VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE DA GRAÇA MOURA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

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

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

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie da Graça Moura; Flavia Piva Almeida Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-485-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Princípios. 3. Direitos Humanos. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O VII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidade do Minho (UMinho), na cidade de Braga, em Portugal, propiciou a aproximação de pesquisadores e alunos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros e pesquisadores portugueses. Com o foco na internacionalização da pesquisa jurídica do Brasil, o Grupo de Trabalho 13 dedicou-se à discussão de uma variada gama de temas, que foram reunidos sob a temática de Direitos e Garantias Fundamentais I. A seguir se destacam, em linhas gerais, os artigos que foram apresentados neste GT, integrantes desta publicação.

Esta obra inicia-se com o trabalho de Magda Soares Moreira Cesar Borba intitulado "DIREITO AO ESQUECIMENTO: COLISÃO ENTRE A MEMÓRIA INDIVIDUAL E A MEMÓRIA COLETIVA – CRITÉRIOS PARA HARMONIZAR O DIREITO DE ESQUECER E A LIBERDADE DE INFORMAR", abordou o direito ao esquecimento na colisão com outros princípios e quais os critérios para harmonização entre o direito de esquecer e a liberdade de informar.

Na sequência, Ubirajara Coelho Neto e Adriana do Piauí Barbosa artigo intitulado "DIREITOS FUNDAMENTAIS, CIDADANIA E REGIME DEMOCRÁTICO" fizeram uma análise do termo direitos fundamentais, com a identificação do seu momento histórico de aparecimento, assim como a indicação de terminologias supostamente sinônimas. Após, passaram ao estudo de ideias sobre a democracia, analisando-se, então, o discurso da necessária obrigatoriedade dos direitos fundamentais para a concretização do ideário democrático.

No artigo "MAGISTRATURA DOS TRIBUNAIS JUDICIAIS E ESTADO DE DIREITO SOCIAL DEMOCRÁTICO LUSO", Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira analisou as características próprias da Magistratura dos Tribunais Judiciais em Portugal.

A seguir, Taysa Matos do Amparo e Bartira Macedo Miranda Santos,por meio do trabalho "O DIREITO EDUCACIONAL COMO REQUISITO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA", apresentaram subsídios conceituais sobre o direito educacional que possibilite um melhor entendimento da construção e vivência da cidadania plena.

Em sua apresentação do trabalho intitulado “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ADOLESCENTE ACUSADO NO DIREITO BRASILEIRO", Karyna Batista Sposato e Nayara Sthéfany Gonzaga SIlva, abordaram a responsabilidade penal de adolescentes no Brasil a partir da análise da normativa existente, em particular da Lei Federal 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente e da lei mais recente, a lei 12.594/ 2012.

Por sua vez, Eduardo Ritt apresentou no artigo “O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E A DEFESA DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS”, uma análise da natureza constitucional da instituição do Ministério Público brasileiro, bem como de sua destinação constitucional .

No artigo “DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: DIREITOS FUNDAMENTAIS" a autora Nildes Carvalho Da Silva demonstrou que o Estado de Coisas Inconstitucional à luz da positivação dos direitos fundamentais, do Direito Penal, dos Direitos Humanos e das legislações aplicáveis, no âmbito da Ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nº 347 do Distrito Federal (DF), serve como instrumento necessário para garantia e efetividade dos direitos constitucionais e fundamentais dos presos, no sistema prisional brasileiro, ensejando o ativismo na sua feição de judicialização no Supremo Tribunal Federal-STF.

Seguindo as apresentações, Cláudia Mansani Queda De Toledo e Livia Pelli Palumbo, no artigo "NATUREZA DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UM BENEFÍCIO DO REGIME DEMOCRÁTICO OU UM INSTRUMENTO INSTITUCIONAL A SERVIÇO DA DEMOCRACIA?, analisaram as prerrogativas parlamentares dispostas em nossa Constituição Federal de 1988.

No artigo intitulado "O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO", José Julberto Meira Junior fez uma análise objetiva e pontual dos pressupostos constitucionais para os chamados Direitos Fundamentais no Estado Contemporâneo, tendo como ponto de partida, as observações que decorrem do Mínimo Existencial.

Por sua vez, Yuri Nathan da Costa Lannes e Elisaide Trevisam, em seu artigo "OS AVANÇOS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA RESSIGNIFICAÇÃO PARA A SOLIDARIEDADE BRASILEIRA", analisaram algumas das principais alterações inseridas no ordenamento jurídico do Brasil, principalmente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e seu papel na ressignificação da solidariedade para a atual sociedade brasileira.

No artigo intitulado "OS PODERES DE EMERGÊNCIA NO CONTEXTO DA DEFESA DA ORDEM DEMOCRÁTICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS DE 1822 A 1988: REFLEXÕES SOBRE A SUA EFICÁCIA CONSIDERANDO OS IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS", Matheus Fernando de Arruda e Silva e Rui Decio Martins abordaram as transformações históricas dos poderes de emergência no contexto da defesa da ordem democrática no âmbito do controle constitucional de crises, no período que compreende as constituições brasileiras de 1822 a 1988.

Vanusa Murta Agrelli em seu artigo "SACRIFÍCIO DE ANIMAIS EM RITUAIS RELIGIOSOS NO AMBITO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA" fez uma análise a partir do Projeto de Lei 4331/2012 que almeja criminalizar a prática litúrgica do sacrifício, concluindo que criminalizar elemento da liturgia, implica ingerência na religião e afeta a identidade das manifestações culturais.

Com o intuito de finalizar as discussões acerca desses direitos e garantias fundamentais, Edilene Lôbo e Maria Teresinha de Castro, apresentaram o trabalho intitulado “SOBRE DIREITO, MORAL E VAQUEJADA: CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS SOB A PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY E O CONTRIBUTO EUROPEU ÀS PRÁTICAS CULTURAIS ENVOLVENDO ANIMAIS", onde fizeram uma análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que regulava a prática da vaquejada, antiga modalidade esportiva de matiz cultural regional.

Por fim, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais I parabenizaram e agradeceram aos autores dos trabalhos que compõem esta obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Coordenadoras:

Profa Dra Flávia Piva Almeida Leite - UNESP - SP

Profa Dra Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie da Graça Moura - Universidade do Minho - Braga

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: COLISÃO ENTRE A MEMÓRIA INDIVIDUAL E A MEMÓRIA COLETIVA – CRITÉRIOS PARA HARMONIZAR O DIREITO DE ESQUECER E A LIBERDADE DE INFORMAR

RIGHT TO FORGET- COLLISION BETWEEN INDIVIDUAL MEMORY AND COLLECTIVE MEMORY CRITERIAS FOR HARMONIZATION THE RIGHT TO FORGET AND THE FREEDOM TO EXPRESS

Magda Soares Moreira Cesar Borba

Resumo

O direito ao esquecimento desponta no cenário jurídico como instrumento de preservação da memória individual. O instituto não está normatizado no Brasil, mas foi reconhecido pela jurisprudência brasileira, impondo-se avaliar se este novo direito enquadra-se no rol de direitos fundamentais; se colide com outros princípios e quais os critérios para harmonização entre o direito de esquecer e a liberdade de informar. O método de pesquisa é o dedutivo. A técnica utilizada de natureza qualitativa e, no tocante aos objetivos, descritiva e exploratória. Quanto aos resultados, tem-se que o direito ao esquecimento não pode suplantar outros direitos de igual hierarquia jurídica.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Colisão entre princípios, Limites do direito ao esquecimento

Abstract/Resumen/Résumé

The right to forget appears in the juridical scene as an instrument for the preservation of individual memory. The institute is not regulated in Brazil, but was recognized by Brazilian jurisprudence and it is necessary to assess whether this new law falls within the list of fundamental rights; conflicts with other principles and what criteria for harmonization between the right to forget and freedom to express. The research method is the deductive. The technique used is qualitative and, in terms of the objectives, descriptive and exploratory. As results, the right to oblivion cannot supplant others rights of equal legal hierarchy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Collision between principles, Limits of the right to forgotten

Introdução

A revolução tecnológica ocorrida nas últimas décadas provocou mudanças significantes na sociedade contemporânea. A informação tornou-se imprescindível na vida econômica, social, cultural e política, desempenhando papel estratégico na produção de riquezas, qualidade de vida e bem-estar social.

As novas tecnologias permitiram a comunicação de muitos com muitos e a sociedade ficou mais interligada e, talvez, mais fluida, conforme visão do sociológo Zygmunt Bauman, em sua obra Modernidade Líquida. Nesse cenário, a Internet assumiu papel relevante, simbolizando liberdade e capacidade de domínio sobre tempo e espaço. As técnicas digitais permitiram a democratização da informação, possibilitando uma comunicação simultânea entre os atores que interagem no processo de interlocução, expandindo-se a liberdade de exteriorização do pensamento.

Conforme entendimento do sociólogo alemão Ulrich Beck " *a vida dos indivíduos deixou de ser uma vida presa a um lugar, uma vida de residência estabelecida. É uma ' viagem' (no sentido direto e no sentido figurado), uma vida nômade, uma vida no automóvel, no avião, na estrada, no telefone, na Internet....Estas tecnologias representam meios cotidianos de superação do tempo e do espaço. "*[1]

Todavia, ao lado dos aspectos positivos, a evolução trouxe impactos negativos. As informações são disponibilizadas e acessíveis em ambiente universal e ilimitado, o que possibilita a realização de pesquisas sobre fatos atuais e pretéritos, por público e prazos indeterminados e, nesse universo de novas práticas, a privacidade ficou vulnerável.

Informações sigilosas e dados pessoais, que antes ficavam armazenados na memória individual, passaram a ser divulgados à revelia de seus atores, em verdadeira afronta à intimidade. A sociedade contemporânea ficou sob o domínio de uma vigilância ostensiva, semelhante ao que acontecia com o sistema panóptico, idealizado pelo filósofo Jeremy Bentham e desenvolvido por Michel Foucault em sua obra Vigiar e Punir- Nascimento da Prisão.

---

[1] Beck, Ulrich – O que é Globalização? Editora Paz e Terra – 1999 – pg. 136

Qualquer cadastramento feito em sites de relacionamento, em operações de compra e venda, por meio do comércio eletrônico, possibilitam a circulação de informações sobre a vida privada do internauta sem seu conhecimento ou anuência.

No entendimento do sociólogo Zygmunt Bauman, as sociedades passam por constante mutabilidade, enfrentando intensa volatilidade nas relações. Segundo Bauman, com o advento e desenvolvimento de tecnologias, mais e mais coisas são possíveis dentro do tempo, ampliando também o espaço, ocorrendo a progressiva eliminação da separação entre as esferas privada e pública.

Contudo, o direito à privacidade, como um dos direitos da personalidade, goza de proteção. Deve ser resguardado, respeitado e prevalece apesar de todo o avanço tecnológico. Todos seres humanos gozam de proteção com relação à sua individualidade, singularidade, privacidade e intimidade. Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Luis Roberto Barroso, " *...é possível conceituar os direitos da personalidade, inerentes a toda pessoa humana, como a versão privada dos direitos fundamentais, e sua aplicação às relações com outros indivíduos como regra geral.* [2]"

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares do sistema constitucional brasileiro, como se extrai do inciso III do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasiil de 1988 e representa uma qualidade inerente a cada ser humano, que o faz merecedor de respeito por parte do Estado e da comunidade. Implica, portanto, "[...] *um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável* [...]"[3] e, nesse compasso, eventual afronta à dignidade da pessoa humana deve ser rechaçada, especialmente quando, em razão do exercício irregular da informação, a honra for atingida. Conforme entendimento do ministro brasileiro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, "*tal como no direito alemão, afigura-se legítima a outorga de tutela judicial contra a violação dos direitos de personalidade, especialmente do direito à*

---

[2] Decisão em sede de Medida Cautelar na Reclamação 22.328/RJ - http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Liberdade-de-expressao-Rcl-22328-1.pdf - consultado em 03/04/2017

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62. emhttp://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-10.pdf – 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade – ISSN-2238-912- 2013

honra e à imagem, ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e informação." [4]

O direito à autogestão de informações surge, assim, como possibilidade de serem retiradas de circulação aquelas informações indesejáveis, que violam a intimidade, que denigrem a imagem, impedindo que um fato, ainda que verídico, mas vinculado a um momento do passado, continue sendo exposto ao público, causando sofrimento ou transtornos ao titular da informação.

Em 2007 um conceituado professor da universidade de Oxford, Viktor Mayer-Schönberger, criou a expressão "right to be forgotten" que, em tradução livre, significa "direito ao esquecimento". Para o Professor Viktor Mayer, "esquecer é uma necessidade humana" e, a partir da inquietude de Mayer-Schönberger, em sua obra " A Virtude do Esquecimento na Era Digital ", o direito ao esquecimento passou a ter maior visibilidade.

Nos Estados Unidos, o direito ao esquecimento é designado pela expressão " eraser law", regulamentado em uma lei do Estado da Califórnia, de 23 de setembro de 2013 (Lei SB-56821), também conhecida como "Lei Apagadora"[5]. Essa lei garante aos menores de idade o direito de apagar informações embaraçosas constantes de sites de Internet, principalmente das redes sociais, tais como Facebook, Twitter e Tumblr.

Na União Europeia, a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu, de 24/10/1995, que será revogada em 25/05/2018 (artigo 94 incio I do Regulamento UE/2016/679)[6] estabelece que os sistemas de tratamento de dados devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais do homem, especialmente a vida privada. E, em 04 de maio de 2016, o bloco europeu aderiu, de forma mais determinante, ao movimento "the right to be forgotten", ao aprovar a lei de proteção aos dados pessoais (*General Data Protection Regulation*), que dará uma interpretação mais ampla àquela Diretiva 95/46/CE, embora o bloco reconheça que o direito à proteção de dados não é um direito absoluto.

---

[4] Tribunal Justiça do Distrito Federal - Direito à honra – Andrea Neves Gonçalves Alves http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-honra-andrea-neves-gonzaga-marques

[5] Texto de Thomas R. Burke, Deborah A. Adler, Ambika K. Doran e Tom Wyrwich publicado no endereço https://translate.googleusercontent.com/translate_c?depth=1&hl=ptPT&prev=search&rurl=translate.google.com.br&sl=en&sp=nmt4&u=http://www.dwt.com/Californias-Online-Eraser-Law-for-Minors-to-Take-Effect-Jan-1-2015-11-17-2014/&usg=ALkJrhj8tXLxqBhnxd5Biw935uS3A62cxA consulta em 29/03/2017

[6] Jornal Oficial da União Européia- http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf consulta em 28/05/2017

No Brasil, o direito ao esquecimento ainda não está normatizado, mas precedentes do Superior Tribunal de Justiça confirmaram o direito ao esquecimento. Algumas decisões brasileiras permitiram aos acusados, que já cumpriram pena, o direito de retirar de circulação aquelas informações desprovidas de utilidade pública, causadoras de constrangimento e dor. O entendiimento, que vem prevalecendo, segue no sentido de que os condenados, quites com a sociedade, têm direito à exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação e, assim, por maiores e melhores razões, não podem permanecer com o estigma de criminosos, motivo pelo qual a eles deve ser conferido o direito de serem esquecidos. O direito ao esquecimento funcionaria como mecanismo de proteção à memória individual.[7]

Contudo, paralelamente ao direito individual de ser deixado em paz, há o direito da coletividade de obter a informação, de ser informada. Muitas vezes, a memória do passado, a cronologia de fatos e a interpretação dos acontecimentos são elementos necessários para a compreensão da evolução humana. Conforme parecer do Procurador Geral da República do Brasil, Rodrigo Janot, em sede de Recurso Extraordinário 833.248, a "*história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época.*" [8]. Assim considerado, o direito individual não pode impedir o direito coletivo à informação e nem restringir a liberdade de expressão.

O direito ao esquecimento não está elencado como direito fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, motivo pelo qual cumpre pesquisar se este novo instituto pode ser inserido no rol de direitos e garantias individuais para, em seguida, avaliar quais os critérios para aplicabilidade deste novo direito; se há possiblidade de conflito entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão. A pesquisa busca elencar critérios para a coexistência harmoniosa destes dois institutos.

Para o desenvolvimento do presente estudo será utilizada uma perspectiva notadamente constitucional, guiada por procedimentos histórico e analítico, problematizando o

---

[7] O Superior Tribunal de Justiça/BR - STJ reconhece o direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena ou dos absolvidos: "...Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento - se assim desejarem **-,** direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas...." (Recurso Especial 1335153/RJ- Quarta Turma -STJ http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=direito+esquecimento&b=ACOR&p=true&l=10&i=13

[8] Parecer número 156.104/2016 expeddo pelo Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, em sede de Recurso Extraordinário 833.248 - http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623869

tema específico frente a textos normativos e análise do discurso. O método utilizado para a evolução da tese será o dedutivo, observando-se o fenômeno de forma geral, avaliando-se as bases constitucionais a partir do Neoconstitucionalismo,analisando-se as atribuições teóricas e práticas do direito ao esquecimento para, assim, chegar-se às conclusões particulares.

A técnica utilizada para desenvolvimento da pesquisa será guiada pela análise da legislação nacional e estrangeira, artigos virtuais, decisões judiciais, especialmente do Brasil, mais precisamente do Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo-se uma relação entre as fontes para, desta forma, alcançar as respostas para os problemas suscitados.

A finalidade do trabalho é analisar a atuação do direito ao esquecimento no sistema jurídico, verificando se ele pode ser implantado com eficácia e sem prejuízo à liberdade de expressão.

1 – O neoconstitucionalismo e o direito ao esquecimento como direito fundamental

Nas últimas décadas o direito constitucional passou por grandes transformações. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os traços do direito constitucional foram redefinidos, surgindo uma geração de novos valores considerados fundamentais e, dentre estes valores, ganhou destaque o respeito à pessoa humana.

Na Europa Continental, o marco histórico do novo direito constitucional foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. O Neoconstitucionalismo caracterizou-se, essencialmente, por incorporar novas concepções políticas, promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. As Constituições da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal (1976), da Espanha (1978) são exemplos da mudança que caracterizou o novo constitucionalismo..

Conforme entendimento do Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Luis Roberto Barroso[9], o Neoconstitucionalismo deve ser estudado a partir de três marcos: histórico, filosófico e teórico.

No plano histórico, o marco do novo constitucionalismo situa-se na reestruturação da Europa, frente ao repúdio aos regimes totalitários. A Lei Fundamental de Bonn (Constituição

[9] Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – Luis Roberto Barroso http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm

alemã), de 1949, seguida pela instalação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1951, são apontados como início do processo de constitucionalização do Direito.

No plano filosófico, predominou a ideia de um ordenamento jurídico atento a valores éticos. Ainda conforme entendimento do professor Luis Roberto Barroso, "... a *superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito* " . Nesse novo caminho, nasceram reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, fortalecendo-se o princípio da dignidade da pessoa humana, potencializando-se a realização do justo.

O Neoconstitucionalismo imprimiu maior efetividade à legislação constitucional, com uma interpretação valorativa, que passou a se manifestar contemporaneamente como princípios constitucionais. Outrossim, a teoria da interpretação alcançou novo *status*, com a retomada do pensamento a partir dos problemas, com a hermenêutica e com a argumentação jurídica.

No plano teórico, o direito constitucional contemporâneo enfrentou grandes transformações, em contraposição ao constitucionalismo tradicional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A norma constitucional ganhou *status* de norma jurídica, diferentemente do modelo anterior, que considerava a Constituição como um documento eminentemente político. Houve supremacia da Constituição, com maior atuação dos Tribunais Constitucionais, em oposição ao sistema antecedente, que primava pela supremacia do Poder Legislativo. As especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência a sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional.

Como teoria do direito, o neoconstitucionalismo serviu de paradigma para um novo formato da teoria da norma, da teoria da interpretação, da teoria das fontes, suplantando o positivismo.Como pontos relevantes, o neoconstitucionalismo representou a constitucionalização dos princípios, a supremacia constitucional, a garantia jurisdicional da constituição, a proteção dos direitos fundamentais, a possibilidade de interpretação aberta ao pluralismo e a irradiação da constituição em todos os aspectos da vida política e social.

Para o filósofo Norberto Bobbio, "*o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas* ". Ainda segundo o citado filósofo, " *direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo*

movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos ” [10]

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988, elaborada em um cenário de pós-ditadura e de abertura política, aliado a um sentimento de solidariedade, simbolizou a travessia democrática brasileira. A sistemática de proteção à pessoa humana ganhou novo desenho, prevalecendo a igualdade, os direitos da pessoa humana como valores fundamentais, além do princípio da separação de poderes e os limites jurídicos do poder político.

No ordenamento jurídico brasileiro, a privacidade, a honra e a intimidade foram consideradas como direitos fundamentais e garantidas de forma expressa no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988, *in verbis*:

> “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

O jurista José Joaquim Gomes Canotilho defende um sistema constitucional aberto como a melhor possibilidade de concretização do Estado Democrático de Direito. O doutrinador português entende que *“ a existência de regras e princípios possibilita a decodificação de um constitucionalismo adequado da estrutura sistêmica, ou seja, a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios. O sistema jurídico composto desses dois elementos conduz a uma racionalidade prática adequada. Um sistema com esses dois elementos, permite um espaço livre para o desenvolvimento e complementação desse mesmo sistema, tido como sistema constitucional aberto”*.[11]

O jurista Joaquim Gomes Canotilho ainda faz a seguinte observação:

> “haver-se-ão de considerar como direitos fundamentais, aqueles direitos extraconstitucionais que sejam equiparáveis, pelo seu objeto e pela sua importância, aos diversos tipos de direitos fundamentais de grau constitucional ”[12]

À luz da atual Constituição Federal Brasileira, os direitos que não se inserirem expressamente no rol dos direitos fundamentais, mas que por seu conteúdo e importância puderem ser a estes equiparados, também devem ser considerados direitos fundamentais,

---

[10] A Era dos Direitos –BOBBIO, Norberto – Ob. Cit. referências bibliográficas - Introdução

[11] CAMPOS, Maria José Pinheiro - A Constituição Aberta – Um Instrumento de Concretização dos direitos http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1691 consulta em 29/03/2017

3- CANOTILHO, José Joaquim Gomes –Direito Constitucional e Teoria da Constituição –Ob. Cit. Referência

conforme se extrai do artigo 5º. & 2º da Constituição da República Federativa do Brasil 1988, que assim dispõe, *verbis*:

> "os direitos expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Trata-se de cláusula aberta, que não exclui outros direitos fundamentais, implícitos ou decorrentes, restando manifesto que o rol de direitos e garantias fundamentais, definidos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, embora extenso, não é exaustivo. A inclusão de outros direitos pode ser entendida como um fenômeno decorrente do Neoconstitucionalismo.

A dignidade humana é uma qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável de todo ser humano, constituindo qualidade integrante e irrenunciável da condição humana e, assim, qualquer direito que venha ratificar esta qualidade deve ser considerado como direito fundamental e estará sob proteção do manto constitucional. Neste sentido, segue o jurista Humberto Nogueira Alcalá:

> "*Asumimos así la perspectiva que los derechos fundamentales se protegen por su importancia intrínseca, desechando la concepción de que ellos son fundamentales porque son protegidos. Los derechos fundamentales en cuanto tienen su fuente en la dignidad humana y en cuanto buscan el libre desarrollo de la persona, exigen del ordenamiento jurídico positivo su protección y garantía. De hecho, puede reconocerse la existencia de derechos fundamentales implícitos o de derechos que serán reconocidos en el futuro como tales, dadas nuevas realidades del desarrollo de la existencia humana y de nuevos contextos de las sociedades políticas futuras* ".[13]

Seguindo essa linha de posicionamento, o Conselho da Justiça Federal Brasileiro durante a VI Jornada de Direito Civil, realizada no Brasil nos dias 11 e 12 de março de 2013, ressaltou a relevância do direito ao esquecimento e aprovou o seguinte enunciado:

> **"Enunciado 531** – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento."

2 - A liberdade de expressão como direito fundamental

A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, conforme se depreende do artigo 5º inciso IV da atual Constituição Federal Brasileira, *verbis:*

---

13 ALCALÁ, Humberto Nogueira. La dignidad de la persona y el bloque constitucional de derechos Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 13, núm. 1, 2006, Universidad Católica del Norte Coquimbo, Chile consulta no site http://www.redalyc.org/pdf/3710/371041318004.pdf em 08/03/2017

> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.
>
> .....
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

A liberdade de pensamento se torna concreta a partir do momento em que as idéias são propagadas. Nesse instante, exterioriza-se o pensamento, que constitui o direito de manifestar opiniões sob a forma de valores, concepções e crenças.

A liberdade de pensamento e de exteriorização de opiniões não nasceu na atualidade. O texto da Declaração de Direitos do Homem de 1789 já assegurava a referida liberdade, conforme se destaca, *verbis:*

> *Artigo 11º- A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei.*

Seguindo no mesmo caminho da Declaração de Direitos do Homem, a atual Constituição Federal Brasileira assegura a liberdade de expressão como corolário da liberdade de pensamento e opinião, conforme dispõe em seu artigo 220, parágrafo primeiro, *verbis*:

> **"Artigo220º** A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV."

A liberdade de expressão compreende uma dimensão substantiva de exteriorizar valores e crenças e uma dimensão instrumental, que constitui a forma e os instrumentos para a exteriorização daqueles valores e crenças. Abarca a liberdade de informação, em seu aspecto lato, embora haja diferença entre os dois institutos, como observa o jurista Luis Gustavo Grandiente Castanho de Carvalho, que entende que liberdade de expressão não se confunde com a liberdade de informação, apesar de se relacionarem intimamente uma com a outra:

> "Por isso é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo."[14]

---

14 CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

O objeto da liberdade de expressão compreende os pensamentos, ideias, opiniões. Consiste no direito de comunicar-se, de participar de relações comunicativas, quer como portador da mensagem (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador).[15]

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao reconhecer que os direitos essenciais do homem justificam proteção internacional, declarou em seu artigo 13 que:

> "Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha".

No mesmo caminho, segue a Constituição da República Portuguesa, que dispõe em seu artigo 37, inciso I,(texto originário da Consitutição, aprovada em 02 de abaril de 1976) *verbis*:

> "Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações." [16]

Nas palavras da advogada Fernanda Carolina Tôrres, "*na ordem jurídica contemporânea, a liberdade de expressão consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação*." [17]

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece a liberdade de expressão como direito fundamental, mas não atribui caráter absoluto a este direito fundamental e nem reconhece qualquer hierarquia entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão.Percebe-se, assim, a existência de dois institutos jurídicos, que gozam de proteção constitucional e que figuram na mesma escala hierárquica, mas que seguem em direção opostas. A liberdade de expressão objetiva a difusão do pensamento, a circulação da informação, enquanto o direito ao esquecimento objetiva apagar a informação. Nesse cenário, é possível o

---

[15] MARTINS NETO, João do Passos. Fundamentos da Liberdade de Expressão. Florianópolis: Insular, 2008. p. 27- http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/6670/3805

[16] https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf consultado em 21/03/2017.

[17] O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1consulta em 20/04/2017

surgimento de situações conflitantes, impondo-se a análise de soluções adequadas para pacificação, em caso de conflito entre os dois institutos.

3 – Solução em caso de conflito entre direito ao esquecimento e liberdade de expressão

Para melhor compreensão da problemática, no que tange à eventual colisão entre direitos fundamentais, convém estabelecer, primeiramente, a diferença entre princípios e regras.

Os princípios estão correlacionados ao plano do valor; são dotados de generalidade; têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Já as regras são conexas ao plano da validade, providas de reduzido grau de generalidade, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Desta forma, ou as regras valem e são aplicadas por inteiro, ou não valem e são afastadas. Já com relação aos princípios, havendo colisão entre eles, terá prevalência aquele que no caso concreto tiver maior relevância ou peso. A colisão de direitos fundamentais encontra-se inserida na colisão de princípios.

O reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana pressupõe a proteção dos direitos da personalidade e o direito ao esquecimento está enquadrado como uma das novas modalidades dos direitos da personalidade, gozando de proteção constitucional e, portanto, inserido no rol de direitos fundamentais. Da mesma forma, a liberdade de expressão, correlacionada à garantia de manifestação, goza de proteção constitucional.

O conflito entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão surge em razão dos direcionamentos opostos de cada um desses princípios. A liberdade de expressão segue o caminho da transparência, da livre circulação de informação, enquanto o direito ao esquecimento segue o caminho da não exposição; melhor dizendo, enquanto um busca esquecer, o outro busca informar.

Para o jurista alemão, Robert Alexy, ocorrendo conflito horizontal de direitos fundamentais, no qual um dos princípios fundamentais precisa ser aplicado, deve-se agir com cautela extrema, já que:

> "Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro, sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos

> concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência (ALEXY, 2008).[18]

Desta forma, no caso de tensão entre os dois direitos, alvo do presente estudo, impõe-se aferir dentre os interesses contrapostos aquele que possui, no caso concreto, maior preeminência e menor restrição na ordem jurídica constitucional, limitando-se um direito fundamental para salvaguardar outro. A solução será encontrada no plano do valor, sem supressão de um direito em favor do outro, mas procedendo à ponderação dos direitos em conflito para que seja assegurada a menor constrição possível.

A ponderação surge como técnica para solução do impasse, de forma que ocorrendo tensão, o princípio de menor peso, de acordo com as circunstâncias e com o caso concreto, abdica do seu lugar em favor daquele de maior valor. Para composição das tensões entre princípios constitucionais, a ponderação deverá respeitar três postulados: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação[19]. Por adequação, entende-se a utilização de medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que se pretende cumprir, enquanto a proporcionalidade exige uma análise das vantagens e desvantagens que a medida trará.

A ponderação, como técnica para solução do conflito, utilizará um balanceamento, um sopesamento, analisando as variáveis de cada caso concreto, para extrair o melhor resultado. O intérprete deve verificar as normas mais relevantes para a solução do caso em estudo, analisar as circunstâncias concretas e a relação destas com os elementos normativos, atribuindo um peso a cada um dos grupos em disputa para, então, determinar qual o grupo preponderante que deve prevalecer sobre os demais, sempre buscando a menor restrição possível aos direitos fundamentais em conflito.

4 – Critérios para aplicabilidade do direito ao esquecimento

Conforme já mencionado, o direito ao esquecimento não está normatizado no Brasil. Alguns projetos estão em tramitação perante o Congresso Nacional Brasileiro, visando regular o instituto.

Em 06 de outubro de 2015, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou o projeto de lei 215/2015, que garante o "direito ao esquecimento". A ideia é que os cidadãos possam requerer o desaparecimento de todo o conteúdo disponível na

---

18 ALEXY, Robert- Teoria dos Direitos Fundamentais , Editora Malheiros, 2008- Tradução de Virgilio Afonso da Silva

19 CARNEIRO, Walber; MAIA, Isabel - O que é isto - Ponderação de Princípios? http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1691 consulta em 29/03/2017

internet, que os associem a fatos caluniosos, difamatórios, injuriosos ou a algum crime de que tenham sido absolvidos. A proposta legislativa brasileira é diferente da europeia. Na Europa, o direito ao esquecimento não se aplica a pessoas públicas, enquanto que no Brasil a intenção é que a informação desapareça com relação a qualquer pessoa, públicas ou não.

As pessoas públicas, especialmente aquelas que ocupam cargo público, que desempenham funções no cenário político, seja em decorrência de mandato eletivo, seja em razão de cargo comissionado, temporário ou efetivo, não podem ficar no anonimato. O interesse público envolvido, especialmente para os eleitores, no que tange às informações sobre a vida pregressa de seus candidatos, justifica a ressalva ao direito de ser esquecido.

Informações sobre a vida pública, atual e pretérita, dos representantes do povo, possibilita aos eleitores a correta percepção sobre a idoneidade de seus candidatos. A proposta legislativa brasileira, portanto, segue na contramão do entendimento do Tribunal europeu, que assim entendeu: "... *o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão"*[20]

Além do projeto 215/2015, também está em tramitação um outro projeto de lei, o de número 2712/2015, que pretende alterar a lei 12.965/2014- Lei do Marco Civil da Internet, para acrescentar dispositivo ao artigo 7º. da citada lei, que passará a conter a seguinte redação, *verbis:*

"Art. 2º Acrescente-se o inciso XIV ao art. 7º da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, com a seguinte redação:

> 'Art. 7º .....
>
> XIV – remoção, por solicitação do interessado, de referências a registros sobre sua pessoa em sítios de busca, redes sociais ou outras fontes de informação na internet, desde que não haja interesse público atual na divulgação da informação e que a informação não se refira a fatos genuinamente históricos."

A proposição prevê duas condicionantes ao exercício do direito ao esquecimento: a primeira, que a informação a ser removida não desperte interesse público atual; a segunda, que

---

20 Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu (Grande Secção) 13 de maio de 2014 - http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d585485bc5ed1a4a0698fdcbaf380e2b01.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNb3z0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=262988 consulta em 16/03/2017

a informação não se refira a fatos genuinamente históricos. O projeto não define " *fatos genuinamente históricos"* e, da mesma forma que o projeto 215/2015, pessoas públicas também ficarão sob o manto do esquecimento.

A Lei do Marco Civil da Internet - Lei nº 12.965/2014, que está em vigor no Brasil, erigiu à categoria de princípios tanto a proteção à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, quanto a proteção à privacidade. O artigo 3º da referida Lei ao disciplinar o uso da internet assegurou os seguinte princípios, dentre outros:

I - *garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal*

II - *proteção da privacidade;*

III - *proteção dos dados pessoais.*

A referida lei não regulou o direito ao esquecimento, mas preocupou-se com a proteção de dados pessoais, sem afastar a liberdade de expressão e informação em canais de comunicação.

Diante do quadro atual, é possível inferir que no campo legislativo brasileiro, o direito ao esquecimento ainda não está delineado.

No campo judicial, no entanto, a jurisprudência brasileira vem reconhecendo o direito ao esquecimento, conforme decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. O entendimento, que tem predominado, segue no sentido de assegurar, àquele que já cumpriu pena, o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores de natureza criminal, nos quais se envolveu.[21] A ementa do julgamento do Recurso Especial 1334097/RJ, item 14, destaca que: " Se *os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos ".* E continua a ementa da referida decisão, em seu item 15 (Recurso Especial 1334097/RJ –STJ) : " ... *o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso,*

[21] Dois casos relacionados ao Direito Penal passaram pela análise do Superior Tribunal de Justiça (STJ): o episódio da Chacina da Candelária (Recurso Especial - REsp 1.334.097/RJ) e o assassinato de Aída Curi, (Recurso Especial -REsp 1.335.153/RJ), ambos de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão

a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas. "

A subjetividade das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, conforme acórdãos em sede dos Recursos Especiais 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ, não pode prevalecer de forma generalizada. O só fato de o condenado já ter cumprido a sua pena não serve como parâmetro para assegurar o direito ao esquecimento. Um crime, como qualquer fato social, pode entrar para os arquivos da história e ser lembrado por gerações futuras em decorrência de inúmeras razões: seja em razão do perfil patológico do criminoso; seja em razão do envolvimento de pessoas públicas na cena do crime (como autora do fato ou vítima); seja em razão da natureza do crime, como os perpetrados por agentes estatais em grave violação de direitos humanos, a exemplo a prática de tortura, ocorrida durante a ditadura militar no Brasil. Tais circunstâncias delimitam o direito ao esquecimento.

No campo da psicopatia, a médica psiquiatra, Ana Beatriz Barbosa Silva, afirma que esta anomalia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. " *Seus atos criminosos não provêm de mentes adoecidas, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos "*[22]. Nesse compasso, razoável que a sociedade seja informada e até conscientizada, considerando que " *estudos revelam que a taxa de reincidência criminal dos psicopatas é cerca de duas vezes maior que a dos demais criminosos. E quando se trata de crimes associados a violência, a reincidência cresce para três vezes "*[23], conforme explica a psiquiatra Ana Beatriz.

Outra ressalva ao direito ao esquecimento, aplica-se aos delitos que envolvem grupos marginalizados como prostitutas, viciados, menores de periferia, grupos que, por suas características sociais, impulsionam estudos historiográficos, tanto para implantação de políticas públicas como para fins estatísticos. Os elementos processuais, os laudos médicos, os inquéritos policiais, nesses casos, constituem documentos relevantes, que não podem ser desprezados.

O confronto entre o passado e o presente permite uma melhor compreensão sobre a evolução social e a evolução social impulsiona alterações no direito positivo; tanto é verdade que, tomando como parâmetro a legislação penal brasileira, observa-se que condutas capituladas como crime, a exemplo do adúlterio, até então tipificado no artigo 240 do Código

---

22 SILVA, Ana Beatriz Barbosa – Mentes Perigosas – Editora Objetiva Ltda., 2008, pg 37

23 SILVA, Ana Beatriz Barbosa – Mentes Perigosas – Editora Objetiva Ltda., 2008, pg. 133

Penal Brasileiro de 1940, hoje não mais prevalece como fato típico e antijurídico e, por outro lado, condutas que no passado eram irrelevantes, a exemplo do racismo, hoje são tipificadas como crimes inafiançáveis. O Direito configura-se como um fenômeno social e sua construção decorre da evolução histórico-social dos povos.

Por certo, com o decorrer do tempo muitos atributos de relevância e transcendência passam a ser reconhecidos. Simples registros de atos ligados à escravidão, que à época eram irrelevantes, ganharam importância histórica décadas após e, por certo também, crimes que hoje são considerados de reduzida dimensão, amanhã poderão ostentar grande relevância. Apagar informações, em algumas situações, pode prejudicar o conhecimento e o entendimento da evolução social, sem falar que até os bancos de jurisprudência perderão a sua função.

O passado representa a consolidação do ser no tempo e o presente é o corpo do passado. A sociedade não pode dispensar a sua capacidade de interpretar o passado, sob pena de perder a sua bússola para o futuro. E o Direito tem a função de manter a memória, afinal o " *o direito é a memória da sociedade. O que são os cartórios, os arquivos, os nossos documentos, senão aquilo que está dentro da memória do Direito (...) o Direito tem como função manter a memória. Nesse sentido, o Direito está muito ligado à idéia de tradição, então o Direito constrói uma certa sociedade, é a sua memória da sociedade, ela mantém a tradição. Não existe direito sem passado, sem memória, sem tradição "*[24].

Há crimes históricos, há crimes bárbaros, há vítimas que jamais serão esquecidas. O interesse público, em certas situações, sobrevive ao decurso do tempo, mesmo após o cumprimento da pena e, nesse compasso, o direito ao esquecimento não deve prevalecer de forma generalizada e/ou incondicional, porquanto impediria o acesso a informações importantes, por vezes necessárias para a construção do arcabouço histórico da sociedade, impossibilitando a análise e estudos por parte de sociólogos, historiadores, cientistas políticos, operadores do direito e até estudantes. No desenho cultural e social de uma sociedade estão inseridos personagens, acontecimentos, fatos sociais. Esse conjunto pode revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de uma determinada época.

Se de um lado não há punição de caráter perpétuo, o que assegura ao preso, que já pagou a sua dívida, o direito de ser esquecido, de outro lado há elementos que podem justificar a preservação da informação. Nas palavras do jurista Elieser Pereira Martins " *não há liberdade*

---

[24] (ROCHA, 2003, p. 315-316). Notas 4 A Garantia à Razoável Duração do Processo no Contexto da Sociedade de Risco Micheli Pereira∗ Cláudia Maria Barbosa https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/4361/3560

cujo gozo seja nocivo à coletividade".[25] Crimes de repercussão nacional, crimes praticados por psicopatas, crimes que, pela qualidade da vítima ou do criminoso (pessoas públicas) são do interesse público, ressalvam-se ao direito de serem esquecidos.

A tutela do direito ao esquecimento não pode servir de escudo para apagar a lembrança sobre fatos socialmente relevantes, além do que, erros do passado podem nortear o futuro, evitando-se a reincidência de certas barbáries que já macularam a história da humanidade.

Para que o direito ao esquecimento prevaleça, no campo penal, sem afrontar outros institutos de igual porte, como a liberdade de expressão, torna-se necessária a conjugação de alguns critérios: ausência de interesse público com relação ao fato criminoso; não envolvimento de pessoas públicas na cena do crime, seja como autor do fato ou como vítima; não haja reflexos da atividade criminosa para a sociedade em geral.

5 – Conclusão

O direito ao esquecimento revela-se como direito de voltar a ser anônimo, de ver preservada a memória individual. Constitui um mecanismo que impede que as pessoas sofram por prazo indeterminado por atos praticados no passado, inserindo-se no rol de direitos fundamentais, como elemento decorrente da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma que os demais direitos fundamentais, o direito ao esquecimento não é um direito absoluto e pode colidir com a liberdade de expressão, gerando conflito entre a memória individual e a memória coletiva ou social. Nessa hipótese, a técnica da ponderação serve para solucionar o impasse, mediante um sopesamento entre os princípios, prevalecendo, em cada caso concreto, o princípio de maior peso, sem que qualquer um deles seja retirado do sistema jurídico.

O direito ao esquecimento ainda não está normatizado no Brasil, mas há decisões judiciais que consagram o instituto. Contudo, as decisões brasileiras não podem ser aplicadas de forma generalizada, até porque, o interesse público; as pessoas públicas envolvidas no cenário delituoso; a necessária proteção à sociedade, constituem exceções ao esquecimento.

Em 01 de fevereiro de 2017 a Corte Suprema do Japão(Tóquio) concluiu que os resultados de busca do Google são uma forma de discurso e restringi-los representaria ofensa à manisfestação do pensamento, concluindo que os pedidos de remoção devem ser ponderados

---

[25] MARTINS, Elieser Pereira – Polícia Administrativa Econômicca .In: QUEIROZ, João Eduardo Lopes *et al.* (Org.) Curso de Direito Administrativo Econômico , vol 2 – Malheiros : São Paulo, 2006 pg. 07

caso a caso, comparando-se o benefício da informação, disponível ao público, com o danos suspostamente causados à pessoa que aparece no resultado de busca. O caso julgado pela Corte Suprema do Japão referia-se a um pedido de remoção de *links* que vinculavam o nome de um cidadão à pornografia infantil. [26];[27]

No Brasil, em 19 de dezembro de 2016, o juiz da 6ª. Vara Cível do Tribunal de Justiça de Sergipe concluiu que em caso de conflito entre direitos fundamentais " *o intérprete deve se valer do sobreprincípio da proporcionalidade, realizando a ponderação de valores a fim de eleger o que deve prevalecer no caso concreto"* e continuou sua fundamentação, elencando a " *aplicação de oito critérios ou elementos a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: (i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação."*

O caso em exame, naquela corte de Sergipe/Brasil, referia-se a um crime de pedofilia, cujo autor do fato já havia cumprido a pena e, então, pretendia que seu nome fosse excluído dos *sites* de busca, vinculado ao fato criminoso. Sustentava o autor que estava sofrendo as consequências das notícias veiculadas, que acabavam repercurtindo na sua esfera familiar, assumindo o caráter de pena perpétua, fonte de grande angústia e abalo à sua saúde física e emocional, além de violação à sua intimidade e vida privada. O julgador concluiu que, por se tratar de um professor em escola pública, restava manifesta a " *existência de interesse público na divulgação de um crime que por si só já constitui fato grave consubstanciado na violação significativa da ordem jurídica, de modo a ser apto a ensejar interesse público em sua divulgação. Além disso, trata-se de pedofilia a envolver professor de crianças e adolescentes,*

---

[26] In Japan, however, the court wasn't committed to the concept. The court determined that Google results are a form of speech and that restricting them could be a restriction on speech, according to the *Wall Street Journal*. http://mashable.com/2017/02/01/google-right-to-be-forgotten-japan/#jIs2UA_VKqqp consulta em 23/03/2017

[27] Google Wins 'Right to Be Forgotten' Case in JapanThe country's top court says scrubbing search results could be seen as a restriction on speech https://www.wsj.com/articles/google-wins-right-to-be-forgotten-case-in-japan-1485951672 consulta em 23/03/2017

potenciais vítimas. Mesmo que haja a esperança de plena ressocialização, há evidente interesse dos pais em conhecer aqueles a quem confiam a educação de seus filhos".[28]

A preservação de informações do passado, muitas vezes, revela-se necessária para a continuidade histórica de um povo e, nessa linha de entendimento, apagar ou esquecer, de forma generalizada ou indiscriminada, pode gerar danos irreversíveis à sociedade.

Os fatos ligados à vida privada e/ou aquelas informações que escapam ao domínio público gozam de proteção incondicional. A memória individual prevalece, nestas hipóteses, sem qualquer questionamento.A vida privada, a intimidade não se revestem de interesse público ou social e, portanto, não podem ser devassadas nem expostas. Há de se distinguir entre informações de interesse público, aquelas imprescindíveis e necessárias à vida em sociedade, das informações de interesse do público, que constituem meras curiosidades do público.

Já no campo penal, o direito ao esquecimento não pode ser aplicado de forma generalizada. Devem ser excluídos do manto do esquecimento aqueles criminosos que, mesmo após o cumprimento da pena , continuem expondo os integrantes da sociedade a riscos físicos e/ou psicológicos, como os psicopatas; os crimes praticados por agentes públicos ou políticos; crimes que continuem despertando interesse público ou social. Nestes casos excepcionais, ainda que o criminoso tenha cumprido a sua pena, a informação não será para o público, mas sim, informação do público, e deve ser mantida, deve ser preservada, porquanto o interesse coletivo, nestas situações, sobrepõe-se ao interesse individual.

A solução em cada caso concreto, no entanto, exigirá análise pormenorizada, cabendo ao julgador, quando do exame da situação posta em exame, sopesar os preceitos constitucionais antagônicos e aplicar aquele que melhor se harmonize com os interesses envolvidos.

Referências

BAUMAN, Zygmunt – Modernidade Líquida edição 1 , Editora Zahar, 2001

BOBBIO, Norberto – A Era dos Direitos –Elsevier, 2004

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, edição 7, editora Almedina Brasil- BR - 2016

[28] http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170117-02.pdf, processo Número 201513600288, Requerido Google Brasil Internet Ltda.

CASTELLS, Manuel. - A era da informação: economia, sociedade e cultura. In: A Sociedade em rede. São Paulo : Paz e Terra, 2000. v. 1.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – 8ª. Edição – 2016- Editora Manole

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

COUTO, Andre e Gama – Sistema dos Direitos da Personalidade – D'Plácido Editora - 2014

JUNIOR, José Alcebíades de Oliveira Junior – Teoria Jurídica e Novos Direitos – Lumen Iuris - 2000

MARTINEZ, Pablo Dominguez Martinez –Direito ao Esquecimento – a proteção da memória individual na Sociedade da Informação – 2014 – Lumen Iuris

MAYER-SCHÖENBERGER, Viktor. Esquecer limpa a mente, ajuda a abstrair e a generalizar. Jornal Folha de São Paulo, Ilustrada, 5 abr. 2010.

MELLO ,Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiado – Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana – Editora Freitas Bastos - 2015

MORAES, Alexandre – Direito Constitucional – 32ª edição- Editora Atlas - 2016

MORAES, Guilherme Peña – Direitos Fundamentais Conflitos &Soluções – Frater et Labor Edições Ltda, 2000

MORAES, Guilherme Peña – Constitucionalismo Multinacional – Atlas 2015

NOGUEIRA, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad.

PROJETO de LEI 2712 /2015 http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1672348

PROJETO de LEI 7881/2014 http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575

RECURSO ESPECIAL 1334097 (2012/0144910-7 de 10/09/2013) acórdão - https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processo

RECURSO ESPECIAL 1335153 (2011/0057428-0) autuado em 10/06/2011 – acórdão https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100574280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea

RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Tradução de Alain François et al. Campinas: UNICAMP, 2007.

SCHREIBER, Anderson Direitos da Personalidade. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.