



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DIREITO AO ESQUECIMENTO E O CONFLITO COM O DIREITO À INFORMAÇÃO
DIANTE DO FENÔMENO DAS NOVAS MÍDIAS SOCIAIS

Thiago Dantas Cunha Nogueira de Souza

Rio de Janeiro
2019

THIAGO DANTAS CUNHA NOGUEIRA DE SOUZA

DIREITO AO ESQUECIMENTO E O CONFLITO COM O DIREITO À INFORMAÇÃO
DIANTE DO FENÔMENO DAS NOVAS MÍDIAS SOCIAIS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

DIREITO AO ESQUECIMENTO E O CONFLITO COM O DIREITO À INFORMAÇÃO DIANTE DO FENÔMENO DAS NOVAS MÍDIAS SOCIAIS

Thiago Dantas Cunha Nogueira de Souza

Graduado pela Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio de
Janeiro. Advogado.

Resumo – O direito ao esquecimento tem sua tutela recentemente reconhecida na sociedade brasileira, sendo esse direito inegavelmente ligado à dignidade da pessoa humana. Sua importância se acentua na sociedade contemporânea quando confrontado com o direito à informação. Surge assim um claro conflito entre o direito individual e da coletividade, cujas análises ainda são recentes, sobretudo na jurisprudência pátria. Busca-se apresentar uma visão que conceda segurança jurídica as relações, quando esse confronto se apresentar, a partir daquilo que a doutrina e a jurisprudência já definiram.

Palavras-chave – Direito Constitucional e Civil. Direito ao esquecimento. Natureza jurídica. Novas mídias. Direito à informação. Conflitos e consequências. Visão jurisprudencial.

Sumário–Introdução.1.Direito ao esquecimento: conceito e natureza jurídica. 2. Direito ao esquecimento e a relação com as novas mídias. 3. O direito ao esquecimento *versus* o direito à informação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o direito ao esquecimento, buscando conceituá-lo, bem como apresentar sua natureza jurídica, desenvolvendo uma análise da possibilidade de uma aplicação deste direito na sociedade digital, confrontando-o com o direito constitucionalmente garantido à informação.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir esse tema que cresce de importância conforme a sociedade tecnológica se desenvolve e os direitos da personalidade ganham cada vez mais destaque diante do direito civil-constitucional experimentado no Brasil.

A Constituição Federal consagra a informação como direito fundamental a todos. Contudo, quando se pesa o aspecto disso frente ao direito individual relacionado a dignidade de poder prosseguir com uma vida digna, surge um conflito ainda recente na sociedade moderna, mas que a jurisprudência já começa a traçar balizas.

O tema ainda é controverso e recente tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que as novas mídias sociais geram informações a cada minuto sendo

difícil de se assentar até mesmo o que lá consta e se corresponde ou não com a verdade.

Buscando desenvolver o tema, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho expondo brevemente como o direito ao esquecimento é conceituado e sua natureza jurídica, demonstrando ser mais que um derivado da dignidade da pessoa humana, mas sim um direito cuja importância cresceu com o decorrer do tempo.

Após, será apresentado o conceito da sociedade digital e se conectará isso ao direito ao esquecimento, o qual é determinado através proteção da memória individual na internet, possuindo autonomia quanto a preservação da integridade moral na classificação dos direitos de personalidade e sofrendo limitações em razão do aspecto público do esquecimento, protegido pela memória coletiva.

Já no terceiro capítulo, analisar-se-á o conflito entre o direito ao esquecimento com o direito à informação. A intenção será de ressaltar o conflito de direitos fundamentais existentes, mas enaltecendo que há como compatibilizar essas duas premissas.

O desenvolvimento da pesquisa é a partir do método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o pesquisador tem a intenção de escolher um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o intuito de comprová-las ou rejeitá-las por meio de uma argumentação adequada e consistente.

Com esse mote, a forma de abordagem do objeto da referida pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, de arte que o pesquisador utilizará a bibliografia e os entendimentos jurisprudenciais mais recentes no que tange à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1.DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DIANTE DA EVOLUÇÃO DO TEMA COM A POSSIBILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E ESTRANGEIRA

Na realidade contemporânea, não há como conceber uma sociedade em que os direitos da personalidade não recebam especial proteção, sendo inerentes a condição humana. Busca-se proteger o ser humano em sua dignidade, e, por conseguinte deve haver respeito a sua integridade física (vida, direito sobre o corpo) e moral (liberdade, privacidade, imagem, honra, nome, direito moral do autor, recato). Dentro desse espectro, o Código Civil reconheceu tais direitos entre seus artigos 11 e 21, ainda que não tenha definido de forma taxativa quais seriam esses direitos¹. Que bom, pois a sociedade como um todo muda de

¹BRASIL. Conselho Da Justiça Federal. *Enunciado n.º. 274.* 2006, Brasília. Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

forma constante, sendo certo que a todo instante novos direitos surgem, enquanto outros vão ganhando desenhos distintos, ora com maior, ora com menor destaque, mas sem nunca deixarem de existir.

Nessa conjuntura, há o direito ao esquecimento, não tão falado em outrora, contudo, muito presente nos dias de hoje. O direito de ser esquecido faz parte dos direitos da personalidade, tendo em vista que há dados que merecem especial proteção, pois dizem mais a respeito de um direito subjetivo que de um interesse coletivo por informação.

Sua definição ainda não é pacífica e consolidada, mas predomina o entendimento de que é um direito fundamental que detém o titular de evitar que, a qualquer momento, sejam lembrados por fatos desabonadores do seu passado. Conforme estabelece Schreiber²:

de um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito. [...] Se toda pessoa tem direito a controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, deve-se admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável. O direito ao esquecimento (*diritto all'oblio*) tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização, evitando-se que seja perseguido por toda a vida pelo crime cuja pena já cumpriu.

Conforme alerta o autor, tal direito é revestido de tamanha delicadeza posto que se ligam a fatos passados que já adormeceram no tempo, mas que podem causar consequências na vida das pessoas no presente, sendo o exemplo bem acabado o do condenado que já cumpriu a sua pena e possui o direito de seguir com sua vida sem a todo tempo ser lembrado disso.

O direito ao esquecimento, portanto, surge como um direito da personalidade, pautado na dignidade da pessoa humana em seu viés moral. Não é possível interpretá-lo, contudo, como um mero subprincípio a ser aplicado quando da conveniência do caso concreto para tutelar de forma abrangente a integridade. Há na verdade, um feixe específico na dignidade humana que se liga ao direito de ser esquecido, o qual merece especial proteção e atenção, devendo ser alvo de tutela quando ameaçado, tal qual seria o direito a imagem ou qualquer outro direito.

O *right to be let alone* ou *right to be forgotten*, cresce a partir da valoração do direito a honra e a privacidade, já resistindo na doutrina do direito comparado essa discussão há algum tempo. O caso emblemático, ocorreu na Alemanha, quando um sujeito foi condenado por

² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 170.

matar soldados em uma ação de roubo de armas. Contudo, quando estava para sair da prisão, um canal de televisão desejava produzir um programa sobre o caso. Não obstante, por respeito ao direito ao esquecimento, o Tribunal Constitucional Alemão vedou que a apresentação do programa fosse especificamente sobre aquele sujeito. A decisão, naquele momento, buscou tutelar os direitos da personalidade do indivíduo que se sobrepunham a liberdade de comunicação.

No entanto, a situação se alterou, quase 27 anos depois, quando um novo canal de televisão alemã decidiu realizar outro programa com o mesmo conteúdo referente ao assassinato dos soldados, nos mesmos moldes do programa anterior. Houve então um novo julgamento, em que o entendimento outrora vigente se alterou, de sorte que a corte julgou pela prevalência da liberdade de comunicação, por força do tempo que já havia passado³.

Indubitavelmente esse caso demonstra um caráter casuístico do direito ao esquecimento, não havendo uma regra geral a ser aplicada. É sem dúvidas um tanto clichê no direito se dizer que dependerá da análise do caso concreto para que se averigue o direito a ser aplicado, mas resta evidente que aqui não se pode fugir desse viés.

No Brasil, só se abordou esse direito com o merecido destaque a partir do século XXI. A jurisprudência brasileira se posicionou concretamente sobre o tema em 2013⁴. Isso ocorreu em julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre as reportagens de uma emissora de televisão, sobre o episódio que ficou conhecido como a Chacina da Candelária⁵, no Rio de Janeiro, bem como sobre o caso referente a Aída Curi⁶, estuprada e morta em 1958 por um grupo de jovens. Os casos foram à Justiça porque os personagens das notícias — no caso de Aída, os familiares — se sentiram violados com o resgate de tais histórias, já ocorridas há tantos anos. Os pedidos para que não fosse noticiado foram recebidos e aceitos pelo Tribunal. Esses casos são apontados como essenciais para a sedimentação do direito ao esquecimento na realidade brasileira.

³SARLET, Ingo Wolfgang. *Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

⁴CANÁRIO, Pedro. *STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>>. Acesso em: 20 mar. 2019

⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.334.097/RJ*. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 20 de mar. de 2019.

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.335.153/RJ*. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Em termos doutrinários, por outro lado, merece referência, como marco de defesa desse direito, o Enunciado nº 531 do CJF (Conselho da Justiça Federal), aprovado na VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”⁷

De igual importância é a justificativa deste enunciado:

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

A fundamentação do enunciado se liga a nova era digital atualmente vivida, sendo a mola que alavancou uma maior pauta nas discussões doutrinárias no Brasil. Não é difícil imaginar o porquê, tendo em conta que se antes os dados ficavam armazenados em livros, jornais e materiais propriamente físicos, nos dias de hoje tudo se encontra a poucos cliques, restando armazenado na rede mundial de computadores, de forma que a tutela dos direitos individuais deve ser alvo de maior proteção.

Portanto, o direito ao esquecimento é sem dúvida alguma ainda uma novidade na doutrina e na jurisprudência pátria. No entanto, nem por isso sua proteção deve ser relativizada, tendo em vista, que, como abordado, trata-se de direito fundamental referente a personalidade, devendo tal qual qualquer outro receber o devido respeito por parte de todos.

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO E A RELAÇÃO COM AS NOVAS MÍDIAS

Em que pese o jornal de papel ter sido criado apenas no século VIII D.C. na China e o Imperador Augusto no século I ter feito a primeira publicação periódica, apenas após a criação da prensa de Gutenberg em 1440 que um algo novo surgiu, a partir da união desses dois conceitos⁸.

O objeto utilizava o que é conhecido por tipos, que são uma quantidade considerável

⁷BRASIL. Conselho Da Justiça Federal. *Enunciado nº. 531*. 2013, Brasília. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

⁸ARAÚJO, Ana Paola da Silva Salgado. *Da Imprensa De Gutenberg aos Meios de Comunicação de Massa: “Uma Revolução no Conhecimento”*. 2010. 33 folhas. Trabalho de Conclusão do Curso Biblioteconomia e Gestão de Unidades de Informação da UFRJ, para obtenção do grau de bacharel. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/1225/1/TCC.pdf>> Acesso em: 02 abr. 2019

de pequenas peças que desenham determinadas formas na folha quando pressionados contra si. Quando organizados poderiam realizar tal procedimentos em padrão e grande quantidade, permitindo o início da circulação de periódicos, ainda que em pequena escala.

É a partir desse procedimento que surge o nome “imprensa”, ainda que atualmente esse termo possua um conceito expansivo em relação ao tido quando concebido. Contudo, apenas nos séculos XVIII e XIX, a partir da Revolução Industrial, que se inicia o processo de massificação da imprensa, com a impressão de novos jornais e periódicos.⁹ A revolução propiciou a criação de máquinas que tornavam mais fácil o processo de prensa, permitindo uma produção que atendesse a mais pessoas. Nesse período houve o maior crescimento da história dos meios de comunicação conhecidos até então.

Desde então a imprensa teve sua importância crescente na sociedade, sendo certo que serviu sempre como um canal de comunicação entre os diversos setores da coletividade. Essa significância elevou-se, chegando ao ponto em que veículos de informação passaram a exercer influência – direta ou indiretamente - sobre as esferas de poder e a população.

Tornou-se um mecanismo de proteção da sociedade ao mesmo tempo que uma arma capaz de gerar crises que abalam as estruturas existentes. Com o decorrer do tempo, os meios de comunicação evoluíram, de forma que o termo mais abrangente para se referir a todos esses é mídia. Essa consiste no conjunto dos diversos instrumentos de comunicação modernos, cujo fim é a transmissão de informações e conteúdo a partir do uso de diferentes plataformas - como jornais, revistas, a televisão, o rádio e a internet.

O papel desses veículos na sociedade contemporânea é sem dúvida prestigioso, garantido na norma constituinte brasileira atual em seu artigo 220. Encontra-se ainda no artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos, o qual ressalta o direito a buscar, receber e compartilhar informação, apesar de eventos recentes demonstrarem que certos preceitos dessa função são descumpridos.

Ocorre que esse poder de informar hoje fragmentou-se. Se, antes, uma pessoa dependia do jornal chegar a sua porta a cada dia de manhã para saber os principais relatos do dia anterior, ou então, necessitava acompanhar atentamente as informações transmitidas no rádio, hoje não é assim. Basta um aplicativo de mensagens para que receba a cada instante aquilo que acaba de acontecer.

Nesse cenário, qualquer pessoa possui o poder de informar. Uma rede social basta

⁹Ibid.

para que uma notícia, ainda que falsa, corra e vire um fato incontestável aos olhos daqueles que não buscam maiores detalhes. É uma evolução inegável da sociedade, todavia extremamente recente. A título de exemplo, o primeiro smartphone foi lançado há vinte e cinco anos no mundo¹⁰. Isso deixa claro que esse novo momento ainda engatinha se comparado com a imprensa, que já possui essa larga experiência.

Dentro disso, é de se pensar que se a imprensa com essa larga experiência ainda comete abusos, imagine o que não fazem as pessoas com essa recente tecnologia em mãos. Nesse período de adaptação limites ainda vão sendo postos a prova para que o caso a caso nos demonstre até onde ir.

Assim, conforme a ser visto ao longo desta pesquisa, diversas são as vezes em que o direito ao esquecimento é violado diante dessa sede por notícias que move as pessoas, que compartilham informações sem se dar conta das consequências que poderão levar.

No entanto, mostra-se imprescindível destacar que, até hoje, a jurisprudência brasileira se concentrou principalmente no esquecimento no âmbito analógico, onde o direito a não ser lembrado é afirmado pelo indivíduo face aos veículos de imprensa tradicionais, tal qual no casos mencionados no primeiro capítulo.

Contudo, ainda há um outro viés do direito ao esquecimento diante dessas novas modalidades tecnológicas que necessita de um apontamento. Em outrora páginas amarelas, livros e revistas eram fontes de pesquisas, hoje buscadores em sítios de internet oferecerem soluções mais céleres e eficazes, na maioria das vezes. Os sites de busca consistem na disponibilização de ferramenta para que "o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na web, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos links das páginas onde a informação pode ser localizada"¹¹.

Nesses ambientes o direito ao esquecimento deve ser tutelado. No âmbito digital, a permissão para ser esquecido não é essencialmente um direito de não ser recordado, mas o direito de ter suas informações pessoais desindexadas pelos buscadores da Internet, em especial, quando tais informações não forem corretas, relevantes ou atualizadas.

O Marco Civil da Internet¹² importou-se em assegurar uma série de direitos ao

¹⁰ BBC BRASIL NEWS. *Primeiro smartphone completa 20 anos*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140815_smartphone_vinte_anos_rb>. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.316.921/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/1/art20180105-13.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹² BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

usuário em seu art. 7º, sendo que o art. 8º bem esclareceu que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”.

Frise-se que a referida lei não dispõe de forma expressa como se dará essa proteção a dignidade, mas como já dito anteriormente, o caso a caso irá demonstrar como será feita essa tutela. Como consequência à violação das garantias mencionadas no art. 7ª da Lei nº 12.965/2014, o seu art. 19 exige ordem judicial específica para tornar indisponíveis conteúdos gerados por terceiros e violadores de direito, sendo que no caso de inércia, a responsabilidade civil pode ser invocada.

Já o art. 21 da referida Lei¹³, a exceção à necessidade de ordem judicial específica corre à conta de conteúdos violadores da intimidade divulgados sem autorização, como cenas de sexo ou de nudez, hipótese em que a norma se contenta com a notificação que aponte o material ilícito. Além disso, está expressamente excepcionada de seu âmbito de incidência a violação de direitos autorais praticada por terceiros (art. 19, § 2º, e art. 31).

Com base nessas premissas em um caso que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, a corte ordenou que sites de busca impeçam que o nome de uma promotora de Justiça quando buscado surjaindexado a uma fraude em concurso para a magistratura¹⁴. O colegiado reconheceu o direito ao esquecimento da promotora para obrigar as empresas a alterar suas páginas de resultados de busca.

No julgamento, seguindo a linha dos estudos do Min. Luís Felipe Salomão, o Ministro Sanseverino¹⁵ ponderou que é preciso tratar cada caso de acordo com as peculiaridades de cada caso, sendo que o que a “pretensão da demandante é o reconhecimento de seu direito de evitar que, sendo feita a busca apenas pelo nome da autora, sem qualquer outro critério vinculativo à fraude, os resultados mais relevantes continuem a priorizar esse fato desabonador”.

Dessa maneira, resta evidente que as novas mídias ingressaram na sociedade brasileira em um caminho sem volta. Contudo, há etapas a serem percorridas para que se estabilizem as situações diante de cenários ainda desconhecidos de enfrentamentos e violações a direitos bases da coletividade, que sem dúvida serão afetados, mas que merecem a

¹³Ibid.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.660.168*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2018/stj_02187678520098190001_08052018.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2019.

¹⁶Ibid.

devida proteção que a Constituição garantiu.

3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* O DIREITO À INFORMAÇÃO

Conforme mencionado antes, o direito ao esquecimento é essencial na nova realidade social que se impõe, onde fontes de notícias são as mais variadas, sendo uma forma de tutela da dignidade da pessoa contra fatos que não merecem ser abonados. No entanto, a linha é tênue entre aquilo que merece ser esquecido e aquilo que é direito da população de saber, tendo em vista a proteção constitucional ao direito a informação.

Assim, é evidente que em certos momentos haverá um conflito entre esses dois direitos fundamentais, de sorte que o caso a caso irá demonstrar aquele que deve prevalecer. No entanto, há certas balizas que podem ser travadas a fim de gerar um mínimo de segurança jurídica, até mesmo porque se houver um direito ou outro que prevaleça de antemão, abusos irão ocorrer, o que não é difícil imaginar.

Prevalecendo o direito à informação sempre sobre o direito de ser esquecido, teremos que a quantidade de violações a direitos individuais seria muito grande, pois todos se achariam no direito de falar o que quiser a todo momento, sob esta manta de proteção ao direito a informação.

Por outra via, eventual entendimento de que o direito ao esquecimento sempre prevaleceria, geraria um regresso a tempos de restrição de informações, pois haveria um receio a todo momento das consequências que viriam dessa conduta.

Dessa maneira, ambos os direitos precisam coexistir, buscando-se um equilíbrio entre eles, demonstrando-se com o caso aquilo que irá ser privilegiado, de sorte que as colisões entre essas prerrogativas serão analisadas de acordo com a situação conflituosa levada a conhecimento, de arte que prevaleça o direito mais pertinente de proteção no caso prático.

No momento em que este conflito ocorrer, contudo, é preciso saber como proceder, para que seja proferida uma análise equivocada, sob pena de incidir nas consequências já mencionadas.

De toda sorte, é necessário de pronto estabelecer uma premissa relativa a essa

convivência entre os direitos: a censura não é opção. A Constituição Federal¹⁶ é clara nesse sentido e não poderia ser diferente, fixando no art. 5º ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Ademais, o artigo 220 da Constituição¹⁷ é taxativo e determina que expressão do pensar, a elaboração, assim como a informação, desenhada sob qualquer forma não será atacada por qualquer limitação, dentro dos termos constitucionais.

O legislador foi enfática na garantia da liberdade de expressão, mas, como reforço peculiar à liberdade de imprensa, privilegiou-a estabelecendo já no parágrafo 1º que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social...”

Dessa forma, é latente a preocupação do legislador constitucional em que não se desabone de qualquer forma aquele que quiser se manifestar, pois há o direito tanto de se transmitir essa informação, bem como daquele que a recebe, não podendo o Estado se imiscuir em analisar previamente aquilo que será transmitido.

Já estabelecido que não deve haver censura, o que fazer da análise de um caso concreto em que haja este conflito estudado? A solução passa por uma técnica de ponderação.

O entendimento a respeito dessa técnica é objeto de estudo de diversos pensadores, como Robert Alexy, filósofo do direito alemão que desenvolveu um modelo de sopesamento de normas e princípios diante de um conflito jurídico¹⁸.

Essa técnica vem sendo aplicada nas principais decisões jurídicas brasileiras que tratam do choque de princípios ou garantias jurídicas. A título de exemplo é possível citar alguns casos conhecidos em que o Supremo Tribunal Federal utilizou-se dessa técnica diante de um conflito entre direitos e garantias, como quando o Supremo Tribunal Federal permitiu aborto de feto anencéfalo¹⁹.

De início, para analisar a estrutura dos direitos fundamentais deve ser feita uma distinção entre regras e princípios, apontando alguns critérios tradicionais para essa diferenciação como o da classificação deles como espécies do gênero norma, que determinam o dever ser.

¹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 set. 2019.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014, p 94.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150603-07.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2019.

Uma forma utilizada por Alexy²⁰ para que não se confunda esses institutos é o da generalidade, uma vez que os princípios diferentemente das regras tratam de normas mais amplas, com maior grau de generalidade e são considerados como mandamentos de otimização, que incluem proibições e permissões.

Ainda se nota a diferença entre regras e princípios, na teoria de Alexy²¹, no plano da estrutura da norma. Defende o autor, que os princípios admitem cumprimento em graus diversos, ao passo que as regras devem ser cumpridas de forma direta, desde que demonstrado que a circunstância concreta está sob sua hipótese de incidência.²²

Além disso, há distinção quando ocorrem conflitos entre as regras com relação a quando ocorrem embates entre princípios. Para Alexy²³, o enfrentamento entre regras de um mesmo ordenamento jurídico impõe invalidade de uma das normas. Assim, um embate entre regras apenas pode ser resolvido caso se introduza, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida, não havendo como coexistirem conflituosamente.

Isso não ocorre com os princípios colidentes, devido a já mencionada generalidade dessa norma, visto que no confronto de princípios há preponderância de um, naquele caso concreto. Dessa forma, o conflito de princípios é solucionado pelo sopesamento dos interesses envolvidos, com isso em determinadas ocasiões um direito irá prevalecer em relação a outro.

Logo, um direito que foi aplicado em uma determinada situação, pode não ser protegido em situação diversa. Trazendo isso para o trabalho que aqui se discute, destaca-se o conflito entre a liberdade de informação e o direito de ser esquecido, onde a depender da situação prática uma das normas será precedida em razão da outra.

Acrescente-se que Alexy²⁴ considera que a teoria da ponderação dos princípios se conecta com a noção de proporcionalidade, que se divide em três ideias: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na adequação se busca aquele que seria o meio mais adequado para atingir determinado fim de forma que não prejudique de maneira excessiva outro princípio. Por sua

²⁰ ALEXY, op. cit., nota 19.

²¹ Ibid.

²² ACUNHA. Fernando José Gonçalves. *Colisão de normas Distinção entre ponderação e juízo de adequação*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p165.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

²³ ALEXY, op. cit., nota 19.

²⁴ Ibid.

vez, na necessidade é auferido se o o meio adequado em questão é o único possível para se chegar a finalidade pretendida, tendo em vista que se houver outra forma que seja menos restritivo o conflito será resolvida em favor dele.

Por último, a proporcionalidade em sentido estrito será vista por meio da técnica de ponderação usada no conflito de princípios quando qualquer das máximas anteriores tenha sido suficiente para elucidação do conflito. Assim de acordo com a lei de sopesamento, a ponderação será realizada com base nos graus de importância da satisfação ou não satisfação de um princípio em relação a outro. Dessa maneira, o grau de afetação ou de não-satisfação de um princípio depende da importância da satisfação do princípio colidente.

Com isso, Alexy²⁵ aponta três critérios para a ponderação de princípios colidentes:

[...] no primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio.

Um exemplo prático disso auxiliará na construção deste raciocínio. Neste sentido, imagine uma publicação jornalística na internet sobre um fato criminoso nas vésperas em que o sujeito iria receber seu alvará de soltura, em uma reportagem tendenciosa e violadora do direito individual. A adequação nos levaria a enxergar que o pedido para que a reportagem seja retirada de visualização. Esse meio adequado é o menos gravoso entre os possíveis, pois não houve uma censura, o que seria incabível, mas apenas a retirada após a publicação. Por fim, o custo benefício em questão é compensatório, tendo em vista que de início se preservou o direito à informação e a liberdade de expressão. No entanto, essa não pode ser irrestrita, de sorte que o direito ao esquecimento deve ser valorado, neste exemplo.

Porém, a depender do caso, a solução poderia ser distinta, tendo em vista que não há uma solução pré-definida, de sorte que caberá ao julgador do caso concreto fazer essa ponderação entre direitos de relevância acentuada, especialmente na sociedade contemporânea.

Nesse sentido discorreu Schreiber²⁶:

é certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na reiteração do fato pretérito, o modo de sua representação e os riscos trazidos por ela à pessoa envolvida. Não há direito a

²⁵Ibid.

²⁶SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulos: Atlas, 2013, p. 468.

reescrever a história ou apagar o registro de dados pretéritos, mas há direito de evitar que tais fatos sejam reapresentados (muitas vezes, de maneira sensacionalista) fora do seu contexto originário (tempo e espaço) de modo a oferecer um retrato incompatível com a atual identidade da pessoa. Como em outros conflitos já analisados, não há aqui solução simples. Impõe-se, ao contrário, delicado balanceamento entre os interesses em jogo.

Portanto, é no caso prático que irá se comprovar se prevalecerá a aplicação do direito ao esquecimento, na oportunidade em que seu grau de satisfação se mostrar mais elevado que o do direito de informação, de arte que a memória individual será protegida. Por outra via, caso a satisfação do direito de informação se mostre mais relevante que a tutela do direito de personalidade, não será possível a sua aplicação em razão da tutela da memória social.

Nesse sentido tem decidido a jurisprudência pátria²⁷:

[...] para Alexy, os princípios têm efeitos irradiantes, não podendo, portanto, serem desprezados por completo. Não há relação de exclusão e, em caso de choque, devem ser considerados todos eles, com graus de aplicação diferenciados, de modo a não aniquilar nenhum (In. Teoria de losderechosfundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997). Dessarte, no tocante ao antagonismo entre os direitos fundamentais, dever-se-á, numa ponderação de valores, buscar a máxima observância, somada à mínima restrição dos direitos relacionados. [...] Nesse campo, o Judiciário vem sendo instado a resolver os conflitos por demais recorrentes entre a liberdade de informação e expressão e os direitos inerentes à personalidade, ambos de estatura constitucional. Em razão disso, não havendo falar em direitos fundamentais absolutos, vêm a doutrina e a jurisprudência buscando alguns parâmetros para nortear o julgador, notadamente no que tange à liberdade de informar através dos meios de comunicação. Esta Quarta Turma, analisando os contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas, abraçou a tese segundo a qual a liberdade de imprensa, por não ser absoluta, encontra algumas limitações, como por exemplo: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandiveldiffamandi)" (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012). Também esta Corte, realizando juízo de ponderação, acrescentou o traço da ausência de contemporaneidade como possível limitação da atividade informativa da imprensa, quando a notícia trazer à tona fatos passados, em detrimento da dignidade humana e privacidade; reconheceu-se, assim, o direito ao esquecimento (REsp 1.335.153/RJ e Resp 1.334.097, ambos de minha relatoria, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013).

Dessa forma, nota-se que o direito ao esquecimento é respaldado em razão desse privilégio ser diretamente ligado a noção de personalidade dos indivíduos, sendo sua proteção em caso de conflitos executada pelo uso da sistemática da ponderação defendida por Alexy²⁸,

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.297.787*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182318372/recursoespecial-resp-1297787-rj-2011-0291307-1/relatorio-e-voto-182318379>>. Acesso em: 29 ago 2019.

²⁸ALEXY, op. cit., nota 19.

sopesando-se os princípios colidentes para auferir a proteção concreta da norma mais razoável no caso concreto. Assim, não resta dúvida de que esse direito estará respaldado, tendo sempre como norte a noção de que não há direitos absolutos.

CONCLUSÃO

Com a Constituição Federal de 1988, o direito civil necessitou se reinventar. A visão sobre aquilo que integra a personalidade do indivíduo se modificou e continua a se modificar a cada dia, conforme a sociedade se transforma. Nesse sentido, surge o direito ao esquecimento, como consequência lógica da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva da evolução sobre a visão do indivíduo e seus direitos.

A pessoa que não quiser ser lembrada de certos fatos tem esse direito, para que possa progredir com a sua vida sem que isso seja lembrado. No direito comparado isso já é trabalhado há certo tempo, sendo certo que a jurisprudência pátria, bem como a doutrina recentemente começaram a se debruçar com maior profundidade sobre o tema.

Nesse contexto, não poucas vezes, o direito de ser esquecido irá se confrontar com aquele que a sociedade tem de se informar e se manifestar. E não é por menos. A Constituição Federal garante a todos a liberdade de expressão e de informação, de sorte que todos têm o direito de serem informados e de informar aos demais.

O direito à informação, nessa evolução da sociedade que tratamos, também vem ganhando novos contornos a partir das inovações tecnológicas que surgem a cada dia, tendo em vista que novos meios de interação entre as pessoas aparecem. Dessa forma, a cada momento em que uma notícia surge, essa já é de imediato compartilhada.

Por vezes, as informações que são disseminadas, contudo, dizem mais respeito à privacidade da pessoa que propriamente a um interesse coletivo por saber daquilo. Assim, restará por claro comprovado um conflito entre o direito ao esquecimento e o direito à informação.

Por meio do presente trabalho, analisou-se a forma de aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital, tendo em vista que essas formas de comunicação têm proporcionado aos indivíduos lembranças do passado, que por eles não viriam à tona, e, por consequência, tem deixado de proteger alguns direitos fundamentais aos seres humanos, como a proteção da memória particular dos indivíduos.

No entanto, apenas a análise casuística demonstrará quando o interesse coletivo

deverá prevalecer sobre o interesse particular. Dessa maneira, não há como traçar um mecanismo que confira uma solução precisa a todos os casos.

Não obstante, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem indicando caminhos para que pelo menos uma segurança jurídica mínima possa ser transmitida. Nesse sentido, os princípios de ponderação reverberados por Alexy nos auxiliam a solucionar casos difíceis que são colocados para julgamento, medindo forças entre os direitos de informação e do esquecimento, conforme apontado no terceiro capítulo.

Portanto, essa pesquisa não pretendeu esgotar o tema referente o direito ao esquecimento, ou fornecer uma fórmula geral de proteção. Pretende-se, contudo, conceber meios de fornecer uma segurança jurídica para os casos em que o confronto entre os direitos fundamentais da dignidade e da informação ocorrer, tendo em vista que essa tensão é cada vez maior na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p165.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARAUJO, Ana Paola da Silva Salgado. *Da imprensa de Gutenberg aos meios de comunicação de massa: uma revolução no conhecimento*. 2010. 33 folhas. Trabalho de Conclusão do Curso de Biblioteconomia e Gestão de Unidades de Informação da UFRJ, para obtenção do grau de bacharel. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/1225/1/TCC.pdf>> Acesso em: 02 abr. 2019

BBC BRASIL NEWS. *Primeiro smartphone completa 20 anos*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140815_smartphone_vinte_anos_rb>. Acesso em: 10 ago. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 set. 2019.

_____. Conselho Da Justiça Federal. *Enunciado n.º 274*. 2006, Brasília. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. Conselho Da Justiça Federal. *Enunciado n.º 531*. 2013, Brasília. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.297.787/RJ*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46521517&num_registro=201102913071&data=20150417&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29 ago 2019.

_____. *REsp nº 1.316.921/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/1/art20180105-13.pdf>>. Acesso em: 10 jul 2019.

_____. *REsp nº 1.334.097*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *REsp nº 1.335.153*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *REsp nº 1.660.168*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Disponível em: <http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2018/stj_02187678520098190001_08052018.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150603-07.pdf>>. Acesso em: 09 set 2019.

CANÁRIO, Pedro. *STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeiravezcondena-imprensa>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.