos direitos da personalidade e seus corolários -, que tal direito é limitado pela subjetividade conclusiva do julgador em diagnóstico do caso concreto.

Em recentes lides que abarcam a temática, já tratadas anteriormente, foi aplicado pela jurisprudência, que tal limitação obedeça a supremacia do interesse público vinculado a historicidade dos fatos, face a colisão de preceitos fundamentais e omissão do legislador em delimitar sua aplicação diante da complexidade trazida pela matéria. Compactando com tal entendimento, em alusão aos limites de aplicabilidade do direito ora tratado, cumpre referenciar o que diz Bruno Paiva, na referência ao surgimento de problemática que verse sobre o conflito de normas constitucionais, no qual estabelece que “o caminho apropriado [...] é justamente o da ponderação de interesses e do princípio da proporcionalidade, objetivando, no caso concreto, a solução que melhor atenda a justiça social e ao bem comum.”⁸⁷

Analisada a matéria, seria possível apreciar, como bem pondera Viviane Limongi, que “eventual limitação desse direito [...] somente se dá em prol da manutenção das liberdades, [...] que adquiriu ainda maior relevância após o fim do regime militar ditatorial e da revogação da Lei de Imprensa [...]”⁸⁸, cominado a análise do interesse público aplicado na observação do objeto litigioso.

Tal limitação é possível de se notar do mesmo modo, em recente despacho do STF proferido pelo Ministro Edson Fachin, que determinou por meio de peça processual de nº

⁸⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 190.

⁸⁶ *Ibid*, p. 190.

⁸⁷ PAIVA, Bruno César Ribeiro De. O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 13, n. 22, jan./jun. 2014, p. 285. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1202?show=full>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

⁸⁸ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 14, n. 6, mai./ago. 2016, p. 48.

7.003⁸⁹, a divulgação de áudios inseridos pelo Ministério Público Federal nos autos de uma ação que trata de um acordo de colaboração premiada relacionado a investigações coadunadas ao processo conhecido por ‘lava-jato’. A deliberação sobre o sigilo dos autos foi solicitada pelo MPF levando em consideração seu conteúdo envolver a intimidade de terceiros. Em fundamentação, o Ministro alega que na ponderação do caso concreto, deva prevalecer o interesse público em face da intimidade, justamente por se tratar de processo judicial com resguardo na publicidade dos atos.

Oportunamente, cumpre aqui também discorrer assunto relacionado ao enunciado 531⁹⁰ do Conselho da Justiça Federal. Tal formulação incorreu durante a VI Jornada de Direito Civil no ano de 2013, e trouxe grande avanço no cerne do reconhecimento, em campo doutrinário, de aplicação do direito ao esquecimento na esfera cível, através de sua inclusão à tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação, estendendo assim, a abrangência dos direitos personalíssimos.

Paiva, no sentido de frisar a importância trazida pelo enunciado, relata as circunstâncias benéficas da matéria, evidenciando que o direito ao esquecimento não se trata de anular fatos passados e escrever uma nova história, mas sim uma possibilidade de discussão sobre o uso desses casos no âmbito da tutela privada no resguardo pela dignidade da pessoa humana, *verbis*: “O Enunciado no 531 do CJF nos auxilia a compreender a dimensão do assunto. Mister realçar parte da justificativa de seu comando, por ser dotada de razoabilidade.”⁹¹

Indo de encontro à ascensão doutrinária da temática provinda do enunciado referido, no ano de 2015, desta vez na VII Jornada de Direito Civil, realizada igualmente pelo CFJ, foi aprovado o enunciado de nº 576⁹², assentando que o direito ao esquecimento “[...] pode ser assegurado por tutela judicial inibitória. Assim, nos termos do art. 12 do Código Civil, cabem medidas de tutela específica para evitar a lesão a esse direito, sem prejuízo da reparação dos danos suportados pela vítima”.⁹³ Estabelecendo a doutrina, possibilidade de

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 7003. Rel. Ministro Edson Fachin. Despachado em: 05/09/2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7003despacho5set.pdf>>. Acesso em: 06 de setembro de 2017.

⁹⁰ BRASIL. Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br> >. Acesso em: 04 de setembro de 2017.

⁹¹ PAIVA, Bruno César Ribeiro de. O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 13, n. 22, jan./jun. 2014, p. 284. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1202?show=full>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

⁹² BRASIL. Enunciado 576 do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br> >. Acesso em: 04 de setembro de 2017.

⁹³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. 6 ed. São Paulo: Método, 2016, p. 102.

aplicação de uma tutela preventiva de ilícitos que envolvam o alcance do direito ao esquecimento.

De encontro aos enunciados, nota-se a grande evolução hodierna do direito ao esquecimento no campo cível, tanto na amplitude legislativa que se atinge, quanto no leque jurisprudencial que se poderá chegar até a obtenção de uma necessária delimitação acerca do tema. Cabendo assim, compreender o tendente reconhecimento do direito ora discutido, dilatando a visão sobre a matéria face a relevante discussão apresentada.

5 CONCLUSÃO

A contar da institucionalização do Estado Democrático de Direito, desde os primórdios e, sobretudo, à luz da Constituição Federal de 1988, insurge sobre o sistema pátrio, inúmeras prerrogativas que legitimam a dignidade da pessoa humana como elemento essencial ao cumprimento de preceitos fundamentais norteadores de mecanismos propulsores do bem-estar social. Notadamente, a positivação das garantias da liberdade e vida privada do indivíduo ganha expressiva relevância ao estabelecer princípios balizadores para o feito.

Consubstanciando os direitos fundamentais no tema em análise, buscou-se tratar acerca de sua origem evolutiva e também do relevante papel que tiveram os direitos à liberdade de informar e à privacidade nas conquistas democráticas hodiernas, caracterizando-os e demonstrando sua essencialidade na efetivação dos padrões progressistas das sociedades. Logo, discorrendo sobre o amplo leque de garantias possíveis à dignidade humana.

No azo da fundamentalidade de direitos, eis que surge o contemporâneo direito ao esquecimento, corrente difundida como cenário de equivalência aos princípios básicos inerentes ao homem, com abordagem nas relações dos direitos privados do indivíduo. Vislumbrou-se, ao longo da pesquisa, as suas raízes europeias originárias, com efeitos casuísticos na jurisprudência Francesa e Alemã, ainda que prematura fosse tal discussão, chegando até a sua caracterização pátria. Assim, notadamente pode-se constatar que o direito ao esquecimento é o instituto de fatos pessoais que o indivíduo pretende manter, sob efeitos pretéritos e sem possibilidade de serem trazidos à tona, assumindo prerrogativas de cunho estritamente personalíssimo.

Dentre todo dimensionamento protetivo dos direitos fundamentais, contextualizando o seu efeito *erga omnes*, o resguardo de um princípio acaba muitas vezes colidindo com a garantia trazida por outro de igual equivalência, onde, não havendo

hierarquia nem positivamente para delimitar a preponderância de uma norma sob outra, ocasiona choques de difícil resolução frente ao subjetivismo do caso em análise. Nesta conjuntura, adentrou-se ao antigo conflito envolvendo o direito à privacidade e o direito à liberdade de informação, este primeiro com novos contornos, intrinsecamente ligado ao direito ao esquecimento.

Em observação aos direitos conflitantes, julgou-se razoável a análise do caso em concreto, se atentando aos fatos, e aplicando a proporcionalidade como forma de ponderação na decisão, objetivando a busca pela coerência no sopesamento de valores, e assim, indo de encontro ao princípio do juiz natural e seu regramento concernente.

Verificou-se que a legislação pátria é omissiva quanto à delimitação sobre qual princípio deva prevalecer diante do choque entre liberdade e esquecimento (privacidade, honra, imagem, etc.), prevalecendo sempre, *in caso*, a aplicação da proporcionalidade na ponderação e sopesamento dos preceitos fundamentais, decidindo, ao entendimento do julgador, o que parecer mais viável a primazia do interesse público.

Portanto, frente à falta de positivação em sistema normativo nacional que traga critérios objetivos de sopesamento entre preceitos fundamentais colidentes, é de suma importância à utilização da proporcionalidade pelos tribunais como critério de decisão acerca da predominância de uma norma à outra, ponderando sempre pela supremacia do interesse público ao privado, sendo este primeiro, envolto de razoabilidade fática do caso concreto.

Posto isso, ressalta-se a necessidade de estabelecer parâmetros mais objetivos na legislação e/ou jurisprudência pátria que possibilitem decisões fundadas, em maior razoabilidade, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) dado o primeiro passo, pois, ao atribuir repercussão geral da matéria relacionada à colisão entre garantias fundamentais no processo referente ao ARE n. 833248/RJ, criou-se a perspectiva da abertura de precedente para harmonização de princípios, capaz de delimitar problemáticas desta natureza, evitando-se, por consequência, o surgimento de insegurança jurídica.

Por último, conclui-se estar claro que, o direito ao esquecimento surge como uma notável garantia à dignidade humana, na medida em que obsta a aplicação de penas de caráter perpétuo, não condignas com a ideia de Estado Democrático, sendo a atuação do Judiciário decisiva à quebra de paradigma, posto que vem promovendo a Justiça ao caso concreto na esfera social, objetivando resguardar os direitos personalíssimos, porém, sem olvidar da proteção necessária à difusão de conhecimento.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 51, n. 203, p. 165-183, jul./set. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; DAMÁZIO, Marcela Queiroz de França. Direito ao esquecimento como direito da personalidade versus liberdade de expressão como direito à informação: ponderação entre direitos fundamentais com aplicação da proporcionalidade e razoabilidade. **Interfaces Científicas**, Aracajú, v. 4, n. 2, p. 79-92, fev. 2016.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Constituição e direitos fundamentais em perspectiva**. Recife: APPODI, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTENCOURT, Illa Barbosa; VEIGA, Ricardo Macellaro. DIREITO AO ESQUECIMENTO. **Revista DIREITO MACKENZIE**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 45-58, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/8449/5469>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução João Ferreira. Revisão técnica Gilson César Cardoso. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Princípio da dignidade da pessoa humana**. 1 ed. Brasília: IDP, 2013.

_____, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 ago. 2017.

_____. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. Enunciado 531 do conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Enunciado 576 do conselho da Justiça Federal. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Lei Federal nº 12.965 de 26 de abril de 2014 (Marco civil da internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.334.097 - RJ 2012/0144910-7. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão julgador: 4ª turma –STJ. Julgamento: 28/05/2013. Publicação: DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107>. Acesso em: 06 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.335.153 - RJ 2011/0057428-0. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão julgador: 4ª turma –STJ. Julgamento: 28/05/2013. Publicação: DJe 10/09/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipopesquisa=tipopesquisanumeroregistro&termo=201100574280&totalregistrosporpagina=40&aplicacao=processos>>. Acesso em: 06 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Are n. 833248/RJ com repercussão geral. Rel. Ministro Dias Toffoli. Julgado em 12.12.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição 7003. Rel. Ministro Edson Fachin. Despachado em: 05/09/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet7003despacho5set.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2017.

BROCHADO, Mariá. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 39, n. 155, p. 125-141, jul./set. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARDOSO, Mateus Queiroz; PIMENTEL, Alexandre Freire. A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do marco civil da internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p. 45-61, mar. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: Parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. O perfil constitucional do Estado contemporâneo: o Estado Democrático de Direito. **Rev. Inf. legisl.**, Brasília, a. 30, n. 118, p. 05-18, abr./jun. 1993. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

FILHO, Sylvio Clemente da Motta; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Direito constitucional**: teoria, jurisprudência e 1000 questões. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: Parte geral 1. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRATA, Alessandro. O Facebook e o direito à privacidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 51, n. 201, p. 17-27, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

JR., Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 50, n. 199, p. 271-283, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 14, n. 6, p. 37-50, mai./ago. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

MOUTINHO, Bruno Martins. Direito o esquecimento como um direito fundamental. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 2, n. 2, p. 131-160, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-ao-esquecimento-como-um-direito-fundamental>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

NETTO, Domingos Franciulli. A proteção ao direito à Imagem e a Constituição Federal. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, v. 16, n. 1, p. 1-74, jan./jul. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/viewFile/436/394>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Método, 2014.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 13, n. 22, p. 273-286, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1202?show=full>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

RICCITELLI, Antonio. **Direito Constitucional: teoria do estado e da constituição**. 4 ed. São Paulo: Manole, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo:

Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: Volume único. 6 ed. São Paulo: Método, 2016.