



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO

ANTONIO TAVARES DOS SANTOS NETO

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO:
Uma Exigência Contemporânea**

BRASÍLIA
2015

ANTONIO TAVARES DOS SANTOS NETO

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO:
Uma Exigência Contemporânea**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (UnB)
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: ***Prof. Dr. Guilherme Scotti.***

Brasília
2015

Santos Neto, Antonio Tavares dos.

Direito ao Esquecimento: Uma Exigência Contemporânea /
Antonio Tavares dos Santos Neto – Brasília, 2015.

47 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília – UnB, como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Guilherme Scotti.

1. Direitos Fundamentais. 2. Liberdade de
Expressão. 3. Igualdade 4. Direito ao Esquecimento. 5.
Dignidade da Pessoa Humana.

ANTONIO TAVARES DOS SANTOS NETO

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO:
Uma Exigência Contemporânea**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Aprovada por:

Prof. Dr. Guilherme Scotti (Orientador)
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
Universidade de Brasília - UnB

Brasília-DF, 08 de julho de 2015.

“Lembra-te que o tempo tudo consome. E se assim não fosse, o que seria a nossa vida!? Um ermo cemitério em que cada cruz representaria um morto sempre vivo! Completamente impossível! Se o tempo consome o corpo dos que morrem, como não consumir a lembrança deles? E se assim não fosse, que vida seria a nossa!? Deus, dando-nos a dor, deu-nos também o esquecimento...”

Florbela Espanca

DEDICATÓRIA

A Deus por ter me dado o dom da vida, o prazer do convívio com as pessoas que amo e a singularidade de chegar a esse momento especial com inequívoco sucesso.

Aos meus familiares e amigos por terem abdicado de momentos prazerosos de convívio em favor deste projeto de vida.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Simião e Nair, por serem exemplo de caráter e honestidade, pois, apesar de todas as dificuldades financeiras e materiais pelas quais passamos, ele motorista de ônibus e ela lavadeira de roupas para terceiros, jamais se permitiram qualquer ganho que não fosse fruto do seu esforço e mérito, repelindo sempre, sem qualquer exceção e relativismo, o caminho da esperteza, dando-me condições morais para persistir e lutar por meus ideais, mostrando-me que nenhuma das desvantagens sociais pelas quais passamos se tornaria subterfúgio para a improbidade, o que me permitiu como morador da Ceilândia e oriundo do ensino público - tendo que conciliar a escola com o trabalho desde os meus tenros onze anos de idade - superar os obstáculos e concluir o curso de Física e agora o de Direito nesta insigne instituição federal de ensino.

À minha amada esposa Maria por todo estímulo e força que me foram transmitidos nos momentos difíceis e de prova pelos quais juntos passamos, pelo zelo e abdicção que culminou nesse resultado exitoso que agora podemos usufruir e, principalmente, por ter me presenteado com nossos dois lindos e abençoados filhos, Gabrielle e Cauã, aos quais dedico de maneira muito especial o resultado desse esforço conjunto.

Aos meus irmãos Edmar, Felismar, Vilma e Cleonice, aos meus cunhados e cunhadas Shokito, Karmélio, Anilton, Kairon, Kátia, Sandra e Elisabeth e aos meus sobrinhos e sobrinhas Lucas, Júnior, Giovanna, Enzo, Samara, Isabella e Júlia que compreenderam a minha ausência momentânea como uma janela de oportunidades para um futuro que agora se concretiza.

A todos os professores que tive e, em especial, ao meu orientador Prof. Dr. Guilherme Scotti, por terem iluminado o meu caminho com os seus ensinamentos e com a autocrítica de que todo conhecimento é precário, temporal e contextualizado.

Aos meus amigos: da infância – Jorge, Márcio, Jean, José Airton, Lopes (*in memorian*), Fábio, Jaime e Eduardo - das graduações - Juraci, Reinaldo, Réder, Ronni, Elamarcus e Modesto (*in memorian*), Marquinhos, Ivan, Vanilson, Miro, Rafael Zorzeti, Alexandre, Ailton, Luís César, Luiz Henrique, Nilton, Victor Hart, Álvaro, Thiago, Frazão, Fellipe, Iasmim e Danielle – e os com que trabalho e já trabalhei – Daniel, Wagner Santos, Adriano, Wolney, Luiz Fidelis, Léo, Helder, Alessandra, Wander, Régis, Hênio, Jeová, Marcelo, Eliton, Gustavo, Taborda, Paulo Igor, Anibal, Fernando, Hermene, Isabela, Lívia, Geraldo, Floriano, Alfama, Antonio Tomate, Logrado, Anderson, Murilo, Gleuton, Newton, Roberto, Marcus Reis e Everaldo.

RESUMO

Este trabalho aborda o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro como uma necessidade resultante do aumento da complexidade social sentida após o incremento tecnológico experimentado nas últimas décadas nos meios de comunicação.

A partir de estudos de casos apresentados em que o direito ao esquecimento é reconhecido tanto no ordenamento jurídico interno quanto no direito comparado, são estabelecidas características que permitem distinguir, no caso concreto, o uso legítimo das liberdades públicas de uma pretensão abusiva travestida do exercício regular de um direito fundamental, sem com isso quebrar a integridade do direito e o seu caráter deontológico.

Sob um enfoque Dworkiano e em meio à tensão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade e na falsa dicotomia entre igualdade e liberdade, o direito ao esquecimento dialoga com princípios aparentemente antagônicos, resultando num sistema jurídico coeso, íntegro e que privilegia a dignidade da pessoa humana como valor maior a ser observado num Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Igualdade.

Direito ao Esquecimento. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

This paper deals with the right to be forgotten in the Brazilian legal system as a resulting need for increased social complexity felt after the technological advances experienced in recent decades in the communications media.

From case studies presented in which the right to be forgotten is recognized both in domestic law and in comparative law, characteristics are established for distinguishing, in real case, the legitimate use of public freedoms from pretend abusive intention of regular exercise of a fundamental right, preserving the integrity of law and its obligation.

From a Dworkin focus and amid the tension between freedom of speech and personality rights and the false dichotomy between equality and freedom, the right to be forgotten dialogues with seemingly antagonistic principles, resulting in a cohesive legal system that favors the human dignity as the greater value that must be observed in a democratic state.

Key-words: Fundamental Rights. Freedom of Speech. Equality. Right to be Forgotten. Human Dignity.

SUMÁRIO

Introdução	11
1. A sociedade hiperinformada e a problematização do direito ao esquecimento ..	13
1.1 Tribunal Constitucional Federal Alemão: Lebach <i>versus</i> Canal ZDF	15
1.2 Tribunal de Justiça da União Europeia: Mario Costeja <i>versus</i> Google Spain	17
1.3 Superior Tribunal de Justiça: J. <i>versus</i> Rede Globo	20
2. Direito ao esquecimento e abertura constitucional: uma releitura dos direitos fundamentais.....	27
2.1 A (re)interpretação constitucional.....	28
2.2 O princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais no direito brasileiro e comparado e a cláusula de abertura prevista:	31
2.2.1 No art. 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	31
2.2.2 No Direito Comparado	33
3. Direito ao Esquecimento: Um diálogo entre liberdade e igualdade	35
3.1 Liberdade de Expressão e Direito à informação como condição necessária ao desenvolvimento da Dignidade da Pessoa Humana e consequente densificação da igualdade	36
3.2 O direito ao esquecimento como resultado do diálogo entre liberdade de expressão e direitos de personalidade.....	38
Conclusão	44
Referências	46

Introdução

Exercendo papel central na organização social, o tempo é tópico de preocupação na cultura de qualquer povo. Seja ele contado com base em padrões da natureza como o movimento periódico dos astros quando vistos da Terra, seja por meio de objetos criados para esse fim, *e.g.* o calendário ou o relógio, o tempo influencia todos os ramos do saber humano.

Na ciência do Direito esse tema também não passa despercebido. Na verdade, um dos papéis do Direito é pacificar os inevitáveis conflitos existentes nas necessárias interações do homem com o seu semelhante. Nesse particular, o Direito e o tempo guardam certa similitude: o efeito temporal de estabilizar os acontecimentos é valorizado pelo Direito como uma janela de oportunidades para um recomeçar.

Há no Direito diversos institutos que foram criados levando em consideração a noção do tempo e os efeitos que a sua fatídica e conformadora passagem exercem sobre a vida das pessoas. A prescrição, a decadência e a preempção são alguns exemplos. A própria noção de processo se desconstitui ao olvidar a centralidade da temporização.

E isso não é uma mera coincidência. Torna-se primordial para a felicidade humana o renovar da esperança e o esquecimento das mágoas: sem isso, viver equivaleria a padecer. Nesse sentido, é fundamental e vital o esquecimento.

Ocorre que o Direito não é uma obra pronta e acabada. Ele se alimenta das inovações sociais, ou seja, a ciência jurídica sempre estará passos atrás das perturbações sociais provocadas pelas inovações tecnológicas. Isso

necessariamente implica que se reconheça a caducidade de leituras que não mais consigam tutelar a pessoa humana como vetor axiológico central de todo sistema social. Aqui está a se falar de direito como tecnologia.

É notório que nas últimas duas décadas, a sociedade se modificou exponencialmente em todos os seus aspectos. É bem razoável considerarmos que isso é o efeito que as novas tecnologias da informação provocaram no comportamento humano. Temos uma sociedade hiperinformada, o que sem dúvida é um ganho social muito grande, pois se permitiu, como nunca antes, a democratização da informação e do acesso aos seus meios.

No entanto, como o bônus geralmente se faz acompanhar do ônus, esse incremento de participação provoca diversos efeitos colaterais, dentre os quais se destaca o déficit na privacidade e intimidade das pessoas, o qual, em acurada análise, viola a dignidade da pessoa humana e desconsidera diversos direitos fundamentais da pessoa afetada.

Aquele efeito deletério que até então o tempo operava está sendo superado e desconstituído pela automação da informação. A memória social agora se mede em *terabytes* e se torna uma ameaça real a toda e qualquer pessoa que por acaso tenha tido um *flash* de sua vida capturado e armazenado indefinidamente no *hard disk* de algum dispositivo espalhado pelo mundo, ansioso para ser pesquisado.

Não basta mais sofrer uma única vez os efeitos execradores da notícia atual, é necessário passar pela mesma mazela por diversas e todas as vezes possíveis, pois a qualquer momento aquela história desabonadora pinçada em

algum momento da sua vida voltará à tona e a ferida será reaberta. Isso não se diferencia muito de uma pena perpétua.

Nesse sentido, o Direito é obrigado a reagir para garantir com que a dignidade da pessoa humana não seja maculada a despeito de um pretense apelo ao direito à informação. É preciso o desenvolvimento de institutos que possam diferenciar, em cada caso concreto, as pretensões abusivas travestidas de direitos fundamentais do seu uso legítimo. Por isso, o reconhecimento do direito ao esquecimento é uma necessidade premente que se impõe.

1. A sociedade hiperinformada e a problematização do direito ao esquecimento

Como já sugerido, a sociedade atual se caracteriza pelo pleno acesso à informação proveniente das mais variadas fontes: rádio, televisão aberta e a cabo, telefonia digital, revistas, internet, mídias sociais, etc.

Por mais que se tente, é humanamente impossível conhecer o conteúdo de tudo o que é divulgado, quiçá aferir a veracidade dessas informações.

É difícil prever se o incremento nos meios de comunicação e o seu acesso continuarão com essa taxa de crescimento vertiginosa. No entanto, é possível afirmar que esse processo é irreversível.

Sem dúvida, esse processo deve ser considerado como uma conquista cultural muito grande de toda humanidade, de índole magnânima, que permitiu a democratização do acesso aos meios criadores e difusores da informação, diminuindo consideravelmente a influência dos poderosos monopólios midiáticos e, conseqüentemente, tornando o comportamento humano cada vez mais copiável e copiado nas (das) mais diversas culturas, num processo de singularização globalizante. Podemos chamar esse enriquecedor processo de efeito ressonante de

uma cultura na outra, pois se torna possível o conhecimento de diferentes *modus vivendi*, podendo gerar um ganho democrático em sociedades que, acostumadas a governos autoritários como um padrão comum, tomam conhecimento da existência de modelos políticos mais justos e participativos. O movimento revolucionário conhecido como *Primavera Árabe*¹ pode ser considerado um exemplo desse efeito ressonante.

Mas, do ponto de vista do Direito, essas mudanças podem, sob qualquer enfoque, ser valoradas como positivas?

A julgar por algumas constatações já realizadas, e que aqui serão oportunamente elencadas, a resposta é um malsoante depende.

Depende de como serão garantidos os direitos fundamentais das mais variadas ordens. Depende se se desenvolverão tecnologias jurídicas capazes de coibir eventuais “abusos de direitos”, salvaguardando a dignidade da pessoa humana de qualquer mácula. Depende se os aparentes “conflitos” entre direitos fundamentais sejam encarados não como conflitos, mas como uma complementaridade e cumplicidade mútua, cujo exercício de um direito não se faz possível sem o exercício concomitante do outro, preservando assim a integridade do Direito e o seu caráter deontológico.

Corroborando essa orientação, Martin Kriele afirma:

“O uso da liberdade que prejudica e finalmente destrói a liberdade de outros não está protegido pelo direito fundamental. Se faz parte dos fins de um direito assegurar as condições para uma democracia, então o uso dessa

¹ “Os jovens da Tunísia uniram-se, protestaram, bateram de frente com o governo e forçaram a renúncia de um ditador que estava no poder havia 23 anos. No Egito, com um pouco mais de insistência, o resultado foi o mesmo – manifestações, enfrentamentos e o fim de um regime que já durava três décadas. E o movimento se espalhou para Líbia, Síria, Iêmen, Barhein, da mesma forma como a informação se dissemina nas redes sociais. A chamada Primavera Árabe mudou o cenário geopolítico no Oriente Médio e no norte da África e a internet, afirmam analistas, teve um papel fundamental na consolidação do movimento. Foi por meio das redes sociais – como o Facebook, o Twitter e o Youtube – que a juventude organizou e espalhou informações sobre protestos, ainda que em alguns casos as comunicações estivessem sob controle do regime.” Coscelli, João. **A revolução será twittada**. O Estadão, São Paulo, 17 dez. 2011, seção Internacional. Disponível em <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,a-revolucao-sera-twittada,812020>, acesso em 13/5/2015.

liberdade que elimina tais condições não está protegido pelo direito fundamental”²

A título de ilustração dos problemas que acompanham o desenvolvimento social aqui narrado e, ao mesmo tempo, objetivando a criação de uma necessária base fática para o desenvolvimento de possíveis soluções, serão apresentados nos próximos subtópicos alguns julgados ocorridos no Brasil e no exterior que se relacionam diretamente com o tema e a problemática deste trabalho.

1.1 Tribunal Constitucional Federal Alemão: Lebach versus Canal ZDF

O julgamento de uma reclamação constitucional no Tribunal Constitucional Federal Alemão, conhecida como Lebach versus o canal televisivo ZDF - “*Zweites Deutsches Fernsehen*”³ -, foi paradigmático no tratamento da aparente colisão entre os direitos fundamentais de informação e os de personalidade, pois, garantiu-se ao reclamante o direito ao esquecimento, apesar de não ter sido utilizado esse termo naquela época.

Em 1969, na cidade alemã de Lebach, quatro soldados foram mortos e um quinto ficou gravemente ferido ao serem atacados por assaltantes de armas. Esse crime chocou bastante a população daquele país e foi amplamente divulgado pela imprensa local. Após as investigações, três pessoas foram acusadas, sendo que duas delas foram condenadas à prisão perpétua e a terceira, devido à sua menor participação, a seis anos de reclusão.

Após quatro anos de cumprimento da pena, o canal ZDF, conhecendo a data em que o reclamante deixaria o regime fechado, preparou uma matéria jornalística em que todos os detalhes do crime seriam redivulgados, inclusive constando a imagem e o nome do reclamante.

Alegando que essa publicação dificultaria imensamente a sua ressocialização, o reclamante ingressou com uma ação nas instâncias ordinárias requerendo liminarmente a não divulgação dessa matéria, pedido esse que foi indeferido. Não conformado, o caso foi levado ao Tribunal Constitucional Federal por

² KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: De Palma, 1980, p.475, *apud Carvalho Netto, M.; Scotti, G.. Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito - Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.71.

³ Segunda Televisão Alemã.

meio de uma reclamação. Após um intenso debate jurídico pelos membros daquele tribunal, ficou-se decidido que aquele trabalho jornalístico somente poderia ir ao ar se não fossem divulgados o nome e a imagem do reclamante, conforme bem ilustra a ementa desse julgado exposta a seguir:

“1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.

2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (Kunsturhebergesetz) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. **Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro.** No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.

3. **Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso.** Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. **A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização).** A ameaça à re-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura.⁴ (sem grifos no original).

A forma como o Tribunal Constitucional Federal tratou essa questão - como conflito entre direitos fundamentais - é lugar comum também nas decisões tomadas pelo nosso Supremo Tribunal Federal, há inúmeros julgados nesse sentido. No entanto, apesar da crítica que será construída mais à frente neste trabalho a respeito desse tipo de tratamento dos direitos fundamentais, em que estes perdem o

⁴ SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 487 e 488.

seu caráter deontológico e o Direito como um todo se desfaz da sua integridade, a decisão tomada se tornou um paradigma para o direito ao esquecimento.

1.2 Tribunal de Justiça da União Europeia: Mario Costeja *versus* Google Spain

Buscando a tutela de não mais ser lembrado nos sites de busca e pesquisa, o cidadão espanhol Mario Costeja González pleiteou junto à Agência Espanhola de Proteção de Dados – AEPD – que a Google Spain suprimisse qualquer registro em que o seu nome estivesse vinculado à venda compulsória, em hasta pública, do seu apartamento para quitação de débitos fiscais junto à seguridade social espanhola, conforme foi noticiado pelo jornal *La Vanguardia* no ano de 1998. Ocorre que a dívida foi paga sem a necessidade da alienação desse imóvel, mas a informação a respeito do leilão permanecia viva no site de busca da Google Spain.

Por ser pessoa pública notoriamente conhecida no meio social espanhol, a disponibilização atual dessa informação desabonadora, cuja veiculação aconteceu no final da década de 90, causava danos à honra e à imagem do Sr. Costeja. Tal situação danosa, a depender apenas da boa vontade da empresa cujo produto principal é fornecer informações a quem a procura, se prolongaria indefinidamente, haja vista ter sido solicitada a retirada dessa informação diretamente à Google Spain, a qual negou taxativamente o pedido.

Ao analisar a situação, a autarquia espanhola AEPD determinou à Google Spain que suprimisse as informações difamatórias referentes ao Sr. Costeja, cuja decisão levou em consideração que a situação descrita violava a dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, ilegítima a manutenção dessa informação caduca.

Insatisfeita com a decisão administrativa da autarquia espanhola, a Google Spain protocolou recursos perante a Justiça Espanhola, sendo que a competência, por envolver a interpretação da Diretiva 95/46⁵, foi declinada para o Tribunal de Justiça da União Europeia⁶.

⁵ Adotada em 1995, regula o processamento de dados pessoais e o seu tráfego no âmbito da União Europeia.

⁶ Pesquisa baseada no texto “*Direito de Apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha*” do Prof. Otávio Luiz Rodrigues, disponível no site < <http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha> >, pesquisa realizada em 22/11/2014.

Por sua vez, em 13/05/2014, a plenária da Corte Europeia assentou que os motores de busca ao organizar e agregar informações disponibilizadas na internet, mesmo que não distinga se o seu conteúdo é de cunho pessoal ou não, permitem estabelecer um perfil detalhado da pessoa em causa, podendo violar direitos fundamentais⁷.

No mérito, O Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou o direito ao esquecimento para aqueles casos em que a informação, mesmo lícita e dotada de veracidade, viole os direitos fundamentais da pessoa pesquisada, causando-lhe prejuízos. Por outro lado, ressalvaram-se aqueles casos em que a informação disponibilizada se refere à atuação na vida pública da pessoa, “onde a ingerência em seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão”.⁸

Vale conferir o teor do Acórdão dessa decisão:

“Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de maio de 2014 (pedido de decisão prejudicial da Audiencia Nacional - Espanha) – Google Spain SL, Google Inc./Agencia de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González

(Processo C-131/12)¹

«Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2.º, 4.º, 12.º e 14.º – Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7.º e 8.º»

Órgão jurisdicional de reenvio

Partes no processo principal

Recorrentes: Google Spain SL, Google Inc.

Recorridos: Agencia de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González

Objeto

⁷ Idem.

⁸

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153853&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=652090>, pesquisado em 22/11/2014.

Pedido de decisão prejudicial – Audiencia Nacional (Espanha) – Interpretação dos artigos 2.º, alíneas b) e d), 4.º, n.º 1, alíneas a) e c), 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (JO L 281, p. 31), bem como do artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (JO 2000, C 364, p. 1) – Conceito de estabelecimento situado no território de um Estado-Membro – Critérios pertinentes – Conceito de «recurso a meios situados no território de um Estado-Membro» – Armazenamento temporário de informações indexadas pelos motores de busca – Direitos ao apagamento e bloqueio dos dados

Dispositivo

O artigo 2.º, alíneas b) e d), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, a atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada de «tratamento de dados pessoais», na aceção do artigo 2.º, alínea b), quando essas informações contenham dados pessoais, e de que, por outro, o operador desse motor de busca deve ser considerado «responsável» pelo dito tratamento, na aceção do referido artigo 2.º, alínea d).

O artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que é efetuado um tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável por esse tratamento no território de um Estado-Membro, na aceção desta disposição, quando o operador de um motor de busca cria num Estado-Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado-Membro.

Os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, para respeitar os direitos previstos nestas disposições e desde que as condições por elas previstas estejam efetivamente satisfeitas, o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas *web* publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas *web*, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita.

Os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos

fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão.”(grifos no original)⁹

1.3 Superior Tribunal de Justiça: *J. versus Rede Globo*

O Superior Tribunal de Justiça recentemente, ao decidir sobre o REsp 1.334.097, assentou que o vetor dignidade da pessoa humana obriga uma leitura constitucional em que os direitos à informação e à liberdade de expressão sejam exercidos de forma em que os direitos fundamentais de personalidade não sejam maculados.

Antes de tudo, cabe ressaltar que apesar da ementa do acórdão se referir a “*LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE*”, o ministro relator não trata a questão como um conflito entre direitos fundamentais, mas conflito entre pretensão abusiva maquiada de exercício regular do direito de informar e violação da dignidade humana.

Esse caso se refere a uma matéria jornalística que foi veiculada no programa *Linha Direta - Justiça* da rede Globo em julho de 2006, na qual seriam lembrados os detalhes dos seguidos homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993 na cidade do Rio de Janeiro, fato esse que ficou amplamente conhecido como “*Chacina da Candelária*”.

Ocorre que esse noticiário trouxe à tona fatos ocorridos há treze anos, o que causou enormes prejuízos morais à pessoa de J. G. F., o qual foi indiciado à época por coparticipação nesses crimes, mas que, ao ser submetido a júri popular, foi inocentado por negativa de autoria.

9

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153853&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=652090>, pesquisado em 22/11/2014.

O acórdão desse recurso especial traz a informação de que essa matéria foi danosa ao Sr. J. porque, apesar de se fazer referência sobre a sua absolvição no Tribunal do Júri, o seu nome e imagem foram novamente relacionados aos fatos, desfazendo todo o efeito deletério que só o tempo foi capaz de operar durante esses treze anos.

De fato, o Sr. J., após a exposição da matéria, foi obrigado a vender a sua residência e a se mudar, pois a sua imagem voltou a estar relacionada à de um chacinador, tendo inclusive, ele e sua família recebidos ameaças de morte, já que a comunidade em que moravam não sabia, até a redivulgação dos fatos pela Rede Globo, de que ele havia sido arrolado como um dos autores daquelas mortes.

Na ementa de vinte e um parágrafos desse paradigmático acórdão, cuja relatoria foi tão bem exercida pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão, o direito ao esquecimento é cuidadosamente fundamentado, onde foi exposta toda a racionalidade para se chegar à conclusão de que aquele documentário, da forma em que foi realizado, violava direitos fundamentais protetivos da pessoa do Sr. J., devendo, portanto, a Rede Globo indenizá-lo pelos danos sofridos no valor de R\$50.000,00.

Em síntese, os Ministros acordaram que o exercício da liberdade de expressão e o direito à informação não sofreriam qualquer prejuízo se a imagem e o nome dos personagens não fossem divulgados¹⁰, sobretudo quando o fato não é mais atual, sendo que essa exposição *“reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole”*. Mais detalhes dessa paradigmática decisão podem ser conferidos em sua ementa que devido à sua importância e clareza segue colacionada na íntegra:

**“RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7)
RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE : GLOBO
COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A ADVOGADOS : JOSÉ PERDIZ
DE JESUS E OUTRO(S) JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E**

¹⁰ 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, **o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.** In: RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). (sem grifos no original).

OUTRO(S) RECORRIDO : J. G. F¹¹. ADVOGADO : PEDRO D'ALCÂNTARA MIRANDA FILHO E OUTRO(S)

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.

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

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

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**, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para *internet*, que

¹¹ Nome não abreviado no original.

desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.

4. Um dos *danos colaterais* da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da *hiperinformação*, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.

5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas -, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática.

6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos.

7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de

imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

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

9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do "bandido" vs. "cidadão de bem".

10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo – tardio, mas possível

– das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.

11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público – além de ser conceito de significação fluida – não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado.

13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes.

14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.

15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal

conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas.

16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um **direito à esperança**, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.

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

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

bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte.

20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. 21. Recurso especial não provido.” (grifos no original).

2. Direito ao esquecimento e abertura constitucional: uma releitura dos direitos fundamentais

Como já dito, a sociedade atual diferencia-se em muito daquela existente há vinte anos, trinta...

Vive-se a era da informação e, como tal, algumas pretensões abusivas conseguiram ainda mais condições para se inserirem disfarçadamente numa relação jurídica como exercício regular de direitos fundamentais, se tornando hipertrofiados e quebrando a unidade do Direito.

Assim, a construção jurídica de uma roupagem aparentemente lícita que é dada à defesa de pretensões abusivas como se de direitos à informação e à liberdade de expressão realmente se tratasse, criou uma situação assimétrica propensa a gerar déficit e uma completa discrepância no mecanismo de limitação interna que deve existir entre esses direitos fundamentais e os de personalidade, o que, em última análise, afeta a dignidade da pessoa humana.

Por isso, necessária se faz uma abordagem adequada em que o ordenamento jurídico seja considerado como um todo, em sua integridade, preservando a obrigatoriedade de respeito aos direitos fundamentais em toda e qualquer situação, sem qualquer exceção, pois transacionados não podem ser, o que trará ganho tanto em liberdade quanto em igualdade.

Também uma releitura se faz necessária, reinterpretando a nossa Constituição Federativa, cujo próprio texto se declara aberto para esse fim, tal como consta em seu art. 5º, §2º, tendo como guia a gramática atual das práticas sociais.

No entanto, antes de adentrarmos no trabalho hermenêutico em si, é preciso fazer algumas ressalvas que a moderna filosofia da linguagem traz, além de marcarmos o referencial teórico que será adotado para esse fim.

2.1 A (re)interpretação constitucional

Uma das críticas mais comuns – e talvez à que mais se dedicaram os filósofos do direito - ao positivismo foi a insuficiência do Direito como sistema de regras.

Um pouco mais maduros e já cientes de que a autossuficiência da regra não passava de ilusão – pois listar previamente toda realidade fática que aquela regra regularia é tarefa simplesmente impossível -, os positivistas cederam e aceitaram incorporar à regra um elemento novo: a discricionariedade do juiz para decidir diante de casos difíceis.

Mas, com essa aparente solução, surgiram novas críticas: Como controlar e garantir que o juiz decisionista, ao preencher “lacunas”, não abra mão de argumentos do direito e passe a usar diretrizes políticas? Ou melhor, como reconhecer quando o órgão julgador – a despeito do seu inerente déficit democrático – criou uma nova norma para aplicar a um caso pretérito?¹²

Para responder a essas indagações, muitos pensadores do direito alegaram que isso simplesmente não passaria de uma questão de semântica, pois seria possível estabelecer *a priori* a exata diferença entre princípios jurídicos e diretrizes políticas e, então, saber de antemão quando o juiz extrapolou na sua decisão. Outros acreditaram que era possível estabelecer um método prévio que se seguido de tal forma, estaria garantida a melhor decisão para aquele caso. Teve ainda quem mesclasse a solução semântica com a metodológica, criando um

¹² “As regras criadas por leis estão sujeitas a interpretação e reinterpretação, por vezes mesmo quando disso resulta a não execução daquilo que é chamado ‘intenção do legislador’. Se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não havia direito nos termos do modelo positivista. Portanto, o positivista deve argumentar que existem padrões obrigatórios para os juízes que estabelecem quando um juiz pode ou quando ele não pode revogar ou mudar uma regra estabelecida”. In: Dworkin, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002; p. 59

terceiro método, o qual se resumiria no estabelecimento de uma fórmula matemática que conduziria sempre à correção da decisão¹³.

Como pano de fundo de todas essas teorias da decisão, havia a confiança de que a interpretação das regras jurídicas era uma questão que envolvia apenas a relação entre o intérprete e o objeto, permanecendo refratários à questão da linguagem. Assim, firmes nessa convicção, criaram-se regras de hermenêuticas que garantiriam encontrar a verdadeira “vontade” do legislador, como se as pré-compreensões desse legislador fossem exatamente as mesmas da do intérprete¹⁴.

Rompendo com essa prática, Lenio Streck, atento à virada linguística (*linguistic turn*) - evidenciada nos trabalhos de Heidegger e Gadamer -, alerta para a importância de se conhecer as limitações de qualquer metodologia hermenêutica, por mais racionais que pareçam ser. Assim, tomou-se consciência da impossibilidade de se conhecer o objeto sem o uso da linguagem, ou seja, “[...] a interpretação de um texto jurídico traz consigo todas as implicações da facticidade e da historicidade daquele que interpreta tais textos”¹⁵, caindo por terra, portanto, o mito da pura objetividade da interpretação.

Por sua vez, Dworkin baseia a diferenciação entre princípios e regras – e diretrizes políticas –, não numa semântica ou estrutura apriorística, mas na própria aplicação da norma no caso concreto e, portanto, faz uma distinção lógico-argumentativa ou pragmática, dependendo essa classificação substancialmente da análise das argumentações trazidas pelos atores envolvidos¹⁶.

Assim, para Dworkin, um princípio se identifica no caso concreto quando consagra uma exigência de um direito, enquanto as diretrizes políticas se apresentarão como objetivos a serem alcançados¹⁷. Acresce, Dworkin, que estas

¹³ “Nesse sentido, teorias procedimentais – que procuram estabelecer critérios prévios para correção da decisão judicial – como a de Robert Alexy, são, de plano, rechaçadas”. In: Abboud Georges et. al. *Introdução à Teoria e à filosofia do Direito*. Ed. Revista dos Tribunais, 2ed.; p. 438.

¹⁴ “no campo do conhecimento do direito é preciso ter presente que nenhum processo lógico-argumentativo pode ‘acontecer’ sem a pré-compreensão”. (Streck, Lenio Luiz. Verdade e Consenso, posfácio n. 3.2, p.476, apud Abboud Georges et. al. *Introdução à Teoria e à filosofia do Direito*. Ed. Revista dos Tribunais, 2ed.; p. 438).

¹⁵ Abboud Georges et. al. *Introdução à Teoria e à filosofia do Direito*. Ed. Revista dos Tribunais, 2ed.; p. 437.

¹⁶ “Na verdade, quero contrapor-me à idéia de que o direito seja um conjunto fixo de padrões de quaisquer espécies”. Dworkin, Ronald. *A justiça de Toga*. p. 331.

¹⁷ “Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam

últimas, enquanto possuidoras de conteúdos globalizantes, permitem a sua relativização, enquanto, os princípios, portadores de caráter deontológico, obrigam a sua observação, devendo prevalecer até mesmo contra as diretrizes. Nas palavras de Dworkin:

“(a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos ‘o direito’ inclui, pelo menos, tanto princípios como regras. (b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como Riggs e Henningsen o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do ‘direito’), lançando mão de princípios legais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar. (...) As duas linhas de ataque aos princípios correm em paralelo a essas duas abordagens das regras. A primeira alternativa trata os princípios como obrigatórios para os juízes, de tal modo que eles incorrem em erro ao não aplicá-los quando pertinente. A segunda alternativa trata os princípios como resumos daquilo que os juízes, na sua maioria, “adotam como princípio” de ação, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados. A escolha entre essas duas abordagens afetará, e talvez chegue mesmo a determinar, a resposta que podemos dar à questão de saber se, em casos difíceis como Riggs ou Henningsen, o juiz está tentando aplicar direitos e obrigações jurídicos preexistentes. No primeiro caso, ainda temos a liberdade de argumentar, como esses juízes estão aplicando padrões jurídicos obrigatórios, estão também aplicando direitos e obrigações jurídicos. Porém, se partimos da segunda alternativa, teremos abandonado a esfera dos tribunais no tocante a esse ponto e teremos que reconhecer que a família do assassino no caso Riggs e o fabricante, no caso Henningsen, foram privados de seus bens por um ato de poder discricionário do juiz, aplicado *ex post facto*”¹⁸.

Com isso, Dworkin rechaça toda e qualquer inovação e discricionariedade no trabalho do juiz, concertando que a relativização suportada pelas diretrizes

negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ed. Martins Fontes, 2002, p.36.

¹⁸. Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Ed. Martins Fontes, 2002, pp. 46-49.

políticas somente pode ser operacionalizada por aquele órgão que detém legitimidade democrática, cabendo ao judiciário apenas a aplicação das normas e princípios ao se buscar a solução correta para cada caso concreto.

Além disso, Dworkin, ao tratar da suposta “colisão” de princípios, afirma haver uma integridade no Direito que viabiliza uma solução para o caso concreto em que os princípios aparentemente antagônicos sejam harmonizados em coerência, onde ambos concorrerão para a solução do caso¹⁹.

2.2 O princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais no direito brasileiro e comparado e a cláusula de abertura prevista:

2.2.1 No art. 5º, § 2º da Constituição da República Federativo do Brasil de 1988

Para Norberto Bobbio, a historicidade dos direitos fundamentais recomenda que o seu catálogo não seja um documento alheio às novas questões e problemas sociais. Em suas palavras, Bobbio: “(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”²⁰.

Firme nesse entendimento, em sua obra “A Era dos Direitos”, Bobbio corrobora que a multiplicação dos direitos é um fenômeno resultante de um contexto social cada vez mais complexo em que há uma demanda ininterrupta e crescente em busca da tutela de novos bens jurídicos, situação essa provocada por uma contínua diferenciação do ser humano enquanto indivíduo concretamente definido numa sociedade. Confira:

¹⁹ "... o princípio da integridade está umbilicalmente ligado com a democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política". STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Ed. Lumen Juris, 3ª ed, 2009., p. 266

²⁰. In: Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. Ed. Elsevier, Nova Ed., 2004, p. 5.

“Essa multiplicação (ia dizendo "proliferação") ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo, É supérfluo notar que, entre esses três processos, existem relações de interdependência: o reconhecimento de novos direitos de (onde "de" indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direitos a (onde "a" indica o objeto). Ainda mais supérfluo é observar, o que importa para nossos fins, que todas as três causas dessa multiplicação cada vez mais acelerada dos direitos do homem revelam, de modo cada vez mais evidente e explícito, a necessidade de fazer referência a um contexto social determinado.”²¹.

Dessarte, a dinamicidade da sociedade, cujo elemento humano segue em contínua diferenciação, demanda por uma complementação incessante de direitos como forma de reação ao aumento da complexidade nas suas relações sociais.

Atento a essa necessidade, o constituinte de 1988 instrumentalizou a nossa Constituição com uma cláusula de abertura a novos direitos fundamentais, ao disciplinar em seu art. 5º, §2º que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

A essa passagem da Constituição, Paulo Gonet dá a seguinte significação:

“O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. Essa interpretação é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF133, afirmou que o

²¹ In: Bobbio, Norberto. Ob. cit., p.32.

princípio da anterioridade (art. 150, III,b, da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental.”²²

Conhecido como princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, essa possibilidade de reconhecimento de outros direitos fundamentais a partir da leitura da própria constituição não é uma característica exclusiva do atual texto e nem uma “invenção” do direito constitucional brasileiro, conforme será visto no próximo tópico.

2.2.2 No Direito Comparado

Vale aqui assinalar que foi no direito constitucional americano que a abertura a novos direitos fundamentais foi prevista pela primeira vez - 9ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América - onde se estabeleceu que “*a enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo*”²³.

Tomemos como exemplo de utilização dessa cláusula de abertura prevista na Constituição americana, o caso *Griswold v. Connecticut* – julgado em 1965 – em que o juiz Goldberg da Suprema Corte Americana, ao analisar o direito das pessoas à escolha da não concepção de filhos por meio de pílulas anticonceptivas, considerou que essa liberdade advinha não de uma interpretação da décima quarta emenda – referente ao devido processo legal – como outros juízes até então haviam concluído, mas da nona emenda, argumentando que existe um direito fundamental à privacidade do casal, direito esse que apesar de não estar explicitado na *Bill of Rights*, perdura em sua Constituição por uma abertura autorizada pela nona emenda.

Confira o que Goldberg consignou em seu voto na Suprema Corte:

“Concordo que o conceito de liberdade protege aqueles direitos de personalidade que são fundamentais, não estando estes confinados nos específicos termos da Carta de Direitos. Concluo que o conceito de

²²In: Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, 2009, 4ª ed., p. 303.

²³ Tradução livre realizada pelo autor desta monografia relativa ao texto original em inglês: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*”

*liberdade não é tão restrito e ele abrange o direito à privacidade do casal, embora esse direito não esteja explicitamente mencionado na Constituição, ele advém tanto das inúmeras decisões desta Corte, relacionadas às opiniões da Corte, quanto pela linguagem e história da Nona Emenda.*²⁴

Países de tradição germano-românica, assim como o Brasil, também se preocuparam com a necessidade de se abrir o texto constitucional a direitos fundamentais não explicitados em suas cartas, mas decorrentes de uma leitura direta dos seus princípios.

Como exemplos de cláusula de abertura a direitos fundamentais, Jorge Miranda cita: “*Art. 50º, da Constituição venezuelana; art. 4º da Constituição peruana; art. 28º da Constituição da Guiné-Bissau; art. 5º, §2º, da Constituição brasileira; art. 94º da Constituição colombiana; art. 16º, nº 1, da Constituição cabo-verdiana. Menos claramente, art. 2º da Constituição italiana.*”²⁵

E ao comentar a cláusula de abertura prevista no art. 16, nº 1º da Constituição portuguesa de 1976 – a qual diz: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.” – o consagrado Jorge Miranda atribui a esse dispositivo um sentido não só de complementação ou integração constitucional, mas principiológico da afirmação da autonomia e realização da pessoa humana como decorrência imediata da sua dignidade, confira:

“Não se trata somente dessa possibilidade de integração ou complementação do catálogo constitucional. Trata-se, mais do que isso, de uma manifestação – simétrica da regra do carácter restritivo das restrições de direitos, liberdades e garantias – de um princípio geral do ordenamento jurídico: o princípio da autonomia ou, antes, o princípio da realização da

²⁴ Tradução livre realizada pelo autor deste trabalho relativo ao texto original em inglês: “*I do agree that the concept of liberty protects those personal rights that are fundamental, and is not confined to the specific terms of the Bill of Rights. My conclusion that the concept of liberty is not so restricted, and that it embraces the right of marital privacy, though that right is not mentioned explicitly in the Constitution, is supported both by numerous decisions of this Court, referred to in the Court’s opinion, and by the language and history of the Ninth Amendment.*” In: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html> >

²⁵ In: Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Ed. Coimbra, 1993, p. 153.

pessoa humana como decorrência imediata da afirmação da sua dignidade”²⁶.

3. Direito ao Esquecimento: Um diálogo entre liberdade e igualdade Liberdade de Expressão, Direito à Informação e Direito ao Esquecimento.

A aparente polaridade entre liberdade e igualdade foi desnudada por Dworkin ao comentar Rawls sobre sua obra “*Uma Teoria da Justiça*”, mais especificamente a respeito de sua afirmação de que sobre o “véu da ignorância”, haveria uma preferência dos indivíduos pelas liberdades, ou seja, de que há uma primazia da liberdade em detrimento da igualdade sempre que elas forem inconciliáveis.

Dworkin resolve essa aparente contradição entre liberdade e igualdade demonstrando que, num nível fundamental, a igualdade é a justificação para a liberdade, ou melhor, a igualdade é a base para a noção de direitos individuais, em que estes funcionalizam como trunfos pessoais contra políticas utilitaristas.

Assim, para Dworkin, “há de haver um direito originário que cada pessoa tem de ser respeitada e considerada de modo igualitário”. Com isso, o igualitarismo liberal supera a tradicional discussão de protagonismo existente entre liberdade e igualdade e passa a questionar de que forma tal liberdade protege a igualdade. É com esse viés que Dworkin, em “*Levando os direitos a sério*”, assevera:

Logo, podemos dizer que a justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de seu nascimento, seus méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça.²⁷

²⁶ In: Miranda, Jorge. Ob. cit., p. 152.

²⁷ Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Ed. Martins Fontes, 1ªed, 2002, p.279.

Com isso, a noção de igualdade torna-se a base da liberdade, já que esta, segundo Dworkin, deriva originalmente daquela, não havendo, portanto, um conflito fundamental entre tais institutos.

3.1 Liberdade de Expressão e Direito à informação como condição necessária ao desenvolvimento da Dignidade da Pessoa Humana e consequente densificação da igualdade

A atual Constituição brasileira, ao ser promulgada em 1988, recebeu o respeitoso codinome de Constituição Cidadã devido ao seu extenso catálogo de direitos fundamentais.

No entanto, o que impressiona nessa Constituição não é apenas o rol de direitos, mas a elevação da dignidade da pessoa humana ao status de paradigma constitucional inafastável, pois, o exercício de quaisquer daqueles direitos listados somente é legítimo quando condicionado à sua não violação.

É absolutamente crível afirmar que enquanto o princípio da dignidade humana funcionaliza, como a luz guia de um farol, o exercício dos direitos fundamentais, estes densificam e materializam a própria dignidade, como bem delineou Edilson Farias ao afirmar que “o extenso rol de direitos fundamentais e garantias fundamentais consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”²⁸.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana ao mesmo tempo em que estabelece a moldura à qual os direitos fundamentais se submetem, ou seja, os seus limites, também demonstra qual o papel esperado de cada um deles dentro desse sistema de garantias.

Sabendo que a dignidade da pessoa humana é o vetor mestre a ser observado na interpretação dos direitos fundamentais, então qual leitura se faz pertinente, no contexto da sociedade hiperinformada, dos direitos de liberdade de

²⁸ De Farias, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Ed. Sérgio Antonio Fabris, 2008, 3ª ed., p. 63.

expressão e à informação para que o seu uso legítimo seja concomitante com os direitos de personalidade?

Os direitos fundamentais são ferramentas jurídicas que devem ser utilizadas para elevar a dignidade da pessoa humana. Tautologicamente, a sua fundamentalidade consiste em fornecer a cada ser humano o instrumental mínimo necessário para que se viva dignamente, individual e coletivamente considerado.

Assim, como em qualquer sociedade democrática, é inimaginável pensar o cidadão pleno sem o desfrute das suas liberdades, sejam estas de consciência, de crença, de locomoção ou de expressão.

O conjunto dessas liberdades públicas é o principal corolário dos regimes democráticos, o qual se completa com a igualdade e o respeito de todos com todos.

De fato, a sociedade na qual a pessoa não pode dizer o que pensa, se autodeterminar a fazer aquilo que acredita e nem prover as suas próprias escolhas sem sofrer coação estatal, não pode ser reconhecida como democrática, por mais que se queira afirmar o contrário.

O governo tem na censura à liberdade de expressão e ao direito à informação uma ótima aliada ao seu viés ditatorial. Num regime realmente democrático, as decisões políticas devem estar sujeitas a todo tipo de críticas e fiscalização por quem deferiu o mandato aos seus representantes.

Dessa forma, não se pode conceber que haja qualquer tipo de controle estatal sob o conteúdo do que será tornado público por qualquer fonte, sob pena de se caracterizar censura, desnaturando o regime democrático.

Também não se pode olvidar de que a liberdade de expressão, além de controlar os mandatários, também se presta a outros fins, como o entretenimento, a pesquisa científica e a informação. Para isso, ela se materializa das mais variadas formas e meios, como na literatura, na música, na charge, no cinema, no jornalismo, etc.

Com isso, o desafio posto é conseguir identificar, em cada caso, o que é o uso legítimo dessas liberdades, enquanto edificadoras da igualdade e da democracia, e o que é uma pretensão abusiva em forma de exercício de direito.

3.2 O direito ao esquecimento como resultado do diálogo entre liberdade de expressão e direitos de personalidade.

Como já dito, o direito a recomeçar é vital para qualquer ser humano, dada à sua falibilidade característica.

Qualquer pessoa tem o direito de esperar um amanhã diferente e melhor. Estipular algo diferente disso é condená-la a um perene sofrimento consigo mesma e com a sua comunidade.

Já romantizaram que o tempo cura males e apazigua os conflitos. O próprio direito reconhece essas características – ou não existiriam institutos como prescrição, usucapião e decadência.

Mas o tempo já não é mais tão fatal. Ele envelheceu e não acompanhou a modernidade humana, não possuindo mais o poder de operar o esquecimento.

E o resultado disso é que cinquenta anos podem se passar, mas o seu erro estará logo ali esperando alguém que o encontre num motor de busca qualquer, como o Google. Não importa se aquela informação tenha ou não valor histórico, você não devia ter vacilado, agora suporte as consequências de uma lembrança perpétua.

Os efeitos maléficos desse não esquecimento não se restringem à polarização entre direitos de personalidade e liberdade de expressão, ocorrido entre um veículo ou meio de comunicação e um infortunado qualquer. Às vezes, o próprio Estado - que prega a ressocialização do condenado - se insere nessa relação, lesionando de forma ainda mais intensa os direitos fundamentais. É o que se verifica no fato que recentemente veio a lume e foi muito noticiado no Distrito Federal no ano de 2013, evento esse relativo à aprovação de G.N.A.J. - um dos envolvidos na morte do Índio Galdino - no concurso de policial civil do DF²⁹.

²⁹ “Um dos envolvidos no assassinato do índio Galdino, que chocou o país na década de 1990, acaba de ser aprovado na última fase do concurso público para a Polícia Civil do Distrito Federal (PCDF). O nome dele aparece na lista do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (Cespe/UnB), publicada em 16 de abril. O resultado definitivo, com a análise de conduta social e outros questionamentos, deve ser divulgado na próxima semana. Na época em que Galdino foi queimado em uma parada de ônibus da 703 Sul por cinco jovens de classe média, G.N.A.J. tinha 17 anos e respondeu pelo ato infracional análogo ao crime de homicídio. Especialistas ouvidos pelo Correio divergem quanto à possibilidade de ele atuar como agente de polícia”. Almeida, Kelly et al. *Jovem envolvido no assassinato do índio Galdino será policial*. CorreioBraziliense, Brasília, 24 abr. 2014, seção Cidades-DF.

A morte de Galdino ocorreu em 1996. Em razão disso, G.N.A.J., por ser inimputável, foi colocado em liberdade após ser submetido à medida socioeducativa de internação. Apesar de ter se passado dezessete anos da morte de Galdino - período esse em que G.N.A.J. não mais cometeu crimes, mas estudou e obteve aprovação num concurso difícilíssimo, provando a sua reabilitação – o Estado o discrimina e lhe nega uma oportunidade de ouro para recomeçar uma nova etapa em sua vida, lesionando direitos e princípios fundamentais inscritos em nossa Constituição ao eliminá-lo do concurso na fase de investigação social.

Por isso, urge uma leitura dos direitos fundamentais em que se preserve o seu caráter deontológico e ao mesmo tempo imponha um ganho de dignidade aos agora afetados por pretensões abusivas e não autorizadas das liberdades de expressão e de informação.

Felizmente, como já demonstrado no primeiro parágrafo deste trabalho, a academia e o judiciário no Brasil e em boa parte do mundo estão se atentando para essas violações, passando a analisá-las com um olhar mais crítico e condizente com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, em março de 2013, durante a VI Jornada de Direito Civil, o Conselho da Justiça Federal (CJE/CJF) enunciou o direito ao esquecimento nos seguintes termos:

“ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.”

Então, de que forma podemos evitar que pretensões abusivas não se confundam com o legítimo exercício das liberdades?

A resposta certamente se encontra ao considerar o ordenamento como um todo ou - utilizando o vocabulário de Dworkin – em sua integridade.

A liberdade de expressão e o direito à informação são essenciais para o desenvolvimento e emancipação da própria sociedade. Por isso são valores tão

caros e foram internalizados pelo Direito. Nesse sentido, eles possuem um caráter deontológico e não suportam qualquer exceção à sua aplicação.

Para tanto, o operador do direito deve ser capaz de distinguir as pretensões abusivas do exercício legítimo dessas liberdades.

O direito, ao ser encarado em sua integridade, deve permitir que todos os seus institutos e valores alcancem um mesmo fato simultaneamente, ou melhor, a privacidade não delimita a liberdade de expressão e nem esta delimita aquela. São direitos que se complementam e se reclamam reciprocamente.

Há por isso uma convivência harmoniosa entre os direitos de personalidade e a liberdade de expressão e direito à informação, pois esses institutos visam a um incremento na dignidade da pessoa enquanto ser igualmente considerado e respeitado.

Essa complementaridade é visível na tipificação dos crimes de calúnia e difamação no nosso direito penal. Enquanto a calúnia reclama que o fato típico atribuído a alguém seja falso, a difamação apenas exige que o fato denote contra a honra objetiva da pessoa afetada e pouco importa se ele é falso ou não, ou seja, neste caso o direito não protege a pretensão abusiva travestida de exercício legítimo da liberdade de expressão. Em síntese, o Direito, em sua integridade, atribui a qualquer pessoa o direito de se expressar sobre qualquer assunto, desde que isso não viole o próprio caráter deontológico do Direito. Assim, ao assumir que não cabe exceção da verdade no crime de difamação, o direito penal protege a personalidade e cria as condições necessárias para o exercício legítimo da própria liberdade de expressão. Esse é o mesmo substrato fático que permite ao Direito pressupor um conjunto de regras de trânsito que possibilite o próprio exercício do direito de ir e vir – a contrário senso teríamos o caos e a inviabilização fática desse mesmo direito.

Essa limitação interna dos direitos fundamentais - um verdadeiro mecanismo de *checks and balances* – garante que o Direito não se volte contra ele próprio, permanecendo inalterada a obrigatoriedade das suas disposições.

Por isso, o simples escárnio de determinada pessoa depõe contra e enfraquece a razão de ser da livre expressão. O culto ao nazismo, o racismo, a injúria e a difamação são condutas proibidas em nosso ordenamento jurídico e que

afetam, de certa forma, a própria liberdade de expressão. Por isso, a coibição dessas condutas não deixa de ser legítima ou equitativa e nem provoca qualquer déficit democrático em nossa sociedade.

Nesse sentido, não há conflito real entre liberdade de expressão e direito de personalidade como sugerido por alguns. Na verdade, esses direitos exigem uma parceria em que ambos se fortaleçam. Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, ao tratarem da integridade do direito de Dworkin – teoria essa que desmistifica essa aparente incongruência – comentam:

“O direito, entendido em sua integridade, não pode se voltar contra o próprio direito. Por isso a figura da colisão não retrata de maneira plausível a tensão imanente ao ordenamento jurídico. Além disso, é de se lembrar que abusos no campo das pretensões a direitos sempre se apresentarão como pretensões legítimas e fundadas na própria regulação legislativa”³⁰

E mais à frente em sua obra, Scotti - ao questionar se no cerne desse problema está um conflito de direitos ou de pretensões e interesses ou, ainda, como o exercício legítimo da liberdade de expressão configura, ao mesmo tempo, uma violação de direitos ou ilegalidade - , arremata, citando Marcelo Cattoni:

‘Afinal, ou nós estamos diante de uma conduta ilícita, abusiva, criminosa, ou, então, do exercício regular, e não abusivo, de um direito. (...) Como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito? Como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita?’³¹

A dignidade da pessoa humana, como princípio jurídico e valor constitucional internalizado, não pode ser transacionada ou aplicada de forma gradual, tal como uma política pública. Ela deve sempre ser observada. Por isso há a necessidade de uma releitura constitucional em que haja ganho em liberdade e

³⁰ *Carvalho Netto, M.; Scotti, G.. Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito - Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.* Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 60

³¹ OLIVEIRA, M. A. Cattoni de. *O caso Ellwanger: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.* Belo Horizonte, 2006. p. 7, *apud Carvalho Netto, M.; Scotti, G.. Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito - Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.* Belo Horizonte: Fórum, 2011 p. 69.

também em igualdade, pois essas são as bases do nosso paradigma, o do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto é que o direito ao esquecimento se torna uma exigência.

Assim, a assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não mais se sustenta juridicamente (relembre o caso Mario Costeja *versus* Google Spain no subtópico 1.2). Os direitos fundamentais, ao serem considerados em sua unidade, demandam uma ressignificação constante de acordo com o dicionário das práticas sociais. Esse é o sentido e a razão da existência de uma cláusula de abertura em nossa Constituição.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico está repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar³².

O abuso do direito de informar não se confunde com o seu legítimo exercício. Em sua integridade, o Direito não permite e ao mesmo proíbe. A coerência do sistema está em se saber o que é o exercício de um direito e o que é uma pretensão abusiva.

Assim, não se deve considerar, *a priori*, que ao se noticiar um fato que ocorreu há vinte ou trinta anos, recheando a matéria com o nome e a imagem dos envolvidos, o veículo agiu exercendo regularmente o direito constitucional de informar ou agiu abusivamente. O que distinguirá o uso legítimo do abusivo será o caso concreto.

Se se supuser que essa notícia tão antiga tenha um caráter de interesse social intrínseco, de índole histórica, tal como no suicídio de uma importante figura política, não há que se falar em uso abusivo do direito de informar, pois impossível dissociar o nome e a imagem do personagem sem afetar a própria notícia. Por outro lado, tem-se um ilícito ao se divulgar detalhes do envolvido quando a preservação de sua identidade e imagem não implicar em prejuízo substancial para a própria notícia.

³² Passagem inspirada no voto do Ministro Luis Felipe Salomão – relator do Resp nº1.334.097 – RJ (2012/0144910-7).

Não por outra razão a decisão tomada no caso *Lebach versus Canal ZDF* – já apresentado no subtópico 1.1 – foi acertada, a despeito da forma como o Tribunal Constitucional Federal enfrentou a questão, relatando o problema não como um conflito de pretensões, mas de direitos fundamentais. Ao estabelecer que a matéria somente poderia ser divulgada se não fizesse referência direta à imagem e identidade do reclamante, o tribunal rechaçou a pretensão abusiva apresentada pela emissora, até então travestida do exercício regular de um direito, o que não trouxe qualquer prejuízo nem para liberdade de expressão e nem para a forma igualitária e respeitosa que deve ser dispensada às pessoas em geral e também àquelas que já pagaram as suas penas impostas pelo Estado-Juiz.

Ao se considerar que o direito à informação convive harmoniosamente com os direitos de personalidade – o ordenamento é uno – o escárnio não se torna uma opção a mais ao jornalista, devendo este sempre refletir se a liberdade de expressão lhe autoriza aquela abordagem diante de tantos outros direitos fundamentais.

Entendidos assim, esses limites internos impostos à liberdade de expressão são condicionantes necessários para que essa mesma liberdade possa ser exercida por todos e por cada um. Imagine uma sociedade em que se permita o discurso do ódio a determinado grupo de pessoas como forma do exercício da livre expressão. Sem muito esforço concluiremos que nessa sociedade aquela agremiação que contar com mais recursos materiais ou com o maior número de participantes conseguirá impor as suas verdades ao grupo oprimido, gerando com isso desigualdades que culminará na inviabilização posterior dessa própria liberdade. Nesse sentido, Menelick e Scotti nos ensinam que:

(...) a configurar uma tensão normativa rica e complexa que opere como crivo para discernir, no caso, as pretensões abusivas das legítimas. Nessa tensão, muito embora efetivamente o significado das duas normas, sem dúvida, seja oposto, a um só tempo, o significado de cada uma delas delimita e matiza o da outra, passando, assim, a conformá-lo profundamente, de tal sorte que uma é recíproca e inafastavelmente constitutiva do sentido constitucional da outra. Uma boa aplicação do princípio da publicidade, por exemplo, requer que sempre se tenha em mente o da privacidade, e vice-versa.³³

³³ *Carvalho Netto, M.; Scotti, G.. Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito - Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011 p. 15.*

Por isso, a liberdade de expressão pressupõe a responsabilização de quem pratica xenofobia, racismo, injúria, difamação, enfim de quem desrespeita a dignidade da pessoa humana.

Conclusão

A esperança é uma característica imanente do ser humano, essencial para superação de situações desfavoráveis e quebra de barreiras de índole pessoal e social. Retirá-la de alguém equivale a despir a sua alma.

Mas pouco vale lançar um olhar otimista para além do horizonte fático se as mazelas vivenciadas se tornam uma ameaça iminente e perene na vida de um desafortunado – tal como a espada de Dâmocles- não podendo jamais ser apagadas com o passar do tempo. Nesse sentido, o não esquecimento se equivale à desesperança, já que a exumação de fatos desabonadores tem o potencial de reavivar todo o sofrimento já sentido e até então suplantado por alguém.

Resultante de uma leitura que privilegia tanto a liberdade de expressão quanto a igualdade de tratamento e respeito de todos com todos, o direito ao esquecimento é uma necessidade cada vez mais demandada.

Enxergar que há violação à dignidade da pessoa humana quando alguma matéria de conteúdo negativo rememora fatos há muito pretéritos, cuja história pudesse ser bem contada e alcançar a sua finalidade informativa sem mencionar nome e/ou imagem do envolvido, é tão caro quanto qualquer direito relacionado à liberdade.

Não há liberdade sem respeito à individualidade de cada um. Da mesma forma, a igualdade não pode ser pretexto para aprisionar ou excluir. O diálogo entre liberdade e igualdade é o que permite, em cada caso concreto, distinguir o que é uso legítimo e o que é abusividade, pois essas duas condições não podem ser satisfeitas sem a quebra da unidade do Direito e a perda da sua normatividade.

A liberdade de expressão não autoriza a execração do ser humano, tampouco a copiosa amargura e aflição. Na verdade, o direito fundamental à

informação demanda o respeito mútuo e igualitário entre os atores sociais. Reabrir feridas e evidenciar condutas antigas que deslustram a imagem e o nome de alguém não podem ser confundidos com um mero dissabor que todos estão sujeitos numa sociedade livre e plural.

A diversão e a satisfação do sadismo social à custa do sofrimento alheio não são tuteladas pelo mesmo Direito que protege a dignidade da pessoa humana como valor maior e vetor axiológico interpretativo de todos direitos fundamentais. Essa análise não é quantitativa, em que possa haver ponderação, mas de cunho qualitativo, com base no código direito/não direito, correção/não correção, tutelado/não tutelado.

Assim, somente com base no caso concreto será possível a diferenciação entre pretensão abusiva mascarada de liberdade de expressão e o seu uso legítimo e autorizado pelo ordenamento. A correção da decisão passa por essa apreciação, onde todos os envolvidos poderão expor as suas razões, buscando sempre o âmbito de proteção da norma e densificando os princípios voltados à liberdade e à igualdade, cuidando-se pela não primazia de uns sobre os outros, preservando a integridade do Direito ao não transacionar qualquer direito fundamental em detrimento do seu limitador e complementar.

Destarte, reconhecer o direito ao esquecimento em nosso ordenamento jurídico é enxergar o Direito brasileiro como um todo, em sua integridade, privilegiando a força normativa da nossa Constituição.

Referências

Abboud Georges et. al. *Introdução à Teoria e à filosofia do Direito*. Ed. Revista dos Tribunais, 2ed.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de maio de 2014 (pedido de decisão prejudicial da Audiencia Nacional - Espanha) – Google Spain SL, Google Inc./Agencia de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153853&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=652090>>. Acesso em 22/11/2014.

Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. Ed. Elsevier, Nova Ed., 2004

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Carvalho Netto, M.; Scotti, G.. *Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito - Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

De Farias, Edilsom Pereira. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Ed. Sérgio Antonio Fabris, 2008, 3ª ed.

Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf>. Acesso em 22/11/2014.

Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*. Ed. Harvard University Press, 2006.

Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF

http://pt.wikipedia.org/wiki/Primavera_%C3%81rabe. Acesso em 24/11/2014.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: De Palma, 1980.

Mendes, G.F.; Branco, P.G.G.. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva, 2009, 4ª ed.

Miranda, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Ed. Coimbra, 1993.

OLIVEIRA, M. A. Cattoni de. **O caso Ellwanger: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte, 2006.

Recurso Especial nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7).

Rodriguez, Otávio Luiz. **Direito de Apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>>. Acesso em 22/11/2014.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006

Streck, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Ed.Lumen Juris, 3ª ed, 2009.

U.S. Supreme Court - Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>>. Acesso em 03/10/2014.