

**COLISÃO ENTRE DIREITOS À PRIVACIDADE E À INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO:
ALGUNS PARÂMETROS INTERPRETATIVOS PARA PONDERAÇÃO EM MATÉRIA DE
DIREITO AO ESQUECIMENTO.**

**COLLISION BETWEEN RIGHTS TO PRIVACY, INFORMATION AND EXPRESSION: SOME
INTERPRETATIVE PARAMETERS FOR WEIGHTING THE RIGHT TO BE FORGOTTEN ALSO
KNOWN AS RIGHT TO ERASURE.**



Danilo Ferreira Taveira De Carvalho Oliveira¹

RESUMO: A pesquisa feita pelo presente trabalho buscou analisar o conflito dos direitos à privacidade/esquecimento e à informação, notadamente a partir do estudo dos direitos fundamentais e com intuito de sugerir possíveis parâmetros para resolução de seus conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamentais; Direito à Privacidade; Direito ao Esquecimento; Direito à Informação; Parâmetros.

ABSTRACT: The research done by the present work sought to analyze the conflict of rights to privacy/be forgotten and information, notably from the study of fundamental rights and in order to suggest possible parameters for the resolution of their conflicts.

KEYWORDS: Fundamental Law; Right to Privacy; Right to Forget; Right to Information; Parameters.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Tratamento dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Constitucional; 2. Os Conteúdos Jurídicos dos Direitos à Privacidade e Informação e seus Respectivos Conflitos. 2.1 Os Conteúdos Jurídicos do Direito à Privacidade e do Direito à Informação no Estado Democrático de Direito. 2.2 O Direito ao Esquecimento e o Conflito Atual entre o Direito ao Esquecimento e o Direito à Informação; 3. A Tentativa de Superação do Conflito entre o Direito ao Esquecimento e o Direito à Informação. 3.1 Hermenêutica Constitucional e Conflitos entre Direitos Fundamentais. 3.2 Alguns Possíveis Parâmetros para os Casos em que se pleiteia o Direito ao Esquecimento; 4. Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. The Treatment of Fundamental Rights in The Legal Constitutional Order; 2. The Legal Contents of the Rights to Privacy and Information and their Respective Conflicts. 2.1 The Legal Contents of the Right to Privacy and the Right to Information in Democratic State. 2.2 The Right to be Forgotten and the Current Conflict between the Right to Information; 3. The Attempt to Overcome the Conflict Between the Right to be Forgotten and the Right to Information. 3.1 Constitutional Hermeneutics and Conflicts Between Fundamental Rights. 3.2 Some Possible Parameters for the Cases in Which the Right to be Forgotten is Claimed; 4. Conclusion; References.

¹Advogado no Rio de Janeiro. Graduado em Direito (UFF). Pós-Graduação *lato sensu* em Direito e Advocacia Pública (UERJ/PGE). Atualmente, é residente na Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro (PGM-RJ).

Introdução.

É inegável que nos últimos anos tem ocorrido a colisão entre o direito à privacidade e o direito à informação. Este conflito ocorre de variadas formas, como, por exemplo, no caso das biografias não autorizadas, analisado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da ADI nº 4.815.

Todavia, uma das questões jurídicas ainda não resolvidas pelo Supremo, que provoca incandescentes debates, gira em torno de um desmembramento do direito à privacidade, qual seja, o chamado direito ao esquecimento.

Pois bem, em uma sociedade digitalizada e *online*, em que as notícias são veiculadas quase que instantaneamente na internet e o que se divulga circula com uma rapidez imensurável, há uma clara preocupação das pessoas com sua privacidade. Notadamente com o conteúdo das informações destas pessoas.

Nesta perspectiva, constata-se que, não raramente, fatos pretéritos voltam à tona sob as mais variadas formas. E, com certa frequência, as pessoas, com notoriedade pública ou não, tem procurado o Poder Judiciário para resguardar sua personalidade, visando se proteger daquilo que consideram ofensivo à sua dignidade, a fim de que notícias “antigas” não sejam “ressuscitadas”, preservando o que consideram como íntimo.

Por outro lado, os meios de comunicação, tradicionais ou não, alegam que essas notícias são fatos notórios e fazem parte da história, de modo que não podem apagá-las. Nesse diapasão, os sites de buscas da internet sofrem com o mesmo problema, pois não é raro ações judiciais para eliminação de determinado conteúdo ou a desindexação na rede mundial de computadores.

Portanto, vê-se claramente o choque entre a pretensão de privacidade de um lado e o intuito de publicar a notícia ou uma informação do outro. Em suma, a colisão entre os direitos fundamentais, quais sejam, direito à privacidade e direito à informação.

Evidencia-se, por seu turno, que não há em nosso ordenamento jurídico uma resposta pronta e acabada para o tema, tampouco há balizas para uma possível ponderação. Esta situação afeta o princípio da segurança jurídica, o qual é tão caro ao nosso Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, o presente artigo pretende, sem esgotar o tema e sem tentar solucioná-lo em definitivo, elencar alguns parâmetros trazidos pela doutrina para servir de norte para os julgadores em casos envolvendo este tipo de conflito.

O estudo que se segue em um primeiro momento aborda o tratamento dado aos

direitos fundamentais em nossa ordem jurídica.

Posteriormente, no segundo capítulo, há a exposição do conteúdo jurídico dos direitos à privacidade e à informação com a consequente explicitação do conflito atual entre o direito ao esquecimento e o direito à informação.

Finalmente, almeja-se no capítulo final a tentativa de superação deste conflito. Para tanto, subdivide-se em dois tópicos. Em um trabalha-se a hermenêutica constitucional e os conflitos entre direito fundamentais, em outro busca-se elencar alguns parâmetros trazidos pela doutrina para os casos em que se pleiteia direito ao esquecimento.

O presente trabalho utiliza-se do método indutivo, partindo do geral para o específico, tendo como ponto de partida, abstratamente, os direitos fundamentais. Ato contínuo, aduz-se a colisão entre estes direitos fundamentais até alcançar a hermenêutica constitucional e os possíveis parâmetros para solucionar este conflito. Utiliza-se, por fim, a metodologia crítica dialética tendo como esteio eminentes juristas brasileiros que tratam do tema em debate.

1. O Tratamento dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Constitucional.

A Constituição é, em si, uma Carta de direitos e deveres dos cidadãos, ou seja, estabelece direitos e limitações ao Estado, sendo um conjunto de normas, outrora, outorgada e, posteriormente, promulgada, que possui, atualmente, um conteúdo normativo de valores, regras e princípios².

Desse modo, consoante a importância dos direitos fundamentais, os quais constituem, inegavelmente, o núcleo do centro jurídico gravitacional de nosso sistema³, indaga-se, a respeito da teoria jus fundamental, se é correta a utilização indistintamente das expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais⁴. Abstratamente, poderíamos dizer que os conceitos são semelhantes, uma vez que guardam em seu cerne a proteção ao ser humano, contudo cumpre delimitar as distinções, didáticas, para essas expressões.

Apresenta-se, em ato contínuo, que direitos humanos são aqueles positivados na esfera internacional; direitos do homem se referem aos direitos naturais, ainda não positivados;

² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 114-124. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, passim. Através de uma leitura conjugada dos dois autores, depreende-se que a Constituição Brasileira de 1988 é composta por valores, regras e princípios.

³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 106.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 560.

e direitos fundamentais são os direitos reconhecidos e, obviamente, salvaguardados pelo direito constitucional interno de cada Estado⁵.

Assim sendo, vê-se que os direitos do homem são os direitos de todos seres humanos, embora não positivados, como se existisse um direito antes da criação do Estado, sendo, portanto, uma corrente jusnaturalista; por outro lado, os direitos humanos, ainda que tratado, não raramente, com a mesma lógica de ser o direito do ser humano, têm outra perspectiva, pois são aqueles considerados pela comunidade internacional e positivados nesta esfera, entretanto têm uma concepção mais universalista e apresentam contornos amplos e imprecisos se comparados aos direitos fundamentais⁶; por fim, os direitos fundamentais são aqueles mais restritos, possuem o alcance mais preciso, porque se trata do conjunto de direitos garantidos por determinado Estado, sendo, portanto, mais específico.⁷

Destarte, ao estudo presente, nos interessam exatamente os direitos fundamentais em seu sentido interno, aquele protegido por determinado Estado. Os direitos fundamentais são concebidos como direito subjetivo público, porque oponível pelo cidadão em face do Estado. Assim, se, de plano, forem direitos contra o Estado, todos os poderes públicos (e os privados que estiverem a exercer funções públicas) estarão submetidos - seja o legislativo, executivo e judiciário - a respeitar os direitos fundamentais⁸.

Neste diapasão, o Legislativo vincula-se igualmente, porquanto para restringir qualquer direito fundamental deve fazê-lo proporcionalmente mediante lei. Logo, há uma reserva legal, a qual deve observar os limites impostos pela Carta Magna, ou seja, o princípio da proteção ao núcleo essencial e ao princípio da proporcionalidade, chamados de “limites dos limites”.⁹

Ademais, o legislador não está apenas obrigado a respeitar os limites negativos estabelecidos na ordem constitucional para legislar, como deve atuar no sentido de promover

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2012. p. 27-30.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 41.

⁷ De acordo com Ingo Sarlet, para melhor elucidar, podemos utilizar o exemplo dado pelo insigne doutrinador, o qual diz que, no Brasil, direito ao salário mínimo ou as férias são direitos fundamentais, demonstrando, portanto, a especificidade e a determinação dos direitos fundamentais a partir da positivação interna dos conceitos axiológicos elegidos pelo Estado. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p.31.

⁸ Cf. o Ministro Gilmar Mendes, a exigência de respeito às normas definidoras dos direitos fundamentais com aplicação imediata é a intenção do constituinte para inaugurar uma integração completa dos órgãos concernentes do Estado a fim de efetivar os direitos fundamentais. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. Cadernos de direito tributário e finanças públicas*. n. 24, v.6, 1998. p. 47.

⁹Ibidem, p. 48-59.

normas instrumentais precípua à concretização dos direitos fundamentais.

Ato contínuo, os Poderes Executivo e Judiciário, da mesma forma, estão adstritos aos direitos fundamentais. Nesse contexto, ao que tange à função jurisdicional do Estado é ululante sua vinculação, não apenas quanto à obediência aos ditames constitucionais, mas a obrigação de assegurar a efetividade quando o poder público violar tais garantias, bem como quando a lesão for entre particulares. Além disso, há a necessidade de se aferir a legitimidade das decisões judiciais sob o pálio da observação dos direitos fundamentais. Assim, devem-se garantir mecanismos para se revisar decisões judiciais que ofendam ou não percebam os direitos fundamentais instituídos, seja em primeira instância ou em tribunal¹⁰.

Desse modo, aduz-se, evidentemente, a eficácia dos direitos fundamentais entre os privados¹¹. A saber, o direito está com inúmeros conflitos de interesses envolvendo direitos fundamentais entre particulares, inclusive o do caso em tela do presente trabalho, que tem a imbricação entre os direitos da informação e da privacidade¹².

A eficácia dos direitos fundamentais pode ocorrer de duas maneiras. Por um lado, haveria a eficácia direta que seria a incidência imediata dos direitos fundamentais em acordos entre particulares¹³, o que poderia ser objetado porque a eficácia direta dos direitos fundamentais suporia um esvaziamento do princípio da autonomia privada, bem como de outros direitos assegurados pela Lei Maior¹⁴. Nesse contexto, ter-se-ia uma supressão do princípio da autonomia da vontade.

Por outro lado, há a eficácia mediata, a qual entende que os direitos fundamentais devem ser observados na interpretação do direito privado, contudo não aplicado direta e previamente nas relações entre particulares. Destarte, os direitos fundamentais não solucionariam conflitos existentes com os privados, em *prima facie*, mas, somente, mediante os meios colocados pelo próprio sistema jurídico¹⁵.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*. n. 24, v.6, 1998. p. 51-56.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações privadas. *AJURIS*. n.º 100, v.32, 2005, p. 153-167.

¹² O Ministro Gilmar Mendes menciona Rüdiger e diz que todos os direitos privados são referenciados a um direito fundamental. *Direitos fundamentais*, cit., p. 53. V. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, passim.

¹³ Adverte o Ministro Gilmar Mendes, o poder econômico ou social pode também ameaçar a liberdade individual, que macularia o mencionado direito fundamental. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*. n. 24, v.6, 1998, passim.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais...* cit., p.55-56.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Cadernos de*

Com efeito, este conceito de difusão dos direitos fundamentais é nomeado pelas mais autorizadas doutrinas¹⁶ como irradiação dos direitos fundamentais pela ordem valorativa estatuída pela Constituição. Ao chegar neste patamar, tem-se que a irradiação da eficácia dos direitos fundamentais é consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹⁷.

Ademais, a eficácia irradiante baseia-se nos valores lastreados nos direitos fundamentais e que perpassam por todo ordenamento jurídico. Notadamente por vincular a interpretação do julgador ao comando axiológico dos direitos fundamentais, e assim, como preleciona Daniel Sarmiento, se “humaniza” o ordenamento jurídico.

Desse modo, a eficácia irradiante atua, igualmente, como técnica de interpretação conforme a Constituição¹⁸, fazendo uma maior integração e compleição interpretativa ao sistema jurídico. Pois, ora funciona como controle de constitucionalidade, outra ora exerce o papel de princípio hermenêutico.

Nesse contexto, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, em suma, pode ser deduzida como a premissa de que os direitos fundamentais passaram a figurar como o epicentro axiológico de toda ordem jurídica. Irradiando, deste modo, uma nova leitura para todo o direito positivo, estabelecendo o que se convencionou a chamar de “filtro constitucional”.

Por fim, os direitos fundamentais não são apenas fatores limitantes para o ordenamento, são mais do que isso. São verdadeiros “guias” para a interpretação do direito positivo, sendo o eixo gravitacional de toda ordem jurídica¹⁹.

Com efeito, a Carta Magna de 1988 ganhou contornos especiais por retratar tais direitos fundamentais com centralidade, sendo reconhecida como Constituição dos Direitos, e mais, como uma Carta Política impregnada de valores solidários e humanísticos, estando preconizados, inclusive, como princípios desta²⁰.

direito tributário e finanças públicas. n. 24, v.6, 1998, passim. V. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais...* cit., 124-129.

¹⁶SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 124; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2012, passim; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais da teoria dos princípios*. Renovar. 2006, passim; TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas. *AJURIS*. N. 100, v. 32, 2005. p.153-167.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 129-138; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2012, passim.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 193 e ss.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 125.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Arts. 1º e 3.

Além disso, cabe realçar que a Constituição Federal consagra, ainda conforme doutrina balizada, um rol exemplificativo²¹. Portanto, há a possibilidade de se considerar novos direitos fundamentais a partir da cláusula geral de abertura axiológica. E estes deverão ser tratados com a relevância e com a centralidade dada a essas garantias fundamentais.

Ressalta-se, ainda, que os direitos fundamentais se comunicam não apenas com o ordenamento jurídico infraconstitucional, mas como a própria Constituição. Pois, consoante ensinamento do eminente Ricardo Lobo Torres, o Sistema Tributário Nacional não se inicia no art. 145 da CRFB/88, o que poderia ser deduzido após uma leitura açodada e de uma interpretação literal da Carta Maior. Assim, o Sistema Tributário Nacional é inaugurado nos direitos fundamentais, pois serão esses direitos que fundamentam o Sistema Tributário Constitucional, porquanto a tributação, em regra, nada mais é que a restrição ao direito fundamental da propriedade (como os direitos fundamentais do livre exercício da profissão e da liberdade para contratar)²².

Observa-se, assim, que é cristalina a patente influência dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, o qual serve, inegavelmente, como bloco hermenêutico axiológico para aplicação do direito.

Pois bem, aduz-se que a melhor metáfora para descrever o sistema jurídico brasileiro contemporâneo é a forma atômica, ou seja, os direitos fundamentais constituem o núcleo do nosso átomo jurídico, as camadas mais próximas que o circunscreve correspondem as normas Constitucionais que observam, impreterivelmente, os direitos fundamentais, e as camadas mais longínquas são formadas pelas legislações infraconstitucionais que também devem obediência às garantias nucleares²³.

Vislumbra-se que o epicentro das relações jurídicas coetâneas, inclusive quando se fala em direitos fundamentais, seja entre particulares, seja entre o Estado e um particular, é o princípio da dignidade da pessoa humana que está insculpido na Constituição da República e, claro está, é guisa, também, da interpretação jurídica dos tribunais²⁴.

²¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. p. 63.

²² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. p. 63-64.

²³ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário* cit., p. 63 e ss..

²⁴ A respeito da dignidade da pessoa humana, confira-se o livro do eminente Ministro do STF Luis Roberto Barroso: *“A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – A construção de um conceito jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial”*. Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. Neste livro de riqueza incomensurável, escrito em inglês em Harvard e traduzido ao Português por Humberto Laport de Mello, se investiga não apenas a história dos direitos humanos e sua ressonância nas jurisprudências internacionais, mas busca-se, sobretudo, mensurar um conteúdo mínimo para aplicação e compreensão deste impreciso, inescusável princípio da Constituição. O autor desenvolve uma tese a qual apoia o princípio no tripé do valor intrínseco,

Assim sendo, indaga-se: os direitos fundamentais exigem efetivação e proteção por parte dos entes públicos? Se sim, será que esta proteção também deve ser concedida e esperada na relação privada?

Considerando o exposto até o momento, as respostas para estas perguntas são peremptoriamente afirmativas. No entanto, se para a primeira questão a resposta parece um tanto quanto óbvia, uma vez que a doutrina em uníssono corrobora o entendimento de que os entes públicos estão vinculados, por meio da Constituição, a efetivar e assegurar os direitos fundamentais aos seus cidadãos, para a segunda indagação, há certos pontos ainda nebulosos, situações não demasiadamente claras, embora conforme tenha sido dito, a irradiação dos direitos fundamentais impõe sua força em todas as relações jurídicas²⁵.

Exemplificativamente, apresenta-se casos ocorridos na Alemanha que consagraram a irradiação dos direitos fundamentais a ordem dos privados. Como foi na situação em que um jornal alemão buscou usar de seu maior poder econômico para inibir a programação de um concorrente, em razão da programação veiculada por este.

Neste diapasão, a Corte Alemã entendeu que não estaria de acordo com a Lei Fundamental Alemã, que o poder econômico de determinado periódico, simplesmente, acabasse com a concorrência e que as opiniões antagônicas deveriam concorrer em pé de igualdade, com meios de caráter eminentemente intelectuais²⁶, respeitando os direitos fundamentais chancelados pela Lei Maior e fazendo seus valores irradiarem para as demais relações privadas.

Portanto, nota-se o fenômeno da atuação dos direitos fundamentais nas demais áreas do Direito, não apenas no Direito Público, como algo mundial e não apenas local. Trata-se de uma concepção universalista, a qual aborda o ser humano como centro das interações sociais, bem como seus direitos e garantias a ele imanentes. Ato contínuo, cumpre realçar que o termo “direitos fundamentais” foi utilizado pelo Constituinte pátrio em franca inspiração na Lei Fundamental alemã, assim como ocorreu com a Constituição Portuguesa de 1976²⁷.

Pois bem, tratou-se, até o presente momento, da relevância dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, bem como da sua eficácia horizontal, ou seja, das relações entre particulares. Entretanto, a presente conceituação destes direitos se mostra

autonomia e valor comunitário.

²⁵ O Estado não tem apenas o dever de se abster de violar tais direitos, mas de promovê-los e defendê-los de lesões e ameaças providas de terceiros. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., 129-138.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*, cit., p. 48-59.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 58 e ss.

essencial para o entendimento completo do tema, sendo os direitos jus fundamentais categoria dogmática do direito constitucional²⁸.

Em relação ao aspecto eminentemente formal, compreende-se que os direitos fundamentais são todos aqueles que estão prescritos no corpo da Constituição Federal, que eleva e grifa tais direitos a esse status²⁹.

A seu turno, há uma noção distinta em relação a acepção material, pois o entendimento para essa visão seria que os direitos fundamentais são aqueles dotados de maior importância na ordem jurídica, ou seja, seriam aqueles ligados à relevância desses direitos para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Esta noção se faz de suma importância porque auxilia a identificar outros direitos fundamentais àqueles elencados no título reservado pelo Constituinte, pois, como se sabe, estes direitos apresentam natureza declaratória e não constitutiva³⁰.

Ladeado a este conceito, por outra banda, há a divisão realizada entre os direitos fundamentais sob a raiz funcional, a qual desempenha um duplo feitiço, sob o plano subjetivo que é o papel tradicional, garantindo a liberdade individual. E sob o plano objetivo, que vai além do subjetivo-individual, e se vislumbra uma atuação Estatal no sentido de proteger e efetivar os direitos fundamentais de modo concreto, ou seja, observando os valores e fins pretendidos pela Constituição³¹.

Neste aspecto, enxergam-se os direitos fundamentais de modo funcional, de maneira que ele presta a função de executar o núcleo do sistema jurídico constitucional. Em contraposição ao conceito funcional dos direitos fundamentais, tem-se a perspectiva estrutural que desempenha um papel morfológico das normas, objetivando esclarecer se os direitos fundamentais são enunciados regras ou princípios ou até mesmo por ambas as formas³².

Finalmente, não obstante não haja hierarquia entre normas de natureza constitucional, é inegável o posicionamento jurídico privilegiado das normas de direito fundamental, em razão da ordem axiológica que as impõe com mandatos proibitivos, obrigatórios e permissivos, formando um *Estatuto Jusfundamental*³³, o qual através desses

²⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais da teoria dos princípios*, cit., p.76.

²⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais da teoria dos princípios*, cit., p. 77.

³⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais da teoria dos princípios*, cit., p. 77.

³¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais da teoria dos princípios*. Renovar. 2006. p. 78.

³² Idem.

³³ Ibidem, p. 84.

modais deônticos busca proteger e efetivar os direitos fundamentais prescritos na Carta Magna de 1988³⁴.

Em paralelo, é imperioso destacar que o Estado Democrático de Direito serve os direitos fundamentais à medida que é servido por ele, em uma relação de mutualismo patente, porquanto o Estado de Direito obriga o exercício da proteção dos direitos fundamentais, bem como os direitos fundamentais implica, necessariamente, na salvaguarda e realização do próprio Estado Democrático de Direito³⁵.

Além disso, a doutrina pátria tem convergido no sentido de que a relação entre direitos fundamentais e democracia é tênue, e de profunda intimidade, em uma relação de total reciprocidade. Entrementes, cabe realçar que há tensões entre alguns direitos fundamentais e algum espectro da democracia³⁶.

E isso pode ser, facilmente, visualizado no caso do presente estudo, quando percebemos o choque dos direitos à privacidade, honra e imagem – que são direitos fundamentais, mas eminentemente da seara privada – com os direitos à informação, manifestação e liberdades de expressão e do exercício profissionais, os quais também são direitos fundamentais, contudo evidentemente da “vida pública”, bem como essenciais ao pleno exercício da democracia³⁷.

Neste contexto, observa-se que haverá necessariamente uma rota de colisão entre os direitos fundamentais e o poder político decisório, porque os direitos fundamentais exatamente por ser direito fundamental, ou seja, positivado internamente, estão sob o *jugo* do poder constituído, embora este exerça sua “força” legitimado democraticamente em razão da soberania popular.

Entretanto, na sua essência - Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito - se aproximam mais do que se separaram, pois inexistente democracia sem direitos fundamentais e, claro está, respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais sem a instituição da democracia³⁸.

Destarte, com a sucinta divagação exposta, entende-se que a correlação entre Estado

³⁴ *Ibidem*, p. 84-85.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 60.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 61-62.

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Ponderação*. Revista de Direito Privado – RDPriv. Ano 05, abril-junho/2004, p. 109-130.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 61.

Democrático de Direito, Constituição e Direitos Fundamentais é estreita, como se fossem anéis entrelaçados que vislumbram a concretização, mormente, da dignidade da pessoa humana, além dos valores de igualdade, liberdade e justiça³⁹.

Nesta empreitada, partiu-se, neste capítulo, da construção da teoria dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, com o intuito de demonstrar a irradiação destes direitos em todo o sistema, inclusive dentro da própria ordem constitucional.

2. Os Conteúdos Jurídicos dos Direitos à Privacidade e à Informação e seus Respectivos Conflitos.

2.1 Os Conteúdos Jurídicos do Direito à Privacidade e do Direito à Informação no Estado Democrático de Direito.

O direito à privacidade é um direito fundamental constitucionalmente garantido⁴⁰ que integra a personalidade humana⁴¹. Em razão disso, é imperioso destacar aprioristicamente o que são os direitos da personalidade ante o debate acerca do conteúdo jurídico extraível deste direito individual.

Como se sabe, o conceito de personalidade está relacionado diretamente ao conceito de pessoa, porquanto qualquer ser humano que nasce com vida, adquire personalidade⁴², estando, desde já, apto para ter direitos e assumir obrigações ou deveres na ordem civil.

Estes são encarados, conforme doutrina majoritária⁴³, como direitos intrínsecos ao ser humano, isto é, são concebidos e pertencem ao ser humano desde o seu nascimento com vida⁴⁴, logo são inerentes ao ser⁴⁵.

Ato contínuo, é necessário salientar a relação entre direitos à intimidade, *lato senso* considerado, e a personalidade, para pontuar que nem sempre existiu esse reconhecimento de

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2012. p. 62.

⁴⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Art. 5º, X

⁴¹ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 7-9.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 1: parte geral. 8ª edição. Saraiva. 2010, p. 100 e ss.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 1: parte geral. 8ª edição. Saraiva. 2010, passim; SILVA, SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, passim.

⁴⁴ Há vários exames desenvolvidos pela Medicina para constatar se houve nascimento com vida ou não, contudo o exame mais utilizado é chamado de Docimasia Hidrostática de Galeno.

⁴⁵ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*, cit., p. 7-10.

qualquer pessoa, porque, notadamente à época da escravidão, os negros eram tratados, de forma aviltante, como coisa, objeto da relação jurídica⁴⁶.

Os direitos personalíssimos, assim, são aqueles referentes à vida (e a ausência da vida, isto é, a morte), a honra, a integridade física, a imagem, a privacidade, a intimidade, ao segredo entre outros, que formam a própria noção de pessoa, tratando-se de direitos inatos do ser humano⁴⁷.

Desse modo, informa-se, sem grandes sobressaltos na doutrina, que a natureza jurídica dos direitos à privacidade é de direito da personalidade, os quais se bifurcam em duas modalidades, uma de natureza física, como integridade física, direito à vida e etc; e, outra de aspecto moral, entre os quais se destacam os direitos à intimidade, à liberdade, à honra, à inviolabilidade psíquica, ao nome e etc⁴⁸.

Quanto às características do direito à privacidade, evidencia-se que são⁴⁹: gerais, por atingirem todas as pessoas, podendo qualquer um pleiteá-lo subjetivamente, porque toda pessoa é dele dotado⁵⁰; vitalícios porque acompanham as pessoas por toda sua existência, de modo que enquanto perdurar a vida irá possuir o referido direito; e não são transmissíveis por morte, porquanto com o fim da vida, se encerra a personalidade.

Neste sentido, a doutrina majoritária, praticamente em uníssono, entende que com a morte não haverá mais privacidade ou vida íntima, tampouco violação, contudo há divergências doutrinárias a respeito⁵¹.

Além disso, são: imprescritíveis, pois caso o sujeito não utilize seu direito durante um trecho de sua vida, isso não o fará deixar de possuir o direito, por consequência não há que se falar em usucapião do direito da personalidade; são direitos impenhoráveis, porque, por ilação óbvia, não podem ser penhoráveis, tampouco desapropriados da própria pessoa, porque o ser humano é fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como meio, prestigiando, assim, a

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil...* Cit., p.93; SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*, cit., p.7.

⁴⁷ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*, cit., p. 10-14.

⁴⁸ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*, cit., p. 61.

⁴⁹ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*, cit., p. 61-62.

⁵⁰ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 111-113.

⁵¹ Há dissonância doutrinária, o doutrinador Pierre Blondel que acredita ser possível a violação da intimidade após a morte. Porém, o entendimento que prevalece na doutrina brasileira é o, citado pela autora, do jurista português Mário de Brito, para o qual não existe uma transmissão do direito da personalidade, mas há um novo direito para os sucessores. Casos que foram levados ao judiciário, são os do Jornalista Ruy Castro, sobre a biografia do jogador Garrincha, o livro de Adriane Galisteu que tratava do seu convívio com Ayrton Senna e o livro do cantor Dinho da banda Mamonas Assassinas. Todos esses casos foram submetidos como direitos e interesses próprios dos sucessores e não como violação da honra ou imagem dos mortos, face a intransmissibilidade. AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*, cit., p. 115-118.

dignidade da pessoa humana; extrapatrimoniais, pois constituem direitos de ordem moral, sem conotação econômica, sem equivalência pecuniária. No entanto, essa característica não impede, se o direito for violado, reparação em pecúnia, sob título de perdas e danos⁵².

Consigna-se, finalmente, que parcela considerável da doutrina entende que são inalienáveis porque não podem ser transferidos a terceiro nem gratuita, nem onerosamente, uma vez que não seria concebível transacioná-los. Tais direitos podem até não serem exercidos temporariamente, mas jamais renunciados⁵³. Ato contínuo, são considerados, também, absolutos porque o titular do direito subjetivo obriga a todas as pessoas a respeitar, ou seja, são direitos *erga omnes*, opostos contra todos⁵⁴.

Assim, sua violação é vedada a todos indistintamente, entretanto isso não pode e não é empecilho para impedir determinadas limitações ao exercício do direito à privacidade/intimidade.

A saber, o conteúdo jurídico de tal direito fundamental pode ser delineado pela Teoria da Intimidade do ensaio Warren – Brandeis. Deste modo, registre-se que tal teoria se erigiu em um contexto onde a imprensa estadunidense havia avançado excessivamente na vida privada das pessoas, ultrapassando a “linha do bom senso” para devassar a vida particular, a fim de veicular fofocas que geravam vultuosos retornos financeiros aos folhetins e estimulando uma sociedade voltada ao voyeurismo. Ou seja, a defesa mais vigorosa do direito à privacidade se fez, naturalmente, como uma reação à uma comunidade que se preocupava em excesso com a satisfação sexual, obtendo-o inclusive através da observação das pessoas, beirando a patologia, agindo, portanto, à custa da intimidade alheia⁵⁵.

Sob tal égide, o direito à privacidade/intimidade se travestiu de uma dupla face. De um lado uma visão conservadora, porque pretendia proteger as pessoas de qualquer investida sobre sua privacidade, inclusive dificultando o poder público e à sociedade de obterem informações acerca de situações econômicas e financeiras. Rechaçando, assim, até eventual interesse público, a fim de preservar a intimidade.

Por outra banda, se apresentou com uma perspectiva de vanguarda ao tratar de tema tão caro ao ser humano, ou seja, a dignidade humana. Instrumentalizando sua defesa aos avanços, até mesmo institucionais do poder público em face da busca de dados, informações destinadas aos comportamentos ideológicos, por exemplo.

⁵² AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*, cit., p. 113.

⁵³ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*, cit., p. 114.

⁵⁴ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*, cit., p. 113-114.

⁵⁵ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*, cit., p. 82-83.

Enfim, significou uma resistência à investida do poder público e da sociedade sobre a esfera privada⁵⁶.

A concepção de privacidade/intimidade está inegavelmente ligada ao seu contexto temporal e social de determinado grupo de pessoas⁵⁷. Portanto, os conceitos de privado na Idade Média, no início da civilização burguesa, bem como do início do Século XX são diferentes do propugnado hodiernamente, sobretudo pelo advento tecnológico⁵⁸.

Por conseguinte, é sabido que as variáveis de tempo e espaço são de suma relevância para a compreensão exata do conceito de direito à privacidade/intimidade. Pois o vetor cultural se faz imperioso para uma análise mais satisfatória da realidade, que é constantemente modificada⁵⁹.

Porém, embora haja essa maleabilidade face ao contexto cultural incidente, alguns pontos são incontroversos, como o fato da vida privada e a intimidade serem uma demanda universal e consubstanciarem uma elevada carga de subjetivismo em suas designações, que as tornam ainda mais ambíguas, dificultando, por isso, a precisão de seus signos⁶⁰.

Com efeito, para a maior parte da doutrina, o conceito de vida privada vislumbra a proteção da vida pessoal e familiar das pessoas, além da intimidade do lar, dos indivíduos aos estranhos⁶¹.

Além disso, objetiva-se o direito de não exhibir para terceiros aquilo que diz a respeito somente a vida particular das pessoas, preservando as pessoas da esfera pública, tendo como conteúdo ético do direito à privacidade/intimidade a dignidade humana.

Notadamente, no contexto jurídico pátrio, onde, como dito acima, a dignidade da pessoa humana passou a ser o epicentro das relações jurídicas, irradiando seus influxos para a interpretação de todas as normas.

Destarte, evidencia-se a dificuldade de se traçar um conceito acerca da intimidade ou privacidade, pois, não raramente, doutrinadores dissecam conteúdos dos mais diversos a respeito do tema, como confundem ideias sobre privacidade, intimidade, reserva, segredo e etc⁶².

⁵⁶ Ibidem, p. 85-87.

⁵⁷ Ibidem, p. 95-98.

⁵⁸ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, passim.

⁵⁹ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 100.

⁶⁰ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia...*, Cit., p. 98-100.

⁶¹ Conforme alíneas 2 e 3 dos parágrafos 'C' da Resolução 428 de 23.1.1970 da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa. AIETA, Vânia Siciliano, *A garantia...* Cit., p. 96.

⁶² AIETA, Vânia Siciliano, *A garantia...*, Cit. p., 101.

O objeto da proteção à privacidade e intimidade, a rigor, é a vida do homem em sua casa, a sua família, o seu interior, o seu espírito, em suma, a sua vida por trás de sua porta.

Não obstante, para alguns, amplia-se tal contorno do instituto jurídico e a vida privada consiste na liberdade do indivíduo guardar para si ou para os mais íntimos pensamentos ou sentimentos, fatos ou dados. Ou, ainda, divulgar conforme quiser suas informações aos que não são do seu círculo⁶³.

No entanto, parece acertado o entendimento que diz ser a privacidade um acontecimento da vida pessoal de alguém, e este alguém não deseja dar conhecimento a terceiros com receio de produzir turbacão moral, física ou psíquica.

Pois bem, claro está que esse conceito não é preciso, tampouco consegue equacionar objetivamente o que é privacidade/intimidade. Porém, ele utiliza toda abertura e subjetivismo que o termo prescinde, abraçando os mais diversos aspectos que possam atingir o ser humano, em razão disso, provavelmente, é o que se aproxima mais de um conceito ideal, embora seja inegavelmente amplo.

Vencidas as questões referentes ao conceito e ao objeto com as limitações em face ao indeterminismo e atemporalidade do direito em tela, indaga-se: quais as gradações da intimidade?

Inúmeros acadêmicos tentaram diferenciar e esmiuçar essa diferenciação, porém, por imprecisões sutis, nenhuma teoria logrou êxito em definir critérios metodológicos, de forma a coadunar com os direitos da personalidade, como a Teoria Alemã das Esferas da Personalidade⁶⁴.

Em que consistia tal Teoria? A Teoria Alemã das Esferas elaborou uma ideia de que círculos concêntricos, isto é, com o mesmo centro, com extensões maiores ou menores, que formassem uma perspectiva acerca da privacidade do indivíduo.

Desse modo, o círculo mais distante indicaria a parcela mais longe de proteção e o mais perto do núcleo seria aquele mais protegido pelo pálio do Direito. De acordo com o trabalho, o círculo externo seria a privacidade, depois viria a intimidade e, por conseguinte, a reserva e o segredo, respectivamente.

Ato contínuo, a privacidade seria composta pelos acontecimentos que a pessoa intenta que não se tornem públicos. A intimidade excluiria não somente o domínio público, como pessoas mais próximas que não gozassem de confiança suficiente, estando neste círculo

⁶³ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*, cit., p. 98-102.

⁶⁴ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*, cit., p. 102.

só as pessoas que mantêm relação familiar. A reserva é composta por informações confidenciais. E, por fim, o segredo que é o menor diâmetro do círculo concêntrico, pois trata dos assuntos que são segredos para o indivíduo, por vezes não dividido com ninguém, mas quando o é, por apenas algumas poucas pessoas⁶⁵.

Nessa cadeia de proteção, tem-se que o segredo se encontra contido na reserva, a qual está inserida na intimidade, e esta é circunscrita pela privacidade.

Nesta esteira, nota-se claramente que não há conceituação unívoca sobre privacidade/intimidade. Tampouco há uma distinção clara e patente dos direitos à privacidade, razão pela qual, não raramente, irão se intercomunicar, como se estivessem estabelecidas em uma espiral⁶⁶.

Ademais, a amplitude de seu conteúdo tutelado juridicamente é observada pela pluralidade de normas constitucionais que enfeixam a proteção ao bem jurídico fundamental – como o direito ao sigilo da correspondência, a inviolabilidade do domicílio⁶⁷, o sigilo profissional⁶⁸ e etc - em um conjunto de direitos que protegem a privacidade da pessoa humana.

Embora seja ampla proteção ao direito à privacidade/intimidade, a mesma não é absoluta⁶⁹, porque sujeita-se a limites relativos aos demais bens e interesses protegidos pelo ordenamento jurídico como o interesse público, o princípio da publicidade e a supremacia do interesse da administração pública, o direito à informação, bem como, a possibilidade e exercício da crítica jornalística, o interesse da Saúde Pública dentre outros⁷⁰.

Desses vetores que restringem o alcance da intimidade, destaca-se um deles, pois coaduna com os desdobramentos jurídicos exemplificados acima, como são de máxima relevância para o presente trabalho, que é o direito à informação.

O direito à informação aparece como uma força motriz capaz de pôr limites ao direito à intimidade, sendo um fator limitador desta. Porém, do mesmo modo, em sentido oposto, recebe um impulso ao contrário deste direito sobre aquele⁷¹.

É inegável, portanto, que um dos mais pujantes conflitos acerca da proteção à privacidade/intimidade se dá face à proteção da informação, o que é recíproco. Ademais, ambos direitos são tidos coetaneamente como espécies do rol elencado como direito fundamental da

⁶⁵ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.102-104.

⁶⁶ Ibidem, p. 106.

⁶⁷ AIETA, Vânia Siciliano, *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*, cit., p. 126-129.

⁶⁸ AIETA, Vânia Siciliano, *A garantia...* Cit., p. 130-140.

⁶⁹ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*, cit., p.160-176.

⁷⁰ Ibidem, p. 164-199.

⁷¹ Ibidem, p. 176.

Humanidade⁷², bem como são capitulados como direito fundamental pela Carta Magna de 1988.

Por seu turno, o direito à informação, outrossim, é um direito fundamental constitucionalmente assegurado⁷³. Com efeito, o prestígio deste direito é exponencialmente elevado em nossa Carta Magna, não há apenas uma proteção singela. Mas, um sistema constitucional que garante o direito à informação.

Destarte, por ilação simples, existe um bloco constitucional que afirma a eficácia deste direito, o qual percorre os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, bem como do Estado Democrático de Direito, da Pluralidade Política, da Igualdade, da Liberdade, Justiça e dos Direitos Humanos, além, claro, da própria positivação do direito à informação.⁷⁴

Com efeito, o Direito à Informação liga-se intimamente com o princípio democrático que embora tenha conteúdo múltiplo e variável, é mais abrangente que o exercício do direito ao voto.

Pois bem, a participação no processo contínuo de deliberação pública o que compreende necessariamente prévio acesso às informações públicas no processo cognitivo permitindo ao sujeito participar do debate que orientará a formação da decisão pública⁷⁵.

Portando, liga-se ao Estado Democrático de Direito Brasileiro⁷⁶ com eficácia não somente nas relações públicas, mas também nas interações privadas⁷⁷.

Notadamente, mediante o acesso de todos às informações resguardado os sigilos das fontes⁷⁸; o direito de receber informações de interesse particular ou coletivo em geral⁷⁹; e

⁷² Ibidem, p. 176.

⁷³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Art. 5º, inciso IX.

⁷⁴ Ideia similar ao Estatuto do Contribuinte, de Humberto Ávila, quando ele fala que há um bloco de constitucionalidade que vislumbra proteger o contribuinte. Aqui, no entanto, não há uma relação com o contribuinte. Contudo, há, igualmente, um dever do Estado de fazer prevalecer o direito à informação, bem como seu acesso aos seus cidadãos, como se existisse, portanto, um Estatuto da Informação ao Cidadão que, mormente na sociedade atual, merece ser informado, portanto tendo esse direito, o qual deve ser realizado com lealdade e notícias verdadeiras e/ou verossímeis. Desse modo, é absolutamente plausível se enxergar um bloco constitucional que vislumbra defender o direito à informação, sobretudo levando em consideração o nosso passado recente. ÁVILA, Humberto. Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>, acessado em 23/09/2019.

⁷⁵ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; AGOSTINI, Leonardo Cesar. A relação entre regime democrático e direito à informação. *Direitos fundamentais e justiça*. v.3, n.8. jul/set, 2009. p. 76.

⁷⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Art. 1º, *caput*.

⁷⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Art. 5º, XXXIV “a” e “b”.

⁷⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Art. 5º XIV.

⁷⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Art. 5º XXXIII.

de independente de taxas oferecer petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Neste sentido, o conteúdo de tal direito pode ser delineado a partir da obra “O Jardim e a Praça” que traduz de forma categórica as duas dimensões em constante conflito no mundo atual, ou seja, o público e o privado. A praça seria, na parábola, como uma parte da cidade que seria a figura do espaço público, de cenário político, vidas publicáveis. Por outro lado, o jardim representaria a vida consigo mesmo, com a família, ou seja, a parte interna da própria casa. Em resumo, em um caso haveria a vida com todos, e na outra perspectiva seria a esfera da vida hermética, fechada, encastelada⁸⁰.

É sabido que antes das revoluções liberais havia um conceito de privado, o qual hoje é tido como pedra fundamental do advento do liberalismo e sua forma de enxergar a realidade. Desde então, a praça foi tomada como um espaço voltado para as decisões históricas⁸¹, bem como para reivindicações populares.

Ato contínuo, no bojo desse liberalismo crescente, nasceu a exigência do jardim como espaço reservado para o uso restrito da pessoa⁸². Assim sendo, rapidamente, as populações, outrora rurais, tornaram-se urbanas e a aproximação entre as pessoas fez crescer os movimentos, um que urgia por maior recato e outro que vinha a devassar a vida privada, tornando a sociedade cada vez mais pública, sobretudo com a massificação das informações e comunicações⁸³.

Desse modo, o processo de socialização do homem parecia ser – e de fato o é – sem retorno, sendo uma espécie de evolução, claro com uma acentuada revolução⁸⁴.

E nesse contexto o direito à informação ganha especial relevo para a vida das pessoas, sendo imperiosa sua estruturação e sistematização, ao passo que por conviver entre o público e o privado o profissional da informação deve ser exímio ponderador, pois flutua, constantemente, entre o jardim e a praça⁸⁵.

No entanto, há de se ressaltar que a massificação da informação corroeu não

⁸⁰ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a Praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. 1983, jan/ju. Recife, p. 105-108.

⁸¹ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a Praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*, cit., p. 105-106.

⁸² GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Renovar. Rio de Janeiro: 1999, p. 8-9.

⁸³ *Ibidem*, p. 8-15.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 14-15.

somente a esfera privada, mas a esfera pública, restando uma ameaça à racionalidade do homem.

Pois que esse, não raramente, é substituído pela vigorosa “opinião pública”, ou seja, aquela fé cega em tudo que se publica e, por conseguinte, uma dedução unitária e sem crivo das pessoas, tendo todos a mesma opinião, andando na mesma direção⁸⁶.

Sendo assim, é preciso, em paralelo, preservar a habilidade de discernimento do homem com intuito de compreender, refletir e concluir sobre informações recebidas⁸⁷. Principalmente em um exponencial e irrevogável avanço das redes sociais.

Ante o exposto, a transformação das últimas décadas é digna de nota ao substituir o direito civil do eixo central da normatividade dos países, conforme tradição Napoleônica, e colocar neste centro as Constituições, que se transforma na Carta Fundamental de um povo, de uma nação⁸⁸.

Especificamente, assim, em nossa Carta Magna, a transformação apontou na direção de valorizar de forma patente o direito à informação, bem como todos seus desdobramentos correlatos⁸⁹.

Pautando-se na liberdade de informação que implica na liberdade de imprensa, sendo essa derivação lógica da livre manifestação do pensamento⁹⁰, sendo de máxima relevância principalmente em razão do recente passado latino-americano, marcado por ditaduras.

Destarte, inicialmente, almeja-se separar o direito à informação das demais manifestações do pensamento, embora possa parecer uma tarefa de difícil monta, se faz necessário, ainda que as liberdades se ramifiquem como uma árvore da liberdade de pensamento, não possuem todas as mesmas características e os mesmos signos semânticos, razão pela qual extremar a informação se torna necessário⁹¹.

A informação se desvela com a função social de disseminar o conhecimento humano para ordenar a sociedade, tornando os membros dessa comunidade mais próximos uns aos outros, equivalentes no saber e, logo, capazes para laborar seu discernimento⁹².

Não obstante a justificativa social empregada, a informação em um Estado

⁸⁶ GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Renovar. Rio de Janeiro: 1999. p. 14.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 51.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 10-15.

⁸⁹ GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Renovar. Rio de Janeiro: 1999. p. 10-15.

⁹⁰ GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 10-15

⁹¹ GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 52.

⁹² *Ibidem*, p. 52-53.

Democrático de Direito tem outra função social de igual relevância, qual seja, o direito às informações sérias, seguras e imparciais, uma vez que esse direito exerce um papel de destaque no cenário político.

Pois, em uma sociedade em que o poder político se estriba no povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente conforme a constituição⁹³, é fundamental a informação para que se possa deliberar com consciência⁹⁴.

Repisa-se, o papel da informação no mundo contemporâneo é de tal magnitude que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera as liberdades de expressão e de informação como um dos valores elementares na constituição de uma democracia⁹⁵.

Ademais, a doutrina afirma que o direito, aqui debatido, é de suma importância não somente à democracia, mas, mormente, ao pleno exercício e gozo da soberania popular, conforme consagrado pela Constituição Federal de 1988, de modo que cabe ao povo fiscalizar órgãos constitucionais dos diversos poderes.

Nesse contexto, entendida as funções social e política do direito à informação, vislumbra-se a sua natureza jurídica e a definição de seu objeto.

Para alguns, não há um direito à informação, mas um interesse público em ser informado, o que seria materializado em uma informação objetiva, imparcial e completa, contudo não é esse o entendimento que prevalece.

Assim, de modo tranquilo na doutrina, o direito à informação é visto como um direito fundamental inserido na Carta da República no capítulo de direitos e garantias fundamentais. Tratando-se, portanto, de um direito subjetivo público, que deve ser exerável em face do Estado para pleitear desembaraço estatal, ou seja, qualquer censura, bem como para permitir a livre expressão⁹⁶.

Ademais, é, igualmente, um direito de ordem privada e exercitável em face de particulares, seja pessoa física ou jurídica, com intuito de requisitar ou corrigir informações, tendo, portanto, sua eficácia vertical e horizontal como direitos fundamentais exercidos⁹⁷.

Portanto, o direito à informação apresenta uma dupla perspectiva.

Por um lado, tem uma fundamentação subjetiva ao salvaguardar seu desenvolvimento pessoal, bem como poderá ser exigido tanto em face do Estado como de

⁹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Art. 1º, parágrafo único..

⁹⁴ GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 53.

⁹⁵ GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit, p. 54.

⁹⁶ GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit, p. 54-55.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 55.

peças físicas ou jurídicas. Por outro lado, apresenta uma fundamentação objetiva ao permitir aos cidadãos que se realizem nas esferas sociais e políticas, participando ativamente da sociedade em que estão inseridos, porque ao efetivarem este direito subjetivo público se cristaliza o pluralismo político.

Identifica-se, por sua vez, a mensagem informativa como objeto do direito à informação.

Além disso, acerca do conteúdo existem algumas sistematizações na doutrina. A saber, uma que divide em direito a informar, que seria uma conduta ativa, e o direito de ser informado, a outra que desempenharia uma conduta passiva.

Em paralelo, há uma convergência doutrinária, na qual para a doutrina, majoritariamente, deve haver a necessidade de informação verdadeira, embora possa parecer senso comum uma afirmação dessa natureza, ou uma obviedade, mas é imperioso que a informação seja alimentada pela verdade ou, minimamente, por uma alta carga de verossimilhança⁹⁸. Com efeito, a necessidade da verdade se torna ainda mais relevante em uma sociedade “bombardeada” por informações e que busca diuturnamente se “blindar” das “*Fake News*”, que prejudicam o cotidiano social e se tornam um pernicioso obstáculo à concretização de uma cidadania plena, inclusive colocando à prova as democracias ao redor do mundo.

Por fim, repisa-se, o direito à informação tem assento constitucional e almeja a garantia da informação pública de fatos ou de questões referentes às pessoas para um número impreciso e potencialmente grande pessoas. Destarte, objetiva-se influenciar no comportamento da sociedade e contribuir na sua capacidade cognitiva de discernimento e de escolha, seja para assuntos de natureza privada, como outros que tenham repercussão coletiva⁹⁹, ou de assuntos que sejam de esfera privada, mas com ressonância coletiva.

2.2 O Direito ao Esquecimento e o Conflito Atual entre o Direito ao Esquecimento e o Direito à Informação.

Cumprido esclarecer, de início, que a doutrina não apresenta um consenso sobre a existência ou não do chamado “direito ao esquecimento”. Há autores que defendem este direito e outros que negam veementemente qualquer valor ao direito ao esquecimento.

Inicialmente é imperioso fazer um recorte para que se possa entender o que se

⁹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Ponderação. *Revista de Direito Privado – RDPriv.* Ano 05, abril-junho/2004, p. 109-130.

⁹⁹ GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Direito de informação e liberdade de expressão*, cit., p. 61.

chama de direito ao esquecimento.

A nosso sentir, evidencia-se que este “novo” direito está inserido no âmbito do direito à privacidade, por isso se fez necessário a conceituação jurídica feita no tópico anterior acerca do assunto – notadamente a referência a Teoria do Círculo Concêntrico.

Um exemplo claro de que o direito ao esquecimento faz parte do direito à privacidade pode ser extraído do livro “Direitos da Personalidade”, do eminente Anderson Schreiber. Doutrinador, por sinal, que é um dos expoentes em direito civil, principalmente neste tema, ora em debate.

Pois bem, no mencionado livro, em seu capítulo 5 que trata do direito à privacidade¹⁰⁰, há um tópico dedicado exclusivamente para o direito ao esquecimento. No entanto, o próprio Anderson Schreiber em um artigo recentemente publicado a respeito do tema diz que “(...) o direito ao esquecimento não se associa tanto à proteção da intimidade ou privacidade da pessoa humana(...)”¹⁰¹.

Aparentemente as duas afirmações, sobretudo se considerarmos que seriam do mesmo autor, seriam contraditórias. Contudo, não há qualquer contradição em se considerar o direito ao esquecimento como uma ramificação do direito à privacidade e, a um só tempo, buscar discernir sua proteção efetiva do direito à privacidade.

Ocorre que há um costume na doutrina e jurisprudência de se relacionar a privacidade, equivocadamente, com contornos de patrimônio, como se a pessoa fosse proprietária de seus dados, de suas informações. No entanto, esta ideia, embora ainda difundida, não é mais moderna, sobretudo no Brasil.

Pois, com a rotação do eixo gravitacional, em uma perspectiva civil-constitucional, o bem material e a propriedade não são mais o núcleo do nosso sistema jurídico. Como dito anteriormente, estando a Constituição no centro do ordenamento, necessariamente a dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo do nosso sistema jurídico.

Nesse contexto, a força propulsora para se interpretar o direito à privacidade, inclusive o direito ao esquecimento, é a proteção à pessoa humana, que ganhou primazia na ordem constitucional brasileira¹⁰².

Posta a questão nestes termos, conclui-se que o conteúdo do direito ao

¹⁰⁰ Ver SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, passim.

¹⁰¹ SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 68.

¹⁰² SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*, cit., p. 68.

esquecimento está umbilicalmente ligado à privacidade, mas não no sentido “vulgar”, que seria a privacidade como patrimônio de alguém¹⁰³, mas na acepção constitucional que diz respeito à pessoa humana, à personalidade, e, mormente, a construção da sua identidade pessoal¹⁰⁴.

Com efeito, estando a par do conteúdo jurídico, é essencial traçar a definição técnica do direito ao esquecimento, a fim de afastar uma discussão rasa. Pois, como dissemos acima, há quem negue a existência do direito ao esquecimento, porque seria uma inaceitável restrição à liberdade de expressão e manifestação.

Nesse contexto, a melhor doutrina¹⁰⁵ entende que o direito ao esquecimento é um direito da pessoa humana de se opor à lembrança opressiva de fatos perante a sociedade, situações que causariam prejuízos ao desenvolvimento pleno de sua identidade pessoal. Frise-se que é um direito da pessoa humana, não extensível à pessoa jurídica, por exemplo.

Em suma, o direito ao esquecimento é um direito da pessoa humana¹⁰⁶ que pode ser exercido contra agente público ou privado, em virtude de uma recordação opressiva dos fatos, os quais seriam potenciais causadores de danos a plena realização da pessoa humana¹⁰⁷.

Exemplos para ilustrar o tema é que não faltam, vejamos: o caso de um jogador de futebol que levava vida desregrada à época em que jogava, mas décadas depois, após se aposentar, constituiu família, é uma pessoa reservada, se converteu religioso e não mais se identifica com os fatos pretéritos.

Assim sendo, é possível vislumbrar que esta pessoa tem a construção da sua identidade pessoal prejudicada ao ser retratada, perante terceiros, aspectos de sua personalidade que não condizem mais com a sua vida atual. Não havendo dúvida quanto a possibilidade, portanto, de notícias do passado, destacadas do contexto primitivo e fora do tempo, podem causar grave dano à pessoa retratada¹⁰⁸, ainda que se trate de fatos verdadeiros.

Outro exemplo interessante e emblemático é o caso de uma pessoa que nasce homem ou mulher e não se enxerga daquela maneira. Orientando-se, assim, a mudança de gênero, ou seja, é o caso da pessoa transexual. Pois bem, esta pessoa não quer ser mais retratada

¹⁰³ STJ, REsp 1.334.097, j. 28.5.2013. Anota-se que este foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.334.097, que assentou um direito de não ser lembrado contra sua vontade, em perspectiva voluntarista, como se estes fatos fizessem parte do seu patrimônio, em uma visão dos fatos como propriedade.

¹⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 68-69.

¹⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 70-71.

¹⁰⁶ Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

¹⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*, cit., p. 71.

¹⁰⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ªed. São Paulo. Atlas, 2014. p. 173.

como nasceu, seja pelo Poder Público, seja na esfera privada, devendo ser reconhecida pela forma (leia-se identidade) que se enxerga atualmente, prestigiando ao máximo sua identidade pessoal, efetivando-se a dignidade da pessoa humana¹⁰⁹.

Nesta perspectiva, traçados o conteúdo e a definição do direito ao esquecimento, para melhor entendimento do conflito que se segue, se faz, igualmente, necessário entender como se deu o surgimento deste direito.

A saber, em sua origem o direito ao esquecimento nasceu dos pleitos de ex-detentos, que estavam ressocializados pelo cumprimento das penas, e não queriam ver sua identidade atual vinculadas aos fatos pretéritos¹¹⁰. Nesta perspectiva, Anderson Schreiber, citando Stefano Rodotà diz: “*nem todas as pegadas que deixei em minha vida devem me seguir implacavelmente, em cada momento da minha existência*”¹¹¹.

É possível notar, claramente, o conteúdo e a definição do direito ao esquecimento neste excerto lapidar. Pois bem, a um só tempo, há a proteção da identidade pessoal, sob o manto da dignidade da pessoa humana, bem como se afasta lembranças opressivas que não fazem mais parte da identidade atual daquela pessoa.

Neste mesmo sentido, é interessante lembrar das palavras do Ministro Marco Aurélio de Mello, quando instado a se manifestar, em uma entrevista para televisão, sobre sua mudança de posicionamento em determinado assunto que viria a ser julgado. Com efeito, à época, o eminente ministro disse que “*ninguém poderia ser escravo dos próprios erros*”.

As palavras têm mais do que um efeito auditivo bonito, elas traduzem, indiretamente, o quanto que a dignidade da pessoa humana está entranhada na interpretação do Direito. De tal monta, que um ministro da Suprema Corte, em uma sutil entrevista, deixa claro de como o núcleo de qualquer interpretação deva ser a pessoa humana.

Ato contínuo, o conflito entre direito ao esquecimento e a liberdade de expressão não param em questões dos ex-detentos. Ao contrário, a discussão se dá de forma incandescente e mais elevada, levando-se em consideração o avanço tecnológico. Notadamente o debate ganha outros matizes, como pedidos de desindexação do nome das pessoas de sites de buscas¹¹².

A saber, tornou-se frequente demandas judiciais em face dos buscadores (em sua grande maioria, o *google*) da internet para a desindexação de informações do nome da pessoa

¹⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 71.

¹¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 173.

¹¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*, cit., p. 173.

¹¹² COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na internet: a Scarlet letter digital. SCHREIBER, Anderson (coord.) *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 204.

com notícias veiculadas na internet¹¹³. Ou seja, busca-se, não raramente, uma tutela inibitória, tendo em vista a impossibilidade do *restitutio in integrum*, já que sendo violado o direito não há como voltar ao *status quo*. A saber, inclusive, esta é a justificativa para o enunciado nº 576 da VII Jornada de Direito Civil do CJF (Conselho da Justiça Federal).

Com efeito, o que se tem visto no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, no ano de 2019, são decisões não uniformes e que geram ainda mais segurança jurídica. Ora se afasta o direito ao esquecimento, fazendo prevalecer a informação, ora se reconhece o direito ao esquecimento, com base na pessoa humana, prestigiando a identidade pessoal.

Pois bem, em recente julgamento, a Vigésima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reformou sentença que havia julgado procedente pedido da parte para excluir de resultados de busca no *google* pesquisa relacionada a ensaios sensuais realizados enquanto exercia a carreira artística. O desembargador relator assentou seu voto no sentido de prestigiar o direito à informação. Em um excerto do voto, afirma o julgador:

“(…) Ademais, note-se que a parte autora não comprovou que fotos ou vídeos seus estão sendo veiculados em sites de conteúdo pornográfico, tão pouco que os sites que pretende ver removidos possuem conteúdo ilegal, abusivo, ilícito, difamatório ou ofensivo. De fato, a demandante deixou de demonstrar que nos sites impugnados lhe foi atribuída qualificação depreciativa; divulgada informações falsas ou que teve sua intimidade e privacidade invadidas, não restando configurada violação à imagem e honra da apelada. (...) Prosseguindo, o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes no sentido de que os provedores de busca, como é o caso da parte ré, não estão obrigados a excluir de seus resultados sites que apontem para determinados conteúdos com fotos ou vídeos, usando como fundamento a ausência de amparo normativo e o direito da coletividade à informação.¹¹⁴”

Em posição diametralmente oposta, a Vigésima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de apelação, manteve sentença que determina a retirada de reportagem de ambiente virtual, sob a fundamentação de que o direito ao esquecimento é um desdobramento da dignidade da pessoa humana. É ilustrativo trazer o trecho do voto do desembargador relator:

“(…) é certo que os impactos sociais promovidos pelos meios de comunicação se instauraram de tal forma na nossa sociedade que atualmente é impossível pensar em uma rotina sem a tecnologia e a popularização da internet. Assistir à TV e navegar na internet ao mesmo tempo tornou-se um hábito de praticamente de todas as pessoas

¹¹³ Enunciado n. 576 da VII Jornada de Direito Civil do CJF: O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória.

¹¹⁴ TJRJ, 25ª CC, Apelação Cível 0029051-16.2017.8.19.0209, Rel. Des. Sérgio Seabra Varella, julgamento em 04.09.2019.

com acesso à 'web'. A plataforma digital e os mecanismos de busca permitem que informações de um período passado possam facilmente ser resgatadas, e não raro causam prejuízos àqueles a que se referem. Nesse prisma, a retirada da reportagem do ambiente virtual, como determinado na sentença, deve ser mantida. Afinal, o direito ao esquecimento é desdobramento da dignidade da pessoa humana, corolário dos princípios da inviolabilidade da vida privada e da proteção à privacidade. Consiste no direito do indivíduo não ser lembrado por situações pretéritas constrangedoras ou vexatórias, ainda que verídicas.¹¹⁵

Após simples cotejo das decisões, duas questões são facilmente observáveis. A uma, a decisão que prestigia o direito ao esquecimento vem na linha do direito ao esquecimento como corolário da do direito à privacidade, bem como sendo um desdobramento da dignidade da pessoa humana, no sentido de defesa de sua identidade pessoal. Assim sendo, restou claro na decisão tanto o conteúdo quanto definição do direito ao esquecimento que fora deduzido.

A duas, é patente que o Poder Judiciário ainda não tem uma posição uniforme sobre o conflito em tela. Como dito, ora o “pêndulo” se aproxima do direito à informação, ora fica mais perto do direito à privacidade.

Com efeito, conclui-se que o choque entre os direitos envolvidos se torna cada vez mais comum e as demandas judiciais que buscam a desindexação serão cada vez maiores.

Notadamente em um mundo altamente digitalizado, onde há “uma” vida real e “outra” vida virtual, sendo que esta influi diretamente aquela, mexendo, sobretudo, com a psique de cada pessoa.

Nesse contexto, mais do que admitir o conflito entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, é necessário traçar parâmetros que torne as decisões judiciais, se não mais justas, porque conceito de justiça é muito subjetivo, ao menos previsíveis. Prestigiando, assim, não apenas os direitos fundamentais envolvidos, mas o princípio da segurança jurídica, uma das pedras angulares do Estado Democrático de Direito.

Portanto, torna-se fundamental para o debate a análise da hermenêutica constitucional, mormente nesta colisão entre direitos fundamentais, para que possa, posteriormente, propugnar alguns parâmetros exegéticos.

Nesta perspectiva, buscou-se, no presente capítulo, apresentar o conteúdo e a forma em que a doutrina examina os direitos à privacidade e à informação. Em ato contínuo, aduziu-se o direito ao esquecimento, o qual é um corolário lógico do direito à privacidade, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana. Por fim, a partir do conteúdo jurídico e da definição técnica do direito ao esquecimento, observou-se a dinâmica do conflito atual entre o direito ao

¹¹⁵ TJRJ, 27ª CC, Apelação Cível 0095953-90.2017.8.19.0001, Rel. Des. Antonio Carlos dos Santos Bitencourt, julgamento em 12.06.2019.

esquecimento e o direito à informação, notadamente com decisões, ainda, não uniformes dos tribunais.

3. A Tentativa de Superação do Conflito entre o Direito ao Esquecimento e o Direito à Informação.

3.1 Hermenêutica Constitucional e Conflitos entre Direitos Fundamentais.

A interpretação está umbilicalmente ligada ao direito, do mesmo modo que a sombra segue o corpo. Desta forma, todo direito exige, em determinada gradação, ser interpretado¹¹⁶.

Nesse diapasão, destaca-se que até meados do século XX a interpretação jurídica estava totalmente afastada do Direito Constitucional, somente após as primeiras décadas do século passado se intensificou a hermenêutica constitucional, valendo-se, por conseguinte, do mesmo raciocínio aos direitos fundamentais¹¹⁷.

Neste aspecto, tem-se que a interpretação dos direitos fundamentais depende, necessariamente, de uma teoria dos direitos fundamentais, e esta de uma teoria da Constituição, como se fossem “argolas” nesta sequência lógica. Em ato contínuo, ambas as teorias dependem necessariamente de um conceito de Estado, ou seja, de uma ideologia¹¹⁸.

Esta tem como esteio os valores do Estado Democrático de Direito – amálgama do Estado Liberal com o Estado de Bem-Estar Social - com regras e princípios constitucionais, que legitimam os direitos fundamentais e a própria Constituição, e são regidos por uma teoria material da Constituição¹¹⁹.

A teoria material da Constituição vislumbra tratar a Constituição como direito, como a Lei das Leis, de forma diferenciada, sendo hierárquica e axiologicamente superior e não com o prisma formalista, destituída de juridicidade, contendo regras programáticas sem qualquer eficácia¹²⁰.

Portanto, a Carta Magna não é um texto político, tampouco uma Carta meramente programática, mas um conjunto normativo de princípios, regras e valores arraigado na história social, criando a própria legitimidade¹²¹.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 595.

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 595 e ss.

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 595-598.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 596.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 597.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur Maria. O direito ao “esquecimento” na sociedade da

Assim sendo, esse conceito, impregnado de valores¹²², é inegavelmente a matéria-prima para a nova hermenêutica Constitucional¹²³.

Como consequência dessa temos: a introdução do princípio da proporcionalidade; maior proteção, além de maior efetividade, dos direitos fundamentais; reconhecimento da eficácia normativa dos princípios; pluridimensionalidade; expansão normativa do Direito Constitucional para todos os ramos do Direito; superioridade hierárquica; Constituição como direito e não mero capítulo da Ciência Política – como afirmava Buerdeau, citado por Bonavides – entre outras¹²⁴.

Posta a questão nestes termos, tem-se claramente dois momentos históricos, um até meados do século XX, o qual era marcado pelo positivismo e centrado numa sociedade estritamente liberal, em que a liberdade e a autonomia da vontade imperavam, sendo o Direito Constitucional, um direito sem grande repercussão. E a outra em quem surgia este “novo direito constitucional”.

Ademais, neste dado recorte histórico, pode-se dizer que havia o “velho” Direito Constitucional, baseado na separação dos poderes e com o positivismo formal em decadência¹²⁵.

Com efeito, surge o “novo” Direito Constitucional, o qual se estriba nos direitos fundamentais, no Estado Social e no pós-positivismo material em ascensão¹²⁶. Outrora, o núcleo imperativo da Constituição era a parte organizacional, a separação de poderes – princípio de Montesquieu, adotado pelo Estado Liberal – com uma suposta neutralidade constitucional, sem valoração.

Esta ideia foi substituída por uma concepção de Constituição e Estado, diametralmente oposta, de maneira que a Constituição foi posta no centro do ordenamento jurídico e em relevo, destacando-se das demais legislações.

Nesse contexto, passou a tratar dos direitos fundamentais e das garantias processuais de liberdade como seu centro gravitacional, no entanto não mais naquele Estado Liberal do famigerado *laissez faire, laissez passer*, mas sob o pálio do Estado Democrático de Direito¹²⁷, de feições Liberal e Social¹²⁸.

informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019. passim.

¹²² SARMENTO, Daniel. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 114-124.

¹²³ Até quem se diz contra a distinção entre métodos interpretativos aceita a força da nova hermenêutica constitucional, cf. BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional...* Cit. p. 598.

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito...*, Cit., p. 598-599.

¹²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito...*, Cit., p. 599 e ss.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 599.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 599-600.

¹²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Constitucional...* Cit. p. 6-10.

Entretanto, ainda que haja essa diferença temporal, meramente didática, entre os dois “direitos” constitucionais, deve-se repisar que da concepção anterior, permaneceu o Princípio da Separação dos Poderes¹²⁹, embora não seja a ideia estruturante do Estado Democrático, tem extrema relevância.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o “velho” Direito Constitucional tinha como especial atenção, tal princípio uma vez que havia em sua criação o encaixe da insegurança do recente absolutismo. Por outra via, este novo direito constitucional tem a sua maior preocupação nos direitos fundamentais e suas garantias processuais, razão pela qual a sociedade busca desenvolver a efetivação e concretização desses direitos, os quais se mostram como o feixe das liberdades constitucionais¹³⁰.

Sob tal giro, os direitos fundamentais têm o condão de ir além da relação dicotômica até então estabelecida entre Estado-Cidadão e entre particulares, transformando essas relações e estremecendo-as. Pois, a partir do enfoque desses direitos adquire-se uma dimensão de norma objetiva, de validade universal de conteúdo impreciso e aberto, que não se adstringe aos direitos público ou privado, mas permeia todo o ordenamento jurídico¹³¹.

Essa dimensão jurídico-objetiva incide inovações constitucionais, que não se tinha em vista anteriormente, por exemplo, como a irradiação dos direitos fundamentais para todo o ordenamento jurídico.

Nesta perspectiva, o advento da teoria principiológica, elevando os princípios ao status de normas e não apenas como diretrizes para preencher lacunas, bem como a sua dimensão axiológica são imperativos para a nova hermenêutica constitucional¹³².

Pois bem, vislumbra-se com clareza a insuficiência da velha hermenêutica constitucional para interpretar os direitos fundamentais, bem como para emprestar a dimensão que lhe são devidas.

Os métodos tradicionais de interpretação – gramatical, lógico, sistemático e histórico – contudo não estão adequados à interpretação exigida para os direitos fundamentais¹³³, porquanto encontram-se entranhados no positivismo lógico-formal, com a ideia da subsunção normativa.

Por outro prisma, a nova hermenêutica constitucional introduziu o conceito de

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...* Cit. p. 601.

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito...*, Cit., p. 601-602.

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito...*, Cit., p. 603.

¹³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito...*, Cit., p. 603.

¹³³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 607.

concretização – embora muito criticado por alguns doutrinadores¹³⁴ - que implica nos direitos fundamentais, bem como as cláusulas abertas do texto constitucional e requer do intérprete uma maior diligência criativa para alcançar a concretude da norma e atingir a juridicidade esperada no ordenamento. Inspirando-se, portanto, em uma teoria material de valores, fazendo da Constituição não só normas programáticas, mas, também, normas concretas¹³⁵.

Com efeito, isto demanda erigir uma teoria dos direitos fundamentais estribada em sua real efetividade. Não sendo, todavia, espontânea, nem automática, mas um resultado complexo da hermenêutica, em razão de uma pluralidade de situações que se apresentam.

Assim, em linhas gerais, almeja-se a construção de um conceito de eficácia em razão da exegética, bem como da interpretação ciceroneada pela efetividade, como duas faces de uma mesma moeda¹³⁶.

Sem embargo, com escopo de se desvendar os direitos fundamentais não se pode desprender da inclinação hermenêutica da “unidade da constituição”, porque, como se viu, para se desenvolver uma exegética dos direitos fundamentais não se pode suprimir uma interpretação da Constituição.

Sabe-se que a Carta da República não pode ser considerada isoladamente, ou em uma ou outra prescrição singular. Ou seja, não é possível interpretar a Constituição em tiras, porque é inescusável existir uma unidade da Constituição, de modo que os comandos constitucionais devem guardar compatibilidade quando de sua interpretação¹³⁷.

Com efeito, embora haja o Princípio da Unidade da Constituição que impõe a existência coerente entre os bens e valores igualmente tutelados pela ordem jurídico-constitucional, não raramente a vida prática impõe situações fáticas em que se chocam esses direitos fundamentais. São as chamadas colisões de direitos fundamentais¹³⁸, que resultam na insuficiência dos critérios tradicionais para superação de conflitos normativos, como grau hierárquico, temporalidade e especialização¹³⁹.

Tais colisões nascem no seio deste discutido direito constitucional contemporâneo e as razões para este problema são as mais diversas e inusitadas possíveis.

São exemplos: o pluralismo cultural, que adensado nas últimas décadas, provoca

¹³⁴ V. crítica em BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit. p. 619-623.

¹³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 606.

¹³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 612.

¹³⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 373.

¹³⁸ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Ponderação. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. Ano 05, abril-junho/2004, p. 106.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 109.

choque entre modos de viver; mudanças tecnológicas que alteram significativamente as relações humanas; entre outros. Neste cenário, é normal que direitos fundamentais entrem em rota de colisão.

Nesse diapasão, é patente que os direitos fundamentais têm o mesmo *status* jurídico e não gozam, portanto, de superioridade de um em relação ao outro. Pois, estão no mesmo patamar axiológico e gravados da cláusula de inatingibilidade, ou seja, são cláusulas pétreas na Carta Magna¹⁴⁰.

Por conseguinte, o conflito entre dois direitos fundamentais acaba por “empurrar” o intérprete para uma “rua sem saída”, uma vez que o direito não traz solução para essa situação nova, tampouco há ensejo para aplicação do método subsuntivo. Logo, a técnica da ponderação passa a ser a que deve ser utilizada pelo julgador, seja na ausência de parâmetro legislativo, seja para aferição do caso concreto.

Contudo, antes de se enveredar para a técnica da ponderação, é relevante mencionar que a técnica em questão é posta em funcionamento por causa de dois “gargalos” hermenêuticos.

Um é o já mencionado *status* jurídico equivalente das normas de direito fundamental.

O outro deve-se ao fato de somente o poder legiferante ser autorizado a evitar casos de colisões entre esses direitos, ao estipular alguns limites prévios aos direitos fundamentais. Pois, em regra, cabe ao legislador instituir normas a serem seguidas pelo intérprete. No entanto, aprioristicamente, não deve o Poder Legislativo prescrever abstratamente preferência de um direito em detrimento a outro, sob pena de atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, por conseguinte, esvaziar a eficácia desses.¹⁴¹

Assim, em razão dos “gargalos” jurídicos hermenêuticos, desenvolve-se a técnica da ponderação, que busca se adaptar às nuances interpretativas exigidas pela dinâmica social.

Destarte, a ponderação visa resolver os casos difíceis – ou famosos, *hard cases* – que são aqueles que não podem ser solucionados com a técnica de utilização das premissas maiores e menores, conhecido como método subsuntivo¹⁴².

Entretanto, isto não quer dizer que haverá uma negação deste método que

¹⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Ponderação. *Revista de Direito Privado – RDPriv.* Ano 05, abril-junho/2004, p. 110.

¹⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Ponderação. *Revista de Direito Privado*, cit., p. 109.

¹⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Renovar. 2003. p. 55.

continuará a ser usado, quando cabível, normalmente.

A estrutura interna da técnica da ponderação não é de toda difundida e conhecida, mas é sabido que se trata de um raciocínio que vislumbra pôr em uma balança os interesses, valores e normas incidentes em determinada situação fática¹⁴³.

Sendo, portanto, uma técnica que almeja trabalhar com a ideia de a Constituição ser um documento dialético, a qual, por essa razão de diálogo entre os direitos, acaba gerando uma situação de conflitos potenciais¹⁴⁴.

Para tanto, a fim de efetivar a técnica, a doutrina¹⁴⁵ descreve três etapas para o processo exegético da técnica de ponderação.

Primeiramente, os comandos normativos são identificados, isto é, se reconhece as normas que incidem no caso fático, o que não quer dizer que será um enunciado normativo *versus* outro enunciado. O que ocorre é a conjugação de mais de um dispositivo para compor determinado direito em detrimento a outro conjunto. A finalidade desta separação é otimizar a comparação entre os elementos normativos em disputa¹⁴⁶.

Em um segundo momento, se busca perquirir as circunstâncias fáticas, ou seja, aquilo que realmente de fato ocorre no “mundo dos fatos”, como se costuma dizer, e também a interação destes com os elementos normativos¹⁴⁷.

É neste instante em que há o cotejamento entre os fatos com os conteúdos normativos, resultando no sentido real, ou seja, na solução do caso concreto. Desse modo, se determinará o papel e extensão de influência das normas previamente identificadas¹⁴⁸.

Aduz-se, até este ponto, somente, as pré-compreensões do julgador, porque o intérprete apenas cria uma estrutura lógica de raciocínio e de cognição a respeito do caso que irá decidir.

Então, no terceiro momento, ocorre a atividade de julgar de fato. Portanto, é neste instante que a ponderação irá se realizar, aplicando-se os princípios, observando sua estrutura

¹⁴³ BARROSO, Luis Roberto. Colisão *entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Ponderação*. Revista de Direito Privado – RDPriv. Ano 05, abril-junho/2004, p. 113 e ss.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 114.

¹⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. Colisão *entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Ponderação*. Revista de Direito Privado, cit., p. 115-117.

¹⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Renovar. 2003. p. 58.

¹⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Renovar. 2003. p. 57-58.

¹⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. Colisão *entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Ponderação*. In: *Revista de Direito Privado – RDPriv*. Ano 05, abril-junho/2004, p. 115.

social e histórica, bem como sua natureza, com maior ou menor intensidade, em razão das circunstâncias jurídicas ou fáticas.

Logo, aqui se decidirá qual agrupamento de enunciados normativos devem sobressair no caso concreto. Porém, além dessa escolha feita, é necessário, outrossim, graduar a intensidade da solução proposta para o caso, sendo todo esse processo cognoscível instrumentalizado pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade¹⁴⁹.

3.2 Alguns Possíveis Parâmetros para os Casos em que se pleiteia o Direito ao Esquecimento.

Diante do exposto até o presente momento, observa-se o potencial conflito entre as normas fundamentais, notadamente as que envolvem o caso em comento. Para tanto, inegavelmente, o julgador terá que se valer da hermenêutica constitucional, e não haverá outra escolha a não ser a da mencionada técnica da ponderação.

No entanto, tal técnica não prescinde do estabelecimento de *standards*, ou seja, parâmetros que devem ser observados em todos os casos, com fito de instaurar uma interpretação objetiva no julgamento.

Com efeito, não há parâmetros nos tribunais, cada um julga em virtude da situação fática, sem levar em consideração qualquer “medidor” para consolidar sua fundamentação, como podemos ver nas decisões antagônicas mencionados no capítulo anterior.

Neste contexto, o julgador fica demasiadamente “livre” para, ao seu alvedrio, escolher previamente um dos direitos em conflito e, posteriormente, “encaixar” a fundamentação. Assim, a parametrização tem como um dos focos principais tornar as escolhas mais objetivas e menos “arbitrárias”.

Deste modo, se faz imperioso que haja parâmetros para que o intérprete diante do caso concreto se utilize destes. E faça a “calibragem” dos direitos fundamentais em jogo, decidindo dentro do que se pode esperar no ordenamento jurídico.

A saber, o paradigma que cuida do direito ao esquecimento é o RE 1.010.606/RJ que trata do caso Aída Curi que está aguardando julgamento do STF¹⁵⁰, de modo que a Corte Suprema do país não se posicionou sobre o tema.

¹⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Poderação. In: *Revista de Direito Privado – RDPriv.* Ano 05, abril-junho/2004, p. 116.

¹⁵⁰ O processo está em conclusão para julgamento desde outubro de 2018 e, conforme as últimas notícias veiculadas na imprensa, a previsão é que o julgamento deve ser em 30 de setembro de 2020.

Por outro lado, em um caso parecido, qual seja, o debate sobre as biografias não-autorizadas, na ADI nº 4.815, o STF decidiu pela liberdade de expressão e pelo direito à informação em detrimento ao direito à privacidade.

Neste julgamento, o Min. Luís Roberto Barroso afirmou em seu voto que haveria uma preferência, *prima facie*, do direito à informação em relação aos outros, notadamente dentro do Estado Democrático de Direito. Em um trecho do seu voto, na presente demanda, é patente sua posição, anota-se:

“(…) Este caso que estamos analisando hoje, aqui, envolve uma tensão, uma colisão potencial entre a liberdade de expressão e o direito à informação de um lado; e, de outro lado, os chamados direitos da personalidade, notadamente no tocante ao direito de privacidade, ao direito de imagem e ao direito à honra. Nessas situações em que convivem normas constitucionais que guardam entre si uma tensão, e a característica das Constituições contemporâneas é precisamente esse caráter compromissório e dialético de abrigarem valores diversos, a técnica que o Direito predominantemente adota para a solução dessa tensão ou desse conflito é precisamente a denominada ponderação. E aqui eu gostaria de registrar que um dos princípios que norteiam a interpretação constitucional, e conseqüentemente a própria ponderação, é o princípio da unidade, que estabelece a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais. Uma norma constitucional não colhe o seu fundamento de validade em outra norma, portanto, elas têm de conviver harmoniosamente e uma não pode ser reconhecida como sendo superior à outra. (...) E acho importante insistir nisso, porque o Supremo tem sido um guardião importante da liberdade de expressão, mas é inevitável reconhecer que, nas instâncias inferiores, há uma quantidade impressionante de precedentes negativos em relação à liberdade de expressão. Eles vão desde a proibição de divulgação de fatos e a suspensão da circulação de revistas, até a proibição de biografias. Portanto, não é irrelevante que nós insistamos nesse argumento, ao menos os que acreditam que ele seja um argumento importante. E, aqui, diga-se que afirmar que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial não significa hierarquizá-la em relação a outros direitos fundamentais, porque, como disse, não há hierarquia entre eles. Porém, dizer-se que a liberdade de expressão é um direito ou uma liberdade preferencial significa, em primeiro lugar e acima de tudo, uma transferência de ônus argumentativo. Quem desejar afastar a liberdade de expressão é que tem que ser capaz de demonstrar as suas razões, porque, **prima facie**, em princípio, é ela, a liberdade de expressão, que deve prevalecer.(...)”¹⁵¹”

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso é lapidar, contudo deve ser lido de forma restritiva e com ressalvas. O que se quer dizer que a fundamentação é precisa e escoreita para o caso levado a julgamento na ADI nº 4.815. Ressaltando-se que o próprio ministro, à luz de sua explanação, grifa que não há hierarquia entre os direitos fundamentais.

Aparentemente pode parecer contraditório, falar que não há hierarquia e depois que há uma preferência *prima facie*. Contudo, não há qualquer contradição na argumentação aduzida no julgamento. Pois bem, cabe esclarecer que a finalidade da fundamentação é, como

¹⁵¹ STF, Plenário, ADIn nº 4.815, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 10.06.2015. Voto do Min. Luís Roberto Barroso.

pode ser extraído do próprio voto, dar um ônus argumentativo maior para nesses casos se afastar o direito à privacidade e intimidade e se prestigiar o direito à informação. E quais são esses casos? São os casos das biografias não autorizadas, situações em que há a “memória de um povo”, ou seja, quando uma questão histórica envolvida. Em síntese, quando os valores democráticos, públicos e republicanos são patentes.

Por isso, *concessa máxima vênia*, feita esta ressalva, parece claro que a fundamentação daquele caso deve ser feita de forma restritiva, isto é, sem ampliar, aprioristicamente, para os demais. Assim, não se pode estender aquela fundamentação para todos os casos em que suscita o conflito com o direito à informação, sob pena de se criar um “falso embate”¹⁵². Assim, não obstante a relevância e importância desse julgamento, o qual não pode ser suprimido, é necessário parcimônia para se realizar as análises.

Nesta perspectiva, deve-se estremar os dois casos, quais sejam, a demanda objetiva (ADI nº 4.815) envolvendo as biografias não-autorizadas e os casos em que se discute o pleito de direito ao esquecimento.

Notadamente, porque naquele caso há uma questão histórica envolvida, há uma pretensão da sociedade de conhecer a história, no sentido de que não pode haver uma forma monolítica de narrar uma história, sobretudo quando se refere à própria história de um povo. Por outro lado, o direito ao esquecimento não deve ser lido como um direito de escrever a história ou contar sua versão sobre fatos. Ou seja, não é um direito sob projeção da esfera pública, mas um direito relacionado à dignidade da pessoa humana, que visa a proteção da identidade pessoal contra a projeção desatualizada e opressora da pessoa humana¹⁵³.

Destarte, tentar transladar a fundamentação jurídica utilizada para decidir o caso da ADI nº 4.815, isto é, a grosso modo, trazer a discussão entre um direito da informação com aspecto histórico em face de uma pretensão de direito ao esquecimento, parece um falso debate.

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu casos de direito ao esquecimento para os julgadores terem um norte. Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça apresenta julgados nos dois sentidos, alguns favoráveis ao direito à informação¹⁵⁴, e outros ao direito ao esquecimento¹⁵⁵.

¹⁵² SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 70.

¹⁵³ SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 68-70.

¹⁵⁴ STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, j. 10.11.2016; STJ, 3ª Turma, REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, j.26.06.2012; STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 730119/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 09.06.2016.

¹⁵⁵ STJ, 4ª Turma, REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013; STJ, 4ª Turma, REsp

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça não logra êxito na instituição de parâmetros para tais casos. Apenas, tem mais julgados favoráveis ao direito à informação. O que pode ser um sinal interpretativo, a fim de ir ao encontro de uma segurança jurídica, no entanto não há qualquer “calibragem” entre os direitos, o que pode levar ao esvaziamento de um direito fundamental e abrir margem para um subjetivismo ou para um mero decisionismo.

Para tanto, é primordial, a fim de se ponderar conforme cada caso concreto, uma parametrização.

Nesse contexto, alguns padrões para balizamentos devem ser observados, tais como: (i) a veracidade do fato; (ii) a licitude do meio empregado para obter a informação; (iii) a existência de interesse público na divulgação; (iv) se personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da divulgação; (v) o local do fato e natureza do fato¹⁵⁶; (vi) a atualidade dos fatos que forem reproduzidos; (vii) o transcurso do tempo e as mudanças das pessoas no decorrer do tempo.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, para uma decisão mais objetiva, e por dever (de qualidade) da fundamentação (art. 93, IX da CF/88 e art. 489 do CPC/15), seria indispensável para os casos que envolvessem o pleiteado direito ao esquecimento que esta parametrização fosse observada. Como se fosse um *iter procedimental*, a fim de conferir, não apenas maior segurança jurídica, mas certa objetividade às escolhas pelos julgadores, bem como serviria de guia para os jurisdicionados.

Com efeito, analisando cada padrão estabelecido, entende-se muito claramente que se a resposta for negativa para a veracidade do fato ou para a licitude do meio empregado não há dúvida que deve haver escolha pela proteção à identidade pessoal. Sendo assim, torna-se desnecessária a análise dos demais parâmetros.

Posteriormente, examinam-se os padrões restantes. No entanto, devemos notar, de antemão, que não são questões fáceis de serem esmiuçadas.

Pois bem, três destes parâmetros devem ser analisados em conjunto, quais sejam, a existência de interesse público na divulgação, se a pessoa objeto da divulgação é uma “personalidade pública” ou uma “pessoa comum”¹⁵⁷ e a atualidade dos fatos que forem

1335153/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 28.10.2013.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. Ano 05, abril-junho/2004. p.131-134.

¹⁵⁷ Nota do autor: não há na ciência jurídica, tampouco nas demais ciências sociais qualquer conceituação ou definição precisa de “pessoa pública” ou “pessoa comum”, logo a utilização não está imune a críticas. Consideram-se, nas utilizações das expressões, como sinônimos de pessoas conhecidas ou não do público em geral, sendo um parâmetro como uma “unidade de medida”, a fim de facilitar a interpretação e a ponderação.

reproduzidos. Claro está que deve haver um sopesamento da análise destas três premissas, mas o ideal seria que o exame fosse em conjunto.

A saber, independentemente da análise destas três premissas, deve-se ter em vista previamente que o interesse público não deve ser por *voyeurismo*, mas um interesse justificado no caso em concreto, caso contrário, é possível que prevaleça de antemão à proteção à identidade pessoal, consequência da dignidade humana. A título exemplificativo, a alteração de nome de uma pessoa ou alteração de gênero, em razão de cirurgia de transgenitalização, parecem ser casos que sejam patentes o interesse individual, de identidade, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

Obviamente, registra-se, não se deve sequer cogitar a hipótese de alteração de nome ou qualquer proteção da dignidade humana como forma de ocultação de algum delito, por exemplo, sob pena de se criar uma falsa dicotomia e se transformar o debate em sensacionalismo estéril.

Ademais, se a doutrina entende que uma personalidade pública está mais exposta que as demais¹⁵⁸, isso não quer dizer que ela deve ter sua vida devassada, tampouco que houve supressão de sua identidade pessoal, sob pena de se esvaziar o direito fundamental à privacidade.

Por fim, no exame em conjunto destas três premissas, deve-se levar em consideração à atualidade dos fatos, usando como cotejo a longevidade deles, quanto mais distantes estiverem maior à probabilidade de não repercutirem à identidade pessoal daquela pessoa envolvida, razão em que poderá prevalecer o direito à privacidade. No entanto, a atualidade dos fatos deve ser conjugada em uma balança com o interesse público, pois se, no caso em concreto, for considerado maior o interesse público por mais distante da atualidade sejam os fatos noticiados, deverá prevalecer o direito à informação. Notadamente, porque o direito à informação traz, em seu bojo, princípios democráticos, republicanos e de efetivação da cidadania.

É possível observar, registra-se, a necessidade de exame em conjunto destas três premissas.

Pois bem, as premissas relativas ao local do fato e a natureza do fato, igualmente, devem ser analisadas em conjunto, uma vez que poderão indicar qual direito irá prevalecer, dependendo se o local do fato for público ou privado, ou se a natureza for pública ou privada. Sendo esta a regra. No entanto, não podemos esquecer que fatos públicos (como um crime)

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. Ano 05, abril-junho/2004. p.132-133.

podem acontecer em lugar privado e uma situação privada (exemplo, caso da atriz Daniela Cicarelli) podem acontecer em lugar público e por *voyeurismo*, claro está, não teria a demonstração de interesse público.

Sugere-se que esses dois parâmetros sejam utilizados de modo subsidiário e eventual, pois de todos os *standards* mencionados são os mais volúveis e imprecisos.

Vejamos que o último item de parametrização a ser enfrentado é o transcurso do tempo e as mudanças das pessoas no decorrer do tempo. Não à toa ele é o último, e sim por ser o mais sensível.

Com efeito, há casos, como dito no tópico referente à privacidade, em que à época do acontecimento à pessoa era uma personalidade pública com notoriedade, contudo atualmente não é mais. Assim sendo, uma divulgação daqueles fatos pode não ser mais o retrato da identidade pessoal, em virtude disso o “pêndulo” da interpretação pode se movimentar para a maior proteção da privacidade, corolário lógico da dignidade da pessoa humana. Exemplo claro disso seria um ex-participante de *reality show* que atualmente leva uma vida pacata e longe da mídia tradicional e de redes sociais.

Por outro lado, uma pessoa que era desconhecida na época em que cometeu um delito ou um ato censurável socialmente venha a se tornar um agente político, a “recordação” deste fato pode ter em seu âmago um interesse público evidente. Nesse contexto, o pêndulo irá “pesar” para o direito à informação. Um exemplo claro disso seria uma pessoa anos após cometer um crime venha a se tornar um agente político, não resta dúvida que há interesse público nesta divulgação. Ou ainda, uma pessoa que praticou atos censuráveis socialmente e que anos depois venha entrar na vida pública, parece claro que há interesse público, jornalístico e social em divulgação.

Destarte, é notório que por mais que se pretenda enfrentar as nuances relativas ao tema é impossível chegar a um resultado tranquilo e isento de críticas, notadamente porque se trata de um desacordo moral razoável e um conflito de normas constitucionais de mesma hierarquia.

Conclui-se, desse modo, que diante da ausência de norma regulamentadora que trate o tema em específico, bem como o crescente aumento de demandas, não há uma certeza absoluta, tampouco uma resposta certa. Principalmente porque se faz imperativo a observância das peculiaridades do caso concreto.

Assim sendo, o que há é uma pretensa sugestão de parametrização, a fim de que a utilização destes parâmetros, quando tais direitos entrarem em rota de colisão, proporcione

mais segurança jurídica aos jurisdicionados e sociedade como um todo, evitando, por conseguinte, o decisionismo dos julgadores.

Constatou-se, nesta perspectiva, que este capítulo buscou trabalhar com a nova hermenêutica constitucional, norteadada pela centralidade dos direitos fundamentais em nossa ordem jurídica. Ladeado a isso, vislumbrou-se a técnica de ponderação para tentar solucionar os casos difíceis, notadamente aqueles em que entram em colisão direitos de mesmo status constitucional, sobretudo quando se trata de direito fundamental. Nesta senda, por fim, buscou-se apresentar parâmetros para guiar os intérpretes, a fim de que as decisões judiciais sejam mais objetivas, com fito de garantir uma segurança jurídica à sociedade nestes casos de conflito entre o direito ao esquecimento e o direito à informação e expressão.

4. Conclusão.

O presente trabalho buscou definir parâmetros interpretativos a fim de auxiliar na resolução de conflitos existentes entre os direitos à informação e à privacidade, ao que tange à discussão referente ao direito ao esquecimento, preservando o núcleo central de ambos os direitos fundamentais envolvidos.

Para tanto, se examinou a teoria dos direitos fundamentais, ao observar a evolução do tratamento dispensado aos direitos fundamentais em nossa ordem jurídica.

No segundo momento, se examinou os direitos em conflito, quais sejam, os direitos à informação e privacidade, delineado o conteúdo jurídico de cada um. Ato contínuo, se expôs o conteúdo jurídico e a melhor definição, segundo a doutrina, do que é o direito ao esquecimento. Ressaltando, sobretudo, que o direito ao esquecimento é corolário lógico do direito à privacidade, sendo um desdobramento da dignidade da pessoa humana, levando em consideração, principalmente, a proteção a identidade pessoal.

Por fim, no último capítulo, esquadrinhou-se a hermenêutica constitucional, observando que o método subsuntivo para solução do conflito não é o adequado, bem como é necessário se utilizar a técnica da ponderação.

Nesse contexto, ao se utilizar a técnica da ponderação, almejou-se parametrização das decisões, por meio de padrões a serem analisados em todos os casos, a fim de evitar um subjetivismo judicial.

Conclui-se, nesta senda, que não há uma resposta certa a ser dada, não há um direito

de preferência entre os direitos fundamentais, de modo que o Poder Judiciário terá que decidir conforme cada caso concreto, quando for instado a se manifestar. O que deve haver é uma posição mais consolidada, ou seja, um iter procedimental como se sugeriu, para que as decisões sejam mais objetivas, dentro da ampla margem que cada caso irá apresentar.

Finalmente, parece evidente que a “solução” deste conflito se deve dar por meio da técnica da ponderação, utilizando-se de parâmetros, sem eliminar ou esvaziar qualquer direito fundamental envolvido, buscando efetivá-los ao máximo, com intuito de dar maior segurança jurídica e objetiva às decisões judiciais.

Referências.

AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade: como um direito fundamental*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14^a ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2013.

_____. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 23 de setembro de 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro. Renovar, 2005.

_____. Intimidade e pessoas notórias, liberdades de expressão e de informação e biografias. Conflito entre Direitos fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória. In: *Revista de Direito Público*. Ano X, n. 55. Jan/fev, 2014.

_____. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. Ano 05, abril-junho/2004.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7^a ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Editora Fórum, 2013.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4^a ed. São Paulo. Saraiva,

2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na internet: a Scarlet letter digital.
SCHREIBER, Anderson (coord.) *Direito e Mídia*. São Paulo. Atlas, 2013.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira (coords.).
Direito & Internet III – Tomo I: Marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo:
Quartier Latin, 2015.

DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de
informação. *Revista de Direito*, n. 34, 2006.

DOTTI, Rene Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. *Revista de Informação Legislativa*, n.
66, v. 17, 1980.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação – Teoria e proteção
constitucional*. Editora Revistas dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v.1: parte geral. 8ª ed. São Paulo.
Saraiva, 2010.

GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de
Janeiro: Renovar, 1999.

LAVENÈRE, Marcelo. Polêmica sobre liberdade de expressão. *Revista Tribuna do Advogado*,
Ano XLII, novembro, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas
relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Cadernos de
direito tributário e finanças públicas*. n. 24, v.6, 1998.

_____. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e
direito à honra e a imagem. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 5, v.2, 1993.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; AGOSTINI, Leonardo Cesar. A relação entre regime
democrático e direito à informação. *Direitos fundamentais e justiça*. v.3, n.8 jul/set, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais – Uma
contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais da teoria dos princípios*. Rio
de Janeiro. Renovar, 2006.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Conflitos entre o direito a intimidade e a vida privada e
o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. Possíveis soluções. Utilização
indispensável do princípio da proporcionalidade. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro*, n. 74, 2008.

SALDANHA, NELSON. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da
vida social e histórica*. jan/jun. Recife, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur Maria. O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2019.

_____. *Direitos da Personalidade*. 3ªed. São Paulo. Atlas, 2014.

_____; KONDER, Carlos Nelson (coords.). *Direito Civil Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. As três correntes do direito ao esquecimento. Disponível em: <https://jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017> Acesso em: 25 de abril de 2019.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2014.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações privadas. *AJURIS*. nº 100, v.32, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2011.