

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL II

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

ZULMAR ANTONIO FACHIN

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil constitucional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Zulmar Antonio Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-697-0

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL II

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Porto Alegre, RS, entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos de Direito Civil Constitucional.

Na coordenação das apresentações do GT "Direito Civil Constitucional II", pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem este livro, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao constitucional, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Dentre os artigos selecionados, observamos a seleção de temas relevantes como a responsabilidade civil, o direito à liberdade de expressão versus direito à intimidade, e artigo referente ao sempre importante tema sobre a teoria das incapacidades.

Abordados assuntos inovadores e ainda pouco explorados pela doutrina civil constitucional, como o direito ao esquecimento, o direito ao sossego, as Diretivas Antecipadas de Vontade (testamento vital e mandato duradouro), bem como o tema Herança Digital.

Por fim, e não menos importante, foram apresentados trabalhos relativos a grandes temas da área, como usucapião de bem público, registro Torrens, função social do contrato, o planejamento estratégico do direito como instrumento apto a viabilizar segurança jurídica nas empresas, planejamento sucessório e desconsideração da personalidade jurídica,

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Zulmar Antonio Fachin – UNICESUMAR

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior – UIT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA PERSPECTIVA JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UM ESTUDO SOB A ÓTICA DA
PRIVACIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN THE BRAZILIAN LEGAL-
CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE: A STUDY FROM THE POINT OF VIEW OF
THE PRIVACY AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON**

Inês Maria de Oliveira Reis

Resumo

O presente artigo aborda o Direito ao Esquecimento e a proteção dos preceitos constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro. O teor desse trabalho pontua dispositivos constitucionais que tratam dos direitos fundamentais e a tensão entre os direitos à informação em consonância com os direitos à privacidade, situando o Direito ao Esquecimento enquanto um desdobramento deste. Nesse sentido, aborda-se a temática Direito ao Esquecimento sob a ótica do que preceitua o entendimento do ordenamento jurídico brasileiro ante um contexto global em defesa tanto da autonomia existencial do direito à privacidade quanto ao direito à informação.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento, Privacidade, Dignidade da pessoa humana, Autonomia existencial, Direito à informação

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with Right to be Forgotten and the protection of the constitutional precepts of the Brazilian legal system. The content of this work punctuates constitutional provisions deal with fundamental rights and the tension between rights to information in consonance with rights to privacy, placing the Right to be Forgotten as a deployment of this one. In this sense, the subject the Right to be Forgotten is approached from the point of view that precepts the understanding the Brazilian legal system before a global context in defense of both existential autonomy of right to privacy and right to information.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to forgotten, Privacy, Dignity of human person, Autonomy existencial, Right to information

INTRODUÇÃO

O que fundamenta e alicerça o Direito ao Esquecimento é a ponderação da existência do interesse público daquele conteúdo ao qual está sendo objeto de suposto conflito. E, neste debate, o que enseja saber é o devido questionamento desses dados ou fatos ocorridos no passado que resguardavam entre si, a real veracidade e se atualmente, em um contexto presente se mantém o interesse público devido, pois no que se refere ao direito cogente, de ordem pública, o qual, numa ponderação se superpõe ao direito privado.

Portanto, a existência do interesse público é que é o fator primordial norteador para que venha a ocorrer a exclusão de uma informação ou a um pedido de indenização por danos morais ou materiais. Assim, cabe afirmar que o balizamento do interesse público perpassa pela interpretação jurisdicional ou legal existentes.

Assim, para que haja remoção ou não de um dado ou informação pessoal, a decisão recai na preponderância do interesse público, caso não esteja definido em lei. E, ao se falar propriamente dito, no Direito ao Esquecimento se está referindo à sua não mais existência de um interesse público sobre um dado ou conteúdo informacional, por ter havido um passar de um tempo que não mais demonstra suficiente interesse.

Na sede da base do Direito ao Esquecimento insere-se, portanto, o conflito mais abrasador que é ter o *the right of to be forgotten*, mesmo perante a fatos e acontecimentos verdadeiros e pretéritos, mas que no momento atual, não mais resguardam suficiente interesse público.

Nesse viés, o Direito ao Esquecimento deve ser estudo sob um contexto doutrinário e jurídico, de forma que, cabe um entendimento sobre os direitos à informação e à privacidade que historicamente surgiram, em primeiro momento, propiciando os passos iniciais rumo aos direitos fundamentais.

Dessa forma, o presente artigo tem por objeto analisar o instituto do Direito ao Esquecimento sob o recorte de fundamentos constitucionais existentes: o direito à privacidade, o acesso à informação e a dignidade da pessoa humana. A pesquisa tem bases doutrinárias, baseada em livros, sendo, portanto, pura a pesquisa, qualitativa e trazida a partir de um contorno dialético, pelas bases constitucionais e legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, além de analisar os direcionamentos jurisprudenciais existentes.

1 AS BASES DO *THE RIGHT OF TO BE FORGOTTEN* PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A princípio, ao tomar como referência o nascimento da imprensa tem-se em Gutemberg o fomentador da imprensa ao qual ampliou-se através do entendimento da ‘liberdade da imprensa’ enquanto ‘direito de informação’ (MALDONADO, 2017, p. 42-43). E, atualmente, a liberdade de pensamento é fundamento defendido pelo próprio texto constitucional brasileiro, tanto como direito fundamental, como em dispositivo específico relacionado à liberdade de imprensa como disposto no Art. 220 e seus parágrafos.

Maldonado (2017) também aponta que a liberdade de imprensa no Brasil tem suas origens históricas na tradição portuguesa, que com a independência brasileira e a Constituição de 1824, adveio em meados de 1830 a lei da imprensa, aos quais no que se referem, aos ‘abusos da liberdade de imprensa’ estavam associados estes aos supostos atos de infrações geradores de multas. E, em gradual ascensão à liberdade de imprensa consolidou-se com a Constituição brasileira de 1988 e com o rechaço a qualquer forma de censura¹.

Isso quer dizer que balizada com os pilares de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 institui a liberdade da imprensa sem os ditames da censura² a qual adveio de persistente embate contra posições ideológicas e políticas que impunham o cerceamento da livre informação através de um controle de cunho repressor e antidemocrático.

Em contraposição, a tradição americana tem como parâmetros as decisões das cortes jurisprudenciais ao qual vieram a se consolidar, de fato, com o surgimento do *Bill of Rights* (MALDONADO, 2017). Tais direitos trouxeram um maior respaldo às liberdades da imprensa, proibindo a censura prévia e, sobretudo, a vedação de fatos verdadeiros tratados pelos meios de comunicação que pudessem envolver os autores da situação mencionada.

O Direito ao Esquecimento tem sua importante contribuição advinda da União Europeia desde meados dos anos noventa registrou suas primeiras legislações, como a Diretiva 95/46/EC a qual objetivava, dentre outros temas, sobre a necessária proteção dos dados pessoais. Além disso, no decorrer dos anos de 2009, no Brasil, criam-se os princípios relacionados à liberdade de comunicação e de expressão.

Nos percalços do direito à liberdade de expressão e, sobretudo, da liberdade de informação repousam suas origens na Declaração Universal dos Direitos Humanos o qual

¹ E, prova deste novo posicionamento foi a ADPF nº 130/DF que extinguiu a Lei da Imprensa, Lei nº 5250/67 ao qual não mais coaduna com os princípios constitucionais que exigem um novo balizamento entre os princípios e, dentre eles, a liberdade de expressão da imprensa e a dignidade da pessoa humana. Pelo feito, a maioria dos ministros da Corte torna procedente o voto pela extinção desse dispositivo legal no ordenamento jurídico brasileiro.

² Essa liberdade não assume um caráter absoluto da utilização da censura, tanto que a própria Constituição traz limitações quando da proteção da criança e do adolescente estabelecendo censuras etárias.

ênfatiza o “direito à liberdade de opinião e expressão”³ estendendo-se ao direito de transmissão dessas informações por meios diversos.

Por isso, Maldonado (2017) afirmava que a Declaração Universal dos Direitos Humanos compõe juntamente com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estão amplamente integralizados na *International Bill of Human Rights*, a ensejarem veementemente o real direito à informação, de forma que, é constitutivo dos direitos humanos, posto a garantia do direito à informação é oportunizada tanto aquele que lhe é permitido à liberdade de informação, no cerne de recebê-las, quanto aqueles que decidem ter acesso às informações. É ainda o direito de informar *versus* o direito de ser informado. Da tradição liberal americana é premente nas decisões judiciais o direito à informação.

Ao se deparar com o direito à privacidade no confronto com o direito à informação se averigua que não há na Constituição americana clara menção sobre a vida privada, mas notadamente sobre a autonomia e a própria liberdade pessoal. Assim, as interpretações assumem uma dimensão jurisprudencial em que se realiza a ponderação de acordo com o caso em concreto.

Em contrapartida, a União Europeia apresenta normas legislativas que tratam mais especificamente do tema do direito à privacidade, constante na Convenção Europeia e da necessária proteção à vida privada, mesmo com algumas ressalvas, quando se referem às restrições da própria lei, isso porque a questão privada se estabelece como corolário da dignidade.

1.1 Os direitos da personalidade e sua proteção sob a ótica constitucional

A evidente confrontação entre os direitos à liberdade de expressão e a tutela aos direitos da personalidade, inicialmente respalda-se nos preceitos legais do texto constitucional, a exemplo do Art. 5º, IV, V, X, XIII, e XIV e do Art. 220 §§ 1º e o Art. 2º da CF/88. Esses direitos estão amparados em claro fundamento de um Estado Democrático de Direito que rechaçam

³ Artigo 19. 4 No cerne a União Europeia, ratifica-se o direito à informação, em seu artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, sem a priori receber, restrições dos órgãos públicos com ressalva quando envolvidos assuntos da ordem de segurança pública, saúde e, dentre outros, a proteção da honra ou dos direitos de outrem.

todas as formas de obstrução e proibições à liberdade de expressão e marcaram o contexto histórico e sócio-político brasileiro no decorrer da sua formação política.

A liberdade de expressão esta que, de acordo com Tavares (*apud* CAVALCANTE, 2018) tem nas suas características “substantiva” (que envolve o pensamento e sua exteriorização) e “instrumental” (meios de se alcançar essa liberdade de informação), o amparo legal aos direitos à informação e expressão.

No trato com a conjugação de ambos os direitos da liberdade de informação e expressão e a tutela dos direitos de personalidade, salienta-se que a norma constitucional não defende o caráter absoluto, imperativo dos direitos sobrepostos em relação a outros.

Portanto, não havendo a preponderância absoluta desses direitos, não se nega que, em tese, ocorrendo um conflito entre os direitos, averigua uma limitação prática no ordenamento jurídico, ao qual se deve, a priori, buscar a manutenção, a preservação e o equilíbrio entre as normas e os direitos fundamentais.

Em atenção à limitação, não em absoluto dos direitos de informação, haja vista, os conflitos com os direitos fundamentais da personalidade, Barroso (*apud* CAVALCANTE, 2018) menciona alguns requisitos como fazendo parte do direito à liberdade de informação. Dentre eles: “a verdade”, o “interesse público” no que está em voga “a relevância” das informações divulgadas.

Isto posto, está a técnica da ponderação, em que o Min. Barroso aplica, quando do sopesamento do melhor resguardo dos direitos fundamentais, a ensejar ao devido direito constitucional, à liberdade de informação balanceado com o direito a personalidade no viés do direito à privacidade. A princípio, tal técnica, “identifica as normas”, suas “circunstâncias” e os “elementos identificadores” correlacionando-os ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da concordância prática. Portanto, cabe nesse deslinde a resguardar os direitos fundamentais, e numa análise hermenêutica sopesar os conflitos entre os direitos a informação e os direitos a personalidade.

Segundo Barroso (2004) tomando como parâmetro a interpretação constitucional sobre a “colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade” reverencia nesse debate as principais teses sobre o tema em questão. Dentre elas, cita: a colisão de direitos fundamentais, ponderação de valores, discricionariedade judicial e a teoria da argumentação.

O autor invoca a princípio a passagem de uma interpretação jurídica tradicional em que está presente o método interpretativo da “subsunção dos atos à norma”. Desta, cabe frisar que “regras são normas”, onde as condutas se adequam e, o Direito se adaptam a uma interpretação pura e sistemática da norma previamente posta.

Em contraposição, se apresenta como uma “nova interpretação constitucional” que ressalta que o direito deve avaliar o caso in concreto embasado numa teoria argumentativa que leva em consideração, não a norma restrita, mas, sobretudo, dentre outras, “a questão tópica”, “o papel do legislador.”

2 REFLEXOS DO ORDENAMENTO EUROPEU NO DIREITO AO ESQUECIMENTO BRASILEIRO

A Convenção para a Proteção dos Indivíduos com Respeito ao Processamento Automático de Dados Pessoais do Conselho da Europa ao referir-se especificamente aos dados pessoais os trata como “qualquer informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável” (MALDONATO, 2017, p. 87). O fato é que o direito à privacidade está legalmente protegido pela Diretiva⁴ sobre Dados Pessoais, Diretiva 95/46/CE da União Europeia.

2.1 O direito ao esquecimento sob a ótica do GDPR⁵

O Direito ao Esquecimento no GDPR elencado no Capítulo III ‘Direitos do Titular de Dados’ na Seção 3 ‘Retificação e Apagamento’ que entre os artigos 16 a 20 aborda o tema, estando o artigo 17 a especificamente referir-se a ao ‘Direito ao apagamento dos dados’ ou ‘Direito ao Esquecimento’ oferece um entendimento diferente ao aplicado no Brasil, ao qual tem fundamento a perda do interesse público.

O Direito ao Esquecimento tem suas origens e referências através dos teóricos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis quando do tema *The Right to Privacy* abordaram a tese *Right to be let alone*. A partir dessa tese, em que defende como pressuposto o direito de propriedade (MENDES, 2014). Assim, ao se deparar com o direito da privacidade este decorreria do direito de propriedade. Ideias estas amparadas na crença de cunho político-ideológico dos países americanos. No entanto, esse preceito entra em contrassenso a partir das recentes normas do direito europeu.

⁴ Instrução ou indicação fornecida por uma autoridade sobre a maneira de proceder em determinada situação ou tarefa; diretiva. Uma ‘diretiva’ é um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da EU devem alcançar. ⁶ Pertencente ao Parlamento Europeu e do Conselho (1995), relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁵ Regulamentação Geral de Proteção dos Dados.

No âmbito legislativo e na fomentação da esteira dos direitos humanos vinculados, estes ao direito do homem no Tribunal Europeu, alicerçou-se em meados de 2000, a ideia de que os direitos humanos, que são direitos fundamentais, devem resguardar o direito à vida privada e familiar e a proteção dos dados pessoais⁶.

Deve-se ressaltar que, anterior ao ano mencionado, os primórdios legislativos em defesa dos direitos humanos, surgem com a própria Declaração dos Direitos Humanos (1948) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950).

Ao referir-se à política europeia, surge no ano de 2012 o GDPR, como uma regulamentação geral dos dados pessoais, baseada no ‘Mercado Único Digital’, que objetivava a proteção dos dados pessoais associada ao chamado: “Direito ARCO”, vindo a significar direito de acesso, de retificação, de cancelamento e de oposição. A partir de tais premissas, nasce através da necessidade de proteção dos dados pessoais, no regulamento europeu em seu artigo 17, o ‘direito a ser esquecido e ao apagamento’.

Assim, o Direito ao Esquecimento está ligado a questão de uso, finalidade, consentimento do usuário dos seus dados pessoais. Em contrapartida, quando envolve o direito de liberdade de expressão e interesse público relacionado à saúde pública e, ainda, a interesses históricos, científicos ou até a aqueles que envolvem um dever jurídico, cabe a sua consideração de que o direito às informações seguem o seu rigor de serem expressas e devidamente consideradas.

Assim, o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) quando julgou o caso Google Spain em Acórdão proferido, citou as ‘razões especiais’ enquanto razões que limitam o Direito ao Esquecimento ou ‘direito à supressão’ em que envolvem desde o papel do titular dos dados pessoais na vida pública enquanto um dos fatores apontados como suposto interesse público ao direito à informação.

Outros fatores que comporiam essas razões envolvem a ‘natureza da informação’ ao qual remete desde a vida íntima ou sexual até as suas identificações pessoais. Além de outras informações que envolvem menores, opiniões políticas e atividades criminosas. Ainda, fazendo parte dessas outras razões, deve-se observar a questão da fonte de informações e suas motivações e o tempo.

A ideia mais relevante debatida no Acórdão em questão é do ‘justo equilíbrio’ ao qual delinea a necessária importância de sopesar os direitos fundamentais com o Direito ao Esquecimento ou como primordialmente conhecido como ‘direito de supressão’ ou ‘direito ao

⁶ Artigos 7^a e 8^a da ‘Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

apagamento dos dados' de acordo com o GDPR. Assim, o que se entende é pela necessária ponderação dos direitos e, sobretudo, a análise do caso em concreto que venha a invocar o direito ao esquecimento.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

A aplicabilidade do Direito ao Esquecimento na esfera civil no debate sobre o tema proposto em Audiência Pública realizada no dia 12/06/17 no STF, a partir do ARE 833.248 RG/RJ, em que pese o conflito entre os direitos fundamentais, o que, pela relevância, do tema consolidou-se num necessário assunto que veio a se tornar uma em sua repercussão geral nos Tribunais Superiores.

3.1 Teses sobre o Direito ao Esquecimento

Da proclamação desta audiência pública se configuraram três posicionamentos sobre o Direito ao Esquecimento.

A primeira posição sobre o tema, a chamada posição pró-informação, entende não existir qualquer Direito ao Esquecimento. Tal corrente fundamenta-se de que nos dispositivos legais não há de fato norma clara que suscite tal direito. Essa tese é defendida, em sua maioria, pelas entidades da área de comunicação. Além do que, para tal corrente, deve-se prevalecer a liberdade de expressão, não havendo um real direito à privacidade ou à intimidade. Os defensores da tese da pró-informação se sustentam no julgado do STF referente às biografias não-autorizadas - ADI nº 4.815/15.

Uma segunda posição, pró-esquecimento encontra respaldo na tutela da dignidade da pessoa humana em que os direitos à reserva, à intimidade e à privacidade tem valor na ordem constitucional brasileira. Para os defensores dessa corrente, como exemplo, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), propõe que, com o fim do cumprimento da pena, num prazo de cinco anos, às informações sobre as condenações penais sejam “esquecidas” dos dados informacionais dos meios tecnológicos.

Essa corrente se pauta juridicamente em decisão do STJ, no REsp nº 1.334.097/RJ, ocorrido em 2003, que julgou o caso da Chacina da Candelária, considerando a Corte o Direito ao Esquecimento visto como “um direito de não ser lembrado contra a sua vontade”. Em prol do Direito ao Esquecimento, a Corte de Justiça da União Europeia, em 2014, no caso do cidadão

européu Mario Costeja González, determinou que os mecanismos de busca da internet retirassem o seu nome das notícias vinculadas a penhora do seu imóvel.

Existe ainda uma terceira corrente, chamada de posição intermediária que tem como principal fundamento o pensamento de que a Constituição Brasileira não autoriza que os direitos fundamentais sejam hierarquizados. Portanto, para a Lei maior, não deve haver um valor hierárquico entre o direito à informação e o direito à privacidade, ao qual o Direito ao Esquecimento teria sua raiz neste último direito.

3.2 O Direito ao Esquecimento sob a ótica do Instituto Brasileiro de Direito Civil-IBDCivil

No texto constitucional, os direitos fundamentais cabem, para tanto, numa visão hermenêutica a devida aplicação da ponderação. Tal tese é defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil-IBDCivil.

Para este instituto é cabível a criação de um parâmetro de ponderação em que a partir deste critério se possa diferenciar vítimas que tem uma repercussão na vida pública em que, em tese, poderia ensejar o direito à informação daquelas vítimas que se restringem a um fato delituoso e que assumem potencialmente uma repercussão na esfera pública. Estas tenderiam ao Direito ao Esquecimento, haja vista a sua aparição nos diversos meios de comunicação não acarretariam substancial direito à tese da informação ou da expressão.

O que compete registrar é que a Corte Brasileira em respeito a um Estado Democrático de Direito e, sobretudo, a relevância temática da repercussão geral, amplia o debate a respeito do tema proposto.

Em outra decisão, no Acórdão nº 694.260 proferido pela 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, confronta a existência do conflito entre os direitos fundamentais no que compete aos direitos de informação e aos direitos de personalidade (privacidade, honra e imagem). Para isso, a análise do referido acórdão em comento com o intuito de buscar uma “solução de colisão entre os direitos fundamentais” baseada na técnica da ponderação e, sobretudo, tomando como referência os pressupostos da hermenêutica constitucional.

No que tange a melhor compreensão do que sejam os direitos fundamentais, fazem parte da sua definição, vê-los dentro do parâmetro dos direitos positivados, quando estes estão dispostos no texto constitucional, a se perfazer pela existência da função dignificadora, principiológica e, sobretudo, por serem normas constitucionais.

Já no entendimento do Ministro Roberto Barroso em voto proferido na ADI nº 4815 proferido em 10.06.15, considera que um dos meios eficazes ou técnicas para uma análise equilibrada entre a confrontação dos direitos à liberdade de informação e os direitos de personalidade (honra, intimidade e privacidade) é a ponderação. A aplicação desta parte, em princípio, de conhecer as normas que podem ser trazidas ao caso em concreto juntamente com os “fatos relevantes”, numa forma de alcançar “soluções possíveis” que se aproximem das normas constitucionais em sua integridade.

Em seu voto proferido, o Ministro Barroso referiu-se que “a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial” em seu caráter *prima facie*, por razões que encontram amparo desde o percurso histórico brasileiro ao “direito à liberdade ser pressuposto ao exercício dos outros direitos fundamentais”, segundo o relator do voto.

3.2 A configuração do Direito ao Esquecimento nos Tribunais Superiores

No âmbito jurídico uma das primeiras decisões nas Cortes Superiores foi o Superior Tribunal Federal-STF, o qual a parte interessada solicitava acesso, através do habeas data, dos seus dados pessoais. A análise da decisão, apesar de ter sido negada, envolve uma consideração deste instrumento jurídico ao direito a personalidade e à intimidade do interessado. Assim, chama a atenção, diante do feito, de que está inserido no *habeas data*, o direito à privacidade.

No que compete as decisões do Superior Tribunal de Justiça-STJ sobre o tema do direito à privacidade em julgado proferido em meados do ano de 1995, questionava-se acerca da necessidade do direito à privacidade quando o objeto do conflito versava sobre o prazo de cinco anos no registro de dados pessoais no SPC e a Lei nº 8.078/1990, em seu Art. 43, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor-CDC⁷. A autenticidade da decisão da Corte foi oferecer a devida valorização a proteção dos dados pessoais e a privacidade em contraposição aos riscos de um manejo inapropriado de tais dados pessoais a personalidade e a autonomia do indivíduo. O que se destaca, nas palavras de Mendes (2014, p. 138) é pela real necessidade da “transparência do processamento dos dados, o “conhecimento e acesso do titular aos dados

⁷ Ainda nessa trilha da defesa do direito à privacidade e do direito a proteção dos dados pessoais deve-se salientar que a ampliação do direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro em seu novo conceito, aponta para os riscos a “violação da privacidade do consumidor”, quando os dados pessoais são usados em situações outras que não estão vinculadas ao objeto que inaugurou a relação contratual. Trata-se em pôr em prática o “princípio da finalidade” a tutelar o consumidor. Outro princípio em voga, quando os dados pessoais não são usados adequadamente pelas empresas, ensejando supostos abusos na manipulação das informações repassadas pelo consumidor ou a não proteção desses dados pessoais por mecanismos de proteção devidos pela instituição responsável, e aplica-se o princípio do risco da atividade, o que acarreta os danos morais e o direito à indenização.

armazenados” e a sua “correção e cancelamento dos dados”. Por fim, tal julgado traz em seu bojo o Art. 5º, inciso X, da CF/88 ao tratar do direito fundamental da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

A ideia central é que ao se tratar de proteção dos dados pessoais, deve-se preservar de forma concomitante tanto pelo direito à adequada privacidade do indivíduo quanto por um justo controle desses dados pessoais com o intuito de construir uma real tutela jurídica em prol do cidadão comum.

Um dos dispositivos legais que protagonizou a tutela dos dados pessoais e o direito à privacidade foi o Código de Defesa do Consumidor-CDC (Lei nº 8.078/90) ao qual traz no bojo do seu Art. 43, dispositivo legal sobre o manejo dos bancos de dados dos consumidores. Tais premissas apontam para importantes aspectos que, segundo Mendes, (2014) se referem a um “direito de acesso” aos dados dos consumidores; ao “princípio da qualidade dos dados” que envolvem a veracidade dos dados; “princípio da transparência” defendido no § 2º em seu Art. 43; “direito de retificação e cancelamento” e o “princípio do esquecimento” que remete a questão da limitação de que os dados pessoais são resguardados no sistema de banco de dados. Portanto, compete a uma análise do direito intertemporal.

Os Tribunais Superiores⁸ ensejam a um conceito de direito à privacidade mais abrangente quando diante das novas demandas dos provedores de internet que exigem que os cidadãos de todo mundo, tenham acesso e controle sobre os seus próprios dados e informações pessoais. É o direito à privacidade que envolve o devido consentimento do cidadão. Conceito este estendido ao direito à imagem e à intimidade, não resguardando direito ao contrato firmado sobre a imagem por ser essa um direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

O que de mais relevante há na norma legislativa que objetiva a proteção dos dados pessoais é o seu caráter fundamental do dever seguir o que a lei ou disposto legal nomeia. Portanto, cabe dizer, que segue o princípio da legalidade e, sobretudo, os dados pessoais colhidos tem como características de serem considerados públicos, o que lhes permitem uma proteção constitucional dos direitos fundamentais, pois os dados pessoais são informações que pertencem ao indivíduo, sendo estes um direito de personalidade.

Outro dispositivo legal, é o novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) que em seu Art. 21, elenca a inviolabilidade da vida privada que, apesar de ser um preceito constitucional, torna-se essencial por tratar do direito à privacidade enquanto direito fundamental nas relações privadas. Além disso, há de destacar que estando o direito à privacidade fazendo parte dos direitos da

⁸ STJ, Resp 1.168.547/RJ, 4ª T., j. 11.5.2010, v.u., rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 7.2.2011.

personalidade, o artigo em comento valoriza a personalidade do indivíduo enquanto um bem jurídico conjuntamente equiparado a dignidade humana. O dispositivo citado em concomitância ao Direito do Consumidor, respalda este no direito à privacidade do próprio consumidor.

Em acórdão julgado em 2001⁹ quando o recurso demandava a requisição de informação de endereço do réu ao Banco Central para a devida execução, foi concedido direito a autor a devida privacidade. A fundamentação do voto se baseou na essencial autonomia e privacidade dos dados pessoais desvinculado do mero sigilo bancário ou acesso às informações pessoais do contribuinte como o seu endereço pessoal.

Pelo feito, o que se observa é uma real mudança nos Tribunais Superiores ao ampliar o conceito do direito à privacidade ao incluir o direito do cidadão ao controle dos seus dados pessoais, quando diante da escalada dos serviços da internet e nos processamentos de informações, além da obrigatoriedade das empresas de indenizar o cidadão que teve os seus dados pessoais indevidamente expostos sem a sua prévia autorização.

Mendes (2014, p.140) conclui que a nova compreensão das Cortes brasileiras na ampliação do conceito do direito à privacidade adveio inicialmente quando do novo direito à privacidade se permitiu um controle dos dados pessoais e consentimento do usuário. Direito esse que baseado no Art. 5º, inciso X da CF/88, ao qual ofereceu a devida proteção e privacidade dos seus dados pessoais e da própria “autodeterminação de suas informações”. Assim, o direito a proteção dos dados pessoais, estão presentes nos dispositivos constitucionais que, além do artigo anterior citado, no instrumento do habeas data em seu Art. 5º, inciso LXXII da CF/88 também ressalva a devida importância do direito a proteção dos dados pessoais.

3.3 Direito ao Esquecimento e dignidade da pessoa humana

O Direito ao Esquecimento está atrelado à dignidade da pessoa humana enquanto parâmetro que autoriza a defesa desse direito no campo jurídico-constitucional, além do que lhe compete do seu reconhecimento na sua intrínseca dimensão existencial. É de caráter imperativo entender que, de per si, o conceito de dignidade, em vários institutos legais que tal princípio resguarda o “valor-fonte”.

Portanto, comportando-se como a base, o alicerce de que o ser humano não pode ser quantificado ou metrificado por mero contexto ou situações do mundo exterior, mas, deve, sobretudo, ser vislumbrado como um fim em si mesmo, segundo a própria ideologia kantiana.

⁹ STJ, REsp 306.570/SP, 2ª T., j. 18.10.2001, v.u, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.2.2002.

Paulo Bonavides (2001) assim, se referiu como nenhum princípio pode ser ponderado mais valioso na unidade material da Constituição que a dignidade da pessoa humana. O pensamento de Wolfgang Sarlet (2002, p.68) preceituou como:

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade da pessoa humana resguarda em seu cerne, segundo Aharon Barak (*apud* MALDONADO, 2017, p. 118), fundamento constitucional, ao ser referenciada a liberdade como um direito dado ao homem sobre a sua vida e história pessoal.

O que se postula é que o Direito ao Esquecimento encontra amparo em tal princípio de caráter constitucional. Neomi Rao (*apud* MALDONADO, 2017, p. 118) trata da importância da dignidade da pessoa humana a ser vista, dentro outros três parâmetros. Primeiramente, a dignidade enquanto autonomia e liberdade negativa deve estar associada ao Direito ao Esquecimento. Seguindo do direito que tem o indivíduo de viver a sua própria vida, tendo o direito a uma “dignidade positiva” e, por fim, compreender o conceito de dignidade como as existentes diferenças entre pessoas. Pelo feito, o que Viviane Maldonado quer dizer, ao falar sobre a dignidade da pessoa humana e o Direito ao Esquecimento, é que a autonomia e a liberdade negativa enquanto direitos de decidir, escolher sem minimamente sofrer interferência do próprio Estado e/ou de outras pessoas.

Portanto, está inserido neste conceito as chamadas “liberdades constitucionais” que estão associadas, dentre outras vertentes, a liberdade de expressão. Isto posto, cabe entender que quando se está diante da necessidade de proteção dos dados pessoais, deve-se avaliar o real interesse público que envolve a questão das informações prestadas. Tal premissa, se porta como uma exigência preliminar a dignidade da pessoa humana que deve ser considerada, sempre no caso concreto, como forma preventiva de vícios abstratos ou subjetivos, sem o teor do fundamento constitucional que o resguarda.

Assim, diante da preservação da dignidade da pessoa humana e da propositura do assunto em debate que é o Direito ao Esquecimento quando diante da necessidade de proteção das informações e dos dados pessoais, se faz premente que a proteção desse dados e o seu direito ao apagamento quando usado por terceiros na rede de computadores (internet) possa ser uma

das primeiras ferramentas em prol do indivíduo que tenha sofrido ou venha a sofrer potenciais riscos a sua dignidade.

3.4 O caso Xuxa e o Direito ao Esquecimento

No que compete ao tema Direito ao Esquecimento, os casos concretos servem como parâmetros à sua construção doutrinária. Como exemplo, o caso de extrema repercussão é o da Xuxa Meneguel ao qual a parte interessada, a Xuxa após a publicação do filme “Amor, estranho amor” em meados dos anos de 1982, obteve em princípio decisão favorável estritamente ao pedido de que as imagens do filme não fossem reproduzidas por meio de vídeos. Tal decisão se restringiu ao território nacional, posto que nos Estados Unidos, houve lançamento do filme em DVD. A interessada, não obteve êxito no intento de impedir a publicação e os seus desdobramentos em terras americanas.

Em outras tentativas judiciais feitas pela apresentadora contra o site de busca Google americano, envolvia o pedido de não correlacionar o seu nome a termos de busca como pedofilia. A princípio em decisão de primeira instância, o pedido foi favorável a autora, por deferimento de tutela provisória, estritamente a não correlação de dados que se referissem ao filme produzido.

Tal intento, *a posteriori*, foi reformulado, após recurso da parte ofendida, a Google Inc. em que se limitou a não divulgação das imagens das cenas cinematográficas a autora. Ainda em Acórdão da relatoria da Min. Nancy Andrigui, a Google Inc. teve provimento favorável quando apresentou como justificativa a sua não responsabilização por aqueles que atuaram como fomentadores através do site ou provedores, no caso a Google Inc. Portanto, não cabem aos *sites* de busca, segundo a relatora, serem responsáveis pelos conteúdos das buscas feitas por usuários, nem tampouco exercer um controle sobre o comportamento dos usuários, nem impedir que os resultados dos conteúdos encontrados sejam extinguidos.

A empresa Google Inc. manteve êxito nas decisões judiciais proferidas, a considerar que o objeto das demandas envolvia a responsabilidade dos provedores, e, não, propriamente dito, os direitos fundamentais da personalidade no que tange a privacidade e o direito à informação. Sendo assim, o Direito ao Esquecimento não se revelou como demanda do caso em concreto.

Já na decisão proferida no Recurso Especial de nº 1.338.214-MT, julgado em 21.11.13, a relatora Min. Nancy Andrigui tratou da responsabilização dos *sites* de buscas quando diante de supostos conteúdos ilegais ou ofensivos. Assim, quando diante de supostas ilegalidades, deve o *site* realizar a devida retirada do (s) conteúdo(s), referindo-se ao caso citado da apresentadora

brasileira, quando da sua ação judicial, não havia pedido de remoção de conteúdos de caráter ilícitos. Ao contrário, se demandava a remoção, ou melhor dizendo, a desindexação dos termos chave de pesquisa que associassem ao filme produzido pela artista. Deve-se mencionar que um dos parâmetros legais no que envolve a questão da responsabilidade dos provedores de remoção dos conteúdos, adveio com o advento da Lei nº 12.965/14¹⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os potenciais riscos a violabilidade da personalidade quando se perpassa a fronteira do uso adequado tanto dos dados pessoais quanto das suas próprias informações são aspectos veementemente postos em pauta nos meios jurídicos a priori, haja vista que, em tese, configura-se a necessária proteção aos preceitos constitucionais.

O que cabe, nesse contexto, é demonstrar um real questionamento entre o direito à informação e a necessidade da tutela jurídica em prol ao cidadão. Nesse deslinde na contrabalança de que a larga dimensão dos direitos fundamentais, diante da ausência do caráter hierárquico destes direitos, deve-se ponderar entre o lugar do Direito ao Esquecimento e da proteção dos dados num espaço doutrinário e jurídico entre os reais fatos, normas e valores.

O Direito ao Esquecimento e à proteção dos dados e informações pessoais e os direitos fundamentais de personalidade, há de se reverenciar sobre a exclusão ou remoção das informações pessoais

O que se pode extrair é que a legislação brasileira resguarda o direito das informações, e nesse contexto dos cumprimentos de todos os parâmetros legais. Em contraposição, a legislação americana segue a jurisdições autônomas de cada Estado federativo. O que compete a dizer, que as informações pessoais são expurgadas quando atendidas as demandas legais de cada Estado. As averiguações supra, especificamente, o entendimento jurisprudencial americano, não é seguido categoricamente pela Suprema Corte e não se identifica com a postura que vem sendo adotada no ordenamento jurídico brasileiro.

O Direito ao Esquecimento em concomitância ao direito à proteção dos dados pessoais vem sendo tema de debate sobre a necessidade de sopesamento entre os direitos fundamentais no que tange ao direito à informação e aos direitos da personalidade. O que de fato existe é que, a partir de uma interpretação hermenêutica constitucional, os direitos fundamentais devem ser

¹⁰ Conhecida como “Marco Civil da Internet”, de fato, só se procede, quando diante de um descumprimento de uma ordem judicial. Assim, o site de busca só é responsabilizado pelos conteúdos produzidos por terceiros, quando, não tomar as devidas providências frente a remoção dos conteúdos, demandas pela justiça.

vistos num prisma de análise, não somente da concretude do caso, um *hard case*, mas, sobretudo, de que os conflitos entre os direitos fundamentais devem seguir à espreita do juízo de ponderação. Tal linha de raciocínio, advém dos preceitos constitucionais que resguardam tanto os direitos a livre liberdade de expressão quanto ao direito à privacidade.

Por fim, no que cabe a afirmar é que a análise do tema proposto se resguarda num caráter preliminar, mas inadiável nos dispositivos constitucionais e legislativos para a formação de um amplo entendimento sobre a correlação dos direitos fundamentais, tanto na preservação da inviolabilidade da autonomia existencial da pessoa humana quanto ao direito à liberdade de expressão. O mérito, in abstracto, é que, os conflitos e colisões são debatidos e analisados no lugar das Cortes na proteção da lei e da “interpretação conforme à Constituição”, mas, “levando o direito a sério” parece caber um “juízo concreto de aplicação” de que os preceitos legais se harmonizam com a análise do caso em sua dimensão jurídica e fática.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís 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, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 28 Mai. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15^o ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

CAVALCANTE, André de Carvalho Sales. **Responsabilidade Civil pela Publicação de Biografias não Autorizadas: (In) Aplicabilidade do Dano Moral** In: Monografia da UFC, 2018, p. 27-43.

MALDONATO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento.** 1^a ed. São Paulo: Novo Século, 2017.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de dados e Defesa do Consumidor: Linhas Gerais de um Novo Direito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.