XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

RICHARD PAE KIM

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Richard Pae Kim, Tereza Cristina Monteiro Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-155-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Apresentamos aos leitores a obra resultante da reunião de artigos do grupo de trabalho de Direito Civil Constitucional I, selecionados no XXV Congresso Nacional do CONPEDI, promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), Universidade Católica de Brasília (UCB), pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), com apoio da CAPES e CNPq, com o tema "Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo", realizado em Brasília - DF, entre os dias 6 e 9 de julho de 2016.

Temos a honra de prefaciar essa obra que reúne um instigante conjunto de artigos elaborados por pesquisadores de diversas Instituições de Ensino Superior do país, que foram previamente selecionados para apresentação neste grupo de trabalho e que se oferecem à crítica da comunidade jurídica, espelhando o pensamento de seus autores, por meio do exercício da liberdade e do pluralismo, pilares de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos princípios e valores constitucionais que lhe dão suporte.

O leitor encontrará textos com diversidade de enfoques doutrinários, ideológicos e metodológicos sobre temas de interesse teórico e prático do Direito Civil Constitucional, seja nas relações jurídicas subjetivas existenciais, seja nas relações jurídicas patrimoniais.

Os trabalhos, em sua expressiva maioria, promoveram abordagem interdisciplinar, com enfoque no diálogo das fontes, buscando amparo nas normas constitucionais e infraconstitucionais, com o escopo de conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Verifica-se, ainda, que com pressupostos estruturados em hermenêutica constitucional, os temas foram abordados a partir de inovações e polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais do Direito Civil e da legislação especial, além da doutrina estrangeira especializada.

Devem, por fim, ser rendidas homenagens e manifestados agradecimentos a todos que contribuíram para esta importante iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra, pelo empenho dedicado às pesquisas desenvolvidas, que culminaram na elaboração da presente obra coletiva.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Richard Pae Kim - Universidade Metodista de Piracicaba

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - Faculdade de Direito Milton Campos

(IN) APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO AMBIENTE INTERNÉTICO E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

(IN) APPLICABILITY OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN INTERNET-ENVIRONMENT AND THE COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS CONSTITUTIONAL: FREEDOM OF EXPRESSION VS HUMAN DIGNITY

Eudes Vitor Bezerra [1]
Marcelo Negri Soares [2]

Resumo

O artigo tem como premissa averiguar a (in) aplicabilidade do direito ao esquecimento no ambiente internético e a colisão de direitos fundamentais, em especial a antinomia existente entre liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana. O direito ao esquecimento acarreta uma colisão entre os direitos fundamentais, bem como as regras do Código Civil correlatas a proteção e à imagem, à intimidade, em uma margem, e, na outra, as regras constitucionais que vedam à censura e garantem à livre manifestação do pensamento. Utilizaremos o método hipotético-dedutivo, com a análise histórica e comparativa correlacionadas ao tema em comento.

Palavras-chave: Direitos humanos, Direito ao esquecimento, Direito constitucional, direito civil

Abstract/Resumen/Résumé

The article is premised ascertain the (in) applicability of the right to be forgotten in the Internet- environment and the collision of fundamental rights, in particular the existing antinomy between freedom of expression versus human dignity . The right to be forgotten causes a collision between fundamental rights and the rules of the Civil Code related to protection and image, intimacy, in a bank, and on the other, the constitutional rules that prohibit censorship and guarantee the free expression thought. We will use the hypothetical - deductive method, with historical and comparative analysis correlated to the topic under discussion.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Right to be forgotten, Constitutional law, Civil law

---

[1] Doutorando/Mestre em Direito PUC-SP. Pós-Graduado em Direito e Processo Civil (UNISAL) e Pós-Graduado em Educação (UNINOVE). Coordenador do Curso de Direito da UNINOVE. Advogado. Professor de Ensino Superior e Palestrante.

[2] Doutor Direito pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito Mackenzie. Especialista Direito Público. Professor de Ensino Superior: Universidade Federal de Direito (UFRJ); Uninove e da PUC-RJ. Foi Procurador Federal. Advogado e Palestrante.

INTRODUÇÃO

O acesso à informação extrapolou limites antes inimagináveis. Uma pessoa que poste informações pessoais na internet, suas fotos ou vídeos, pode estar fadada a não conseguir mais apagar tais informações, haja vista o acesso e o volume de replicações que pode atingir.

Nessa mesma linha, algum servidor que obtenha dados pessoais de clientes por acesso pela internet, pode acessar informações privilegiadas e vender tais informações sem que haja qualquer aceite ou anuência por parte de quem tenha disponibilizado tais informações.

A cibernética, em seu estudo e controle das máquinas, não resolve o problema, pois o controle está no homem que, ambicioso, cada vez utiliza nocivamente algo que seria proveitoso para o bem da humanidade.

O que dizer de alguém que foi denunciado por crime e, logo após, com a defesa, foi inocentado.[1] Todavia, na internet continua-se a replicar a informação da denúncia, e mais, com conotação deveras pejorativa.

[1] O STJ reconhece o direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena ou dos absolvidos: "O cancelamento dos dados nos terminais de identificação, relativos a inquérito arquivado e a processo penal em que o réu foi absolvido, é pura e legítima consequência da garantia constitucional da presunção de não culpabilidade. 2. Recurso provido." (RMS 15.634/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 05/02/2007, p. 379). "Se o Código de Processo Penal, em seu art. 748, assegura ao reabilitado o sigilo de registro das condenações criminais anteriores, é de rigor a exclusão dos dados relativos a sentenças penais absolutórias e inquéritos arquivados dos terminais de Instituto de Identificação, de modo a preservar as franquias democráticas consagradas em nosso ordenamento jurídico." Recurso provido.(REsp 443.927/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2003, DJ 04/08/2003, p. 366). "O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que, por analogia aos termos do art. 748 do Código de Processo Penal, devem ser **excluídos** dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados, a ações penais trancadas, a processos em que tenha ocorrido a reabilitação do condenado e a absolvições por sentença penal transitada em julgado ou, ainda, que tenha sido reconhecida a extinção da punibilidade do acusado decorrente da prescrição da pretensão punitiva do Estado. Recurso provido para que sejam canceladas as anotações realizadas pelo Instituto de Identificação." (RMS 24099/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2008, DJe 23/06/2008)

Então, o que fazer quando se desejar que tais informações sejam deletadas, de uma vez por todas, da rede da internet, em especial essas inverídicas informações desabonadoras?

Essa discussão remonta fatos antigos, normalmente pejorativos, que são revividos e rememorados nos tempos atuais, contra os interesses de um dos protagonistas.

Por este motivo, o núcleo do presente estudo é analisar a (in) aplicabilidade do direito ao esquecimento no ambiente cibernético, não evidente concepção civilista constitucional, ou seja, analisar o direito civil no âmbito constitucional.

Assim, por meio do método hipotético-dedutivo e com aporte na pesquisa dogmática, com o presente trabalho, procurar-se-á demonstrar a colisão de direitos fundamentais constitucionais e direito civil, ou seja, abordaremos a antinomia estabelecida entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana em tais situações no que concerne à privacidade.

Destarte, a presente pesquisa busca apresentar como questão em comento vem sendo debatida em precedente do Judiciário brasileiro, conforme desenvolvemos nos capítulos.

Nesta esteira de raciocínio, no primeiro capítulo trataremos do direito ao esquecimento no âmbito internético brasileiro, com especial atenção a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que regular os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, denominado Marco Civil da Internet, isto é, o primeiro capítulo trará à baila a questão civilista no presente artigo.

Não obstante, no segundo capítulo, será abordado o conflito entre a liberdade de expressão (direito coletivo de acesso à imprensa) e os direitos individuais da pessoa humana, seja pela intimidade, privacidade e honra, aqui restará evidente o direito civil dentro da Constituição.

Já no terceiro capítulo, debruçaremos sobre as principais teses contrárias ao debate acerca do chamado direito ao esquecimento e seu reconhecimento no ordenamento jurídico do Brasil.

Após, no capítulo quarto, falaremos sobre o antigo conflito entre "público e o privado", para assim, e por derradeiro analisarmos a liberdade de imprensa no quinto capítulo.

Sendo assim, o presente estudo apresenta um olhar diferenciado sobre o direito ao esquecimento no ambiente internético, porquanto busca verificar se tal direito dever ser ou não aplicado frente à colisão de direitos fundamentais constitucionais, uma vez que em voga a antinomia entre liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana, demostrando, assim, a constitucionalização do direito civil.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO NO AMBIENTE INTERNÉTICO NO BRASIL

Como é de conhecimento geral no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal brasileira de 1988 prevê expressamente a proteção dos direitos individuais da pessoa humana no art. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, bem como nos arts. 220 e 221.

Todavia, o texto constitucional não trata de forma direta do denominado direito ao esquecimento, sendo certo que o instituto em comento foi contemplado em nosso ordenamento pelo Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF/STJ, com a seguinte redação:

> *ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Inteligência do artigo 11 do Código Civil.*

Esse enunciado foi justificado com a constatação de que "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.

Tanto é verdade que o Código Penal brasileiro[2] contempla o instituto da reabilitação, que garante aos condenados, após o lapso temporal de 02 (dois) anos, contados após o cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade por qualquer motivo, que todos os dados sobre o processo e condenação tornem sigilosos.

Todavia, importa frisar que o instituto em tela não atribui a ninguém o direito reescrever a própria história ou de apagar fatos passados, 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.

Com o aumento, significativo, do acesso ou mundo cibernético no Brasil, necessário se fez a criação de um marco regulatório, ao passo que foi criada a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que regular os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, chamada Marco Civil da Internet, que estabelece, dentre outras coisas:

> "Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.
>
> § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7o.

---

[2] Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

> § 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7o.
>
> § 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.
>
> § 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.
>
> Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.”

Assim, limitar e regulamentar o armazenamento de dados pessoais no espaço cibernético torna-se relevante. Todavia, ainda encontram-se incipientes os instrumentos positivados até aqui, merecendo debate do tema e melhorias na técnica legislada.

Nesta toada, o Marco Civil da Internet, deve ser alinhavado a Constituição Federal, porquanto, devemos analisar se tal direito dever ser ou não aplicado frente à colisão de direitos fundamentais constitucionais, em especial a antinomia existente: liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana

2. O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE E O DIREITO INDIVIDUAL

Trata o tema do conflito entre a liberdade de expressão (direito coletivo de acesso à imprensa) e os direitos individuais da pessoa humana, seja pela intimidade, privacidade e honra. Nesse embate entre valores e direitos, ambos encampados pelo ordenamento jurídico, parece importante continuarmos a perseguir as soluções caso a caso, com os elementos colhidos no frescor da análise dos fatos, no embate do calor da vida social, dando o tempero à hermenêutica da aplicação da lei.

Nesse sentido, as publicações jornalísticas podem ocasionar ofensas a direitos da personalidade, sobretudo quando flagrada a ilicitude da publicação, seja por difamação ou conteúdo mentiroso.

Assim, a liberdade de imprensa não constitui um direito absoluto. Ela pode ser excepcionada, quando não atendidos: "(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 injuriandi vel diffamandi*)".[3]

Em verdade, a mídia não tem compromisso com a verdade, pois pode noticiar investigações e fatos em apuração, mas não pode veicular leviandades e informações de simples rumores ou que sabidamente são inverídicas.

A informação massificada não pode ser motivo para se autorizar a subtração do direito à honra, à privacidade e à intimidade, eis que permanecem sob a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, parece, num primeiro momento, que não existe solução para o conflito em tela, tendo em vista que a Constituição do Brasil assegura em seu artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Garante, também, e, no mesmo artigo, a liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato; a liberdade da expressão da atividade intelectual

[3] REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012.

e de comunicação, independentemente de censura ou licença, e o acesso de todos à informação.

Não obstante, o texto constitucional brasileiro prescreve no artigo 220 que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

Estamos, assim, diante de uma incompatibilidade de normas constitucionais, ou seja, estamos diante de uma antinomia, conforme Bobbio.

> "A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia[4]".

No mesmo sentido Maria Helena Diniz aduz que "antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular[5]".

Bobbio[6] aduz que a antinomia pode ser visualizada por meio da situação na qual são positivadas duas normas, das quais uma obriga e outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento, desde que pertençam ao mesmo Ordenamento Jurídico e tenham o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material), ou seja, Bobbio esclarece que para que possa ocorrer antinomia são necessárias duas condições:

1) as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento; e,

2) as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. Após essas especificações, Bobbio defini antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade.

---

[4] BOBBIO, Norberto. pág. 81.

[5] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pág. 100.

[6] BOBBIO, Norberto. Págs. 86-88

Nessa toada, a antinomia seria facilmente solucionada, bastando para tanto, eliminar o inconveniente, desprezando-se uma das normas a partir de alguns critérios assim considerados: cronológico ou Lex posterior, segundo o qual prevalecerá à norma posterior; hierárquico ou Lex superior, segundo o qual prevalecerá à norma hierarquicamente superior; e, especialidade ou *Lex specialis*, segundo o qual prevalecerá a norma especial diante da geral.

Todavia, a situação não é tão fácil como se apresenta, porquanto não estamos diante das chamadas antinomias solúveis ou aparentes, mais sim das denominadas antinomias insolúveis ou reais.

Tal argumento se justifica, eis que estamos diante de um conflito de critérios, ou seja, estamos diante de uma antinomia de segundo grau, e, para tal, não existe uma solução rígida e pré-estabelecida, porquanto o direito ao esquecimento acarreta uma antinomia entre dois direitos constitucionais, isto é, liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana.

Assim, podemos dizer que o conflito em questão é uma das situações para a qual não existe uma solução definitiva, fincando a cargo do julgador quando da análise do caso concreto.

3. IDEIAS CONTRÁRIAS AO DIREITO DE ESQUECIMENTO

O debate acerca do chamado direito ao esquecimento encontra teses resistentes ao seu reconhecimento. Destacamos as principais ideias nesse sentido.

Primeiramente, aponta-se que o direito ao esquecimento constituiria em atentado à liberdade de expressão e de imprensa. Nesse ponto importante não confundir o direito ao esquecimento e com os respectivos valores, aí incluídos a garantia de liberdade de expressão e de imprensa. O primeiro atua na esfera individual e o outro na esfera coletiva. A ponderação de será especialmente importante ao intérprete do direito para que eleja qual deva ser atendido no caso concreto.

Nesse sentido, recentemente entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vejamos:

> TUTELA ANTECIPADA. Folha de São Paulo - Determinação para retirada, no prazo de 24 horas, de website, de matéria envolvendo o agravado, de forma que não se possa consultá-la ou acessá-la de qualquer forma, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00. Agravado que não se insurge contra publicação atual e nem contra a reiteração de matéria jornalística, que entende ofensiva, após cessado o interesse atual de informação, mas se opõe contra a possibilidade de acesso à notícia veiculada originalmente em 19/02/2000, que se encontra disponível no acervo digital da agravante e de outras instituições públicas de conhecimento e informação deste País - Diante do tempo decorrido desde quando a informação está disponibilizada, não se evidenciando de plano, o abuso do direito de informação e o atual fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, considerando-se que o agravado relata em sua inicial, que enfrentou, em razão da matéria, dissabores no passado, que certamente foram transpostos e, frente, ainda, ao grave risco do efeito multiplicador, pela decisão abrir a possibilidade das mais variadas pessoas, mesmo públicas, pretenderem selecionar o conteúdo, inclusive histórico, das matérias jornalísticas, é caso de reforma da decisão. Recurso provido. (TJ-SP, Agravo de Instrumento nº 2021407-43.2014.8.26.0000, Comarca de Santa Isabel, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 27/05/2014, 1ª Câmara de Direito Privado)

Segundo, o direito ao esquecimento seria o reconhecimento da negação da própria história. Novamente há confusão de conceitos que não se misturam. Não há, no direito do esquecimento, a defesa de legalizar o desaparecimento de informações relevantes para a história local ou da humanidade, mas sim o esquecimento de

informações que somente dizem respeito ao interessado, retirado, portanto, o interesse social na informação.

Terceiro, o direito ao esquecimento contribui para a instalação de censura, tão rechaçada no meio social. Notadamente que essa crítica não tem razão de ser, pois a censura reprovável está no que seja socialmente relevante, o que não é o caso do direito ao esquecimento.

Quarto, em sendo o direito a regulação de uma relação social, o esquecimento não se constituiria em um direito, pois está em via oposta, justamente a de negar a existência de qualquer relação. Notadamente, a falibilidade desse argumento é aviltante, uma vez que historicamente o direito protege tanto a atuação comissiva como omissiva, sendo passível de tutelar a tutela inibitória (art. 497 do NCPC).

Quinto, naturalmente que a informação objeto do pedido de esquecimento tem origem lícita, sendo que o direito coíbe apenas o ilícito. Novamente se demonstra um argumento falho. É possível que uma situação lícita se transforme em ilícito. Basta ver o direito possessório, em que a posse contratual se transforma em posse ilícita quando expirado o prazo contratual ou expirado o prazo de desocupação da notificação. Da mesma forma é o direito ao esquecimento, que inicia-se em publicação lícita, mas que torna-se ilícita após a oposição do interessado.

Sexto, a tradição do direito é subtração do direito individual quando colide em favor do direito coletivo de interesse público. A crítica que se faz a esta nota é que no direito ao esquecimento não há um conflito real entre o direito individual e o coletivo, mas apenas um conflito aparente. Uma análise atenta do intérprete no caso concreto faz-se verificar que trata-se apenas de direito individual, o fato não tem especial relevância para a coletividade.

Sétimo, uma republicação ou repetição reiterada de publicações não pode trazer prejuízos significativos, haja vista que apenas reafirma aquilo que já era conhecido publicamente. Ora, o conhecimento público pode ser de um fato inverídico ou que não diz respeito ao direito coletivo, razão pela qual o prejuízo estará verificado no caso.

Oitavo e último argumento, que a atividade jornalística contempla a retrospectiva em fatos pretéritos. É claro que sim, mas se essa atividade não

interessar ao grande público como direito à informação, e apenas se traduzir em denegrir a imagem do interessado, o direito ao esquecimento estará presente.

Portanto, as ideias contrárias ao direito ao esquecimento são facilmente rebatidas.

4. PÚBLICO E PRIVADO SÃO NECESSARIAMENTE ANTAGÔNICOS?

Não se deve confundir, ainda, o interesse público com o interesse do público[7]. Ainda, para uma leitura contemporânea, não se pode conceber espaços estanques em público e privado, ou entre o direito de informação e de privacidade, devendo o intérprete autêntico sopesar os direitos em jogo no caso posto em julgamento. O Poder Judiciário deve produzir a justiça em suas decisões, não subverter-se em leitor literal da lei para produzir decisões distantes de seus fins.

Nessa toada, o antigo conflito entre o público e o privado ganha uma nova tônica, vivenciando um hibridismo no espaço público de questões privadas. Empresas exploram a intimidade alheia exposta na internet; as pessoas estabelecem vínculos de amizade com mais rapidez e em maior número.

O resultado é a fraqueza dessas relações e, consequentemente, a minimização da privacidade, pois um indivíduo não pensará duas vezes em repassar uma informação, por exemplo, engraçada, ainda que vexatória. Essa realidade tende a ser diferente na relação interpessoal familiar ou em grupos de amigos que se visitam mutuamente, moram na mesma rua, estudam na mesma classe, etc.

---

[7] "Decerto que interesse público não é conceito coincidente com o de interesse do público. O conceito de notícias de relevância pública enfeixa as notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo na sociedade. Em princípio, notícias necessárias para proteger a saúde ou a segurança pública, ou para prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade têm, prima facie, peso apto para superar a garantia da privacidade." (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 373).

O direito ao esquecimento ganha conotação coletiva, pública, na medida em que é direito de todos de inibir os efeitos nefastos de uma apropriação indevida de informações pessoais. Essas informações tornam-se veiculações indevidas quando são veiculadas contra a vontade do interessado titular do direito. Ainda mais quando não se pode identificar de onde partem as publicações, que brotam a todo o momento, por replicações sucessivas das publicações anteriores. O esgarçamento de sua intimidade acaba sendo provocado pela iniciativa do próprio titular do direito ou interessado, que inicialmente não conseguia medir esses efeitos negativos.

Em conclusão parcial, não há um antagonismo entre o público e o privado, o que se vê é que os fatos transitam nos dois setores e, às vezes, misturam-se e se harmonizam. A informação é coletiva, ainda que seja considerada apenas pela permissividade individual na tolerância da devassa ou da espionagem; o problema surge quando o indivíduo contesta esse uso coletivo, então deverá ser analisado caso a caso, para se concluir casos em que pode-se minimizar a incidência de um e privilegiar o outro, em face da preponderância[8].

5. LIBERDADE DE IMPRENSA

Um direito muito caro a nós brasileiros é o da liberdade de imprensa. Deveras, pois a todos que hastearem a bandeira do Estado Democrático de Direito deverão fixar o pilar da liberdade de imprensa. Do contrário, o caos estará instalado.

A proteção à informação está estatuída na vigente Constituição Federal de 1988, que faz referências à liberdade de "expressão, da atividade intelectual,

[8] "Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privatividade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas." (COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 16-17).

artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (art. 5º, inciso IX).

Todavia, a censura a programas adultos para acesso a indivíduos de menor idade permanece. Ou seja, a censura para alguns casos é aceita, convive harmoniosamente com a liberdade de imprensa. Por que isso acontece?

Em verdade, o direito constitucional no modelo brasileiro trouxe uma preferência para a proteção humana. No conflito entre direitos fundamentais, prevalecerá o que confortar melhor os valores a pessoa humana em sua intimidade, honra, inviolabilidade da vida privada, imagem e da vida em família - art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 88.

6. CONCLUSÃO

É cediço que o acesso à informação extrapolou limites antes inimagináveis, ao passo que cada vez mais estaremos diante de situações que colocaram frente a frente à liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana, no que tange o ambiente cibernético.

Assim, limitar e regulamentar o armazenamento de dados pessoais no espaço cibernético torna-se cada vez mais importante. Contudo, ainda encontramos incipientes os instrumentos positivados até aqui, motivo pelo qual um debate contínuo sobre o do tema é medida que se impõe.

Entendemos que o direito ao esquecimento dever ser aplicado no ambiente internético, em que pese o tema gerar uma antinomia entre a liberdade de expressão (direito coletivo de acesso à imprensa) e os direitos individuais da pessoa humana, seja pela intimidade, privacidade e honra.

Não defendemos, eis que impossível resolver essa antinomia desta forma, que este ou aquele direito de prevalecer em relação ao outro, o que defendemos é que nenhuma pessoa tem o direito de viver com a expectativa real de conviver tranquilamente sem ser julgado na atualidade pelos erros do passado.

Entretanto, entendemos que não podemos banalizar, pois colocaria em cheque a liberdade de expressão e, também, o direito de informação.

Nesta toada, temos que o direito ao esquecimento deve ser aplicado no ambiente internético toda vez que a liberdade de expressão ultrapassar o limite do razoável, para tanto, cada caso deverá ser analisado com as cautelas de estilo, cabendo ao julgador, quando da análise do caso concreto sopesar os preceitos constitucionais antagônicos e aplicar o direito ao esquecimento toda vez que houver demasiado dessabor a uma das partes em detrimento de abuso da outra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002.

ALVES, J. A. Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 139-166.

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BEZERRA. Eudes Vitor. SOARES, Marcelo Negri. (in) aplicabilidade da teoria da reserva do financeiramente possível na efetividade dos direitos fundamentais de segunda geração. – I ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI/BARCELONA – ESPANHA. 2014

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: SafE, 1997.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional 54, ano 14. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra:

Edições Almedina, 2003.

HÃBERLE, Peter. La garantia del contenido essencial de los derechos fundamentales. MADRID:

TYKINSON, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. Direitos humanos: construção universal de uma utopia. 3. ed. Aparecida: Santuário, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. Direitos humanos: uma ideia, muitas vozes. 3. ed. Aparecida: Santuário, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Co., 1999.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Rio de Janeiro, 2001.

LUñO, Antonio Enrique Peres. História de los derechos fundamentales. Madrid: Tykinson, 2001.

MIRÀNDOLA, Pico Della. A dignidade do homem. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2007.

MORAES, Alexandre. Direitos humanos fundamentais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Doutrina e Jurisprudência. 2ª Edição, São Paulo: Atlas, 1998.

_____. Direito Constitucional. 6ª Edição, São Paulo: Atlas,1999.

MORAES, Guilherme Braga Peña. Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria. São Paulo: Ed. LTr, 1997.

MORANGE, Jean. Direitos humanos e liberdades públicas. 5. Ed. Barueri: Manole, 2004.

NEGRI, M. Embargos infringentes. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

OLIVEIRA, Almir de. "Curso de Direitos Humanos" -1ª Edição - Editora Forense, 2000.

PIOVESAN, FLÁVIA. Direitos humanos e justiça internacional. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4ª Edição – Ed. Max Limonad, 2000.

SALLES, Carlos Alberto de. *Ação civil pública contra omissões do Poder Público: limites e possibilidades*. São Paulo: RT, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico 1-1, ano 1. Salvador: CAJ, abr. 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA. Vladmir Oliveira. Direitos fundamentais e transdisciplinaridade. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

_____. XX anos da Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios. 1. ed.

Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. v. 17. 8237p .

_____. Direitos Humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. 259p

SOARES, M. N. Contrato de factoring. São Paulo: Saraiva, 2010.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo; RT, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Humanos – Instrumentos Internacionais de Proteção, 2ª Edição – Edições Paloma, 2000.