

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

GUSTAVO RABAY GUERRA

DAVID AUGUSTO FERNANDES

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: David Augusto Fernandes, Gustavo Rabay Guerra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-355-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

Apresentação

Com o término da Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional passou a ver o ser humano de forma diferente, favorecendo a maturação de vários direitos, que anteriormente existiam, mas não possuíam efetividade. Entre estes direitos estão aqueles que compõem o núcleo rígido e irreduzível de direitos e garantias fundamentais, que a cada dia se sedimentam no ambiente social com maior vigor. Muitos desses, por vezes, ainda em fase de enunciação teórica, jurisprudencial e, até mesmo, de sua legalidade constitutiva.

Neste XXV Congresso do CONPEDI Curitiba, no Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais V, o tema em comento irradiou a ilação de vários operadores do Direito, que neste evento participaram, tendo eles disponibilizado destacado tempo de pesquisa para produzi-los, buscando trazer a luz suas visões e reflexões alusivas aos Direitos e Garantias Fundamentais, objetivando uma maior divulgação do mesmo, estando neste momento a disposição de todos os interessados para sua livre apreciação e análise.

Os temas apresentados refletiram o que há de mais atual na percepção da adequada dimensão político-constitucional dos direitos fundamentais, espraiando-se por diferentes perspectivas, muitas delas opostas em seu sentido mais evidente, mas intimamente unidas quando debatidos de modo essencial as razões afirmativas e pressupostos dos direitos e garantias postos na ordem jurídica nacional e internacional. Especial atenção se teve com a imensa diversidade de campos de formação e atuação dos participantes, com destaque para aqueles oriundos da academia, da advocacia, do Ministério Público, dos órgãos jurisdicionais e até da alta judicatura nacional (STJ).

Seja por meio de discussões em torno da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, da função da jurisdição constitucional, inclusive do ativismo crescente, os trabalhos apresentados perpassaram novos e antigos dilemas práticos e teóricos, tais como aqueles que envolvem valores centrais do Estado democrático – dignidade humana, saúde, propriedade, intimidade, honra, privacidade, liberdade de consciência religiosa, meio ambiente equilibrado, direito à origem genética, igualdade, solidariedade – e discussões incrivelmente recentes, como a questão do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, a questão do direito ao esquecimento, a natalidade e encarceramento feminino no Brasil, o acesso dos refugiados aos esportes, e, finalmente, a corrupção e a restrição dos direitos fundamentais.

A transversalidade dos temas assegurou um rico debate e a possibilidade de se olhar de forma múltipla, dinâmica e, ao mesmo tempo, consubstanciada, para diversos matizes sociais, econômicos, culturais e, claro, jurídico-dogmáticos relacionados aos Direitos e Garantias Fundamentais. Em síntese, estudos edificantes e muitas questões levantadas para construções e interlocuções. Que se sigam outros tão bons quanto o vertente!

David Augusto Fernandes - Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense/Macaé. Líder do grupo de pesquisa denominado “Direito Penal Internacional: seus crimes, sua incidência na sociedade brasileira e os Direitos Humanos”, da UFF/Macaé. Delegado de Polícia Federal. Email: davidaf@id.uff.br.

Gustavo Rabay Guerra - Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba. Professor da Faculdade Internacional da Paraíba (FPB). Líder dos grupos de pesquisa do Laboratório Internacional de Investigação sobre Transjuridicidade, Justiça e Política, ambos da UFPB. Sócio do Rabay, Bastos e Palitot Advogados. Email: grabay@rbpadvogados.com.br.

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROBLEMATIZAÇÕES ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

RESTRICTIONS TO THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF THE 'RIGHT TO BE FORGOTTEN'

Catherine Thereze Braska Hazl ¹

Resumo

O presente artigo tem como objeto análise acerca das restrições aos direitos fundamentais no âmbito do direito ao esquecimento. Falar sobre o direito de ser esquecido invoca discutir sobre direitos fundamentais colidentes como a dignidade da pessoa humana e garantias inerentes à intimidade, privacidade e à imagem em face das liberdades de expressão e informação. Assim, importante ressaltar características inerentes aos direitos fundamentais, bem como teorias acerca das restrições, que envolvem núcleo essencial dos direitos fundamentais e também o suporte fático dos mesmos. Sobre o tema é possível elencar decisões relevantes proferidas tanto no Brasil quanto em tribunais no exterior.

Palavras-chave: Direitos da personalidade, Informação, Direito ao esquecimento, Restrições aos direitos fundamentais, Colisão, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

The present article aims to analyze the restrictions to fundamental rights in the context of the 'right to be forgotten'. To talk about this, calls to discuss the conflicts of fundamental rights, such as human dignity and the warranties inherent to privacy matters, in view of freedom of speech and information. Thus, it is important to highlight characteristics inherent to the fundamental rights, as well as theories on constraints involving the core of fundamental rights as well as the factual support. On this note it is possible to list relevant decisions handed down both in Brazil and in courts abroad.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personality rights, Information, Right to be forgotten, Restrictions to fundamental rights, Collision, Proportionality

¹ Mestranda do programa Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

1. Introdução

A partir da Constituição de 1988, é assegurado aos brasileiros nova dimensão referente aos direitos de personalidade – dentre eles, direito à honra, direito à liberdade, direito ao recato, direito à imagem. Também protegido pela Constituição, e por ser o Brasil um Estado Democrático de direito, estão igualmente protegidos a liberdade de expressão, de informação bem como a liberdade de imprensa, sem que estejam ameaçados por qualquer tipo de censura. Sob o mesmo ordenamento portanto, protege-se tanto o direito de se manifestar, como o direito se proteger na sua intimidade.

Diante disto surge o direito ao esquecimento, que, apesar da nomenclatura pouco usual, não trata de um direito propriamente novo. Invocar o direito ao esquecimento consiste na vontade que o indivíduo possui de não ser lembrado contra a própria vontade, no tocante a fatos ou eventos trágicos, que de alguma forma lhe acarretaram algum tipo de abuso ou ofensa. O direito ao esquecimento nasce na esfera criminal, em que indivíduos se viam vinculados a crimes em que eram inocentados ou que já teriam cumprido a pena prevista mas que ainda assim sofriam as consequências midiáticas e sociais decorrentes, mas hoje não se reduz a ele.

Ora, se o próprio ordenamento jurídico prevê a ressocialização do indivíduo, como pode a mídia ser capaz de perpetuar sua pena? Poderiam os meios de comunicação, sob falsa permissão ampla e irrestrita, retratar fatos e eventos indefinidamente no tempo, mesmo que tal conduta venha causar danos à dignidade das pessoas envolvidas?

No entanto, o foco principal do estudo não se resume em discorrer acerca das características e opiniões divergentes acerca do direito ao esquecimento, mas de levantar as discussões acerca dos princípios colidentes e suas restrições no caso concreto. O presente tema foi objeto de diversos casos não somente na esfera internacional e também nacional – abarcado principalmente pelo STJ, com o objetivo de analisar os argumentos entre as liberdades asseguradas a cada indivíduo, sem que, por outro lado, não haja qualquer lesão à sociedade como um todo. Para isso, é preciso discorrer acerca dos direitos fundamentais e suas características, e posteriormente também o tema sobre a restringibilidade dos princípios constitucionais.

Por fim, não se pretende aqui resolver sobre qual direito deve prevalecer em determinada situação, tendo em vista a colisão de direitos fundamentais ser uma das mais complexas discussões do direito constitucional, por exigir a harmonização de princípios e valores em conflito primordiais para o cidadão, mas demonstrar que a ponderação deve ser feita em cada realidade fática sendo possível que cada circunstância gere uma resposta

diferente mas igualmente coerente com os preceitos constitucionais. Grande é a discussão doutrinária e jurisprudencial referente aos conflitos de direitos fundamentais, às restrições e limites, tendo em vista a linha tênue que “separa” direitos fundamentais como a liberdade de imprensa e os direitos de personalidade.

2. Democracia, Acesso à Informação e Direitos da Personalidade.

Para contextualizar o direito ao esquecimento é preciso trazer ao presente estudo considerações acerca dos princípios do acesso à informação; da liberdade de expressão; liberdade de imprensa e direitos da personalidade no âmbito do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XIV, assegura a todos o acesso geral à informação, resguardando, quando necessário ao exercício profissional, o sigilo da fonte. Trata-se da liberdade de informação, ou seja, do direito de informar e de ser informado.

O direito de ter ou receber informações diz respeito ao direito de liberdade de todo e qualquer cidadão, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, tendo como finalidade o fornecimento de subsídios para a formação da opinião acerca de assuntos públicos. Segundo José Afonso da Silva (2005, p.246)

Nesse sentido, a *liberdade de informação* compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV).

Por outro lado, a Constituição brasileira garante também a liberdade de expressão, igualmente denominada de liberdade de comunicação, quando prevê, em seu art. 5º, IV, que “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”, bem como no inciso. IX, quando estabelece que “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”.¹

Além das liberdades de informação e de expressão, há uma terceira liberdade ligada ao presente tema, qual seja a liberdade de imprensa, que designa a liberdade reconhecida aos meios de comunicação em geral de transmitirem fatos ou ideais.

¹ Ressalta-se que tanto sobre a liberdade de informação quanto a liberdade de expressão encontram-se consagradas em documentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aprovada pela ONU, a qual traz em seu art. XIX que “*toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.*” Da mesma forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, proclama em seu art. 13 sobre a liberdade de pensamento e expressão.

Sobre a liberdade de imprensa, apesar de ser considerada um poderoso instrumento de formação da opinião por abranger diferentes meios de comunicação ou informação, próprios de uma sociedade globalizada, tais como jornais, revistas, televisão, rádio e *internet*, deve promover uma função social, consistente em demonstrar às autoridades constituídas o pensamento e a vontade popular, assim como em assegurar a expansão da liberdade humana (SILVA, 2005, p.246).

Luis Roberto Barroso (2004, p.22), ao discorrer sobre as liberdades de expressão, imprensa e informação, ressalta que, assim como os demais princípios que coexistem no ordenamento jurídico brasileiro, estes não dizem respeito a direitos absolutos. Segundo o autor, “é evidente que tanto a liberdade de informação, como a de expressão, e bem assim a liberdade de imprensa, não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constituição”

Assim, discutir acerca do direito ao esquecimento significa falar sobre os limites dos direitos e liberdades caso a caso, porque, neste âmbito, a prevalência não é, nem pode ser, estabelecida a priori. Assim como é imperioso preservar e proclamar a liberdade de expressão e informação da imprensa, estimada como um direito fundamental que transcende a dimensão de garantia individual, a proteção efetiva dos direitos de personalidade também é vista como direito fundamental não menos importante.

3. Características e Considerações Acerca dos Direitos Fundamentais

Falar sobre o direito ao esquecimento, necessariamente diz respeito à discussão decorrente dos direitos de personalidade (e portanto fundamentais) colidentes. Mas, o que de fato distingue-os dos demais? Neste ponto, parece indispensável discorrer primeiramente acerca dos direitos fundamentais para que só então seja possível concluir o tema.

Inicialmente cumpre dizer que os direitos fundamentais podem o ser em sentido formal ou material. O aspecto formal liga-se à posição que determinado direito tem na disposição da Constituição, ou seja, se está incluído no rol de direitos fundamentais, por exemplo; ao passo que falar sobre a materialidade diz respeito ao conteúdo de determinada norma que não necessariamente se encontra positivado, ganhando importância o seu conteúdo em si.

Esta primeira categoria está ligada ao direito constitucional positivo e ocupa lugar de destaque na ordem jurídica. São normas constitucionais submetidas aos limites formais e materiais da reforma constitucional. (...) Os direitos formais estão sujeitos ainda aos limites materiais de reforma que seriam as cláusulas pétreas, instrumentos de maior proteção no que concerne a possibilidade de mudança do seu conteúdo

pelo poder reformador. Como tais normas contam com a supremacia no ordenamento jurídico e devido a sua importância para o indivíduo e a coletividade, recebem do poder constituinte um tratamento diferenciado. (...) Já os direitos materialmente fundamentais vem a ser aquele que ‘é parte integrante da constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade e que podem ou não estar na Constituição sob a designação de direitos fundamentais. (EMERIQUE, GOMES, SÁ, 2006, p.131-132)

Assim, ao falar sobre direitos fundamentais é preciso ter em mente as peculiaridades perante o ordenamento como um todo. Estes não só possuem supremacia constitucional e aplicabilidade imediata, mas também possuem natureza para impedir ou dificultar qualquer alteração que por ventura possa sofrer. A existência de direitos fundamentais tem uma razão de ser, principalmente no que se refere à segurança jurídica para os cidadãos contra qualquer arbitrariedade.

Outro fato que importa destacar acerca dos direitos fundamentais refere-se às perspectivas objetivas e subjetivas que possuem. Segundo Ingo Sarlet (2011, p.141), esta constitui “sem sobra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo”.

Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais Jorge Reis Novais (2003, p.57-58) entende que, além da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais “constituem um sistema de ordem objetiva de valores que legitima a ordem jurídico constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda a atuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do direito”.

Outra implicação da dimensão objetiva reside no fato de que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia valorada não apenas sob um espectro individualista, ou seja, com base no ponto de vista pessoal e sua posição diante o Estado, mas também sob a visão da própria sociedade, já que diz respeito a valores que, de fato, ela deve concretizar. A partir daí chegou-se à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada aos direitos subjetivos individuais, visto estar condicionado ao seu reconhecimento pela comunidade como um todo. Não é possível, portanto, dissociar a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, da perspectiva subjetiva (NOVAIS, 2003, p.145-146). Assim, a partir desta ponto – qual seja, do interesse individual e coletivo dos direitos fundamentais - é que torna possível discorrer acerca de suas restrições.

É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também, que de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais (...) de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual e transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste

sentido, sempre coletiva) no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular. (NOVAIS, 2003, p. 146)

Sobre a perspectiva subjetiva, esta envolve “a constituição de posições jusfundamentais, quase sempre caracterizadas enquanto direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva)” (CLÈVE, 2003, p.4). Sarlet aponta que está atrelado ao direito de cada um, individualmente, em face da parte contrária.

De modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário. Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito. Neste sentido, o reconhecimento de um direito subjetivo, de acordo com a formulação de Vieira de Andrade, está atrelado “à proteção de uma determinada esfera de auto-regulamentação ou de decisão individual (...)” (SARLET, 2011, p.152)

Desta forma, a colisão de direitos fundamentais que traz o presente artigo, pode ser observada tanto do ponto de vista objetivo dos direitos fundamentais tanto quanto do ponto de vista subjetivo, qual seja o de cada um invocar para si, determinada proteção (e no caso concreto, abstenção) por parte de outrem.

Após breve análise acerca dos direitos fundamentais demonstrar-se-á algumas decisões emblemáticas sobre o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro para que só então se possa discorrer sobre a restrição dos direitos fundamentais e sua necessária ponderação.

4. Direito ao Esquecimento e Sua Aplicabilidade pelo Superior Tribunal de Justiça

A tese do direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira e estrangeira, tendo sido aprovado no ano de 2013 o Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal CJF/STJ. O enunciado 531 prevê expressamente que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Ambos os casos julgados pelo STJ que tiveram grande repercussão no estudo acerca do direito ao esquecimento foram julgados no mesmo dia, porém, apesar da mesma linha de interpretação, tiveram resultados diferentes.

O primeiro caso emblemático aqui elencado, trata de crime cometido contra Aida Curi, que em julho de 1958, foi achada morta no bairro de Copacabana, bairro da Zona Sul do

Rio de Janeiro. Concluiu-se, no âmbito do processo investigativo, que a jovem foi jogada de um edifício após ter sido torturada por dois rapazes.

Em 29 de abril de 2004, quase meio século após o falecimento de Aida Curi, o Programa “Linha Direta” divulgou episódio referente à morte da jovem, fato que ensejou ação de reparação por danos morais, materiais e à imagem movida pelos seus quatro irmãos em face da Rede Globo. Os irmãos da vítima alegaram utilização indevida da imagem da irmã.

Por maioria de três votos a dois, negou-se provimento ao recurso especial interposto pelos familiares de Aida Curi, pois o STJ entendeu que, nesse caso, o crime era indissociável do nome da vítima. Isto é, não era possível que a emissora retratasse essa história omitindo o nome da vítima.

O voto do relator Ministro Luiz Felipe Salomão discorre exaustivamente sobre o direito ao esquecimento, não apenas da vítima como também dos acusados, mas, no caso específico de Aida Curi entendeu que o crime, de domínio público, seria indissociável ao nome da vítima.

Mesmo tema e diferente desfecho teve o caso conhecido como “Chacina da Candelária” também ocorrido no Rio de Janeiro no ano 1993. O caso ocorreu nas proximidades da Igreja Nossa Senhora da Candelária quando um grupo de homens abriu fogo contra mais de 50 crianças e adolescentes, deixando oito pessoas mortas, sendo seis delas menores de 18 anos.

Um dos envolvidos foi absolvido por unanimidade pelo Tribunal do Júri em dezembro de 1996. Novamente o programa “Linha Direta” da TV Globo produziu documentário sobre a chacina, apontando novamente o nome de Jurandir como uma das pessoas que haviam participado do crime.

Entendeu o STJ, por unanimidade, que o réu condenado ou absolvido pela prática de um crime tem o direito de ser esquecido. Se os que de fato foram condenados pelo crime e ainda assim já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei igual direito de serem também esquecidos.

Assim, a ementa do Recurso Especial referente à chacina da Candelária reconhece que o caso poderia ser reproduzido sem prejuízo, afastando o uso do nome do autor bem como sua imagem fossem expostos.

(...) 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da

criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. 19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte (...) (BRASIL, STJ, 2013)

O STJ demonstrou mesma linha de raciocínio ao decidir ambos os casos. O Tribunal entendeu que o direito ao esquecimento está ligado ao interesse público na divulgação do fato delituoso: não havendo mais interesse público na divulgação de determinado fato em virtude do decorrer do tempo, tanto o autor do crime quanto a vítima tem direito ao esquecimento.

Porem, se a divulgação desses acontecimentos passados ainda envolve um interesse público, como é o caso de crimes que se tornaram históricos, o nome do autor ou da vítima pode ser divulgado apenas se mesmo for indissociável do fato delituoso, conforme demonstrado no acórdão do caso Aida Curi. Se não houver necessidade de que o nome da vítima ou do autor do crime seja divulgado, o fato histórico pode ser retratado, mas o nome e imagem dos envolvidos devem ser preservados.

5. Aplicação do Direito ao Esquecimento na Esfera do Direito Internacional

Ainda que a discussão acerca do direito ao esquecimento seja tema relativamente novo no Brasil, o mesmo já foi objeto de decisão em tribunais estrangeiros tanto nos Estados Unidos quanto na Europa. Três casos foram destacados no presente artigo, os quais representam um marco no direito não apenas por considerarem o direito ao esquecimento uma decorrência imediata do direito à privacidade, mas por decidirem em conflito aparente entre a liberdade de expressão/informação, materializada na liberdade de imprensa.

O caso Lebach, julgado em 1973, trata de crime ocorrido no ano de 1969 na Alemanha, onde houve o assassinato de quatro soldados que guardavam um depósito de munição, tendo um quinto soldado ficado gravemente ferido. Dois dos principais acusados foram condenados à prisão perpétua ao passo que um terceiro foi condenado a seis anos de reclusão. Quatro anos após o ocorrido, a ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* – Canal Alemão) produziu um documentário sobre o caso.

Ocorre que, o referido documentário que seria apresentado teria sua data programada para pouco antes do terceiro acusado - o qual teve sua pena firmada em reclusão - ser colocado em liberdade devido o cumprimento da pena. O direito ao esquecimento pleiteado em juízo referia-se ao indivíduo que se viu prestes a retornar à sociedade, sendo que a veiculação do documentário dificultaria o seu processo de ressocialização. A principal fundamentação para garantir a liminar proposta afim de que o programa não fosse exibido, foi a proteção de seu direito ao desenvolvimento, previsto na Constituição alemã. Após perder em instâncias ordinárias o caso chegou até o Tribunal Constitucional alemão, onde a Corte decidiu que a rede de televisão não poderia transmitir o documentário caso a fotografia ou o nome do reclamante fossem expostos.

Segundo Sarlet, o tribunal alemão, ao deferir a liminar proposta, entendeu que, ainda que regra seja a da prevalência do interesse na informação, e, levando em consideração que o transcurso do tempo desde os fatos acarretaria em relativa “perda” de interesse público não haveria necessidade em veicular o programa, e que por isso deveria ceder em face do direito à ressocialização. Se o interesse público num primeiro momento, prevalece em face da personalidade do autor do fato, e tendo sido a opinião pública devidamente informada, as intervenções nos direitos de personalidade subsequentes já não poderiam ser ignoradas, “pois iriam implicar uma nova sanção social imposta ao autor do delito, especialmente mediante a divulgação televisiva e no âmbito de seu alcance” (SARLET, 2015).

Robert Alexy, sobre o caso Lebach demonstra o motivo pelo qual a decisão em face do direito pessoal do acusado sobreveio em detrimento ao direito de acesso a informação que teria e emissora . Alexy esclarece o teor da decisão nos seguintes termos.

Un ejemplo lo ofrece el caso Lebach del Tribunal Constitucional alemán, en el que se trataba de una información televisiva repetida, no amparada ya por un interés informativo actual, sobre un delito grave, emitida poco antes de la excarcelación del autor . La argumentación del tribunal se desarrolla en tres niveles. En el primer nivel constata una colisión entre la protección fundamental e igual de la personalidad y la libertad de información. En el segundo nivel establece que bajo una condición determinada y relativamente abstracta, esto es, la de una información actual sobre un delito grave, existe una prioridad de principio o *prima facie* en favor de la libertad de información. En el tercer nivel decide finalmente que bajo cuatro condiciones que se dan en el caso Lebach, a saber, una 1) información televisiva repetida, 2) no amparada ya por un interés informativo, 3) sobre un delito grave, 4) que pone en peligro la resocialización del autor, la protección de la personalidad prevalece sobre la libertad de información. (ALEXY, 1988, p. 139-151)

Melvin vs Reid é outro caso no âmbito do direito comparado que merece destaque quando se tem em voga a discussão acerca do direito ao esquecimento. Trata-se do caso de Gabrielle Darley, que havia se prostituído e acusada de homicídio no ano de 1918,

posteriormente tendo sido inocentada. Tempos depois, após Gabrielle casar-se com Bernard Melvin e ter formado uma família, foi produzido o filme chamado *Red Kimono*, no qual retratava a vida pregressa de Gabrielle. O marido Melvin buscou a reparação pela violação à vida privada da esposa e da família, tendo a Corte californiana reconhecido a procedência do pedido, entendendo que uma pessoa que vive uma vida correta tem o direito à felicidade, no qual se inclui estar livre de desnecessários ataques a seu caráter, posição social ou reputação.

Independente do teor da decisão da corte americana, que parece um tanto quanto retrograda para ser levada a cabo hoje em dia, no que diz respeito à “vida correta” ou “direito a felicidade” o que importa ressaltar é que Gabrielle, o núcleo do caso Melvin, havia sido inocentada pelo crime de homicídio. Se o próprio direito penal preocupa-se em ressocializar o indivíduo e trazê-lo novamente à sociedade, e mais, se no caso concreto Gabrielle sequer teria sido considerada culpada pelo homicídio que foi acusada, não parece razoável falar sobre uma exposição pública sobre sua vida particular em detrimento do acesso à informação ou expressão.

Um terceiro caso emblemático em que se vislumbra a discussão acerca das liberdades privadas em face da liberdade de informação pela imprensa é o caso da atriz alemã Marlene Dietrich. Em 6 de março de 1955 o Tribunal de Paris decidiu majorar a indenização que seria paga em favor de Dietrich em razão de matérias jornalísticas contendo alegações a respeito de sua vida privada e de suposto *affair* da atriz (PASSOS, 2014, p.403). Sobre o caso Marlene Dietrich – julgado no Tribunal de Paris -, René Ariel Dotti (1980, p.92) chama de “pedra fundamental” para o direito ao esquecimento, após ter sido julgado na França reconhecido expressamente que

“as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida”. O direito ao esquecimento, como uma das importantes manifestações da vida privada, estava então consagrado definitivamente pela jurisprudência, após uma lenta evolução que teve, por marco inicial, a frase lapidar pronunciada pelo advogado Pinard em 1858: “O homem celebre, senhores, tem o direito a morrer em paz”!

Assim, demonstra-se que, independente das soluções em cada caso, os tribunais internacionais há tempos vem se manifestando acerca do conflito que envolve o chamado direito ao esquecimento. As peculiaridades ao tratar do direito ao esquecimento relacionam-se com o fato de que uma das partes pleiteia o direito de não ter mais seu nome envolvido em determinado fato – seja ele o autor de um crime ou a própria vítima. Em todos os casos

expostos trata de uma decisão entre princípios, que pretende resolver qual deles deve prevalecer no caso concreto, e por quais motivos merece prosperar em detrimento dos demais.

6. Restrição dos Direitos Fundamentais e Outros Desdobramentos

Conforme demonstrou-se inicialmente, discorrer acerca do direito ao esquecimento é deparar-se com uma colisão de princípios protegidos pela Constituição Federal – garantia para todo e qualquer indivíduo. Sabe-se também que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto” (BARROSO, 2009, p. 329), sendo assim, é impossível ter uma solução para o presente debate que não seja a análise de cada caso de acordo com suas especificidades.

Tem-se de um lado o direito ao esquecimento em decorrência dos direitos da personalidade à honra, à privacidade, à intimidade e à imagem – resultantes da proteção à dignidade da pessoa humana; e de outro as liberdades de expressão, informação e imprensa. Nota-se que o conflito em destaque emerge da própria opção constitucional pela proteção de valores de certa forma antagônicos, os quais representam por um aspecto - o legítimo interesse de ocultar e, de outro, o também legítimo interesse de revelar.

Esta colisão advém da complexidade e o pluralismo das sociedades modernas onde coexistem valores e interesse diversos e que, não raro, entrem em choque. Desta forma, os direitos fundamentais por serem expressos sob a forma de princípios, sujeitam-se à concorrência com outros princípios de mesma carga valorativa – sendo aplicáveis na medida do possível tendo em vista das circunstâncias fáticas e jurídicas que os cercam. (BARROSO, 2009, p.352-353).

Após breve análise dos julgados acerca do direito ao esquecimento, que abarca a ponderação entre princípios com igual importância e fundamentalidade, é possível observar que, justamente por se tratar de princípios, não se pode falar numa realização total daquilo que determinada norma literalmente prevê. O que acontece na prática é justamente uma realização relativa do que é garantido *prima facie* e definitivamente (DA SILVA, 2006, p.26). Se se está a falar de princípios que são de certa forma limitados pela existência de outros princípios, necessariamente está-se a falar acerca de uma restrição de direitos fundamentais.

Para discorrer acerca da restrição de direitos é necessária a compreensão do conceito de suporte fático no âmbito dos dispositivos constitucionais. Ao contrário do que é estudado em outros ramos do direito, o suporte fático aqui não é completo apenas com o preenchimento da norma para então alcançar sua efetivação. O suporte fático restrito, o qual liga-se à teoria interna de restrição dos direitos, entende que o “processo de definição de dos limites de cada

direito é algo interno a ele” (DA SILVA, 2006, p.37). Já o suporte fático amplo, este sim, define a existência de um direito, e separadamente, restrições a ele. Importa ressaltar que o primeiro (suporte fático restrito) tem como enfoque principal o direito estruturado por meio de regras, e o segundo por meio de princípios. Assim, diante a discussão que pretende levantar ao invocar o direito ao esquecimento, importa dar atenção ao suporte fático amplo.

Necessário discorrer também acerca do chamado conteúdo essencial dos direitos fundamentais – o qual pode ser abordado por meio da teoria relativa ou absoluta. A teoria absoluta entende que há um limite rígido dos direitos fundamentais que independente da situação deve o núcleo essencial ser protegido.

(...) na teoria absoluta, o conteúdo essencial é um núcleo duro, absolutamente resistente à ação limitadora do legislador, ainda precisando- se proteger outro direito ou bem constitucional. A proteção unicamente do núcleo implica que a parte periférica estaria totalmente desprotegida, com o que, ainda que indiretamente, o direito poderia ser lesionado sem a “necessidade” de ter sido diretamente afetado o seu núcleo. (LOPES, 2004, p.14)

Sarlet entende que “não é correto afirmar que o conteúdo em dignidade dos direitos (que sempre é variável) seja sempre equivalente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais” (SARLET, 2008, p.185). Para o autor, não é possível discorrer acerca de um conteúdo essencial específico de cada direito. Neste ponto reside a diferença principal em face da teoria relativa do conteúdo essencial, a qual entende que este pode e deve variar dependendo da situação fática que se encontra, como por exemplo determinada colisão que possa vir a sofrer.

Assim, a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais afasta-se da ideia de um conteúdo essencial com contornos fixos e definíveis a priori. Aquilo que é essencial dependerá necessariamente das condições fáticas que o direito será exposto (DA SILVA, 2006, p.42).

Adentrando ao conceito da teoria relativa observa-se estreita ligação com as restrições aos direitos fundamentais já que “a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que a consequência da aplicação da regra de proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos” (DA SILVA, 2006, p.43). Para Virgílio Afonso da Silva conteúdo essencial e proporcionalidade se relacionam a medida que restrições a direitos fundamentais que enfrentam a proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos.

Alexy (2008, p.281) define a restrição dos direitos fundamentais ao dizer:

Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades / situações / posições de direito ordinário) e as posições prima facie garantidas por

princípios de direitos fundamentais. (...) Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental.

Novais (2003, p.49) afirma que na restrição de direitos fundamentais reside a dificuldade em perceber como podem posições jurídicas de nível constitucional serem de certa forma lesadas ou diminuídas por poderes subordinados à constituição, e como pode ocorrer quando a própria constituição veda essa possibilidade. O autor conclui que as restrições aos direitos fundamentais sempre serão fundamentadas em princípios.

Materialmente falando, as restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios. (...) as restrições a direitos fundamentais ocorrem porque dois ou mais princípios – com suporte fático amplo – se chocam. A solução dessa colisão sempre implica uma restrição a pelo menos um dos princípios envolvidos. (NOVAIS, 2012, p.142)

Assim, partindo do pressuposto de que a discussão versa acerca dos princípios decorrentes do chamado direito ao esquecimento, o suporte fático amplo parece ser o mais adequado para tentar resolver o problema no caso concreto – conforme demonstrado através dos julgados em cortes internacionais e no Superior Tribunal de Justiça brasileiro. “O que é protegido pelo direito à livre manifestação do pensamento? Toda e qualquer manifestação de pensamento, não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não importa a forma, não importa o local, não importa do dia nem o horário” (DA SILVA, 2006, p.35).

Conforme demonstra Virgílio Afonso da Silva, ainda que em um primeiro momento possa dar a impressão de que estamos diante de direito absolutos, o que acontece no âmbito de proteção dos direitos fundamentais é uma simples definição daquilo que se protege *prima facie*, e que posteriormente poderá sofrer restrições. Assim, no suporte fático amplo, primeiro define-se o que é protegido já que depois as condutas dependerão de um sopesamento. No que tange à restringibilidade dos direitos fundamentais, Alexy entende que quanto mais restrições sofrem um direito, mais ele fica resistente perante o ordenamento. Sobre seu caráter relativo e restrição o autor assim explica:

Se os interesses da coletividade tem, a partir da perspectiva do direito constitucional, um peso maior que o da proteção da configuração privada, então esses interesses suplantam necessariamente essa proteção. Se eles tiverem um peso maior a partir de alguma outra perspectiva, não podem suplantar a proteção, que, em virtude da Constituição, é obrigatória, e não importa, aqui, se se pressupõe uma teoria absoluta ou teoria relativa. Disso decorre que uma teoria absoluta do conteúdo essencial não pode afirmar que razões mais importantes não prevalecem, mas apenas que não existem razões mais importantes. Quando a teoria absoluta afirma que há posições em relação às quais não há razões mais importantes que justifiquem sua restrição, ela está, em certa medida correta. No entanto, ela está correta justamente na medida em que se apoia na teoria relativa. (...) quanto mais um princípio é restringido, mais

ele fica resistente. (...) Há condições sobre as quais 'é possível afirmar que nenhum princípio colidente prevalecerá. (ALEXY, 2008, p.300-301)

Desta forma, a partir de um viés constitucional, não parece possível defender que determinado direito fundamental não seja passível de relativização (ALEXY, 2008, p.301). Neste mesmo sentido Magdalena Armas entende que a ponderação permite reconhecer justamente um equilíbrio de interesses bem como uma conexão existente entre eles dentro do sistema constitucional como um todo - onde não se pode definir a supremacia de um em detrimento dos demais.

Los contenidos esenciales de los bienes jurídicos particulares no son inconexos. Estos se determinan reciprocamente. En el contencional de los DF se refleja la totalidad del sistema de valores jurídico-constitucional. Esta interpretación que permite reconocer que el equilibrio de intereses, operaco a través de la ponderación de bienes jurídicos, no se verifica de manera que reconozcan a bienes jurídico heterogêneos una primacia (...). La constelación de valores aclara, a sua vez, ese equilibrio de intereses ya que los bienes jurídico-constitucionales se interrelacionan (ARMAS, 1996, p.130)

Assim, diante da impossibilidade de utilização os métodos clássicos de solução para os conflitos entre as regras – a subsunção - a interpretação constitucional se viu na obrigação de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução pautada pela racionalidade e controlabilidade. A técnica a ser desenvolvida deverá ter uma estrutura diversa, com capacidade de operar em todas as direções, sempre em busca da regra concreta que vai reger a espécie, considerando os múltiplos elementos em jogo na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto , qual seja a ponderação (ALEXY, 2008, p.358).

Doutrina e Jurisprudência utilizam como solução a ponderação de interesses e valores para resolução de conflitos entre normas constitucionais, que desfrutam da mesma dignidade constitucional, como é o caso dos direitos fundamentais à honra, à privacidade à intimidade e à informação, com a finalidade de sopesar os bens conforme apontam os princípios da concordância prática, proporcionalidade e unidade da Constituição, juntamente com as especificidades inerentes a cada situação concreta (ALEXY, 2008, p.358). É através do trabalho do intérprete e aplicador em matéria de direitos colidentes que se saberá quando o direito de personalidade em conflito cede face à liberdade de imprensa, a qual, no seu legítimo exercício, não deve ter excedido manifestamente os limites impostos

Sobre ponderação, Ana Paula Barcellos (2005, p.38) a identifica como “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”, e que portanto não encontram solução na mera subsunção que possa ser identificada, ou seja, a resposta para aquilo que será

objeto de ponderação não pode ser desprendida do texto jurídico. A autora ressalta que a discussão acerca da ponderação é relevante no Brasil, dentro outros motivos, pelo espaço amplo de atuação e criação que possui o intérprete, pautado por conceitos abertos e indeterminados, que por meio da ponderação exigem deste uma justificativa pela escolha de uma norma em detrimento das outras.

Nos casos analisados, observa-se portanto, um “juízo de ponderação” entre a honra, privacidade, imagem da pessoa - de um lado, e a liberdade de expressão e comunicação de outro.

7. Novas Implicações do Direito ao Esquecimento: Internet e Mídias Sociais

O Direito ao esquecimento, segundo Ingo Sarlet, não é um direito “novo” ainda que seja, por muitos, considerado como tal. Ocorre, contudo, que o desenvolvimento da tecnologia interfere sim, e hoje, é elemento fundamental para discorrer sobre o assunto.

É claro que isso já mostra que se cuida de algo mais antigo do que a internet, até mesmo pelo fato de que os primeiros casos jurisprudenciais relevantes citados como expressando a noção de um direito ao esquecimento são mais antigos. Por outro lado, também é verdade que no contexto da Internet e da sociedade digital a noção de um direito ao esquecimento assume uma dimensão diferenciada, o que veremos mais adiante. (SARLET, 2015)

Além de todos os casos trazidos no presente artigo, que de longe não abarcam toda a jurisprudência acerca do direito ao esquecimento perante tribunais nacionais e internacionais, outro ponto que merece destaque diz respeito ao papel da internet e recentes plataformas de redes sociais como *facebook*, *whatsapp*, *twitter* – e, por consequência, novas problematizações que surgem ao se discutir crimes de difamação.

Tamanha é a importância do tema nesta nova esfera - no que diz respeito aos limites e possibilidades de preservação de dados pessoais – que a discussão está em pauta nos mais atuais debates internacionais acerca da necessidade de regulação do tráfego informacional, levando ao direito comparado o encontro entre o direito de publicação - que pode ser potencialmente mais gravoso na internet - e o alcance da proteção internacional dos direitos humanos (BRASIL, STJ, 2013, Resp. no 1334097/RJ).

Sobre fatos expostos na internet entende-se que "os danos causados por informações da esfera da vida privada e da intimidade, veiculadas através da internet, são potencialmente muito mais nefastos do que na época em que a propagação da notícia se dava pelos meios tradicionais de divulgação" (MOREIRA, 2013).

O próprio STJ firmou posição expressa no sentido de que o direito ao esquecimento deve ser compreendido de forma diversa quando aplicados no ambiente virtual (BUSCAR, 2013, p.5). Fundamentou sob o argumento de que “o debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações” (BRASIL, STJ, 2013, Resp.1334097/RJ).

No voto do Ministro Luis Felipe Salomão, em ambos os casos que julgou o STJ (chacina da Candelária e caso Aida Curi) foram trazidas considerações acerca do direito ao esquecimento perante a internet, que ganha destaque no âmbito do direito internacional.

(...) A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade - mas também se torna mais complexa - quando aplicada à internet, ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse cyberspaço . Até agora, tem-se mostrado inerente à internet - mas não exclusivamente a ela - a existência de um "resíduo informacional" que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado. (BRASIL, STJ, 2013)

Viktor Mayer-Schönberger, professor da Universidade de Harvard, em sua obra *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, fala sobre o direito na era digital como um fenômeno social. O autor aborda o tema sobre um contexto acerca da impossibilidade do ser humano de evoluir, ao se prender na incapacidade de esquecer marcas,

While this challenge is not novel, with its roots in the information society, information privacy and surveillance society literatures, Mayer-Schönberger's original premise concerning the inability to forget makes these challenges even more concerning and relevant than they were just a decade ago. The second challenge of time is more novel and focuses on potentially detrimental constraints on our ability to act wisely when we have so much digital memory, "... comprehensive digital remembering collapses history, impairing our judgement and our capacity to act in time. It denies us humans the chance to evolve, develop, and learn, leaving us helplessly oscillating between two equally troubling options: a permanent past and an ignorant present. (MAYER-SCHÖNBERGER, 2009)

É inegável que estas novas plataformas tecnológicas trazem situações que jamais haviam sido imaginadas, mas que tem grande importância para o direito e para o regramento da vida social em tempos de mundos virtuais. O método savignyano de sediar as relações internacionais para se encontrar a lei aplicável – método ainda utilizado pelo DIPri, em especial no Brasil – parece não contemplar os instrumentos necessários para dar as respostas

para situações do mundo virtual: onde ocorre o dano de um post no Facebook? Onde se localiza a sua reputação? Aonde o dano foi sentido pela vítima?

Estas perguntas são de difícil resolução, e cabe ao Direito internacional privado encontrar as respostas para estas situações. Antes da internet, as questões de difamação eram muito mais facilmente territorializadas dada a “fiscalidade” das publicações. Uma nota difamatória publicada em um jornal inglês por exemplo, tinha sua esfera territorial limitada ao espaço geográfico da publicação. Já no caso de difamação online, não há limite geográfico, no sentido de que a publicação pode ser lida e acessada em qualquer lugar do mundo.

Neste sentido, Alex Mills aduz que,

Online, the problems are multiplied, as the Internet may spread regulation as readily as it spreads information, and communication is less likely to be targeted or directed to any particular audience. The ‘solution’ to these problems appears, in the final analysis, to belong to the realm of policy rather than technique, based on whether the risk of damaging free speech is considered to outweigh the risk of harm to private reputations. The difficulties in resolving these questions mean that defamation online is a twenty-first-century problem which remains regulated by a nineteenth-century rule (MILLS, 2015)

Aqui, a principal questão gravita sobre a possibilidade de aplicação das regras existentes de direito internacional privado (regras de conflito), ou de sua possível adaptação para aplicação neste novo contexto, ou se seria necessário o desenvolvimento de novas regras conflituais que seriam aplicáveis especificamente nestas situações. Apesar de a pergunta poder parecer simples, ela representa uma enorme complexidade, pois a sua resposta pode variar dependendo da teoria que se adota sobre o DIPri, e mais que isso, são encontradas diferentes regras em diferentes países, o que leva a outra problematização: quais seriam os foros possivelmente competentes para julgar casos de difamação por internet?

Se forem analisadas as regras existentes atualmente nos principais sistemas de DIPri, verifica-se a possibilidade de sobreposição de jurisdições e de leis aplicáveis, fatores que contribuem para um grau menor de previsibilidade. Junte-se a isto outro fator complicador que se relaciona com a lei aplicável que se refere à tensão entre os princípios da privacidade e da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade de expressão, todos corolários do estado democrático de direito

8. Considerações Finais

O presente artigo buscou elucidar a teoria da restrição dos direitos fundamentais aplicadas no caso concreto, mais precisamente em casos envolvendo o chamado direito ao

esquecimento, o qual se verifica através da colisão de direitos de personalidade em face da liberdade de expressão e liberdade de imprensa.

Inicialmente abordou-se acerca do direito ao esquecimento para demonstrar que este advém de uma interpretação decorrente dos direitos de personalidade em face das liberdades de informação e expressão; e que, por serem todos eles, direitos fundamentais protegidos pela Constituição de 1988, merecem tratamento diferenciado não podendo um ou outro ter prevalência a priori para a solução destes casos em questão.

Assim, aprofundando sobre a restrição do direitos fundamentais optou-se por utilizar como base a teoria relativa do núcleo essencial (suporte fático amplo) para demonstrar que não há que se falar em direitos absolutos no ordenamento jurídico e, mais ainda, que a limitação destes não se dá por si só, mas a medida em que se são aplicados no caso concreto. Rejeita-se assim a teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais, com o intuito de maximizar seu campo de aplicação. O que acontece na prática é justamente uma realização relativa do que é garantido *prima facie* e definitivamente. Ao falar acerca de uma tensão entre princípios igualmente protegidos pela Constituição, necessariamente está-se discutindo acerca de uma restrição de direitos fundamentais.

Desta forma, por meio da ponderação de princípios em cada caso concreto - observadas as devidas particularidades - haverá casos em que o direito à intimidade deverá prevalecer, ao passo que em outros, será preponderante o direito à veiculação e publicação de notícias.

O próprio STJ, ao julgar dois dos principais casos que foram decididos - no mesmo dia, proferiu decisões, que, ainda seguindo a mesma linha de raciocínio, resultaram em diferentes conclusões. Neste mesmo sentido, tribunais internacionais que há anos já emitem decisões acerca de casos envolvendo o direito ao esquecimento, demonstram que, de fato, não há uma regra geral para o embate.

A colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais não se resolve mediante simples subsunção de determinado fato às normas vigentes no ordenamento jurídico. O impasse que traz o direito ao esquecimento do intérprete constitucional a utilização da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma. Desta forma, será necessário determinar qual direito irá prevalecer e qual será circunstancialmente sacrificado, devendo fundamentar racionalmente a adequação constitucional de sua decisão.

Por fim, observa-se que o direito ao esquecimento, ainda que não seja propriamente uma novidade no âmbito jurídico, tem inúmeros desdobramentos principalmente com as novidades de uma sociedade cada vez mais plural e globalizada. Primeiro, pelo fato de os meios de comunicação serem cada vez mais velozes e próximos aos acontecimentos do dia a dia, e, terem ainda, o poder de “eternizar” fotos e vídeos. Aqui, a discussão sobre o direito de ter seu nome desvinculado de um determinado fato parece atingir patamar diferente tanto ao mensurar eventual dano para a vítima como também na implicação de meios para apagar a informação da rede. Segundo, pelo fato de que os limites transfronteiriços se apresentam cada vez mais tênues – ou seja, pela proximidade com que as sociedades, cada dia mais, convivem entre si.

Referências

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 28/05/2013 . Disponível em <http://www.stj.gov.br>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp no 1334097/RJ, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em <http://www.stj.gov.br>

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.

ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodriguez. Analisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución Española. Comares: Granada, 1996, p. 121-236.

ALEXY, Robert. Sistemas jurídicos, Princípios jurídicos y Razón práctica. Doxa, v. 5, 1988

_____, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de direito administrativo, v. 235, 2004.

_____, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-dedados.o-direito-ao-esquecimento/>>

CAMPOS, Clara Fernandes Paiva; FERNANDES, Carlos Thompson Costa. A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: O direito à informação versus o direito à privacidade e à honra. Revista do UNI-RN, v. 11, n. 1/2, 2015.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista Crítica Jurídica, n. 22, 2003.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, n. 8, 2006.

FRANÇA. Court de Cassation. Marlene Dietrich v. Société France-Dimanche (Cour d'Appel de Paris D. 1955, 295). Paris, 16 mar 1955. Disponível em: http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law

GODOY, Claudio Luiz Bueno. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo. 2008.

KARAN, Vera. Reportagem de Katna Baran. Os Limites do Direito de Ser Esquecido. Gazeta do Povo, Curitiba, Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/os-limites-do-direito-de-ser-esquecido-975951tr6va4b20ekvkse7bda>

LOPES, Ana Maria D. Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Revista de Informação Legislativa, v. 164, p. 7-15, 2004.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. Princeton: Princeton University Press, 2009

MILLS, Alex. The law applicable to cross-border defamation on social media: whose law governs free speech in 'Facebookistan'? Journal of media law, Routledge, 2015.

NICOLODI, Ana Maria. Conflitos entre direitos fundamentais – liberdade de imprensa *versus* direito à vida privada, direito à imagem e direito à honra Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. ISSN 1982-0496. Vol. 1. 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Consituição*. Coimbra Editora, 2003

_____, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, 1.ª Edição, Coimbra. 2012. p.142

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; DA SILVA, Roberto Baptista Dias. Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento. Revista Jurídica da Presidência, v. 16, n. 109, p. 397-420, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva, rev. atual. e ampl.*; 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____, Ingo Wolfgang. Tema da Moda, Direito ao Esquecimento e anterior a Internet. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>

_____, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez#_ftnref1

_____, Ingo Wolfgang. Tema da Moda, Direito ao Esquecimento e anterior a Internet. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>

_____, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva, rev. atual. e ampl.; 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista dos Tribunais, p. 52-57, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso Da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 4, 2006.