



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**A DICOTOMIA BRASIL VS PORTUGAL: DIREITO AO
ESQUECIMENTO E OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E O
DIREITO À INFORMAÇÃO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Peter de Moraes Rossi

Orientadores: Professor Doutor Enoque Ribeiro dos Santos e Professor Doutor Pedro Trovão
do Rosário

Número do candidato: 20161170

Outubro de 2024

Lisboa

AGRADECIMENTOS

*Aos digníssimos professores que, com toda paciência, não se opuseram, em momento algum em compartilhar seu conhecimento.
Aos orientadores que, também a todo tempo, foram compreensivos e acolhedores.*

*Aos colegas de turma, por dividirem essa experiência, um dia
esperança, hoje realidade.*

*Aos sessenta anos, venci mais essa etapa. A vida não se esgota,
devemos sempre estar atentos e fortes.*

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a verificação da efetividade do direito ao esquecimento na sociedade atual, do seu reconhecimento como direito autônomo de personalidade, sua previsão legislativa e como está sendo abordado nos Tribunais, especialmente, Brasil e Portugal. Para isso, é necessário o entendimento sobre a fonte deste direito e dos demais direitos de personalidade, que é a dignidade da pessoa humana enquanto regra e princípio. E antes da abordagem do direito ao esquecimento como direito autônomo de personalidade, é necessário o entendimento sobre a relevância, classificação e características do direito de personalidade. E, diante do reconhecimento da existência deste direito de personalidade, mesmo que não expresso em diversas legislações, imperioso verificar os seus limites e garantias em detrimento de outros direitos de personalidade envolvidos e os mecanismos existentes para a solução destes conflitos. E assim, caberá ao Poder Judiciário esta solução, prezando sempre pelo inato direito à dignidade da pessoa humana, e, pelo que se entende correto, pela aplicação da teoria dworkiniana na tomada de decisões judiciais, prezando-se pela correta aplicação da Constituição Federal e seus contornos.

Palavras chaves: dignidade da pessoa humana; direito ao esquecimento; direitos de personalidade; colisão de direitos.

ABSTRACT

The scope of this work is to verify the effectiveness of the right to be forgotten in today's society, its recognition as an autonomous personality right, its legislative provisions and how it is being addressed in the Courts, especially in Brazil and Portugal. For this, it is necessary to understand the source of this right and other personality rights, which is the dignity of the human person as a rule and principle. And before approaching the right to be forgotten as an autonomous personality right, it is necessary to understand the relevance, classification and characteristics of the personality right. And, given the recognition of the existence of this personality right, even if not expressed in various legislation, it is imperative to verify its limits and guarantees to the detriment of other personality rights involved and the existing mechanisms for resolving these conflicts. And so, this solution will be up to the Judiciary, always valuing the innate right to dignity of the human person, and, as far as is understood correctly, the application of Dworkinian theory in making judicial decisions, valuing the correct application of the Federal Constitution and its contours.

Keywords: dignity of the human person, right to be forgotten, personality rights, collision of rights.

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO E DIREITOS DE PERSONALIDADE: CONCEITOS E DELIMITAÇÕES DOUTRINÁRIAS.....	9
1.1 O direito ao esquecimento e os direitos da personalidade.....	9
1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	13
1.2.1 Aspetos Históricos.....	13
1.2.2 Conceito e delimitação legal	18
1.3 Direitos constitucionais da personalidade.....	23
1.3.1 Aspetos históricos	24
1.3.2 Conceituação e Características.....	26
1.3.3 Classificação.....	29
1.4 Direito ao esquecimento.....	35
1.4.1 Conceituação e características.....	36
1.4.2 Aspetos doutrinários.....	39
CAPÍTULO 2 – DIREITO GERAL À INFORMAÇÃO EM FACE DO DIREITO DE SER ESQUECIDO	41
2.1 A liberdade de informação, de expressão e da imprensa na sociedade moderna.....	41
2.1.1. Liberdade de informação e de expressão	41
2.1.1.1 Direito Estrangeiro	46
2.1.2 Liberdade de imprensa	48
2.2 O direito ao esquecimento em confronto com a liberdade da informação - a alegada colisão entre direitos fundamentais	50
2.2.1 Aplicação da ponderação para a solução dos conflitos	54
CAPÍTULO 3. A APLICAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL E EM PORTUGAL	57
3.1 A regulação direito ao esquecimento	57

3.1.1 As normas brasileiras	57
3.1.1.1 Marco Civil na Internet	59
3.1.1.2 A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)	60
3.1.2 Legislação portuguesa	62
3.1.2.1 O Regulamento Geral da Proteção de Dados	62
3.1.2.2 Lei n.º 75/2021	65
3.2 O entendimento dos Tribunais: jurisprudência estrangeira	66
3.2.1 A jurisprudência brasileira	66
3.2.1.1 Casos paradigmáticos: a Chacina da Candelária (Recurso Especial nº 1.334.097/RJ e o caso Aída Curi (Recurso Especial nº 1.335.153/RJ)	68
3.2.1.2 Os julgamentos atuais.....	71
3.2.2 A jurisprudência em Portugal.....	74
3.3 Aspectos comparativos e a necessária atualização legislativa.....	77
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

INTRODUÇÃO

A sociedade da informação é a realidade atual, em que os avanços tecnológicos permitiram a propagação de informações de maneira ágil, globalizada e de fácil acesso a todos.

E, diante disso, a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão são direitos que estão em evidência e estão sendo cada vez mais utilizados, demonstrando a evolução e consolidação da democracia em todo o mundo.

Mas a sociedade da hiper informação, que universalizou direitos, informações, democratizou conhecimento, conectou as pessoas em diversos lugares do mundo, em contrapartida, inibiu outros direitos como a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem, direitos de personalidade fundamentais a qualquer ser humano e tutelados nas Constituições de todo o mundo.

Vivemos no período histórico denominado “Era da Informação”, também chamada de Era Digital ou Terceira Revolução Industrial.

Esse período iniciou-se entre os anos 50 e 70 do século passado, em razão da popularização de microprocessadores, computadores pessoais e da fibra ótica. Em razão disso, a informação passou a ser mais valorizada e acabou por constituir-se em uma nova forma de habitar e transformar o mundo.

A partir deste cenário, tem-se de um lado a liberdade de informação, expressão, imprensa, valores também fundamentais na sociedade atual, e de outro, os direitos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, também valores fundamentais.

E o dilema acima apresentado é conhecido como colisão de direitos fundamentais, a partir de uma teoria ultrapassada, mas ainda aplicada, originária da tese de Robert Alexy, que, por sua vez, enfraquece-se diante da tese de Ronald Dworkin, apta a considerar a supremacia da constituição e dos direitos da dignidade humana para construir um norte hermenêutico diante de situações em que direitos estão em uma situação conflituosa.

E neste dilema que se constrói o direito ao esquecimento como um direito da personalidade, colocado juntamente com grandes institutos relevantes como direito à imagem, à honra, ao nome e à identidade.

A proposta do presente trabalho é a apresentação e desenvolvimento dos direitos de personalidade, especialmente os da dignidade da pessoa humana, liberdade de expressão e direito ao esquecimento, e até qual momento coincidem, e passam a conflituarem entre si, e qual é o critério para a solução destes conflitos.

A ênfase será na dignidade da pessoa humana e no novo direito de personalidade, o direito ao esquecimento.

Ele foi originalmente criado para beneficiar aqueles que já pagaram por seus crimes de facto cometidos, mas tais crimes os acompanharam por toda a vida, vez que sempre eram lembrados dos factos passados. Terceiros tinham acesso a essas informações, impedindo a reconstrução de suas vidas.

É lícito retratar factos, eventos, situações, sem qualquer limitação temporal, mesmo que esta conduta cause danos às pessoas?

Nesta seara, surge o direito ao esquecimento como forma de preservação da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, propõe-se no primeiro capítulo entender a origem dos direitos de personalidade, conceito, delimitação legal, características, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento destes direitos, sua história, conceituação e presença legislativa.

Também no referido capítulo, após a análise sobre os direitos de personalidade, enfatiza-se o mais novo direito de personalidade: o direito ao esquecimento, descortinando-o desde a sua criação e evolução, os aspetos doutrinários e jurisprudenciais.

No segundo capítulo, discute-se a relevância e os impactos dos direitos à informação na sociedade contemporânea em que se difunde de forma massificada, por meio de diversos veículos de comunicação, especialmente *internet*, ambiente que, por sua natureza, “não esquece”, e que não possui cunho valorativo tampouco validador, em que se permite informações boas, ruins, injuriosas, falsas e que são amplamente divulgadas.

Discute-se, ainda, os impactos destes direitos sobre aqueles direitos da pessoa quanto à sua privacidade, intimidade, imagem e, especialmente, ao direito ao esquecimento, todos eles resultantes de proteção da dignidade da pessoa humana.

E, diante deste ambiente de embate, desenvolve-se o tema dos mecanismos para a sua solução, a partir da teoria de Ronald Dworkin.

Já no terceiro capítulo dar-se-á a concretude necessária ao direito ao esquecimento, ao analisar a sua aplicação no âmbito dos direitos brasileiro e português, países democráticos e que têm como base de seus direitos fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana.

A metodologia do trabalho, portanto, busca examinar à luz da dignidade da pessoa humana, a aplicação do direito ao esquecimento nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, verificando que as decisões expostas nesse âmbito levam em consideração os próprios limites que cerceiam esses direitos, não através do ultrapassado modelo Alexyano de

ponderação, mas da proposta Dworkiniana da interpretação desses conflitos à luz de uma hermenêutica constitucional.

Assim, busca-se, no presente, explorar as diversas facetas do direito ao esquecimento, em âmbito doutrinário, legislativo e jurisprudencial, por ser uma matriz que se não é de todo nova, mas que ganhou relevância na conhecida era digital.

Dessa forma, com base em jurisprudência, legislações e doutrinas examinadas, é forçoso reconhecer que o direito ao esquecimento é importantíssimo para a proteção da dignidade do homem. Há de se reconhecer, ainda, que estamos a viver num ambiente digital que tem como característica a invasão à autonomia pessoal.

Nesse âmbito, sobreleva-se, além da doutrina Dworkiniana, o pensamento do Bezerra Júnior, posto que doutrina de origem ao tema em estudo, tendo imensas contribuições sobre “a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade”, ponto fulcral deste estudo e, portanto, privilegiado em várias intercalações durante o curso da escrita.

Como será exposto várias vezes no curso desse trabalho, a tensão entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação é evidente e, por que não dizer, natural e esperada. Enquanto o primeiro tem como objetivo proteger o indivíduo contra danos de exposição daninha e descontextualizada, a segunda é verdadeiro pilar da democracia, fundamental para a ocorrência do constante debate público de ideias.

A aplicabilidade do direito ao esquecimento em diferentes países sofre sensíveis variações, reflexo de diferenças culturais, legais e até políticas. Em razão disso somos levados a refletir sobre a eficácia desses direitos em um ambiente sem fronteiras, como o digital, em que as informações podem estar hospedadas em qualquer canto do mundo.

Por conseguinte, para o desenvolvimento e estruturação da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, tendo a pesquisa caráter exploratório, bem como, lançou mão do recurso da pesquisa bibliográfica e de análise jurisprudencial.

Assim, a fim de atingir os objetivos propostos na construção do referencial teórico recorreu-se a estudos atuais e revistas científicas qualificadas que tratam de forma contundente acerca da temática proposta.

Isto posto, o presente trabalho não tem a pretensão esgotar a temática abordada, mas de contribuir e aprimorar a insuficiente abordagem acadêmica acerca do debate em que se verifica, por fim, que o quadro que se avizinha pode ser ainda mais conturbado, isso porque a tecnologia continua sua evolução em ritmo quântico, com o surgimento de novas vertentes, como a inteligência artificial.

CAPÍTULO 1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO E DIREITOS DE PERSONALIDADE: CONCEITOS E DELIMITAÇÕES DOUTRINÁRIAS

1.1 O direito ao esquecimento e os direitos da personalidade

O ser humano vive em constante evolução e mudanças, motivo pelo qual, ao longo da história, verifica-se a mutabilidade e pluralidade de valores.

Sendo o Direito moldado a partir de comportamentos humanos, julgamentos de valor, as normas variam de acordo com novas situações histórico-sociais.

De facto, o Direito tem a necessária medida a amalgamar a situações antes impensadas, tecendo um contorno legal para os novos procedimentos. Como pensar em direito cibernético no século XIX? Não se pensava, tampouco, acerca do direito aeronáutico antes da existência do primeiro motor a combustão inventado.

Esse é o grande desafio da humanidade, diante da constante evolução: proteger a vida humana e as relações que nascem desses novos rumos.

Pedro Trovão do Rosário (2017) bem elucida e adverte

Esta nova era da hiperinformação, onde os cidadãos em qualquer lado através de um computador ou de um smartphone acedem, guardam e difundem dados pessoais atentarão facilmente contra os direitos fundamentais à intimidade, imagem, honra e vida privada. Assim, assume particular relevância o direito a ser esquecido (“right to be forgotten”)³, definido por Pablo Dominguez Martinez como “a possibilidade de defesa que, como uma redoma, permite a um particular que não autorize a veiculação ou retire desta um facto pretérito que o expõe ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos”⁴, ou segundo definição de Viviane Maldonado⁵, o direito a ser esquecido pode ser “entendido como a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora verdadeira e que, preteritamente, fosse considerada relevante, não mais ostenta interesse público em razão do anacronismo”. Para Sebastián Zárate Rojas, citado por Gustavo Chehab⁶, define-se direito a ser esquecido como sendo “un derecho de caducidad de información personal, por el transcurso del tiempo por haber cesado en cumplir con su finalidad”.

Norberto Bobbio elucida com muita propriedade sobre a mutabilidade dos direitos do homem ao asseverar que:

os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram

declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas (BOBBIO, 2004, 18).

Sendo o direito mutável, novos acontecimentos, mudanças provocam a necessidade de novas formas de tutela. E o entendimento quanto às mudanças provocadas pelo contexto histórico social não poderia ser diferente em relação aos direitos de personalidade.

Com efeito, o direito de personalidade constitui um direito de qualquer ser humano proteger o que lhe é inerente como a privacidade, a honra, a imagem, a liberdade, a vida contra terceiros, seja particular ou público.

Cada ser humano possui características únicas, tanto no que se refere ao aspeto psíquico quanto ao aspeto físico. Some-se a tais ingredientes as chamadas características comportamentais.

Conforme Gisele Amaral (2019) a personalidade está entrelaçada no indivíduo como sujeito de direito, um atributo voltado à pessoa humana. Dessa maneira, é necessário entender que as relações pessoais dão causa ao direito para estabelecer a harmonia da vida em sociedade. Assim, para compreender o sistema jurídico que concede direitos, há a necessidade de esmiuçar os conceitos de pessoa e de personalidade.

O sistema jurídico estende aos direitos fundamentais e relações interpessoais, em uma diversidade da existência. Conforme aponta Gisele Amaral (2019):

Ressalta-se que a condição de pessoa vai além do ordenamento jurídico, pois seu sentido e significado acompanham o ser humano através dos séculos e nas mais diversas ciências humanas. Isto acontece em virtude da sua realidade ontológica. (...) O termo *persona* originou-se por conta de peças teatrais, em que seus intérpretes necessitavam utilizar máscaras para ampliar o tom de suas vozes. Esta estratégia era utilizada tendo em vista que os espetáculos eram realizados ao ar livre, e assim, a encenação passaria a atingir um número maior de espectadores.

Além disso, Gisele Amaral (2019) argumenta que o Direito surgiu em função do ser humano e para atender às suas necessidades, conferindo ao indivíduo a capacidade jurídica que o torna sujeito de direitos e obrigações. Assim, todo o sistema jurídico é criado por pessoas e

serve como um instrumento para assegurar a ordem econômica e social das civilizações. Assim, é necessário compreender que:

Resta claro que, com a evolução da humanidade e do Direito, o ser humano passou a ser objeto de prerrogativas e atribuições. Motivo este que surgiu, principalmente, em razão das inúmeras situações diárias, que indicavam a carência de normas para ajustar o comportamento humano às novas formas de convívio em sociedade. A partir disto, as pessoas passaram a necessitar de uma tutela mais rigorosa, com o escopo de proteger o desenvolvimento de suas personalidades.

Neste contexto, a personalidade, conforme Gisele Amaral (2019) é um atributo, uma qualidade voltada ao indivíduo dotado de direitos e deveres. Assim, é uma particularidade ao ser humano, que pode assegurar a proteção em diversos meios de exteriorização, entendendo assim, o direito de personalidade como um alicerce para a convivência humana. Para facilitar a compreensão, é importante ressaltar que o termo "pessoa" pode referir-se tanto ao ser humano, no sentido de pessoa individual, quanto a entidades e organizações que se reconhecem como pessoas coletivas.

Dessa forma, as pessoas coletivas são abordadas no Código Civil Português no artigo 158, onde são definidas como agrupamentos de bens ou de pessoas individuais que possuem direitos e obrigações, visando atender aos interesses comuns e coletivos (AMARAL, 2019). Às pessoas singulares, seres humanos, tem sua personalidade após seu nascimento com vida, de acordo o artigo 66º, nº 1 do Código Civil Português, e encerra-se com a morte, como disposto no art. 68º, nº 1 do mesmo código. Todavia, conforme Gisele Amaral (2019): “o Direito Lusófono reconhece que os direitos legitimados aos nascituros dependem de seu nascimento, com base na determinação do n.º 2, do art. 66.º, do Código Civil”.

No Brasil, além das disposições contidas nos artigos 11 a 21 da Lei 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil), tais direitos são também previstos no texto constitucional.

Portanto, é por meio da personalidade jurídica que se tem os direitos e deveres dessas pessoas, como um requisito imprescindível para a vida em sociedade.

Conforme José Carlos Vieira (2016), os direitos do homem foram se desenvolvendo gradualmente, à medida que surgiam necessidades e possibilidades dentro de seu contexto histórico. Dessa maneira os Direitos Fundamentais apresentam três características em comum, nas quais José Carlos Vieira diz ser: a) acumulação; b) variedade e c) abertura, ou seja, a primeira ideia porque os momentos históricos apresentam novos direitos, o segundo pelas estruturas complexas e não uniformes, e o terceiro porque os direitos fundamentais não se esgotam.

As novas tecnologias, o maior acesso à informação maximizado pelas mídias sociais e por outros veículos de comunicação estão impondo desafios à efetividade dos direitos individuais como os de personalidade e à inviolabilidade aos princípios fundamentais como o da dignidade humana.

E uma situação que vem sendo recorrente com a nova conjuntura mundial apresentada é a exposição a que as pessoas vêm sendo submetidas, por factos, eventos passados da sua vida que não estão mais ocorrendo, eternizando-os para a sociedade.

Os factos passados passam a “fazer parte” da vida atual da pessoa, comprometendo a sua vida presente, não lhe permitindo mudar, estigmatizando-a.

E, diante desta situação, muitas pessoas passaram a buscar a tutela jurídica do Estado para que o facto passado de sua vida que as estigmatizasse desaparecesse, permitindo-os continuar vivendo de modo a não serem definidos ou limitados por esse facto passado.

Assim, nasce o direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento é considerado um direito atípico de personalidade, pois está relacionado à imagem, à vida privada (incluindo privacidade e intimidade) e à honra. Esse direito é resultado de uma construção doutrinária essencial para a preservação da dignidade da pessoa humana, que é o objetivo primordial de todo ordenamento jurídico.

A clássica doutrina classifica os direitos da personalidade em três aspetos: os direitos relativos à integridade física (relativos aos aspetos físicos, ao corpo do indivíduo); aqueles relativos à integridade psíquica (entendidos como os que são relativos à privacidade e a liberdade); e, finalmente, os relativos à integridade moral (destacando-se nesse grupo os relacionados à honra e à intimidade).

No entendimento de Passare (2020), o direito ao esquecimento estaria, especialmente, considerando o contexto atual cada vez mais digital, como uma extensão do direito à imagem e, portanto, seria um direito da personalidade, diretamente ligado à dignidade humana, que já norteia todo o arcabouço jurídico dos direitos da personalidade e, diante de uma possível colisão de direitos fundamentais, dever-se-ia prevalecer, portanto, o direito ao esquecimento, ligado a todos estes já citados.

Conforme Catarina Santos Botelho (2017), o Direito ao Esquecimento é fundamental para a nova geração, pois é uma tomada prévia de posição relativa a uma questão de admissibilidade ou não para os direitos fundamentais. Dessa maneira, para Catarina Santos Botelho (2017):

Por conseguinte, existe um continuum entre as várias gerações, a todos os níveis, pelo que se nos afigura como não problemática esta nomenclatura. As relações conflituantes e de permanente tensão são endógenas aos direitos fundamentais, porquanto os conflitos existem dentro das próprias gerações e não apenas entre elas. Em reforço, entendemos que a perspectiva geracional, se não tiver mais nenhum mérito, assume uma relevante função propedêutica e de simplificação.

Assim, é preciso compreender que constitucionalmente falando, o direito ao esquecimento não é o resultado protegido na Constituição Portuguesa, e por isso, em sua ausência, atrela-se a duas opções plausíveis: o direito fundamental ex novo e o direito fundamental implícito. Os Direitos fundamentais como dito, não são exaustivos e não se esgotam, por isso, não inviabiliza a existência de outros direitos, que podem resultar em legislação ordinária ou internacional.

1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

1.2.1 Aspetos Históricos

O princípio da dignidade da pessoa humana não nasceu na forma hoje concebida. Antes de tratarmos propriamente do conceito jurídico da dignidade da pessoa humana, “qualquer conceito (inclusive jurídico) possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a evolução de simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido” (SARLET, 2011, p. 28).

Foi na Grécia Antiga, durante seu apogeu entre 600 e 300 a.C., que começou a se desenvolver a ideia de formar um ser humano pleno, protegido por um conjunto de normas. No pensamento filosófico e político da Antiguidade Clássica, a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana estava, em geral, relacionada à posição social do indivíduo e ao seu grau de reconhecimento pelos outros membros da comunidade (RIVABEM, 2005).

No pensamento estoico, a dignidade era entendida como uma qualidade essencial do ser humano, que o separava das outras criaturas. Essa ideia enfatizava que todos os indivíduos compartilham a mesma dignidade, intimamente conectada à noção de liberdade pessoal—o Homem como um ser livre e responsável por suas ações e seu destino. Além disso, os estoicos defendiam que, em sua essência, todos os seres humanos são iguais em dignidade (SARLET, 2011, p. 29).

No Antigo e no Novo Testamento, há referências de que todos os homens foram concebidos à imagem e semelhança de Deus (Gênesis 1, 26 -27)¹, ensinando que o ser humano possui valor inerente a ele, não podendo ser objetificado.

O cristianismo deu origem à noção de que a dignidade única do homem mereceria proteção especial do Estado, em função do dogma de que o ser humano teria sido idealizado à imagem e semelhança de Deus.

Com o desenvolvimento do referido pensamento, deu-se início as primeiras noções de dignidade da pessoa humana.

Já começa, nessa época, o apego ao nome, como expoente da exteriorização do direito à dignidade. Através do nome é que as pessoas são conhecidas e lembradas, e origina-se dele a conceituação familiar e de pertencimento a esta ou aquela casta. Natural, portanto, que tenha se tornado um símbolo para o ser humano.

Não há muito tempo dizia-se que o nome é a exposição gráfica da honra, e defendê-lo contra tudo e contra todos era uma necessidade básica do homem.

E até hoje essa contextualização do nome é profundamente respeitada pelo Direito, tanto assim que não pode ser utilizado, por exemplo, em publicações ou representações que possam provocar danos à imagem sem a expressa autorização do nominado.

No contexto, dando continuidade à filosofia cristã, São Tomás de Aquino (1225 – 1274)² acrescentou que a autodeterminação, inerente à natureza humana, é um fundamento da dignidade. Na busca de uma justificativa racional para a existência de Deus e para a fé, o homem foi concebido como um ser que une matéria e espírito, formando uma unidade substancial, com a racionalidade destacando-se como uma característica exclusiva do ser humano. Assim, todos os indivíduos são iguais em dignidade, pois todos possuem, de maneira natural, a mesma capacidade racional (RIVABEM, 2005).

Quanto ao pensamento político jurídico Sarlet citando Hobbes (2011) assevera:

¹ Gênesis 1:26-27 : E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra. E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou.

² Ele foi o mais importante proponente clássico da teologia natural e o pai do tomismo. Sua influência no pensamento ocidental é considerável e muito da filosofia moderna foi concebida como desenvolvimento ou oposição de suas ideias, particularmente na ética, lei natural, metafísica e teoria política. Ao contrário de muitas correntes da Igreja na época, Tomás abraçou as ideias de Aristóteles - a quem ele se referia como "o Filósofo" - e tentou sintetizar a filosofia aristotélica com os princípios do cristianismo. As obras mais conhecidas de Tomás são a "Suma Teológica" (em latim: Summa Theologiae) e a "Suma contra os Gentios" (Summa contra Gentiles). Seus comentários sobre as Escrituras e sobre Aristóteles também são parte importante de seu *corpus* literário. Além disso, Tomás se distingue por seus hinos eucarísticos, que ainda hoje fazem parte da liturgia da Igreja.

o valor de um homem, tal como o de todas as outras coisas, é seu preço; isto é, tanto quanto seria dado pelo uso de seu poder. Portanto não absoluto, mas algo que depende da necessidade e do julgamento de outrem. Um hábil condutor de soldados é de alto preço em tempo de guerra presente ou iminente, mas não o é em tempo de paz. Um juiz douto e incorruptível é de grande valor em tempo de paz, mas não o é tanto em tempo de guerra. E tal como nas outras coisas, também no homem não é o vendedor, mas o comprador quem determina o preço. Porque mesmo que um homem (como muitos fazem) atribua a si mesmo o mais alto valor possível, apesar disso seu verdadeiro valor não será superior ao que lhe for atribuído pelos outros”. Logo mais adiante, Hobbes afirma que “o valor público de um homem, aquele que lhe é atribuído pelo Estado, é o que os homens vulgarmente chamam dignidade. E esta sua avaliação se exprime através de cargos de direção, funções judiciais e empregos públicos, ou pelos nomes e títulos introduzidos para a distinção de tal valor. (HOBBS apud SARLET, 2011, 32).

A noção de dignidade somente universalizou-se a partir do Iluminismo e da Revolução Francesa, período em que a garantia dos direitos fundamentais foi inserida como um dos pilares do sistema normativo. O artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, editada no período da Revolução Francesa assim preceitua: “Todos os homens nascem livres e iguais em direito”.

O pensador de maior relevância do período foi Immanuel Kant, que afastou a dignidade do conceito meramente cristão, atribuindo-lhe a condição de parte do ser humano.

A concepção de Kant, que integra a dimensão axiológica—entendendo a dignidade como um valor intrínseco—com as noções de autonomia, racionalidade e moralidade, apresenta-se como uma base mais adequada para a fundamentação dos direitos humanos e fundamentais do que para a definição de seu conteúdo específico. Em outras palavras, ela é mais eficaz para justificar a existência dos direitos do que para identificar quais direitos são exatamente esses (LEAL; QUINTEIRO, 2021).

De acordo com Kant, a dignidade do ser humano está fundamentada na sua autonomia ética, uma vez que o homem possui a capacidade potencial de criar suas próprias leis e autodeterminar sua conduta.

No entanto, somente no Século XX, precisamente após a 2ª Guerra Mundial, que a dignidade da pessoa humana foi reconhecida no âmbito jurídico (PIEMONTE, 2012).

Sarmento (2016) leciona que:

foi depois da 2ª Guerra Mundial que normas internacionais e constituições passaram a positivar, com destaque, o princípio da dignidade humana. O fenómeno correspondeu a uma reação diante da barbárie insuperável do nazismo, que disseminou a percepção de que era fundamental organizar os Estados e a comunidade internacional sobre novas e mais humanitárias bases,

de modo a impedir que semelhante catástrofe moral pudesse voltar a acontecer.
(SARMENTO, 2016, 53)

A efetividade da cláusula emancipatória da dignidade da pessoa humana, e, na lapidar locução de Konrad Hesse, da própria “vontade da Constituição” (*Wille zur Verfassung*), orientada globalmente pela referida norma básica, positivada sob a fórmula aberta de “princípio fundamental”, demanda, por sua vez, o engajamento material e ideal do Estado e o empreendimento de uma série de atividades densificadoras. Dentre estas, destacam-se medidas concretizadoras de cunho eminentemente jurídico, no plano interno e internacional, na luta pela “realização” da dignidade da pessoa humana, em suas múltiplas dimensões existenciais, para o que os direitos humanos estão a serviço, afirmando-se, nesse tocante, como instrumentos por excelência. Em razão disso, num Estado cujo ordenamento jurídico funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se assegurar máxima efetividade e garantias reforçadas em prol dos direitos humanos (incluindo os direitos fundamentais). (REBOUÇAS; PARENTE, 2013, 316).

A dignidade humana começou a ser reconhecida na Constituição do México (1917) e na Constituição Alemã da República de Weimar. Esse conceito esteve presente até mesmo durante regimes ditatoriais, como demonstrado pela Lei Constitucional promulgada por Francisco Franco (1945) durante a Ditadura Espanhola.

A dignidade da pessoa foi constitucionalizada após o reconhecimento da Carta das Nações Unidas (1945) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), passando a fazer parte de importantes textos constitucionais, como a Constituição Italiana (27/12/1947, art. 3º), a Alemã (23/05/1949, art. 1º, nº 1), a Portuguesa (25/04/1976 e revisão de 1989, art. 1º), a Espanhola (art. 10, nº 1) e a Brasileira (05 de outubro de 1988, art. 1º, inciso III).

No entanto, o reconhecimento da dignidade enquanto conceito jurídico originou-se no Direito Constitucional Alemão, na Lei Fundamental de 1949, que passou a ser fundamento das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

De acordo com aquele Tribunal, a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos devem ser interpretado. Considerada como o fundamento de todos os direitos mais básicos, a cláusula da dignidade possui dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado. (BARROSO, 2014, 21)

A dignidade humana não apareceu no texto constitucional francês de 1958. Mas isso não impediu que fosse utilizada, tendo os autores franceses se referido a ela como um elemento subjacente a todo o direito positivo francês, como um conceito, ao mesmo tempo, fundante, fundamental e normativo, e como a pedra filosófica de todos os direitos fundamentais (SOARES, 2016). Sua primeira aparição foi em uma decisão que reconheceu a constitucionalidade de duas leis aprovadas pelo parlamento, que regiam a doação de órgãos humanos e a fertilização *in vitro*³.

Desde então, o princípio da dignidade humana foi invocado em diferentes contextos, da declaração de que a moradia decente para todas as pessoas é um valor constitucional até a validação de leis permitindo o aborto durante as primeiras doze semanas de gravidez. (BARROSO, 2014, 24).

Desde então, a dignidade humana tornou-se um marco referencial e um princípio global para a comunidade internacional e as sociedades democráticas. O conceito se manifesta de maneira concreta na inclusão em diversos documentos dos Direitos Humanos. Exemplo típico: os tratados internacionais relacionados à bioética e biomedicina. Como observaremos, essa adoção foi tanto abundante quanto, em alguns casos, ampliada de forma até um tanto desarrazoada.

Ao olharmos retrospectivamente para os últimos séculos da história do pensamento, verificamos que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana se foi aperfeiçoando e associando à ideia de fundamento da legitimidade do poder político. A Declaração dos Direitos do Indivíduo e do Cidadão, oriunda da Revolução Francesa, de 1789, confirmou como direitos essenciais do indivíduo: segurança, igualdade, liberdade, resistência à prisão e propriedade.

A ideia, à época, era simplesmente acabar com o chamado sistema feudal, criando assim um novo tempo para a humanidade, focada na premissa de liberdade e igualdade das pessoas em face da lei.

Em sua magnífica obra, George Orwell (2009) já advertia:

E se todos os outros aceitaram a mentira que o Partido impôs – se todos os registos contassem a mesma história – então a mentira entrou para a história e se tornou verdade. “*Quem controla o passado*”, dizia o slogan do Partido, “*controla o futuro: quem controla o presente controla o passado*”. E ainda assim o passado, apesar de sua natureza alterável, nunca havia sido alterado. O que quer que fosse verdade agora, era verdade de eternidade a eternidade. Era bastante simples. Tudo o que era

³ Decisão nº 74-54 DC, 15 de janeiro de 1975, sobre a constitucionalidade da Lei de Interrupção Voluntária da Gravidez. V. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/anglais/a7454dc.pdf>; e Decisão nº 2001-446 DC, de 27 de junho de 2001, sobre a constitucionalidade de uma nova lei sobre a mesma matéria aprovada em 30 maio de 2001. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/a2001446dc.pdf>.

necessário era uma série interminável de vitórias sobre sua própria memória. “*Controle da realidade*”, eles o chamavam: em Nova Língua, “*duplopensar*”.

1.2.2 Conceito e delimitação legal

A vivência de experiências humanamente degradantes, tais como os massacres praticados em campos de concentração, a coisificação da vida humana e o eugenismo, influenciaram decisivamente a inclusão deste valor fundamental no preâmbulo da Carta das Nações Unidas, no primeiro parágrafo do preâmbulo da DUDH, nos preâmbulos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional Sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. (BOTELHO, 2017, p. 262).

Mesmo com o histórico e evolução do princípio da dignidade da pessoa humana, até hoje, não há um conceito universal, uníssono sobre o tema. Enquadra-se numa categoria axiológica aberta.

Podemos considerar, entretanto, e isso após a avaliação de vários posicionamentos de juristas ao redor do mundo, que o princípio da dignidade humana emana de um conceito fundamental que se apresenta como verdadeiro pilar estrutural para a compreensão e para a aplicação da justiça e do acolhimento da igualdade nas sociedades.

Pensando dessa maneira, reconhece que em cada ser humano existe um valor intrínseco que há de ser respeitado e protegido, sem se levar em conta, obrigatoriamente, sua condição social, seu status, seu género, sua religião, mesmo a sua etnia.

Pareando com o princípio da dignidade humana nasce a garantia dos direitos fundamentais que firmam a origem e a modelagem para a criação de leis e políticas públicas que têm como estofo a manutenção de condições de vida adequadas, coibindo abusos e discriminação. Desse contexto nasce, necessariamente, a promoção da igualdade.

Pensar na dignidade humana é reconhecer a autonomia de cada um, que tem o lícito direito a um padrão de vida que lhe permita uma participação social em plenitude, franqueando, inclusive, o acesso à justiça.

E não há nenhum questionamento quanto a isso, a partir do momento em que devemos pensar que sofre esse princípio as intempéries do mundo ao seu redor, e também do passar do tempo, que traz consigo evoluções as mais diversas.

A dignidade na aceção de Sarlet é bem delineada por Sarmento (2016, p. 192):

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Também Nunes (2018, p. 49) conclui que:

A Dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata e inerente à sua essência. E acrescenta que a Pessoa Humana já nasce com a integridade física e psíquica, mas que o seu desenvolvimento aspectos de sua personalidade tem que ser respeitados, tais como o seu pensamento, suas ações e seu comportamento, e isso implica no respeito à sua liberdade, imagem, intimidade e consciência (religiosa, espiritual, científica).

Novais (2017) vai tratar a dignidade a partir da aceção do limite aos limites, tecendo-lhe o contorno de dignidade enquanto garantia da autonomia e da liberdade individuais diante de ameaças restritivas. Assim, verifica-se a sua qualidade de limitar a abrangência dos demais direitos fundamentais, atuando como constrangimento material, sob pena de inconstitucionalidade do ato.

Segundo enquadramento proposto por Catarina Botelho (2017, 266), o princípio da dignidade da pessoa humana assume um significado jurídico-político, não apenas por ser um atributo da pessoa humana, quer na sua dimensão individual – quer na dimensão social ou coletiva – mas também por ter uma ligação indissolúvel com a liberdade e a igualdade.

Mesmo diante de vários conceitos, indiscutível a existência do princípio e da sua amplitude, que respalda o surgimento de novos direitos não previstos nas Constituições, sendo inclusive um critério interpretativo de qualquer ordenamento constitucional no qual se insira.

Forçoso reconhecer que a dignidade humana e o princípio que dela emana é amplamente aceito como alicerce para os chamados direitos essenciais garantidos pela Carta Constitucional. Em algumas ocasiões, o princípio é citado nominalmente, ou seja, é expressamente mencionado naqueles documentos. Em outros, ele está subentendido. Isso porque a sua percepção decorre da noção de que a própria condição humana assegure, respeite e fomenta diversos direitos essenciais, para que seja a sociedade reconhecida como um Estado Democrático de Direito. São esses direitos intrinsecamente reconhecidos e vinculados à existência humana que pretendem e são responsáveis pela manutenção dos interesses fundamentais à vida, do nascimento até a morte.

Assevera Novais (2016, 70) que:

tendencialmente, uma definição de dignidade da pessoa humana que procure integrar no seu conteúdo todas as garantias igualmente proporcionadas pelos direitos fundamentais produzidos no limite, nesta abrangência, um resultado de perfeita

indenidade ou de perfeita equiparação entre os dois termos, tanto no que se refere aos bens protegidos, ao âmbito de proteção, como aos respectivos efeitos normativos. Nada haveria, em princípio, a opor essa via, uma vez que, de uma ou outra forma, há uma interdependência na relação entre dignidade e direitos fundamentais porque, direta ou indiretamente, a dignidade da pessoa humana tem sempre a ver com direitos fundamentais.

Por outro lado, é porque fazemos assentar o Estado de Direito na dignidade da pessoa humana que os direitos fundamentais são de realização imprescindível em qualquer comunidade política que se pretenda afirmar como Estado de Direito e, por outro lado, sempre que os valores, bens ou interesses jusfundamentalmente protegidos são afetados ou os direitos fundamentais são violados, podemos dizer que, simultaneamente, ocorre, em alguma forma, direta ou indiretamente, afetação ou mesmo violação da dignidade da pessoa humana. (NOVAIS, 2016, 70).

Por fim, a dignidade como direito fundamental, Novais (2016) também assevera que tal conceito não é errôneo, mas desde que se tenha em conta a sua especificidade. Ele não seria um direito fundamental vocacionado para proteger o acesso a um determinado bem, identificável e delimitável, mas, como se viu atrás, seria mais um direito fundamental a ter direitos, a ser titular dos direitos fundamentais que a regra constitucional consagra. Acrescenta que, pretensamente, um direito fundamental à dignidade seria mais forte que um simples princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, segundo uma concepção de que a subjetivização e a fundamentalização de um princípio objetivo resultam em reforço da sua vinculatividade jurídica e da sua formação normativa (NOVAIS, 2016, p. 84-85).

Também impossível não ser tratada a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, mesmo que o objetivo do presente não seja o exaurimento do tema e/ou defesa de um pensamento. Utiliza-se, de início, Alexy, embora não seja o fulcro do trabalho utilizar a sua teoria da ponderação de direitos, vale-se ressaltar.

Dessa forma, surge a questão: a dignidade da pessoa humana é um direito absoluto ou relativo? Novamente, a doutrina e a jurisprudência apresentam posições divergentes sobre o assunto, refletindo sua riqueza e complexidade.

Sarlet (2011, p. 82) em estudo sobre o posicionamento do doutrinador Robert Alexy, assevera que o mencionado autor ensina que há dois conceitos de dignidade da pessoa humana, um absoluto e outro relativo. De acordo com o conceito absoluto, a dignidade da pessoa humana é uma norma que prevalece sobre todas as outras normas, motivo pelo qual, mesmo que comprovada a necessidade, qualquer interferência à dignidade, seria considerada violação. Já no seu conceito relativo, a dignidade da pessoa humana poderia ser ponderada e relativizada, quando em confronto com outras normas.

O referido autor resume o assunto da seguinte forma:

o reconhecimento da condição normativa da dignidade, assumindo feição de princípio (e até mesmo como regra) constitucional fundamental, não afasta o seu papel como valor fundamental geral para toda a ordem jurídica (e não apenas para esta), mas, pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade. (SARLET, 2011, 82).

Já Sarmento (2014, p. 94), de forma didática e esclarecedora, o tema é abordado. O autor argumenta que a dignidade da pessoa humana possui uma natureza absoluta, afirmando que "nenhuma ponderação pode implicar o amesquinhaamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem".

Este pensamento seguindo o próprio autor, coincide com a abraçada pela filosofia kantiana, que erigiu a máxima que exprime a dignidade humana – tratar as pessoas como fins, e nunca como meros meios – à condição de imperativo categórico, ou seja, à qualidade de regra universal e incondicional, válida para toda e qualquer situação. (SARMENTO, 2014, p. 94).

Inclusive, o referido autor cita como exemplo a jurisprudência constitucional alemã. No entanto, reconhece que a posição mais adotada atualmente é a posição de que o princípio da dignidade da pessoa humana é relativo (SARMENTO, 2014, p. 94).

Veja-se que o autor mudou o seu posicionamento, ao asseverar que “na perspectiva da própria proteção da dignidade humana, me parece preferível concebê-la como um princípio de amplo espectro de incidência, mas relativo, do que tratá-la como um comando absoluto, mas de abrangência restrita”. (SARMENTO, 2014, p. 96)

Sarmento (2014, p. 96) exemplifica o reconhecimento da relatividade da dignidade nos seguintes termos:

No Direito Comparado, é mais usual o reconhecimento do caráter relativo da dignidade da pessoa humana. Assim ocorre, por exemplo, na África do Sul e em Israel. Nos Estados Unidos, há experiência interessante no campo da regulação, que envolve ponderações da dignidade e que bem evidencia o pragmatismo da cultura jurídica e política norte-americana. Em 2011, o Presidente Barack Obama editou a Executive Order nº 13.563, determinando que as agências reguladoras levem em consideração, nas suas análises de custo e benefício, “valores que são difíceis ou impossíveis de quantificar, incluindo a equidade, dignidade humana, justiça e impactos distributivos.

E o autor conclui sobre o tema, inclusive sobre as limitações legais, que:

A dignidade humana é assegurada através dos direitos positivados na Constituição, mas também por meio da incidência direta do princípio da dignidade sobre a ordem jurídica e relações sociais. Em que pese a sua relevância ímpar, o princípio da dignidade da pessoa humana não possui natureza absoluta, sujeitando-se também a eventuais restrições e ponderações. Há, porém, algumas concretizações da dignidade humana que são absolutas, como a vedação da tortura. De todo modo, quando efetivamente implicada em conflito principiológico, a dignidade humana tende a assumir peso muito

elevado, o que a leva a prevalecer quase sempre nos processos ponderativos. (SARMENTO, 2014, 96).

O que verifica, na verdade, é que a dignidade, na verdade é atributo absoluto, vez que é inerente ao homem, não pode ser retirado dele, mas enquanto princípio pode ser flexibilizada para compatibilizar os vários direitos fundamentais e a dignidade dos outros humanos que também fazem parte da sociedade.

Essa contextualização, a nosso ver, é a mais bem elaborada. De facto, apesar de ser um direito intrínseco ao ser humano, há de ser flexibilizada, sobretudo, a sua execução, levando-se em conta a existência de um mundo ao seu entorno. O meu direito é meu, mas não poderia exercê-lo se estiver a prejudicar outrem.

E essa relativização é a pedra fulcral de toda a discussão, a convivência dos conceitos, de forma harmônica, de modo a não haver preponderância estanque, supremacia pré-concebida que poderia desaguar num manancial de dúvidas a impedir a melhor solução para cada caso.

As discussões sobre o caráter da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional são atuais e relevantes, embora muito provavelmente não se chegará a um consenso, quer seja na doutrina ou na jurisprudência.

No entanto, é inegável que o princípio da dignidade da pessoa humana tem extrema relevância e vem sendo cada vez mais invocado por alguém que considera que algum dos seus direitos tenha sido violado.

E tais direitos que o cidadão entende que foram violados têm enfoque absolutamente íntimo, isto é, cada um sabe bem os valores que têm. Ao falarmos da honra, por exemplo, estaremos sempre considerando que se trata ela (a honra) como a forma como o indivíduo se enxerga e como a sociedade também o faz.

As constantes mutações da sociedade, entretanto, cuidam de modificar as lentes pelas quais o mundo é visto e, via de consequência, como são examinadas as pessoas.

O problema aparece quando este conceito aberto é utilizado de forma abusiva, o que infelizmente vem acontecendo, levantando sérios questionamentos até mesmo acerca da sua banalização.

Sendo os direitos da personalidade considerados direitos humanos em essência, hão de ser referidos como direito essencial do indivíduo em relação ao direito público, na intenção de protegê-lo de toda e qualquer arbitrariedade.

No direito brasileiro, Sarmento (2006) critica a maneira como o judiciário tem aplicado o princípio em questão, apontando que essa aplicação ocorre sem critérios claros e sem uma argumentação jurídica racional. Por isso o autor assevera que:

Muitos juízes deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’, com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser (SARMENTO, 2006, 200).

Como exposto, trata-se a dignidade da pessoa humana de um princípio fundamental, de notória importância, mas não é considerado absoluto. Com base na análise de caso concreto, poderá ou não prevalecer em colisão com outros princípios, sendo imprescindível este entendimento para também se entender o direito ao esquecimento, objeto do presente estudo.

A dignidade da pessoa humana, como citado por Barroso (2014, p. 75) está intimamente relacionada ao direito de personalidade, e como o autor cita, são duas faces da mesma moeda. completando que “Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o Direito, contemplando os direitos fundamentais. Esses últimos representam a moral sob a forma de Direito ou, como assinalado por Jürgen Habermas, “uma fusão do conteúdo moral com o poder de coerção do Direito”.

Desta forma, imperioso discorrer sobre os direitos de personalidade.

1.3 Direitos constitucionais da personalidade

Como mencionado anteriormente, o princípio da dignidade humana foi elevado a um princípio constitucional em vários países, evidenciando a evolução dos direitos e a crescente necessidade de proteção da pessoa. Nesse contexto, os direitos de personalidade, que anteriormente estavam restritos ao direito privado, passaram por um processo significativo de publicização.

Antes dos apontamentos sobre a constitucionalização dos direitos de personalidade, necessário breve discurso sobre a sua origem e seu processo evolutivo até a sua previsão constitucional.

1.3.1 Aspetos históricos

Segundo Enoque Ribeiro dos Santos, as primeiras manifestações dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico remontam ao século passado, embora de forma fragmentada e incompleta. O primeiro diploma a abordar especificamente um direito privado da personalidade foi a Lei Romena sobre o direito ao nome, datada de 18 de março de 1895, cuja tradução francesa foi feita por Minoresco em sua obra "Le Nom des Personnes en Droit Comparé". No entanto, um marco importante no desenvolvimento legislativo dessa matéria foi o Código Italiano de 1939-40. No livro I, "Delle Persone e Della Famiglia", que contém seis artigos (do 5º ao 10º), são regulamentados não apenas o direito ao nome, mas também aspectos relacionados ao corpo, como o direito à tutela do nome por razões familiares, o direito ao pseudônimo e o direito à imagem (SANTOS, 2020, p. 38).

Schreiber (2013) assevera que as primeiras construções em torno dos direitos da personalidade surgiram na segunda metade do século XIX, diante do cenário criado pelo liberalismo. Segundo o autor:

Muitos juristas passariam, então, a defender a criação de uma nova categoria que fosse capaz de assegurar, no campo do próprio direito privado, a proteção daqueles direitos imprescindíveis ao ser humano, direitos que não se limitavam a uma liberdade ilusória e vazia, direitos superiores à própria liberdade, direitos a salvo da vontade do seu titular, direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos. (SCHREIBER, 2013, p. 5).

O que se observa é que o conceito “direitos da personalidade” se originou dos jusnaturalistas franceses e alemães, e nasceu para demonstrar direitos que são intrínsecos e naturais ao ser humano. São os direitos fundamentais para a própria existência humana, e antecedem até ao reconhecimento formal por parte do Estado. Sem os direitos da personalidade, todos os outros direitos subjetivos se tornariam sem propósito.

Neste período:

Os direitos da personalidade encontraram forte resistência em um ambiente jurídico ainda marcado pelo pensamento liberal, especialmente no campo do direito privado. Contribuiu também para isso a existência de divergências significativas entre os próprios defensores da categoria. Não havia, por exemplo, consenso sobre quais eram os direitos da personalidade. Falava-se com frequência no direito ao próprio corpo, no direito à honra e no direito à vida, mas alguns autores acrescentavam, ainda, o direito ao nome e outros direitos. Havia mesmo quem incluísse no rol o direito à propriedade, cuja natureza patrimonial representava, para outros, a própria antítese dos direitos da personalidade. Para parte da doutrina, não havia ainda “direitos da

personalidade” no plural, mas um único “direito geral da personalidade”. Os desacordos, enfim, eram muitos. (SCHREIBER, 2013, p. 6).

Essa resistência, conforme mencionado por Schreiber (2013, p. 6), comprometeu o desenvolvimento dos direitos de personalidade por um período significativo. O Código Civil alemão, aprovado em 1896, não reconheceu explicitamente essa categoria, desapontando seus defensores. Da mesma forma, o Código Civil brasileiro de 1916 também se omitiu sobre o assunto. Essa falta de reconhecimento teve consequências negativas, pois as poucas referências aos direitos da personalidade na doutrina brasileira praticamente desapareceram dos manuais nas décadas seguintes. O interesse pelo tema só foi reavivado a partir da segunda metade do século XX, quando ganhou força de forma irreversível.

Somente no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, houve um movimento maior em torno dos direitos de personalidade, que passaram a ser definidos e foram incorporados como cláusulas gerais. Este foi um fenômeno exponencial no cenário jurídico internacional. Impulsionado pela reação de todo o mundo às atrocidades cometidas durante a guerra. Os direitos da personalidade ganharam um novo impulso, evoluindo significativamente.

Luis Martius Holanda Bezerra Junior cita exemplos do citado movimento, ao assevera que na Alemanha,

(..)a partir da jurisprudência e da doutrina, a ideia de um direito geral e subjetivo de personalidade, capaz de colmatar lacunas e evitar que ficassem os direitos não previstos sem proteção em face de novas violações. (...) O direito geral de personalidade alcançou em Portugal, inegável aceitação inicial, sobretudo na Faculdade de Coimbra por alguns de seus eminentes Professores (Capelo de Sousa, Orlando de Carvalho, Diogo Leite de Campos e outros) (...). (BEZERRA JUNIOR, 2018, 35-36).

Também os tribunais desempenharam um papel crucial na interpretação e aplicação dos direitos da personalidade. Através de suas decisões, eles não apenas aplicaram os princípios estabelecidos em tratados e legislações, mas também contribuíram para a evolução desses direitos, adaptando-os às mudanças sociais e tecnológicas.

Como visto no tópico específico anterior, o princípio da dignidade da pessoa humana, a partir do reconhecimento da sua relevância por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, tornou-se princípio fundamental em diversas Constituições no mundo, inclusive Brasil e Portugal, assumindo posição de referência e norteadora de todas as regras jurídicas.

A consagração da dignidade da pessoa humana impulsionou os direitos de personalidade, que alcançaram força normativa, inclusive foram constitucionalizados.

Os direitos de personalidade consagraram-se como direitos fundamentais, motivo pelo qual toda a tutela dos direitos de personalidade, prevista em todos os ramos do direito, passou a ser analisada sob a ótica da normativa constitucional.

Antes, o que era uma tendência, acabou se firmando como princípio básico, oriundo da lei *matter* de cada país.

E nem poderia ser de outra forma, pois o tema privilegia a própria condição humana, a mais importante, diga-se de passagem.

1.3.2 Conceituação e Características

Diante da sua complexidade e relevância, Direitos da Personalidade são objeto de estudo de diversos doutrinadores, tendo assim diferentes definições, classificações, motivo pelo qual será feita breve e ampla explicitação, já que não é objetivo o exaurimento do tema.

Diversas denominações são apresentadas e defendidas por doutrinadores. Segundo Tobeñas, que favorece os termos "direitos essenciais da pessoa" ou "direitos subjetivos essenciais", foram sugeridas as seguintes nomenclaturas: "direitos da personalidade" (por Gierke, Ferrara e autores contemporâneos); "direitos à personalidade" ou "essenciais" ou "fundamentais da pessoa" (Ravà, Gangi, De Cupis); "direitos sobre a própria pessoa" (Windgcheid, Campogrande); "direitos individuais" (Kohler, Gareis); "direitos pessoais" (Wachter, Bruns); e "direitos personalíssimos" (Pugliati, Rotondi). Contudo, a preferência tem se concentrado na designação "direitos da personalidade", adotada por autores como Adriano De Cupis, Orlando Gomes, Limongi França, Antonio Chaves, Orozimbo Nonato e Anacleto de Oliveira Faria (BITTAR, 2015, p. 38-39).

Não bastasse a discussão sobre a denominação dos direitos de personalidade, também não há consenso quanto ao conceito, vez que a doutrina apresenta diferentes concepções.

Santos ensina que “os direitos de personalidade correspondem a aspetos determinados da pessoa humana, de tal forma que é de mister sejam inicialmente agrupados de acordo com os aspetos a que cada um concerne. Estes aspetos são fundamentalmente três: o físico, o intelectual e o moral.” (SANTOS, 2020, 39).

No entanto, o referido autor conclui “Embora a classificação adotada por Rubens Limongi França pareça bastante abrangente e uma das mais completas, não inclui o direito à

integridade psíquica no elenco dos aspetos fundamentais da personalidade humana. A integridade psíquica não pode ser dissociada da pessoa humana, visto a sua dualidade, ou seja, o aspeto material e imaterial, ou corpo e alma ou, ainda, sua natureza humana e divina, de forma que constitui parte integrante do ser humano, a partir da qual emanam outros direitos da personalidade. (SANTOS, 2020, p. 39).

Tal aspeto revela-se de suma importância pois o que diferencia o homem de todos os demais seres do planeta é justamente a existência de sua alma. A evolução natural dos doutrinadores teria, certamente, que culminar no reconhecimento da integridade psíquica.

É quanto aos sentimentos – felicidade, alegria, tristeza – que desaguiam no reconhecimento próprio de pertencimento, ou mesmo na indignação pela suposta exclusão que também devemos tratar. São esses valores essenciais ao ser humano.

Conceitua Antônio Menezes Cordeiro:

o direito de personalidade é um espaço de liberdade concedido ao sujeito: ou não seria direito. “O “direito de educar os filhos, embora eminentemente pessoal, não é um direito de personalidade: traduz um dever. Este aspeto já foi usado, ao longo da história, para combater a própria ideia de direito de personalidade. Por exemplo: o direito (de personalidade) à vida: a ser um verdadeiro direito, legitimar-se-ia o suicídio. Trata-se de um ponto de vista superado: não há permissões absolutas e totais. O direito à vida permite, ao beneficiário, múltiplas hipóteses de aproveitamento: não faltante, todas as possíveis”. (CORDEIRO, 2004, 100).

Cupis assevera que “a personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica” (CUPIS, 2008, p. 13).

Serpa Lopes (1989, p. 205) define os direitos de personalidade como aqueles relacionados à utilização e disposição de certos atributos inatos do indivíduo, que são projeções biopsíquicas integrativas da pessoa humana. Esses direitos constituem objetos (bens jurídicos) garantidos e regulados pela origem jurídica que lhes confere validade.

Segundo Bittar, existem duas correntes: a positivista e a jusnaturalista. Os positivistas sustentam que os direitos de personalidade são direitos subjetivos que desempenham uma função específica em relação à personalidade, representando o mínimo necessário para sua realização. A ausência desses direitos tornaria a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável e sem valor concreto, fazendo com que todos os outros direitos subjetivos perdessem importância para o indivíduo, resultando na não existência da pessoa

como tal. Assim, esses direitos são considerados "essenciais" e constituem o cerne da personalidade. Para essa corrente, apenas os direitos reconhecidos pelo Estado devem ser incluídos como direitos de personalidade, uma vez que é o Estado que lhes confere força jurídica (BITTAR, 2015, p. 38-39).

Por outro lado, os jusnaturalistas, com os quais o autor se identifica, afirmam que os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercidas normalmente pelo ser humano. Esses direitos estão relacionados a atributos inerentes à condição da pessoa humana (BITTAR, 2015, p. 38-39).

Os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas. (SCHREILBER, 2013, p. 13)

Cupis assevera que:

(...) existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direito sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existira como tal. São esses os chamados “direitos essenciais” com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. (CUPIS, 2008, p. 24).

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 28) argumenta que são considerados direitos da personalidade aqueles reconhecidos à pessoa humana em sua essência e em suas interações na sociedade, estabelecidos no ordenamento jurídico para proteger valores inatos ao ser humano, como a vida, a integridade física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade, entre outros.

Nos permitimos concluir que são os direitos inerentes à personalidade verdadeiras prerrogativas naturais. Cabe ao Estado identificá-los e aplicar as sanções adequadas, providenciando tutela específica a combater as arbitrariedades das próprias autoridades ou violações eventualmente oriundas de indivíduos.

Em razão de serem direitos atinentes à tutela da pessoa humana, essenciais para sua dignidade e que buscam proteger seu valor existencial, os direitos da personalidade são dotados de características.

Os direitos de personalidade têm as seguintes características: caráter absoluto, generalidade, extrapatrimonialidade, indisponibilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade, vitaliciedade.

O caráter absoluto dos direitos da personalidade se manifesta em sua oponibilidade erga omnes, ou seja, eles são reconhecidos e devem ser respeitados por toda a coletividade. A noção de generalidade implica que esses direitos são conferidos a todas as pessoas simplesmente por existirem. Embora não tenham um conteúdo patrimonial direto que possa ser medido objetivamente, sua violação pode ter repercussões econômicas. A indisponibilidade significa que, mesmo por vontade do indivíduo, esses direitos não podem mudar de titularidade, o que os eleva a um patamar distinto dentro dos direitos privados.

Além disso, não há prazo para o exercício dos direitos de personalidade, e a impenhorabilidade decorre logicamente da indisponibilidade. A vitaliciedade se refere ao facto de serem direitos inatos e permanentes, reforçando sua importância e proteção no âmbito jurídico.

1.3.3 Classificação

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, dentro da sistemática organizacional, os direitos da personalidade se dividem em duas categorias principais: adquiridos e inatos. Os direitos adquiridos, que decorrem do status individual, existem conforme os termos e a extensão que a legislação lhes atribui, sendo um exemplo significativo os direitos autorais. Por outro lado, os direitos inatos, como o direito à vida e o direito à integridade física e moral, são considerados superiores a qualquer condição legislativa (PEREIRA, 2011, p. 242).

Aleixo de Souza define que os direitos de responsabilidade devem ser analisados em separado: I) O complexo unitário somático-psíquico da personalidade humana, que compreenderia: I.a) A vida humana; I.b) o corpo e os elementos básicos: o somatório, a psique e a saúde; I.c) o espírito e os seus sistemas fundamentais: os sentimentos, a inteligência e a vontade; I.d) a capacidade criadora do homem e as suas criações. II) A dimensão relacional “eu”: mundo da personalidade humana, que se divide em: II.a) a identidade; II.b.) a liberdade; II.c) a igualdade; II.d) a existência e a segurança; II.e) a reserva (resguardo e sigilo) do ser particular e da vida privada. (SOUSA, 1995, p. 54).

Outra grande classificação feita pelos doutrinadores foi quanto à divisão do direito em público e privado e, segundo esta classificação, os direitos de personalidade fariam parte do direito privado.

Cupis (2004, 34) ao inserir os direitos da personalidade na classe dos direitos privados pondera: “Não se exclui, todavia, a existência de direitos públicos da personalidade. Assim, a doutrina juspublicista classifica entre os direitos subjetivos públicos alguns direitos da personalidade, e entre estes inclui, particularmente, os chamados direitos da liberdade civil.”

Esta é uma inserção assaz interessante: o reconhecimento de direitos da personalidade como direitos subjetivos públicos. É fundamental entender, nesse aspeto, que o direito pessoal, intrínseco, em algumas ocasiões, pode se transmutar ou se revestir de interesse público, a partir do momento em que permeia o rompimento da tênue linha de proteção do direito à liberdade civil. E, nesse contexto, o Estado há de ser o imperante defensor da premissa: manutenção da liberdade do cidadão.

Bezerra Junior assevera que Limongi França cunhou uma classificação bastante completa e didática, que até hoje é amplamente utilizada nos manuais, dividindo os direitos da personalidade em três categorias: direitos à integridade física (incluindo vida e alimentos, direito ao próprio corpo vivo ou morto, e direito sobre as partes separadas do corpo vivo ou morto), direitos à integridade intelectual (abrangendo liberdade de pensamento, direito pessoal de autor científico e artístico, e direito pessoal de inventor) e direitos à integridade moral (que incluem liberdade civil, política e religiosa, direito à honra, direito à honorificência, direito ao recato, direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional, além do direito à imagem e ao direito à identidade pessoal, familiar e social) (BEZERRA JUNIOR, 2018, p. 52).

Os direitos da personalidade, considerados como uma manifestação da dignidade da pessoa humana, conquistaram autonomia tanto científica quanto normativa. Eles são oponíveis a todos e podem ser reparados independentemente de sua repercussão patrimonial, caracterizando-se como danos morais. Uma classificação comum os divide em (i) direitos à integridade física e (ii) direitos à integridade moral. A proteção da integridade moral, que é o foco da discussão aqui apresentada, possui status constitucional no Brasil, manifestando-se nos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (NASCIMENTO, 2023).

Gomes categoriza os direitos da personalidade em duas classes: a) direitos relativos à integridade física, que incluem o direito à vida, ao próprio corpo (no todo ou em partes) e ao cadáver; e b) direitos relacionados à integridade moral, que abrangem o direito à honra, à liberdade, ao recato, ao segredo, à imagem, ao nome e o direito moral de autor (GOMES, 2015, p. 51).

Antonio Chaves também realiza uma separação, distinguindo: a) os direitos da pessoa natural, que incluem o direito à vida, à integridade física, às partes do próprio corpo, à liberdade e o direito de ação; e b) os direitos da personalidade, que são o foco de seu estudo, abrangendo

os direitos à honra, ao nome, à própria imagem, à liberdade de manifestação do pensamento, e à liberdade de consciência e de religião (GOMES, 2015).

Essa conceituação é sumamente relevante, isso porque a história narra trágicos episódios de intolerância religiosa que culminaram na morte de milhões de pessoas. Ora, o direito de adoração a um ou vários deuses é direito inerente ao ser humano que assim se motiva e baliza suas próprias atitudes. Não se cogita de reconhecimento de direitos da pessoa humana sem passar pelo reconhecimento de sua liberdade religiosa.

Foi justamente para evitar essa liberdade que os tiranos de ontem cometeram barbáries, sendo a maior delas a paixão de Cristo.

Já o próprio autor Bittar (2015, 53) assevera que:

(...) podemos distribuir os direitos da personalidade em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais. Os primeiros são referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efigie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo); e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto).

Como se observa, esses direitos referem-se, de um lado, à pessoa em si (como ente individual, com seu patrimônio físico e intelectual), e, de outro, à sua posição perante outros seres na sociedade (patrimônio moral), representando, respetivamente, o modo de ser da pessoa e suas projeções na coletividade (como ente social).

No entanto, essa classificação não é exaustiva conforme assevera Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

[...] são direitos em expansão. Com a evolução legislativa e com o desenvolvimento do conhecimento científico acerca do direito, vão-se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, consequentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos. [...] são listas apenas exemplificativas e refletem dado momento histórico que está em veloz mutação. Lembre-se da regra do art. 5º, § 2º, do texto constitucional, que afirma que os direitos e garantias ali previstos não excluem outros que venham a ser reconhecidos posteriormente (BORGES 2005, 25)

E, tendo em vista o dinamismo dos direitos de personalidade e sua recente consagração, muitas são as divergências.

Como dito alhures, o direito é absolutamente dinâmico, devendo estar atento às constantes mudanças no modo de vida dos homens, sobretudo em razão do crescimento

exponencial da tecnologia. Em razão disso, sempre existirá um campo novo de discussão, de modo a regular uma “novidade” que passa a fazer parte de nosso cotidiano.

Neste raciocínio, há uma permanente e sem solução discussão sobre a possibilidade de separação da esfera pública e privada.

Nesta, Paulo Martins conclui que o conceito, afinal tão impreciso, pode mudar de contornos com a evolução das mentalidades – que se repercute na delimitação das zonas pública e privada –, por efeito da situação concreta ou da posição social dos envolvidos. “Privacidade e intimidade são sempre função da conduta, do papel e do estatuto social do respetivo portador” (ANDRADE, 1996, p. 94).

Sim, os novíssimos meios de comunicação, dentre eles o telefone celular, são capazes de transformar desconhecidos em verdadeiras celebridades em questão de horas. Com um telefone em mãos, a privacidade corre risco a todo momento. E, por certo, existem aqueles que vivem a bisbilhotar a vida alheia ou mesmo a expor demasiadamente a sua. Nesse último caso, acaba por se transformar em meio para o atingimento aos seus próprios direitos. Figura típica a dos chamados “influencers”. Esses, com certeza, terão sempre a intimidade explorada, sobretudo porque se prestam a tal.

Direito à autodeterminação informativa configura-se como o direito do indivíduo em fixar o tempo e o modo - não apenas que informações admite liberar, mas também em que momento e circunstâncias podem ser conhecidas, bem assim, naturalmente, a possibilidade de se opor à sua divulgação (MARTINS, 2013, 36), ainda, o autor assevera que:

o conceito foi configurado numa decisão de 1983 do Tribunal Constitucional alemão, suscitada pela recolha dos dados pessoais, no âmbito do recenseamento da população, segundo o acórdão, só o interesse público pode restringir o direito à autodeterminação informativa. O Tribunal Constitucional português explicitou o conceito de forma mais clara no acórdão 442/2007: é o direito de “subtrair ao conhecimento público factos e comportamentos reveladores do modo de ser do sujeito na condução da sua vida privada. Compete a cada uma decidir livremente quando e de que modo pode ser captada e posta a circular informação respeitante à sua vida privada e familiar. (MARTINS, 2013, 37)

No entanto, como já dito, o importante passo foi a constitucionalização de diversos desses direitos. Mas, alçar o direito de personalidade a direito constitucional também gerou discussões acerca da manutenção da sua natureza enquanto direito de personalidade, direito fundamental ou direitos humanos.

Torres e Tiroli (2019, p. 132) asseveram sobre a constitucionalização dos direitos de personalidade citando Elimar Szania Wski:

O positivismo jurídico e a teoria dos direitos inatos contribuíram decisivamente para a bipartição da tutela do homem e de sua personalidade em dois grandes ramos, em direitos públicos de personalidade e em direitos privados de personalidade. Os primeiros seriam os direitos inerentes ao homem, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e expressos nas constituições dos diversos países como direitos fundamentais. Destinam-se estes para a defesa da pessoa contra atentados praticados contra a mesma pelo próprio Estado ou são invocados na defesa da sociedade, considerada como um todo, por agressões perpetradas contra a mesma por grupos privados. Concomitantemente, passou a doutrina e a jurisprudência a admitir, ao lado dos direitos de personalidade públicos, a existência de direitos de personalidade privados. Estes últimos eram considerados os mesmos direitos de personalidade públicos, todavia observados e aplicados nas relações entre particulares, quando houvesse prática de atentados por um sujeito privado contra algum atributo da personalidade de outro.

Segundo Bittar (2015, p. 62-63) os autores que defendem a diferença entre “direitos de personalidade”, “direitos do homem”, “direitos fundamentais da pessoa” dentre outros, têm extrema dificuldade de sistematização, que a complexidade do tema e a sua estruturação ainda recente oferecem.

E o referido autor assevera que a divisão encontrada por tais autores é:

Divisam-se, assim, de um lado, os “direitos do homem” ou “direitos fundamentais” da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se, nessa categoria, normalmente, os direitos: à vida; à integridade física; às partes do corpo; à liberdade; o direito de ação.

De outro lado, consideram-se “direitos da personalidade” os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens. Inserem-se, nesse passo, geralmente, os direitos: à honra; ao nome; à própria imagem; à liberdade de manifestação de pensamento; à liberdade de consciência e de religião; à reserva sobre a própria intimidade; ao segredo; e o direito moral de autor, a par de outros.

O autor discorda da classificação apresentada e, em sua visão, considera que os direitos da personalidade constituem a primeira e fundamental categoria de bens da pessoa. No direito legislado, tanto em nível constitucional quanto ordinário, esses direitos recebem tratamentos próprios e diferenciados, mas, em essência, eles se reduzem a uma única noção. Os direitos do homem, ou da personalidade, devem ser entendidos como aqueles que o ser humano possui em razão de sua própria condição. São direitos inatos, imposteráveis, anteriores ao Estado e inerentes à natureza livre do homem (BITTAR, 2015, p. 63).

Quanto às diferenças especificadamente entre os direitos de personalidade, os direitos humanos e os direitos fundamentais, Schreiber (2013, p. 13) entende que:

A ampla variedade de termos não deve gerar confusões. Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado”. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.

Segundo o referido autor “Trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenómeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana”.

Por fim, conclui que “ciência jurídica contemporânea vem superando o abismo, cavado pelos juristas do passado, entre o direito público e o direito privado para reunificar as duas esferas em torno da unidade constitucional.”

Trata-se da pavimentação conceitual de importância cabal. No fim de toda a discussão, a semente a ser protegida é mesmo a dignidade do homem. O homem, em sua inteireza e plenitude, antes de qualquer outro atributo, há de se sentir digno. Sem esse sentimento, jamais alcançará a felicidade.

No entanto, este entendimento de não haver diferença das nomenclaturas não é unânime. Bezerra Junior (2018, p. 50) dispõe que:

Adverte com razão, Jorge Miranda, que, não obstante sejam largas as zonas de coincidência, não devem ser confundidos os direitos fundamentais com os direitos de personalidade, sendo notável a distinção, sobretudo, no que toca ao sentido, à projeção e à perspectiva de um de outro.

Assim, não obstante seja possível vislumbrar a clara existência de uma parcial sobreposição, na tutela da pessoa, de dois planos jurídicos distintos (civil e constitucional), imperioso observar que mesmo que os enunciados normativos, em alguns casos, sejam idênticos, as normas de direito civil e de direito constitucional nunca apresentarão identidade de conteúdo, visto que se prestariam a regular situações jurídicas distintas.

Bittar (2015, p. 67-68) entende que:

Na visão contemporânea, que encontra no princípio da dignidade da pessoa humana (Declaração Universal de 1948; Constituição Federal de 1998) a sua principal escora, teórica e prática, que atravessa o ordenamento em todos os

seus quadrantes, não importa se na ordem privada ou pública, torna obsoleta a tentativa de consolidar uma diferenciação tão vincada entre ambos os ramos da ciência do direito. Por isso, pode-se perceber, nas duas últimas décadas, uma tendência à consolidação da visão de que a dicotomia entre público e privado cedeu lugar para uma fundamentação unificada da luta por efetividade dos direitos no sentido da plena realização da dignidade humana, em suas diversas manifestações. Com isso, cede espaço a antiga diferenciação que qualificou a visão privatista, sob o influxo da codificação e da tradição romanista, para uma visão complexa e unificadora, como a desenvolvida por Gustavo Tepedino, que vem sendo reconhecida pela ideia da “constitucionalização do Direito Civil.”

Demonstra-se pelo exposto, que a relação entre os conceitos de direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos variará conforme a visão e posicionamento doutrinário.

1.4 Direito ao esquecimento

O entrelaçamento de memória-esquecimento é muito profundo. Mesmo quando se teorizam rupturas totais irreparáveis e transformações radicais. Nas situações histórico-culturais em que predominam a cólera e o espírito de rebelião, a exigência de um passado é frequentemente tão forte quanto a que diz respeito ao futuro.

De facto, o passado de uma pessoa é componente inseparável de sua vida, ainda que tenha deixado de produzir efeitos algumas atitudes antes pelo mesmo adotadas.

O esquecimento também é uma forma de memória. A outra face oculta da moeda. É possível que Deus, no final das contas, seja de facto apenas esquecimento, a face oculta, o desconhecido, o grande desafio que vai nos suceder na imprevisível noite dos séculos. (KONDER, 1997, p. 72)

Temos observado que nos últimos anos a expansão sobretudo da influência dos meios de comunicação acabou por levar ao destaque a importância do direito ao esquecimento, trazendo o tema para o primeiro plano das discussões. E este direito visa, sobretudo, prevenir uma reanimação descontrolada de factos passados, acontecimentos anteriores que, de facto, podem causar danos significativos a outras pessoas. A *internet*, principalmente, com sua infundável base de dados e capacidade de armazenamento e a força das ferramentas de busca fazem que o debate acerca do direito ao esquecimento seja premente.

Há uma abissal divergência entre o que somos e o que parecemos ser. A mídia nos contextualiza e nos amolda aos seus próprios interesses, sejam quais forem. Ser feliz é uma

condicionante da expressão “precisa aparentar felicidade”. A exposição extrema traz nossos sentimentos íntimos à exposição como se entranhas fossem. E o pior: a audiência aplaude.

Informar nem sempre é a melhor das intenções. Vender notícias prevalece, ainda que sejam antigas e que revolvem sentimentos antigos e sedimentados. Isso pouco importa, a *internet* exerce aquilo que tem como corolário básico: divulgar e divulgar, pouco se preocupando com a origem e a certificação das informações.

1.4.1 Conceituação e características

Coelho (2020, p. 5-6) faz interessantíssima referência à origem do esquecimento como recurso jurídico. A autora cita que o esquecimento forçado se identificava originalmente com a ideia de sanção, exemplificando que o instituto da *damnatio memoriae*, tido em Roma como uma das mais severas formas de punição dispensadas aos condenados por crimes graves. Inclusive exemplifica citando as palavras de Eric R. Varner:

As sanções legais associadas à *damnatio memoriae* estabeleciam os mecanismos pelos quais o indivíduo era simultaneamente anulado e condenado. [...]. Como resultado, o nome e título dos condenados eram removidos de todas as listas oficiais (*fasti*); as imagens (*imagines*) representando os falecidos eram banidas da exibição em funerais aristocráticos; os livros escritos pelos condenados eram confiscados e queimados; [...] sendo possível, ainda, a proibição do uso contínuo do prenome (*praenomen*). (p. 5-6).

A referida autora assevera que houve o cancelamento da memória como viés punitivo a partir das novas funcionalidades decorrentes das novas tecnologias, tornando-se o esquecimento um hábito em extinção.

Paula Fabíola Cigana e Maria Célia Albino da Rocha (2017, 2016) atribuem a visibilidade do direito ao esquecimento à Mayer-Schönberger:

A partir da discussão gerada pela inquietude de Mayer-Schönberger (2009), o direito ao esquecimento passou a ter visibilidade. A União Europeia, com histórico de preocupação relativo à proteção de dados pessoais, também aderiu ao movimento e iniciou estudos visando a rever o tratamento legal da proteção de dados. [...] em maio de 2009 a Comissão Europeia organizou uma conferência dedicada a debater o uso de dados pessoais e sua proteção, bem como examinar os novos desafios para a privacidade. [...] o direito de as pessoas impedirem a continuação do tratamento dos respectivos dados e de os mesmos serem apagados quando deixarem de ser necessários para fins

legítimos. É o caso, por exemplo, do tratamento baseado no consentimento da pessoa, se essa pessoa retirar o consentimento ou quando o período de armazenamento tiver acabado (LIMA, 2013, p. 273-274).

Diante deste cenário recente vem se desenvolvendo doutrinas com o intuito de tutelar o direito ao esquecimento, gerando uma variedade de conceitos.

Na feliz síntese de Massimiliano Mezzanotte, trata-se de uma situação jurídica subjetiva com *corpus* de um direito à identidade pessoal; mas *animus* de direito à privacidade. Em outras palavras, para uma determinada pessoa não ser estigmatizada considerando determinado facto ocorrido em sua vida (identidade pessoal), é preciso que estes factos não sejam resgatados (privacidade). (LIMA, 2014, p. 14).

(...) o direito ao esquecimento seria o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, sendo conferido à pessoa revelar-se tal qual ela é atualmente, em sua realidade existencial e coexistencial. (COSTA, 2013, 197).

O direito ao esquecimento sustenta a asserção de que uma pessoa não deve ser submetida a uma penalidade perpétua por um facto ocorrido em tempos remotos. Esse direito foi criado com o intuito de favorecer sujeitos que já cumpriram a pena estabelecida pelo cometimento de um facto delituoso, assim como objetiva beneficiar os inocentes condenados.

Paula Fabíola Cigana e Maria Célia Albino Da Rocha (2017, p. 23) afirmam que o direito ao esquecimento, na visão de David Lindsay (2014, p. 292-293), oferece três finalidades: a primeira visa a impedir que o passado administrativo, judicial ou criminal de seu titular seja resgatado a todo instante; a segunda objetiva apagar os dados pessoais com fundamento na legislação que regula o direito à intimidade, onde se incluem os dados pessoais; e a terceira almeja retirar os dados pessoais online, ou restringir ou evitar o acesso a esses dados.

Enfim, a possibilidade de determinada pessoa ser libertada de verdadeiro jugo oriundo de seu passado, buscando alcançar a paz e permitindo-a adotar novos rumos e estilos de vida, sem o perigo de se ver diante de perseguição eterna em razão de seu anterior histórico, é um objetivo que vem sendo reconhecido.

E tais assuntos são costumeiramente trazidos à tona, ao se alegar prejuízos ao nome, à estima, ainda que não rotulados como “direito ao esquecimento” e que tal conceito não tenha permeado os critérios de julgamento.

Melina Ferracini de Moraes (2018, p. 48) afirma que o direito ao esquecimento pode ser expresso de várias maneiras, como "right to forget" (direito de esquecer), "right to be forgotten" (direito de ser esquecido), "right to be left alone" (direito de ser deixado em paz), "right to be erased" (direito ao "apagamento") e "right to delete" (direito de apagar). No entanto, a expressão que melhor define esse conceito é "right to oblivion", também conhecida como "le droit à l'oubli", ambas representando o direito ao esquecimento.

São muitos os autores a discorrer sobre este tema tão instigante. Todos eles redundando na tese da memória maléfica, opressiva, destruidora que, inclusive, pode até impedir a redenção do indivíduo na adoção de outro modo de vida em sociedade.

Podemos asseverar que pode ser definido o direito ao esquecimento como um verdadeiro mecanismo de defesa, de modo a possibilitar que uma pessoa recuse a divulgação, a publicação de informações a seu respeito, mesmo que se trate de factos verdadeiros, isso porque tal conduta lhe causará dor, vergonha, angústia ou qualquer outro tipo de perturbação.

É inexorável a existência de um liame entre a dignidade humana e os direitos individuais, como por exemplo a honra, a imagem e a privacidade. É essa relação que edifica o direito ao esquecimento, permitido que a pessoa imponha limites e mesmo o lapso de tempo em que podem ser divulgadas informações pessoais suas. Trata-se de uma "autodeterminação informativa", que nada mais é do que o exercício, a capacidade de controle sobre seus próprios dados, determinando quando, onde e como podem eles ser compartilhados.

O que conseguimos depreender com o presente estudo é que o direito ao esquecimento não outorga ao indivíduo a capacidade de simplesmente apagar, extrair, eliminar factos acontecidos ou mesmo alterar determinado registo histórico relativo à sua pessoa. O que esse direito garante é a possibilidade efetiva de um questionamento quanto à forma como tais informações acerca dos eventos anteriores serão utilizados, principalmente no que se refere aos objetivos pretendidos e a forma como se dará tal exposição.

Trata-se de da criação de um dever jurídico de não agir, uma prerrogativa subjetiva de negação, que pode ser acionada com a intenção de evitar ou mesmo refutar uma medida que a pessoa entenda que está violando direito seu, e isso sem qualquer demonstração do interesse público. É acionado o mecanismo sempre que estiver premente lesão contra direitos à personalidade em razão da divulgação de notícias ou informações que podem vir a gerar um efetivo constrangimento.

Em suma, o que busca o direito ao esquecimento é limitar o modo de utilização e a verdadeira intenção de quem divulga os factos. Se existiram, os factos são um fim em si mesmos, mas a forma como serão divulgados impulsionará o pensamento coletivo, podendo

mesmo causar excessivo dano ao partícipe da história. Essa é a tutela buscada pelo direito ao esquecimento.

1.4.2 Aspectos doutrinários

Fabio Carvalho Leite no prefácio da obra de Isabella Z. Frajhof (2019, p. 3) expressa-se muito bem ao descrever que o direito ao esquecimento é, por ora, uma ideia em aberto, indefinida, um tanto confusa, rodeada de controvérsias, e com traços e alcance ainda imprecisos.

No entanto, a doutrina já começa a discorrer sobre o assunto, enfrentando o tema, claro, sem nenhum consenso ainda, diante da sua novidade.

Bezerra Junior (2018, p. 94) afirma que parte da doutrina, com fundamento na defesa da autonomia e do surgimento de um direito “inédito”, que o direito ao esquecimento teria por objeto jurídico específico a tutela da “memória individual”, que, assim como ocorre com a memória coletiva, seria digna de tutela pelo ordenamento jurídico, não sendo, portanto, uma variante de qualquer um dos demais direitos da personalidade conhecidos

O referido autor não concorda com o referido posicionamento de parte da doutrina que sustenta a existência de um “novo direito de personalidade”. Assevera que: compreendemos que, para que se reconheça a sua oponibilidade, não se verifica, nos casos atualmente submetidos às agências reguladoras e ao próprio Poder Judiciário, a necessidade de se destaque e automatize mais uma categoria de direito especial da personalidade, sendo perfeitamente possível e desejável que se identifique e aponte, uma vez invocado o direito de ser esquecido, uma ofensa concreta e determinada a um dos direitos já historicamente cristalizados.

Saba (2020, p. 49-50) dispõe que:

Com isso, Schreiber (2017, P. 2) as define como sendo: a) posição pró-informação, b) posição pró-esquecimento e, por fim, a c) posição intermediária.

Na perspectiva de Schreiber (2017, p.2), a posição pró-informação está ligada às entidades de comunicação. Para esses grupos, o instituto do esquecimento não existe porque esta tutela não se encontra postulada na legislação brasileira. Não obstante, argumentam que o instituto do esquecimento é “contrário à memória de um povo e à própria História da Sociedade” e aduzem em seus argumentos a informação de não existir possibilidade desta tutela poder ser extraída do direito fundamental da privacidade, nem da intimidade e nem de nenhum outro. Em vias jurídicas, Schreiber (2017, p.2) reporta que esta corrente sustenta seus argumentos embasados na ADI 4.815 do STF cujo contexto é trabalhado nas biografias não-autorizadas.

De outra sorte, os patronos do pró-esquecimento defendem este instituto apoiando-se nos argumentos de que ele é o âmago do “direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade (SCHREIBER, 2017. P.2).

José Eduardo Marcondes Machado (S.D) aduz que para resolver antinomias entre direitos de personalidade, é necessário analisar as circunstâncias e estabelecer limites entre os direitos em conflito, visando alcançar a solução mais favorável para o caso em questão. Essa avaliação, no entanto, depende da situação específica vivenciada e das circunstâncias factuais, tanto objetivas quanto subjetivas.

Utilizando o mesmo termo do mestre mencionado no parágrafo anterior, tais antinomias nada mais são do que os conflitos surgidos quando dois ou mais direitos de personalidade, em determinadas ocasiões, acabam por colidir. A solução é a adoção do equilíbrio ou então o reconhecimento de que um se sobrepõe ao outro.

Alguns doutrinadores, como Peter Fleischer, classificam o direito ao esquecimento em três esferas distintas. A primeira diz respeito ao direito do indivíduo de apagar os dados que ele mesmo disponibilizou na internet. A segunda refere-se à possibilidade de eliminar informações que o usuário forneceu e que foram reproduzidas por terceiros. Por fim, a terceira esfera aborda a probabilidade de o usuário apagar dados que foram cedidos por terceiros. Esta última categoria é o cerne da questão em debate, diferenciando-se, portanto, dos direitos à liberdade de expressão, à informação e à imprensa (ROCHA, CIGANA, 2017, p. 216).

Demonstrados aspectos gerais, verifica-se que o direito ao esquecimento tem poder por força do princípio da dignidade à pessoa, e mesmo sem reconhecimento na legislação em diversos países, já vem sendo objeto de aplicação e reconhecimento.

É ele consequência inexorável da autonomia do mundo moderno em que as informações são transmitidas e geradas em milésimos de frações de tempo. O atual é irradiado em tempo real. Os dados e informações hoje se estabelecem nas “nuvens” que não podem ser apagadas de imediato, salvo por seus mantenedores.

Esses são aspectos fundamentais que devem integrar toda e qualquer análise entre a necessidade de informar e o seu propósito.

CAPÍTULO 2 – DIREITO GERAL À INFORMAÇÃO EM FACE DO DIREITO DE SER ESQUECIDO

2.1 A liberdade de informação, de expressão e da imprensa na sociedade moderna

2.1.1. Liberdade de informação e de expressão

Fujita e Barreto Junior (2020) afirmam que o direito à liberdade de informação abrange três dimensões: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 573). Cada uma dessas dimensões desempenha um papel crucial na promoção da comunicação e no exercício da cidadania.

O direito de informar fundamenta-se na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outros, permitindo a sua difusão sem qualquer tipo de impedimento. Essa liberdade é essencial para garantir que a sociedade possa acessar uma variedade de perspectivas e dados, contribuindo para um debate público saudável.

Por sua vez, o direito de se informar refere-se à liberdade de obter informações sem restrições, exceto aquelas relacionadas a arquivos sigilosos, como os de serviços de inteligência. Já o direito de ser informado consiste na garantia de que os cidadãos sejam mantidos adequadamente e verdadeiramente informados, especialmente pelos meios de comunicação (CANOTILHO; MOREIRA, p. 573).

Conclui-se, portanto, que o direito à informação não poderá sofrer qualquer tipo de censura prévia.

A liberdade de informação diz respeito ao direito individual de comunicar livremente factos e ao direito difuso de ser deles informado.

Assevera Elivásio Almeida Ramos Filho (2014, p. 14):

A garantia da liberdade de expressão consiste em um conjunto de direitos, formas e processos que possibilitam a ampla divulgação do pensamento e da informação, seja por meio do jornalismo, rádio, televisão, internet, artes ou qualquer outra forma de exteriorizar o pensamento, ou seja, em suma, destina-se a tutelar o direito de externar todo tipo de manifestação do pensamento humano. Engloba, também, em seu conteúdo, além da comunicação de pensamentos e de informações, expressões não verbais, tais como expressões comportamentais, musicais e por imagem.

O referido autor complementa citando Paulo Gustavo Gonet Branco (2021, p. 334) assim dispõe:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não [...].

Temos que o direito à liberdade de expressão, também chamado de liberdade de comunicação, traz em seu bojo algumas prerrogativas. Podemos citar a liberdade de opinião, que alguns chamam de liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, e ainda, dentre outras a liberdade de veiculação de informações através de veículos próprios.

Não podemos deixar de considerar que a disseminação de dados surge da expansão da comunicação digital que por sua vez é reflexo da globalização e do próprio capitalismo. A facilitação de acesso às informações acaba por provocar modificações nas atitudes individuais, e nem poderia ser diferente, eis que a experiência aprendida muitas vezes faz com que o indivíduo não repise suas atitudes. Tudo isso acaba por provocar alterações nas atitudes das pessoas. Não se ignora que a multiplicação de aplicativos, plataformas, *blogs*, telefones celulares, dentre outros, tudo alavancado pelo avanço tecnológico, contribui significativamente para incentivar a troca de informações entre os indivíduos.

Todo mecanismo tecnológico trouxe consigo uma nova forma de se perceber a realidade e trouxe também uma experiência inédita que está modificando comportamentos, criando novos hábitos, rotinas, questionamentos, dúvidas e ampliando os horizontes. De facto, poucas vezes viram-se transformações tão rápidas, significativas e contundentes no âmbito do comportamento humano como a que presenciamos nos dias de hoje.

Elas impõem uma reflexão inédita, que passa pela contemplação de novos conceitos e métodos educacionais e vai até a rediscussão dos valores da democracia e a repercussão das novas mídias na formação de opinião (CHARNESKI, 2011, p. 7-8).

A tutela constitucional no tocante à informação tem à frente o interesse público, todavia, essa proteção não se efetiva diante de anúncios inverídicos, com divulgação sagaz e maliciosa, no geral, com o intuito de obtenção de lucro. Por conseguinte, as limitações ao direito de informar são cruciais, ainda, para a delimitação do tempo em que as notícias podem ser divulgadas.

O escopo de proteção do direito à informação é extenso. Ele engloba todas as questões que despertam algum interesse público, sendo este conceito ampliado para incluir uma vasta gama de temas que são relevantes para a vida social. O interesse público é evidente na atividade política, assim como nas ações dos Poderes Públicos e de seus representantes. No entanto, esse interesse também se estende a tópicos relacionados aos costumes, criminalidade, práticas e relações sociais, mentalidades, vida econômica, esportes, entretenimento, artes, religião, entre outros (PINHEIRO, 2016).

O direito à liberdade de expressão foi assegurado, inicialmente na Inglaterra, com a Carta Magna de 1215 de João Sem-Terra, que definia limites ao soberano. Já em 1689, foi reafirmado com o Bill of Rights⁴. No entanto, só em 1776, com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e a Declaração da Independência dos Estados Unidos, que estabeleceram a igualdade e liberdade de todos os homens, garantindo o direito à vida, à felicidade e à liberdade.

A universalização dos direitos humanos, no entanto, consagrou-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, no qual difundiu-se a necessidade da proteção dos direitos fundamentais, direitos à expressão, manifestação, informação, opinião.

O direito à informação se desdobra em três dimensões distintas. A primeira é o direito de informar, que se configura como uma vertente das liberdades de expressão e de imprensa. A segunda, conhecida como direito de se informar ou direito de acesso à informação, abrange a faculdade de buscar dados por todos os meios lícitos. Por fim, a terceira dimensão é o direito de ser informado, que garante à coletividade o acesso a informações fornecidas pelo Estado e pelos meios de comunicação sobre assuntos de interesse público (SARMENTO, 2016).

⁴ A Carta dos Direitos dos Estados Unidos ou Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos (em inglês: United States Bill of Rights) são as dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos.[1] Elas foram introduzidas por James Madison para o Primeiro Congresso dos Estados Unidos em 1789 como uma série de artigos e entrou em vigor em 15 de dezembro de 1791, quando tinha sido ratificada por três quartos dos estados. Thomas Jefferson era um defensor da Bill of Rights. A Bill of Rights proíbe o Congresso de fazer qualquer lei que respeite um estabelecimento da religião ou proibindo o seu livre exercício, proíbe a violação do "...direito do povo de manter e portar armas ..." e proíbe o governo federal de privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. Em casos criminais federais, que exige condenação por júri para qualquer capital ou "crime infame", garante um julgamento rápido público com um júri imparcial composto de membros do estado ou do distrito judicial em que o crime ocorreu e proíbe a dupla incriminação. Além disso, a Bill of Rights afirma que "a enumeração na Constituição, de certos direitos, não deve ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos do povo" e reservas de todos os poderes não foi concedido ao governo federal para a cidadania ou estados. A maioria dessas restrições foram mais tarde aplicadas aos estados por uma série de decisões de aplicação da cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda, que foi ratificada em 1868, após a Guerra Civil Americana.

https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_dos_Estados_Unidos

A liberdade de expressão é uma salvaguarda que se traduz em um bloco de direitos, garantindo a disseminação de informação, de opinião e de pensamento. Essa externalização de manifestações de diversos pensamentos não se limitam por barreiras geográficas, propagando-se pela *internet*, televisão, rádio, dentre outras maneiras.

A amplitude delimitada pela ciência se elastece a cada dia, de modo que nascem meios de difusão de informações, uns logo após os outros. São diversos os equipamentos eletrônicos, a cada dia mais complexos, que se encarregam de espalhar notícias e informações. O Direito, por isso mesmo, há de exercer severa vigília quanto ao *modus operandi* e os objetivos pretendidos com tais divulgações. Se, por um lado, há a liberdade de expressão, por outro, há de ser conscienciosa a divulgação de informações e opiniões, de modo a que haja equilíbrio entre os direitos que podem vir a colidir.

A doutrina faz uma distinção entre o direito de informar e a liberdade de expressão *stricto sensu*. O primeiro refere-se à comunicação de factos, enquanto a segunda está ligada à manifestação de pensamentos, ideias, juízos de valor, sentimentos e obras artísticas e literárias. Essa diferenciação pode levar a uma variação nos regimes jurídicos aplicáveis: o exercício do direito de informar pressupõe o cumprimento do requisito da veracidade, algo que não se aplica da mesma forma no âmbito da liberdade de expressão *stricto sensu* (SARMENTO, 2016).

Essa premissa é absolutamente valiosa. Informar é transmitir dados acerca de determinados acontecimentos que, não necessariamente haverão de vir acompanhados da opinião do órgão divulgador.

Paulo Martins (2013) segue na linha de uma importante questão: “o direito à informação legitima o sacrifício de direitos de personalidade?”. Para o autor, a privacidade seria o último reduto da liberdade e das liberdades, e o jornalismo estaria inserido nesse contexto como um espaço de encontro, de separação e de choque entre liberdades, imprimindo efeitos nos direitos individuais, no exercício da cidadania, na liberdade de expressão e na liberdade de informar e de ser informado.

A correção das informações dá ensejo, por isso mesmo, ao direito de ser informado. E ser bem informado. Como bem informado haveremos de concordar que é receber as informações devidas, genuínas, sem nenhuma contaminação.

Uma democracia verdadeira exige a presença de um espaço público dinâmico, onde questões de interesse social possam ser discutidas de forma ampla e livre. É necessário que haja uma esfera pública crítica, com amplo acesso à informação e a diversas perspectivas, permitindo que cada indivíduo forme suas próprias convicções sobre temas controversos e participe de maneira consciente no autogoverno (SARMENTO, 2016).

Não nos esqueçamos que em um regime apontado como democrático é absolutamente fundamental que os indivíduos exerçam e de facto possam exercer influência sobre a opinião dos seus pares. Isso ocorre através da expressão de suas opiniões com a finalidade de que seus pensamentos emergam e se destaquem no debate público. É a liberdade de imprensa quem amplifica essa troca dialógica entre os cidadãos, promovendo, ainda, o escancaramento das ações do governo, o que viabiliza, em última análise, a possibilidade de intervenção e fiscalização por parte dos indivíduos.

Para Pinheiro (2015, p. 148), a liberdade possui uma relação intrínseca com a segurança, de modo que a segurança seria um fundamento lídimo e necessário para a limitação da primeira e, sendo assim, é preciso cuidado na sua aferição, para que a mesma ocorra de modo a compreender a segurança como um direito, e não apenas como uma cláusula que fornece limitações ou restrições da liberdade, por isso, é errônea a tradução que polariza liberdade e segurança como elementos de tensão, pelo que cita-se “a segurança que não seja liberdade não tem espaço no Estado de Direito”.

Outro argumento significativo em defesa das liberdades de expressão e de imprensa é que elas representam a maneira mais eficaz de se buscar a "verdade" em questões controversas. Em síntese, essa perspectiva, originada do filósofo Stuart Mill, sustenta que, em um contexto de pluralismo de opiniões, é o debate livre entre visões divergentes que permite que as melhores ideias prevaleçam. O juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes expressou essa noção de forma clássica ao afirmar que "o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição do mercado" (SARMENTO, 2016, p. 25).

O entendimento de Barroso caminha na esteira de que a doutrina brasileira faz uma distinção entre as liberdades de informação e de expressão. A primeira refere-se ao direito individual de comunicar livremente factos, bem como ao direito difuso de ser informado sobre eles. Em contraste, a liberdade de expressão visa proteger o direito de externar ideias, opiniões e juízos de valor, abrangendo, em suma, qualquer forma de manifestação do pensamento (NASCIMENTO, 2023).

Aqui o autor deste trabalho pede licença para destacar importante tópico: a colisão entre o direito ao esquecimento e o direito à informação não se dá propriamente em relação a este último, ocorrendo, na maioria das vezes com relação à liberdade de expressão.

Com efeito, não se pode, em nome da liberdade de expressão, agir com irresponsabilidade de modo a causar prejuízos a outros. Há de haver limitadores que impulsionem a retenção a opiniões meramente degenerativas e odiosas, ou mesmo àquelas contaminadas por intenções pouco recomendáveis.

Liberdade de expressão, informação e imprensa são pilares da democracia moderna, estando presentes nas Constituições de todos os países democráticos no mundo.

2.1.1.1 Direito Estrangeiro

O direito à informação é um ônus que possui uma pessoa como membro de um Estado Democrático de Direito. No Brasil, esse direito tem respaldo constitucional nos dispositivos jurídicos dos artigos 5º e 220, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porém, com enfoque em algumas limitações no seu exercício e seu conteúdo. O art. 5º bem determina:

IV- é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato; V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; IX- é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; 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; XIV- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Por sua vez, o art. 220 dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. §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. §2º- É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro veda práticas abusivas que possam gerar prejuízo ao sujeito de forma desproporcional e um tratamento degradante ao espaço social. Nesse contexto, a liberdade de informação abrange a busca, o acesso, o recebimento e a disseminação de informações ou ideias por qualquer meio, sem estar sujeita a censura. Cada indivíduo é responsável por eventuais abusos cometidos nesse processo (SOARES, 2016).

O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição (art. 5º, XIV).

Como já dito anteriormente, a liberdade de informação nada mais é do que o direito de ter acesso a informações, muitas vezes detidas por agentes e organismos públicos. Trata-se de direito fundamental, como bem reconhecido pela Resolução nº 59, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1946, e ainda pelo artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que declara que tal direito inclui a liberdade de “procurar, receber e difundir, sem considerações de fronteiras, as informações e as ideias”.

Reconhecida como um componente essencial da liberdade de expressão, a liberdade de informação foi abordada no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 1969. Na Europa, celebra-se no dia 28 de setembro o "The Right to Know Day", ou Dia do Direito ao Conhecimento e à Informação. Como pilares do exercício da cidadania, tanto o direito à liberdade de expressão quanto o direito à informação merecem ser celebrados em sua plenitude.

Tendo acesso a mais informações, sobretudo as de cunho público, o indivíduo se vê municiado a alcançar maiores voos e, mais ainda, se tornam mais capazes de atuar com crítica quanto à responsabilização das ações que impactam em suas vidas.

Em Portugal, os artigos 37º a 42º da Constituição tratam do tema com minúcias.

Além disso, o Artigo 268º da mesma Carta Constitucional assegura o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, de modo a promover a transparência e a participação dos cidadãos na gestão dos assuntos públicos.

Lado outro, há ainda a Lei 26/2016, de 22 de agosto, que trata do Regime de Acesso à Informação Administrativa e Ambiental – LADA, que regula o direito de acesso à informação detida por entidades públicas.

Portugal é signatário de convenções internacionais e sempre está presente em iniciativas mundiais que promovem a liberdade de informação.

Na Espanha, o direito à informação também é princípio fundamental garantido pela Constituição de 1978 e por diversas leis e regulamentos. O artigo 20 da Constituição estabelece os direitos de expressar e difundir livremente pensamentos, ideias e opiniões, a produção literária, artística, científica e técnica, assim como o direito à informação.

Além disso, foi implementada legislação específica, a chamada Lei de Transparência, Acesso à Informação Pública e Bom Governo, adotada em 2013, que visa a promover a transparências nas atividades públicas. Esta legislação abarca não só todos os níveis da administração pública, como também entidades privadas que recebem financiamento público significativo.

A liberdade de expressão nos Estados Unidos possui um conceito bem mais amplo que os difundidos no Brasil e na Europa e, em algumas situações, podem comprometer as estruturas de um Estado Democrático de Direito. Naquele país, como exemplo a ser citado, os chamados discursos de ódio têm proteção constitucional.

De facto, na legislação americana não existe uma clara proteção à figura da injúria. E aqui estamos a falar não de factos, mas sim de opiniões e conceitos que podem ferir a dignidade de uma pessoa.

O Brasil caminha com o pensamento similar ao Europeu, sobretudo ao difundido na Espanha e em Portugal. Apologias aos discursos de ódio em geral, ao nazismo, ao racismo já foram previamente enfrentados pelos textos constitucionais.

Outra observação de suma relevância se refere à possibilidade do Judiciário, assim que toma conhecimento de uma manifestação agressiva, que está a ferir direitos da personalidade, ter plena autorização a intervir no sentido de impedi-la. Essa é a regra na Europa, por exemplo. Já com relação à legislação americana, qualquer intervenção do Judiciário somente poderá se dar *a posteriori*.

Se, por um lado, houve manifestação no sentido de imitar a legislação americana no particular, o STF acabou por consolidar o entendimento a permitir a atuação prévia do Poder Judiciário.

2.1.2 Liberdade de imprensa

A liberdade de imprensa está ligada primordialmente a um direito de defesa consistente. Importa salientar que a democracia e a liberdade de imprensa têm ligação umbilical, uma vez que a plurivocidade de opiniões é salutar ao debate e à formação da massa crítica intelectual da sociedade, fomentando o incremento do acesso à comunicação intersubjetiva e propiciando o constante intercâmbio de informações.

Barroso menciona uma terceira expressão, além das liberdades de informação e de expressão, que se tornou tradicional no estudo do tema e também tem respaldo constitucional: a liberdade de imprensa. Essa expressão refere-se à liberdade, conquistada ao longo do tempo, reconhecida aos meios de comunicação em geral — não apenas os impressos, como o termo poderia sugerir — para comunicar factos e ideias, abrangendo, assim, tanto a liberdade de informação quanto a de expressão (SOARES, 2016).

A liberdade de informação jornalística, também conhecida como liberdade de imprensa, abrange tanto a liberdade de informação quanto a de expressão. Assim, ela não apenas permite a liberdade de informar, mas também possibilita a concretização do direito de ser informado (SOARES, 2016).

Para Farinho (2006), os termos “liberdade de comunicação social” e “liberdade de imprensa” precisam ser esclarecidos, senão como conceitos autónomos, como variações. Nesse sentido, a resposta reside quando se questiona as liberdades no ciberespaço e, nesse caso, o mundo virtual não seria um meio de comunicação, mas um universo comunicacional em que se

integram vários meios de comunicação, e os limites e possibilidades das liberdades não são espelhados aos do universo *offline*, mas de um novo espectro.

As duas liberdades que se “confundem”, nesse sentido, são esclarecidas a partir do facto de que a liberdade de comunicação social é, ainda, a liberdade de imprensa e, de todo facto, estão sujeitas aos novos contornos do ciberespaço, especialmente considerando a intimidade da vida privada e média nesse mesmo ciberespaço.

O prisma relevante da liberdade da mídia na sociedade também era nítido no avistar do filósofo Karl Marx, que coadjuva com seus escritos. A propósito da liberdade de imprensa, cabe recordar estas palavras de Marx: “A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria”.

Resulta da questão que, de facto, a autenticidade das informações transmitidas e das notícias sedimentam o desenvolvimento de uma opinião pública construída com base em um raciocínio crítico, que redunde na capacidade do cidadão em cada vez mais fazer escolhas que realmente vão de encontro com as demandas de toda a sociedade.

Nossos estudos nos permitem concluir que as características fundamentais da informação são a veracidade, ou seja, todo cuidado deve ser dispensado na obtenção dos dados junto às fontes e, em caso de equívoco, deverá ser sanado de imediato. A forma de transmissão há de ser também adequada, permitindo uma correta formação da opinião pública e, por fim, o tema há de ser importante, de relevância para essa mesma opinião pública.

Essas diversas razões levam ao reconhecimento da posição privilegiada das liberdades de expressão e de imprensa em nosso sistema constitucional, um aspeto que tem sido destacado em várias manifestações do STF. O Ministro Carlos Britto, em seu voto na ADPF 130, afirmou que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu*”. Da mesma forma, o Ministro Luiz Fux, no voto da ADPF 187, destacou que “a liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando ponderada com outros princípios constitucionais, possui uma dimensão de peso *prima facie maior*”, devido à sua “preeminência axiológica” em relação a outras normas e direitos (SOARES, 2016).

O Ministro Luís Roberto Barroso, em decisão recente, também observou que "as liberdades de expressão, informação e imprensa (...) são tratadas como liberdades preferenciais em diferentes partes do mundo, constituindo um bom paradigma a ser seguido". Além disso, o Ministro Marco Aurélio, em um julgamento ainda não concluído, enfatizou que "é forçoso reconhecer a prevalência da liberdade de expressão quando em confronto com outros direitos fundamentais, raciocínio que encontra diversos e cumulativos fundamentos". Ele acrescentou que "a liberdade de expressão é uma garantia preferencial em razão da estreita relação com outros princípios e valores fundantes, como a democracia, a dignidade da pessoa humana e a igualdade" (SOARES, 2016).

2.2 O direito ao esquecimento em confronto com a liberdade da informação – é possível haver colisão de princípios fundamentais?

Os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados; seus limites são definidos por outros direitos fundamentais também previstos na Constituição. Os critérios tradicionais para resolver conflitos normativos—como o hierárquico, temporal e de especialização—não são, em geral, adequados para lidar com colisões entre normas constitucionais, especialmente aquelas que envolvem direitos fundamentais (BARROSO, 2004).

Tais colisões, no entanto, são inevitáveis no direito constitucional contemporâneo, por várias razões. Duas delas se destacam: (i) a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas abrigam na Constituição diversos valores e interesses que podem entrar em conflito; e (ii) os direitos fundamentais, frequentemente expressos como princípios, estão sujeitos à concorrência com outros princípios e à aplicabilidade conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas (BARROSO, 2004).

Eduardo Bertoni, jurista argentino e relator sobre liberdade de expressão na OEA, destacou que, em contextos como o nosso, presentes em outros países latino-americanos, a discussão sobre o direito ao esquecimento pode ser vista como um verdadeiro “insulto à história”. Ele argumenta que ainda lutamos para acessar informações sobre os atos bárbaros do passado, que foram ocultados por longos períodos sob a justificativa de “razões de Estado”, privando o povo de conhecer sua própria história (SARMENTO, 2016).

Sim, é lícito que alguém pretenda se ver livre ou mesmo se desvincular de factos ou situações do passado com as quais não mais se coaduna, pretendendo, com isso, seguir uma

nova vida sem qualquer mácula ou mancha. Há de ter paz de espírito até para se redimir de erros do passado.

Mas será que é tão simples assim? O arrependimento pode vir a ser algoz da perpetuação da notícia ou da revelação de factos passado? Esse é o confronto que os doutrinadores e juristas estão esperando dirimir, equilibrando, por um lado, o direito individual com o coletivo, nesse caso, o direito à informação.

Na sociedade contemporânea, coexistem, de um lado, a liberdade de imprensa, a liberdade de informação e a liberdade de expressão—valores constitucionais fundamentais que caracterizam uma sociedade multifacetária e globalizada, os quais não podem estar sujeitos a qualquer forma de censura. Do outro lado, encontram-se os direitos da personalidade, incluindo o direito ao esquecimento, que é um desdobramento do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, todos igualmente reconhecidos constitucionalmente. Essa dinâmica gera um confronto entre direitos fundamentais, evidenciando a complexidade das interações entre esses diferentes direitos (SOARES, 2016).

O direito ao esquecimento relaciona-se intrinsecamente com os direitos de personalidade, como direito à intimidade, honra, privacidade e imagem. Entretanto, não se pode esquecer que tais direitos não são absolutos, imprescritíveis, irrenunciáveis, indisponíveis ou permanentes.

O direito ao esquecimento não visa coibir o trabalho da imprensa, busca impedir atividades abusivas. É assentado em tal premissa que a convivência harmônica dos institutos deve ser sempre perseguida.

A partir de uma aceção que entende que, nesses casos, estaríamos diante de uma colisão entre direitos, matéria de autoria de Robert Alexy, pode-se desprender algumas questões, caso fosse a doutrina correta a se aplicar. Essa, parte de uma técnica que consiste em dois momentos: (i) um primeiro momento em que se determina o âmbito de proteção dos direitos fundamentais envolvidos, de acordo com as situações fáticas que a situação subjetiva revela, configurando a efetiva colisão, de modo a eliminar a possibilidade de uma colisão ou conflito meramente aparente. Feito isso, um segundo momento (ii) se caracteriza pela ponderação dos interesses jurídicos em conflito, fazendo com que o aplicador lhes extraia o núcleo essencial, de modo a causar o menor sacrifício possível, devendo, para tanto, utilizar os princípios da unidade da constituição e da razoabilidade. Somente dessa forma é que ocorre a máxima proteção e concretização dos direitos fundamentais (ALVES, 2010, 28).

Ramos define a colisão de direitos fundamentais como a situação em que interesses distintos de diferentes titulares sobre o mesmo objeto entram em conflito. Nesse contexto, o

exercício de um direito pode se opor ao exercício de outro, levando o intérprete a enfrentar a dificuldade de decidir qual regra ou princípio constitucional deve prevalecer em um caso concreto. Essa ambiguidade ressalta a complexidade das interações entre direitos fundamentais (SOARES, 2016).

Ramos cita Barroso, que afirma que colisões entre direitos fundamentais são frequentes no direito constitucional contemporâneo. Isso ocorre por duas razões principais: primeiro, a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas trazem uma variedade de valores e interesses para a Constituição, um documento dialético e compromissório, que, por vezes, entram em conflito. Em segundo lugar, os direitos fundamentais, frequentemente expressos como princípios, estão sujeitos à concorrência com outros princípios e à aplicabilidade limitada, dependendo das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas (SOARES, 2016).

O tema da colisão de direitos fundamentais passa exigir do intérprete a difícil tarefa de harmonização de valores em conflito, que são primordiais para o ser humano que espera uma solução jurisdicional “justa” e bem fundamentada, fazendo com que esse intérprete recorra a um nível mais profundo de fundamento de sua decisão.

A colisão entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais não pode ser resolvida pelos critérios tradicionais de solução de conflitos normativos, como o hierárquico, o temporal ou o da especialização. Nessas situações, o intérprete constitucional deve utilizar a técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, na qual são feitas concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, buscando preservar ao máximo o conteúdo de cada uma. Em casos extremos, será necessário decidir qual direito prevalecerá e qual será sacrificado, com a obrigação de fundamentar racionalmente a adequação constitucional da decisão (SOARES, 2016).

Bezerra Junior (2018, 127) cita que diferentemente do Código Civil Português, que apresentou em seu art. 335º, critérios previamente estabelecidos para orientar a solução em caso de possível colisão de direitos, não previu o diploma brasileiro regramento para afastar o conflito entre os bens juridicamente tutelados, o que fez com que os Tribunais passassem a utilizar as regras de ponderação de valores, por meio de um juízo casuístico de proporcionalidade.

O autor complementa informando que a referida regra de solução, trazida no Código Vaz Serra, sinaliza que, em se tratando de direitos desiguais, ou de espécies diferentes, tal como se apresentam o direito à informação e os direitos da personalidade por ele atingidos, deve ser havido como prevalente aquele que, no caso concreto, se deva considerar superior.

Em suma, a partir dessa doutrina, entende-se que ocorre a colisão entre o direito à informação e os direitos da personalidade quando a divulgação de informações pode ser prejudicial a alguma pessoa ou a sua reputação.

Há de estar cabalmente demonstrado o interesse público nas informações, sem esse não se justifica sequer um mínimo arranhão ao direito da personalidade alheio.

Tendo em vista o fenómeno da *internet*, sobretudo em razão da velocidade astronômica com que aparece ali toda e qualquer informação, a busca desse equilíbrio entre os direitos, tão perseguido, restou dificultada, obrigando as nações a reverem seus diplomas e desenvolver novas abordagens jurídicas.

Contudo, salienta-se que a proposta de Robert Alexy ou quaisquer outras teorias em que se apontem colisões entre princípios, não se fundamenta no contexto do trabalho ora desenvolvido, sendo uma doutrina falha e obsoleta. Por isso, embora haja a ventilação da tese de que estariam os direitos da personalidade em posição de colisão – como na ótica da tese de Robert Alexy -, em verdade, o constitucionalismo não permite esse tipo de ponderação, o que, no final, termina sendo uma posição que decide pela prevalência de um ou outro pela justiça da decisão, e não por uma racionalização matemática. Falar-se então em situações em que direitos se chocam, mas jamais se colidem ou se ponderam sob o ótimo alexyano.

Daniel Sarmiento (2016, p. 220-221) explicita diferentes decisões no mundo, que envolvem conflito entre esquecimento e liberdade de imprensa.

No âmbito do Direito Comparado, há diversos julgamentos relevantes sobre a matéria. Os eruditos votos do Ministro Luis Felipe Salomão proferidos nos casos Chacina da Candelária e Aída Curi aludiram à decisão do caso *Melvin vs. Reid*,¹⁰⁰ julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1931, em que se reconheceu o direito de uma antiga prostituta, que fora processada e absolvida por um homicídio, de obter indenização em razão da exibição de filme, que revelava aspetos da sua antiga vida que ela desejava manter em segredo. É certo, porém, que tal precedente foi superado pela evolução da jurisprudência norte-americana em matéria de liberdade de expressão.¹⁰¹ Neste sentido, o Judiciário norte-americano em *Wilan v. Columbia County*,¹⁰² julgado em 2002, chegou a afirmar: “o caso *Melvin*, paternalista na sua dúvida sobre a capacidade do povo de atribuir o peso próprio e não excessivo a história criminal de uma pessoa, está morto. (...)”

Em relação à Alemanha, é sempre recordado o caso *Lebach*, decidido pelo Tribunal Constitucional em 1973.¹⁰⁶ Na hipótese, indivíduo que fora condenado e preso por homicídio de vários soldados, cometidos durante um roubo de armas, pleiteou que se impedisse uma rede de televisão de fazer um documentário sobre os factos, meses antes da data da sua soltura. O Tribunal germânico manteve a decisão que proibira a veiculação do documentário, sob a alegação de que, na hipótese, a tutela dos direitos da personalidade sobrepujava a liberdade de comunicação. Dois fundamentos importantes da decisão foram a conclusão de que a exibição do programa poderia comprometer seriamente a ressocialização do prisioneiro, e a ideia de que não haveria significativo interesse público na informação, em razão do transcurso de vários anos desde a data do crime.

(...)Da Itália, cabe a referência a um interessante exemplo de solução compromissória encontrado pela Corte de Cassação do país.¹¹³ Tratava-se de ação proposta por político italiano que fora processado por corrupção e depois absolvido. A instauração do processo fora, à época, noticiada pelo jornal *Corriere della Sera*, e a notícia ficara no arquivo histórico do periódico, acessível em sua página na Internet. O Tribunal afirmou, por um lado, que era lícita a iniciativa do jornal, de manter em arquivo histórico a notícia, pois a passagem do tempo não lhe subtraía o interesse público. Considerou, porém, que era legítima a pretensão do autor, de que os dados no arquivo digital se mantivessem atualizados por algum meio, que poderia ser a criação de link entre a referida notícia e a informação posterior, da absolvição processual. Nesta hipótese, impôs-se uma restrição à liberdade do jornal, mas esta, além de promover os direitos da personalidade do autor da ação, ampliou, ao invés de restringir, o acesso do público à informação.

Por fim, o enfrentamento da tese de um conflito entre os direitos da personalidade e os direitos da informação exige uma avaliação parelha e contextual, como forma de alcançar o equilíbrio entre a manutenção de uma sociedade livre e informada e proteção da dignidade do ser humano.

2.2.1 Aplicação da tese de Nicklas Luhmann para a solução dos “conflitos”

O objetivo deste capítulo é o de conseguir visualizar uma solução para a tese de que o direito ao esquecimento e o direito a informação passam, pelo norte desse trabalho, por uma demanda em que se exige a tomada de decisão em prol de um, ou em prol de outro direito. Contudo, o que se denomina como “conflito” nesse caso, não pode ser resolvido a partir de algo como uma “ponderação” entre um direito ou outro, como sugere Robert Alexy.

Posto isso, a autonomia do direito e sua aplicabilidade é um problema a se pensar em muitas camadas, e também em muitas vertentes. Contudo, dar-se-á, neste momento, visibilidade ao trabalho do Sociólogo alemão Nicklas Luhmann, e sua teoria dos sistemas sociais, pela qual a complexidade, por si só, não permite que o direito seja posto em posição de conflito entre si, mas sempre na iminência de decidir pela aplicação de um, ou pela aplicação de outro direito.

Nessa proposta teórica, a sociedade passa a ser observada a partir das comunicações entre os sistemas sociais, de tal modo que a sociedade forma a base dos sistemas sociais, e a partir dela ocorre a produção e reprodução dos demais sistemas sociais. Assim, os sistemas sociais são formados por através de contextos comunicativos, só existindo em si mesmos e com uma função exclusiva, estabelecendo assim o seu fechamento com relação ao ambiente; os sistemas operam com o seu próprio código e a partir dele respondem aos estímulos do ambiente, esse fechamento operacional é o que forma a necessária diferenciação funcional com o

ambiente, que se apresenta através da funcionalidade de um código binário (LUHMANN, 2007).

A complexidade do ambiente se apresenta aos sistemas como o impulsionador da complexidade, possibilitando o caráter evolutivo e afirmando a função do sistema da sociedade de redução de complexidades. Essa formação construtivista-evolutiva baseia-se em diferenças e não em objetos, como é claro a partir das dicotomias sistema/ambiente, operação/observação e identidade/diferença, que denota a base paradoxal dos sistemas sociais (LUHMANN, 2007).

A partir da diferenciação sistema/ambiente, o sistema torna-se autorreferencial, pois só responde aos estímulos a partir do seu próprio código/diferença, e isso é essencial para que ocorra a autopoiese do sistema, o que quer dizer que o sistema é autônomo a nível estrutural e operacional (LUHMANN, 2007).

O sistema do direito é codificado pelo binômio direito/não-direito, que é o que permite que o direito se diferencie do seu ambiente, que funciona através de um valor positivo (legal) e um valor negativo (ilegal). O positivo é aplicado quando o facto está de acordo às normas do sistema e o valor negativo quando o facto viola as normas do sistema; sendo que os factos são constituídos pelo próprio sistema (LUHMANN, 2016). Por conseguinte:

O fechamento do código se dá mediante a facilitação da passagem de um valor para o outro, do “transpor” (crossing) dos limites. Nesse caso, a legalidade teria mais a ver com a ilegalidade do que com, por exemplo, o amor. Podemos caracterizar essa exigência de codificação efetiva também como tecnicização do código. Isso deve significar que tanto o transpor do limite como uma operação técnica podem se realizar, e seu êxito depende de algumas poucas condições, e não do sentido do mundo em geral, nem das características particulares do “sujeito” que transpõe o limite. Os valores de código em si, como já foi dito, não necessitam de interpretação. Mesmo sem conhecimento de causa sobre o mundo e sobre os seres humanos, é possível saber e antecipar as condições que determinam ser algo legal ou ilegal; é preciso então considerar aquelas condições e ter a capacidade de mobilizar os segmentos correspondentes sobre o mundo e sobre os homens que no próprio sistema jurídico são designados como decisivos (LUHMANN, 2016, p. 147).

A jurisdição está no sistema do direito como administradora da justiça, através do reconhecimento dos valores lícito/ilícito, de modo que fora do sistema do direito não há nenhuma disposição sobre legalidade ou ilegalidade; estando restrito a ele. Assim, a administração da justiça se dá por um arranjo interno do sistema e a bivalência é o que atribui a capacidade para decisão e a condição para a jurisdicionalidade (LUHMANN, 2016).

No fechamento operativo do sistema, o direito adquire a sua realidade através das operações, que produzem e reproduzem o sentido específico do direito, devendo sempre ser observado que essas operações pertençam apenas ao sistema do direito, sem prejuízo de poderem ser observadas por fora. Assim, cumpre ressaltar que a sua forma operativamente

fechada não impede que haja comunicações e relações causais com o ambiente, de modo que se fala em abertura cognitiva e fechamento operacional, viabilizando a evolução (LUHMANN, 2016).

Logo, o que define o fechamento operacional dos sistemas é a importância que cada um outorga a sua função, em outras palavras, nada é mais importante para o sistema do direito que a função do direito, e assim, ocorre como uma auto referência, na qual “cada subsistema funcional alcança o fechamento operacional reproduzindo-as na rede que essas mesmas operações formam, porque a função se torna um ponto de referência obrigatória na auto referência do sistema funcional.” (SIMIONI, 2014, s.p).

Nessa proposta, o que se tem é que os sistemas sociais são diretamente relacionados e ligados ao ambiente, de modo que não é possível falar de um sem falar de outro, pois um é condição de existência para o outro. Mas, a diferenciação é condição necessária para o fechamento operacional: “Assim, a base da sociedade moderna é a diferença entre sistema e ambiente. (...) O ambiente sempre é mais complexo que o sistema, já que a diferenciação funcional visa – exatamente – diminuir a complexidade social (MAGALHÃES, 1994, p. 24).

A legitimação do direito, por sua vez, é esmiuçada por Enoque Ribeiro dos Santos (2020, pag. 170):

Nesta perspectiva, a legitimação do direito, considerado como subsistema social na teoria dos sistemas de Luhmann, tem na diferenciação funcional, a generalização de expectativas normativas de conduta, vinculada a uma racionalidade instrumental, regulada por padrões de eficácia e absolutamente neutra em relação aos conteúdos jurídicos, primando pela neutralidade axiológica. Em outras palavras, a neutralidade axiológica na interpretação jurídica, na verdade, se relaciona ao facto de Luhmann ter reduzido o subsistema jurídico e suas decisões (sentenças, acórdãos, acordos etc.) a simples instrumento da realização dos conteúdos e programas ideológicos definidos pelo sistema político, o qual, por meio do Parlamento, cabe o processo de discussão e elaboração das leis, e ao Poder Executivo, a administração do orçamento e a promulgação das respectivas leis e normas que regerão a vida da sociedade, pautando-se pela certeza e segurança jurídica e pela estabilização de expectativas.

Para Santos (2020), a “beleza da teoria dos sistemas de Luhmann” reside no seu legado científico de resolução de problemas, em um novo universo de sentidos, em que por sua análise estrutural, que considera a humanidade das decisões centrada nas sociedades – e agora nas sociedades modernas -, de modo que a sua elaboração de expectativas para cada situação da vida, tem-se na proposta luhmanniana uma forma de garantir a ordem indispensável à interação humana.

Luhmann busca definir o sistema do direito a partir da delimitação dos seus limites, analisando-os a partir do modo concreto, ou seja, a partir do objeto e não pelo observador. Isso

significa dizer que o direito delimita a si mesmo, determina o que lhe pertence e o que não lhe pertence. Por esse viés, recusa-se a determinação “puramente analítica” do direito, e isso ocorre através do lócus proporcionado pela teoria dos sistemas. Dessa perspectiva do sistema observante, derivam-se duas modalidades: a observação jurídica – observada pelo jurista de dentro do sistema, que produz a autodescrição do sistema do direito, que só ocorre a partir da distinção com outros objetos; e a observação sociológica – que observa o direito de fora, fazendo uma descrição externa do sistema (LUHMANN, 2016).

Aqui, em um recorte importante ao tema em que estamos nos debruçando, nós temos que o direito já se comunica através dos seus códigos, que não permitem “meios termos”. Nesse sentido, trazendo à baila questões em que se coloca em discussão se poderia haver uma ponderação para aplicar-se o direito ao esquecimento ou o direito a informação, ou se ambos se aplicariam, a verdade que traz o autor Luhmann é a de que o próprio direito existe em comunicação binária, é sim ou não, lícito ou ilícito. Ou se é lícita a aplicação de um direito ou não se é, jamais havendo brechas para discussões em que se diga que há “controvérsias”, ou “conflitos entre direitos da personalidade”, ou “conflitos entre direitos fundamentais”.

Para o sistema do Direito, não existe tal coisa como conflitos, e por isso mesmo é que o próximo capítulo afasta essa tese a partir da análise das jurisprudências. Ou se aplicou um direito, ou o outro, respeitando assim os contornos do seu sistema.

CAPÍTULO 3. A APLICAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL E EM PORTUGAL

3.1 A regulação direito ao esquecimento

3.1.1 As normas brasileiras

Afonso Carvalho, Marco Cunha apud Paulo R. Khouri (S.D) observa que, “o direito ao esquecimento encontrou, primeiramente, suporte no direito penal, com finalidade de garantir efetividade à ressocialização do ex-detento”.

O estudo realizado também cita outras legislações que tratam do assunto mesmo que não seja de forma explícita:

O artigo 202 da Lei de Execução Penal Brasileira: “Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Também pode se encontrar o direito ao esquecimento, no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. (Parágrafo único). Qualquer notícia a respeito do facto não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.

Art. 144. A expedição de cópia ou certidão de atos a que se refere o artigo anterior somente será deferida pela autoridade judiciária competente, se demonstrado o interesse e justificada a finalidade.

No Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 43 parágrafo 1º: “O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § ° Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”.

O direito ao esquecimento ganhou destaque nos últimos anos, especialmente após o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF), realizada em 2013. Este enunciado declarou que "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". Dessa forma, o direito de ser esquecido passou a ser uma orientação doutrinária para sua aplicação em casos futuros, sendo considerado um dos direitos fundamentais da personalidade.

Embora não tenha respaldo em norma expressa na legislação brasileira, o direito ao esquecimento é uma construção doutrinária e jurisprudencial, já conhecida sob outras formas no Direito Penal. Segundo o advogado Eduardo Moretti, em entrevista ao "STJ Notícias", esse direito se fundamenta no choque entre princípios constitucionais, ambos presentes no art. 5.º da Constituição: no inciso IX, encontra-se o princípio da liberdade de expressão e informação, fundamental para o Estado Democrático de Direito; e no inciso X, a proteção à honra, à privacidade e à intimidade do indivíduo, que reforça os direitos de personalidade. Estando ambos em igualdade hierárquica, surge um conflito que deve ser resolvido por meio de uma

análise que vá além da interpretação literal do texto, considerando o caso concreto (BRUM, 2016).⁵

O direito ao esquecimento, embora não expresso de maneira direta, está fundamentado no art. 11 do Código Civil, que garante ampla proteção à dignidade da pessoa no âmbito privado. Além disso, o art. 7º, inciso X, do Marco Civil da Internet assegura o direito à "exclusão definitiva dos dados pessoais que o usuário tenha fornecido a uma determinada aplicação de internet, mediante requerimento, ao término da relação entre as partes", ressalvadas as situações em que a guarda obrigatória de registros é prevista por lei.

3.1.1.1 Marco Civil na Internet

Por sua vez, a lei do Marco Civil na Internet⁶, diploma publicado em 2014, com a finalidade de regular a proteção de dados e para o uso da *internet* no Brasil, em seu art. 7º, inciso X, inovou ao assegurar o direito de se obter a exclusão definitiva dos dados pessoais fornecidos, em dado momento, a uma aplicação de internet, ressalvadas apenas as hipóteses de guarda obrigatória de registros por força da exigência legal.

A elaboração do Marco Civil da Internet reflete de maneira clara a intenção do legislador em abordar questões de privacidade na rede, ao mesmo tempo em que privilegia e garante a liberdade de expressão. A lei também se preocupa com a veiculação e o fornecimento de informações que envolvem a privacidade e os dados pessoais na internet. Nesse sentido, o Marco Civil estabelece limitações específicas sobre os direitos e garantias dos usuários da rede, conforme previsto nos artigos 7º e 8º. Além disso, regula a proteção dos registros de dados pessoais e das comunicações privadas, conforme o artigo 10º, exigindo até mesmo a necessidade de uma ordem judicial para o fornecimento, por parte dos provedores de internet, de dados isolados ou associados que possam identificar o usuário (MORAES, 2018, p. 50).

O Marco Civil foi um grande avanço para o Brasil, no entanto, não regulamentou formas de garantia ao indivíduo sobre o controle de todos os seus dados na *internet*. A regulamentação somente veio com a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, Lei de Proteção de Dados (LGPD)

⁵ 21. BRUM. Caroline Bussolato, Análise Constitucional do direito ao esquecimento. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – <https://wp.ibccrim.org.br/artigos/288-novembro-2016/analise-constitucional-do-direito-ao-esquecimento/> acesso em 01.12.2020.

⁶ Brasil. Lei 12965 (Lei do Marco Civil da Internet), de 23 de abril de 2014 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm. Acesso em 30/11/2020.

que regulamenta a política de proteção de dados pessoais e privacidade, modifica alguns dos artigos do Marco Civil da Internet.

3.1.1.2 A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)

A informacionalização e a globalização têm proporcionado, em diversos aspectos, melhorias notáveis na capacidade produtiva, na criatividade cultural e na comunicação humana. No entanto, essas transformações também acarretaram uma perda significativa de direitos políticos e privilégios. As instituições estatais e as organizações da sociedade civil, que tradicionalmente se fundamentam na cultura, história e geografia, enfrentam desafios diante da aceleração do tempo histórico e da abstração do poder em redes digitais, levando à desintegração dos mecanismos convencionais de controle social e representação política.

Além disso, fora da pequena elite de globopolitanos, que navegam entre o humano e o virtual, a maioria da população mundial se vê à mercê de uma crescente sensação de impotência. Muitas pessoas sentem que estão perdendo o controle sobre suas vidas, seus ambientes, seus empregos e até mesmo sobre seus governos e nações. Essa realidade provoca um sentimento de desconexão e desamparo em relação ao futuro, impactando, em última instância, a forma como cada um percebe seu papel no destino do planeta. (MARTINI, BERGSTEIN, 2019, 163-164).

A informacionalização e a globalização possibilitaram, em muitos aspectos, a melhoria da capacidade produtiva, da criatividade cultural e do potencial de comunicação humanos, “ao mesmo tempo, estão a privar as sociedades de direitos políticos e privilégios. Enquanto as instituições do Estado e as organizações da sociedade civil se fundamentam na cultura, história e geografia, a repentina aceleração do tempo histórico, aliada à abstração do poder numa rede de computadores, tem vindo a desintegrar os atuais mecanismos de controle social e de representação política. À exceção de uma elite reduzida de globopolitanos (meio seres humanos, meio fluxos), as pessoas em todo o mundo ressentem-se da perda do controle sobre as suas próprias vidas, o seu meio, os seus empregos, as suas economias, os seus governos, os seus países e, em última análise, sobre o destino do planeta.” (MARTINI, BERGSTEIN, 2019, 163-164).

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD ou lei nº 13.709/2018) aprovada em 2018 e editada pela MP 869/18, regulamenta as atividades de tratamento de dados pessoais e alterou o artigo 7º e 16º do Marco Civil da Internet, Com a sua vigência a partir de agosto de 2020, a LGPD passou a integrar e orientar a proteção de dados no País assim como o Marco Civil da

Internet, Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Cadastro Positivo, da Lei de Acesso à Informação.

Observa-se que o texto da lei atende as diretrizes do respeito à privacidade, valorizando a autodeterminação informativa, e ainda os direitos à livre expressão, o acesso à informação, além de salvaguardar o direito à privacidade, honra e imagem entre outros princípios elencados no seu artigo 2º. Esta abordagem visa permitir que a pessoa tenha capacidade de gerenciar e avaliar como estão sendo usadas e compartilhadas as suas informações.

Os fundamentos da referida lei estão dispostos no seu artigo 2º.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

- I - o respeito à privacidade;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Veja-se que a legislação infraconstitucional, ratifica princípios constitucionais importantes como fundamentos de sua efetivação, também o fazendo por meio do seu artigo 6º.

Já o art. 7º IX da LGPD estabelece que o tratamento de dados somente poderá ser realizado:

(...) “IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

A Lei Geral de Proteção de Dados no seu artigo 18 inc. VI: “O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: [...] VI – eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei”, permite um direito à eliminação dos dados pessoais de maneira mais ampla no art. 18.

O art. 16 da LGPD autoriza a conservação dos dados pessoais para: – cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; – estudo por órgão de pesquisa, garantida a anonimização sempre que possível; III – transferência a terceiro desde que observados os requisitos legais para o tratamento de dados pessoais; e IV – uso exclusivo do controlador, desde que sejam anonimizados os dados pessoais.

O propósito das legislações que regulam o tratamento de dados pessoais é garantir o respeito aos direitos e liberdades fundamentais, especialmente o direito à vida privada, que deve ser protegido mesmo em um contexto repleto de riscos e incertezas. À medida que o fluxo de informações na internet se intensifica, há uma crescente tendência internacional de buscar uma harmonização mínima das normas, visando a efetividade desses direitos fundamentais. (MARTINI; BERGSTEIN, 2019, p.172-173)

Com a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil, em agosto de 2020, seus mecanismos (materiais, processuais e administrativos) podem, em diversos casos, atuar como um impulso para a eficácia das ordens judiciais que buscam a remoção de conteúdos da internet. A integração dessa nova legislação de proteção de dados, como demonstrado pela experiência internacional, apresenta um grande potencial para reforçar a proteção dos indivíduos que tiverem seu direito ao esquecimento reconhecido judicialmente.

Julia Costa de Oliveira Coelho (2020, p. 23) entende que considerando a inadequação de previsões legais regulamentares para regular devida e completamente um tema como o do direito ao esquecimento e, ainda, a exigência legal de fundamentação adequada das decisões, acredita-se que a regulação mais apropriada da matéria, se feita pela via legislativa, seria alcançada por meio de cláusulas gerais, as quais tem se revelado um instrumento apto a reger um futuro imprevisível e a regular a dinâmica de uma sociedade em constante transformação.

3.1.2 Legislação portuguesa

3.1.2.1 O Regulamento Geral da Proteção de Dados

O início da tratativa de temas relacionados à proteção de dados pessoais deu-se na Diretiva 95/46/CE, tendo sido acolhido o tema em Portugal pela Lei 97/98 de 26 de outubro, denominada Lei da Proteção de Dados Pessoais.

A consagração, pelo Tratado de Lisboa em 2009, da proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental nos termos da legislação da União Europeia, a par de uma necessidade crescente de harmonização e reforço das regras aplicáveis nos Estados Membros que, em resultado da transposição da Diretiva, originaram abordagens diferentes em relação à proteção dos dados pessoais, tendo levado a que muitas vezes as organizações enfrentassem dificuldades de cumprimento das várias leis de proteção de dados em cada Estado Membro,

contribuíram decisivamente para o início, em 2012, de uma reforma legislativa das regras europeias aplicáveis à proteção de dados pessoais (MOTA, SAMPAIO, 2019, 142).

Diante deste cenário, houve uma reforma, criando-se um Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 (que revoga a Diretiva) que estabelece um quadro geral da União Europeia em matéria de proteção de dados pessoais (o “RGPD”).

O RGPD, que entrou em vigor em 25 de maio de 2016 e é aplicável em todos os Estados Membros sem necessidade de transposição para o seu ordenamento jurídico interno desde 25 de maio de 2018, visa essencialmente reforçar o nível de proteção das pessoas cujos dados pessoais são tratados, aumentar as oportunidades de negócio no mercado único digital e reduzir os encargos administrativos foro de atualidade atualmente existentes nos respetivos ordenamentos jurídicos, reforçando assim a competitividade da economia europeia. (MOTA, SAMPAIO, 2019, 145).

No entanto, devido à amplitude do regulamento, os Estados Membros passaram a criar legislações próprias, especificando a aplicação das regras do próprio RGPD.

Para coibir tal prática, e para que o entendimento fosse aplicado de forma uniforme em toda União Europeia, foi promulgada a Lei 58/2019 de 8 de Agosto que dá exequibilidade do RGPD na ordem jurídica portuguesa, bem como harmonizar a legislação nacional com as disposições já vigentes do RGPD e detalhar a regulação da proteção de dados em diferentes matérias que, por um lado, não estão expressamente previstas no RGPD ou que, por outro lado, apesar de se encontrarem reguladas no RGPD são ali tratadas com mais detalhe.

A Lei 58/2019, de 8 de agosto, vem, desde logo, revogar a Lei da Proteção de Dados Pessoais, proceder a alterações à Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto, que regula a organização e o funcionamento da Comissão Nacional de Proteção de Dados (“CNPd”) – republicada –, bem como à Lei n.º 26/2016, de 26 de agosto, que aprova o regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos.

Muitos artigos da Lei 58/2019 reproduzem ou fazem referência a normas e conceitos já previstos no RGPD, seja para reiterar o seu conteúdo, seja para incorporar critérios interpretativos adicionais. Neste contexto, é de salientar: (i) a fixação da idade mínima para prestar consentimento por menores de idade no âmbito da oferta direta de serviços da sociedade de informação em treze (13) anos; (ii) a aplicação das regras constantes deste diploma legal em relação aos dados pessoais de pessoas falecidas quando os mesmos se reportem a categorias especiais de dados pessoais ou à intimidade da vida privada, à imagem ou aos dados relativos às comunicações; (iii) a clarificação de que o direito à portabilidade dos dados abrange apenas

os dados fornecidos pelos respetivos titulares; (iv) a regulamentação aplicável aos direitos de informação e de acesso a dados pessoais, especialmente nos casos em que os mesmos não podem ser exercidos quando a lei imponha ao responsável pelo tratamento ou ao subcontratante um dever de sigilo que seja oponível ao próprio titular dos dados, podendo este solicitar à CNPD a emissão de um parecer quanto à oponibilidade do referido dever; (v) a densificação de alguns dos critérios relativos aos prazos de conservação de dados pessoais; (vi) a consideração de que as transferências de dados para países terceiros à União Europeia ou organizações internacionais, quando efetuadas por entidades públicas no cumprimento de obrigações legais e no exercício de poderes de autoridade, são consideradas de interesse público; (vii) a densificação de que nos tratamentos de dados de saúde e de dados genéticos, o acesso aos dados rege-se pelo princípio da necessidade de conhecer a informação, devendo o tratamento ser realizado por profissional obrigado a sigilo ou sujeito a dever de confidencialidade. Por outro lado, estabelece-se que os dados relativos à saúde podem ser organizados em bases de dados ou registos centralizados assentes em plataformas únicas que preencham os requisitos de segurança e de inviolabilidade previstos no RGPD (MOTA, SAMPAIO, 2019, 145).

A referida lei portuguesa, no entanto, foi alvo de duras críticas pela Comissão Nacional de Proteção de Dados (“CNPD”).

Num longo texto onde tece duras críticas ao processo legislativo português que culminou com a aprovação da Lei 58/2019, a CNPD adianta que o fundamento para a desaplicação destas normas prende-se com o facto de as mesmas contradizerem o estatuído no RGPD, o que, no seu entender, prejudica a aplicação uniforme do RGPD e, por conseguinte, a sua plena eficácia e consistência no território dos Estados-Membros (MOTA, SAMPAIO, 2019, 146).

Na Deliberação, a CNPD ressalta que sua decisão de desaplicar certas normas da Lei 58/2019 está fundamentada no princípio do primado do direito da União Europeia. Esse princípio estabelece que as entidades administrativas devem descartar normas nacionais que conflitam com o direito da União. Assim, a adoção de normas nacionais em desacordo com o que é estipulado pelo RGPD não apenas infringe esse princípio, mas também compromete gravemente o funcionamento do mecanismo de coerência que o RGPD estabelece, colocando a autoridade nacional em risco de violar uma norma em conflito.

Com este posicionamento da CNPD, criou-se uma insegurança jurídica em relação à aplicação da Lei 58/2019, motivo pelo qual a não aplicabilidade das normas pela CNPD serão resolvidas em sede de recurso nos tribunais portugueses. Por fim, a única certeza é a efetiva vigência da RGPD em Portugal e nos demais países membros.

Segundo Julia Costa de Oliveira Coelho, a Regulação de Proteção Geral de Dados da EU- EU *General Data Protection Regulation* ou GDPR, que entrou em vigor em maio de 2018, no seu art. 17 identifica um (*Right to Erasure* (direito de apagamento, em tradução livre) ou *Right to be Forgotten* (direito do esquecimento em tradução livre) (COELHO, 2020, 13).

A mesma autora complementa que de acordo com o dispositivo acima mencionado, é possível requerer a remoção de informações (referida como “*erasure*”) em casos específicos, como, por exemplo, se os dados pessoais não forem mais necessários para os fins que foram obtidos ou processados; se o sujeito que forneceu os dados (referido como “*data subject*”) retira o consentimento sob o qual o processamento se baseava e inexistir outra base legal para tanto; se o *data subject* se opõe ao processamento e não haja fundamentos legítimos predominantes para isso e se os dados pessoais foram processados de forma ilícita.

Mas aquela autora entende ser questionável afirmar que o referido diploma legal normatiza o direito ao esquecimento. Justifica o seu posicionamento sob argumento de que o art.17 regula, essencialmente, o direito de *erasure*, ou seja, de apagamento dos dados pessoais. Na realidade, a remoção de informações é um dos possíveis instrumentos para implementar, na prática, o direito ao esquecimento, o qual, pode ser efetivado de diversas outras formas. Não se deve confundir, portanto, com os seus mecanismos de tutela.

Inegável o esforço dos países para legitimar e ampliar a proteção à dignidade da pessoa humana em virtude da sociedade da informação, criando mecanismos para tal, mas ainda é um longo caminho a percorrer, especialmente porque ainda são poucos os casos apresentados judicialmente que demandaram análise, não havendo formado jurisprudência consolidada sobre o assunto.

3.1.2.2 Lei n.º 75/2021

Houve uma importante inovação legislativa em Portugal, com a promulgação da Lei 75/2021, de 18 de novembro, especialmente no seu artigo 3º⁷, que passou a prever o chamado

⁷ (...) Artigo 3.º Direito ao esquecimento

1 - As pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência têm, na qualidade de consumidor, direito ao esquecimento na contratação de crédito à habitação e crédito aos consumidores, bem como na contratação de seguros obrigatórios ou facultativos associados aos referidos créditos, garantindo que:

a) Não podem ser sujeitas a um aumento de prémio de seguro ou exclusão de garantias de contratos de seguro;

"direito ao esquecimento" para quem tenha superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou deficiência, reforçando e melhorando, desta forma, o seu acesso ao crédito à habitação e ao consumo e aos contratos de seguros associados.

Por força desta lei, as seguradoras não podem agora recusar a emissão de apólices a qualquer pessoa que já tenha padecido de doenças como cancro, VIH, diabetes, entre outras, proibindo-se a prática de qualquer conduta discriminatória.

Tratou-se de uma importante regulamentação para evitar-se injustiças e discriminação.

3.2 O entendimento dos Tribunais: jurisprudência estrangeira

3.2.1 A jurisprudência brasileira

O direito ao esquecimento, por sua ausência de uma base normativa específica, ganhou destaque especialmente após o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo 833.248/RJ, agora identificado como RE 101060610. Esse caso evidenciou uma aparente antinomia entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão.

Sandra Regina Martini e Lais Gomes Bergstein (2019, p. 163-164) mencionam um parecer apresentado em 2016, no qual a Procuradoria argumentou que "um suposto direito ao esquecimento, tanto no âmbito penal quanto no civil, não encontra na jurisprudência ou na doutrina parâmetros seguros para sua definição, sem a atuação do legislador". Segundo o parecer, as "regras e princípios da Constituição revelam-se insuficientes para embasar as conceituações propostas nos casos mencionados e na doutrina brasileira". Além disso, ressaltou-se que não seria possível, com base no direito ao esquecimento — ainda não

b) Nenhuma informação de saúde relativa à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência pode ser recolhida ou objeto de tratamento pelas instituições de crédito ou seguradores em contexto pré-contratual.

2 - Nenhuma informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência pode ser recolhida pelas instituições de crédito ou seguradores em contexto pré-contratual desde que tenham decorrido, de forma ininterrupta:

a) 10 anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência superada;
b) Cinco anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de a patologia superada ter ocorrido antes dos 21 anos de idade;
c) Dois anos de protocolo terapêutico continuado e eficaz, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência mitigada.

reconhecido ou regulamentado no direito civil brasileiro — limitar o direito fundamental à liberdade de expressão por meio de censura ou exigência de autorização prévia.

Esse entendimento legalista é hoje contestado por muitos doutrinadores, que argumentam que o legislador, ao exercer seu poder político, opta por editar normas programáticas e delega à jurisprudência a tarefa de definir com mais precisão as formas e limites das ações baseadas em atos ilícitos (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 310). Essa abordagem sugere que a evolução do direito deve ser adaptativa, permitindo que a jurisprudência interprete e aplique os princípios constitucionais de maneira a responder às demandas sociais contemporâneas.

Posteriormente, em uma nova manifestação após a audiência pública realizada em 12 de junho de 2017, a Procuradoria-Geral da República apresentou uma segunda opinião que acrescentou novas razões à sua posição inicial. Um dos pontos destacados foi o reconhecimento, no âmbito internacional, do direito ao esquecimento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no Caso Costeja González. Nesse caso, à luz da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o tribunal concluiu que o direito à privacidade deveria prevalecer em relação tanto à liberdade de iniciativa do divulgador da informação quanto ao direito de informação de terceiros.

Além disso, a Procuradoria-Geral ponderou sobre a impossibilidade de determinar, de forma abstrata, a prevalência de quaisquer dos interesses em conflito. Esses interesses incluem a inviolabilidade da imagem e o direito à privacidade, que sustentam a teoria do direito ao esquecimento, de um lado, e a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e o direito à informação, de outro. Diante dessa complexidade, a Procuradoria propôs a seguinte tese para o reconhecimento de Repercussão Geral (Tema 786): “O direito ao esquecimento, por ser desdobramento do direito à privacidade, deve ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão.” (Parecer da Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, em 25/09/2018, no Recurso Extraordinário 1010606/RJ).

A Corte Suprema, por maioria dos votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 1010606, com repercussão geral reconhecida, asseverando que:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de factos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais.

O direito ao esquecimento não se limita a situações em que é tratado de forma diretamente, podendo alcançar inúmeros outros casos nos quais o direito à privacidade conflita com o direito à informação ou à liberdade de expressão.

3.2.1.1 Casos paradigmáticos: a Chacina da Candelária (Recurso Especial nº 1.334.097/RJ e o caso Aída Curi (Recurso Especial nº 1.335.153/RJ)

Dois casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça ficaram famosos na Jurisprudência Brasileira, por envolverem a discussão sobre o direito ao esquecimento, casos que ficaram conhecidos como “Aída Curi” e a “Chacina da Candelária”.

O primeiro caso “Aída Curi” foi devidamente explicitado por Luiz Martins Holanda Bezerra Junior, no qual o autor assevera que, invocando, de forma expressa, os familiares da vítima de brutal homicídio, perpetrado após reagir a jovem de abuso sexual, que ocupou as manchetes dos jornais no ano de 1958, insurgiram-se contra a exibição de programa de televisão que, segundo alegaram, em busca de audiência e publicidade, reabriria as antigas feridas e os faria reviver uma tragédia familiar passada (BEZERRA JUNIOR, 2018, p. 84).

O autor continua informando que a tese adversa, defendida pela emissora de televisão, estaria arvorada no alegado exercício de uma liberdade de imprensa, para notificar um facto histórico, a justificar o eventual sacrifício dos direitos pessoais em conflito.

Após pontuar, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a existência e a aplicabilidade do direito ao esquecimento, invocável tanto pelos autores de uma violação quanto pelas vítima atingidas pelo infortúnio, a par da consabida existência de alguns “crimes históricos e criminosos famosos”, reconheceu o relator a necessidade de realização, sempre no caso concreto, por meio da técnica da ponderação, do balanceamento dos direitos em contraposição (interesse histórico *versus* esquecimento), a fim de verificar se é possível, no caso, assegurar o exercício da liberdade de imprensa, sem a ofensa aos direitos da personalidade.

Em conclusão, afirmou o STJ que, no caso “Aída Curi”, tal como se verificou em outros delitos também de repercussão nacional, a referência à vítima, “por torpeza do destino”, seria um elemento indissociável do crime, situação que tornaria inviável a narrativa dos factos com a omissão das informações relativas à figura do ofendido de tal sorte que o direito ao esquecimento não alcançaria a situação dos autos, restando afastada, com isso, a apontada ilicitude da conduta do órgão de comunicação (BEZERRA JUNIOR, 2018, p. 84).

O referido caso, como dito, foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal de 1988.

No segundo caso submetido à apreciação da Corte Superior, sob a mesma relatoria, foi o direito ao esquecimento invocado por pessoa que fora, em 1993, indiciada como um dos suspeitos de envolvimento no episódio conhecido como “Chacina da Candelária”, em que vários moradores de rua, abrigados sobre as escadas da Igreja da Candelária, no centro do Rio de Janeiro, teriam sido alvejados, sem qualquer chance de defesa, enquanto dormiam, por pessoas encapuzadas (BEZERRA JUNIOR, 2018, p. 84).

Levado a julgamento, pelo Tribunal do Juri, teria um dos codenunciados, autor da ação civil reparatória, sido finalmente absolvido, razão pela qual teria negado o consentimento para a exibição de seus atributos pessoais (nome e imagem), ao ser procurado, anos depois, pela produção de um programa televisivo destinado a relembrar, por meio de representação, alguns crimes considerados, segundo os critérios do veículo, como históricos.

A despeito da ausência de autorização, teriam sido exibidos, em cadeia nacional, treze anos depois, a imagem e o nome do réu absolvido, o que teria, segundo alegou, repristinado situação gravosa, indesejada e já superada, reacendendo um ódio social e a própria imagem de “chacinador”, com injustificada e ilícita agressão aos direitos à paz, ao anonimato e à privacidade.

A pretensão indenizatória foi, em primeira instância, julgada improcedente, entendendo o julgador monocrático que estaria, na espécie, presente o interesse público na divulgação de facto histórico, de modo a mitigar o direito do autor ao esquecimento, tendo sentença sido reformada, por decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo o feito remetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, para o exame do Recurso Especial interposto pela emissora de televisão.

Reconheceu o relator, de início a existência de um direito ao esquecimento, a abrigar a pretensão daqueles que se viram envolvidos, de forma consciente ou involuntária, em um crime de grande repercussão, mas que restaram finalmente absolvidos ou já cumpriram as penas, nada obstante se reconheça um natural interesse público pelas informações referentes a “crimes históricos”.

Bezerra Júnior (2018, p. 84) destaca que o caso em questão levanta um importante debate sobre a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que salvaguardam a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da vida privada, a honra e a intimidade. Em vista dessa complexidade, o Supremo Tribunal Federal revisou o recurso e, em 11 de dezembro de 2014, reconheceu, por

maioria, a existência de repercussão geral. O Tema 786 refere-se à aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, especificamente quando invocado pela própria vítima ou por seus familiares (ARE 833.248 RG, paradigma substituído pelo processo RE 1.010.606).

Por fim, conclui Bezerra Junior (2018, p. 84), que todavia, o balanceamento de interesses, no caso específico da “Chacina da Candelária” revelou, diante da situação fática examinada, solução diversa daquela alcançada no “caso Aída Curi”, a demonstrar uma vez mais, a ausência da preponderância abstrata de um dos interesses envolvidos, a inexistência de direitos absolutos e a necessidade de ponderação casuística e proporcional, à luz da situação concreta submetida ao Judiciário.

Segundo Frajhof (2019), o processo movido nesse caso tratou-se não de um pedido por direito ao esquecimento, mas de um pleito que baseou-se no direito à imagem e à privacidade do autor, que pleiteou, em verdade, um direito ao anonimato, sendo identificado como uma tese de direito ao esquecimento pelo relator, que verificou a similaridade com o caso *droit à l’oubli*, e, por isso, verificou-se a necessidade no caso de se resolver um conflito entre direitos fundamentais da liberdade de expressão, acesso à informação e os direitos da personalidade, em face da necessidade da proteção da vida privada.

A relevância dos dois casos se mostrou porque trouxeram ao âmbito judicial nacional casos concretos para interpretação da lei federal, tiveram os mencionados precedentes jurisprudenciais uma inequívoca função adicional, consistente em fixar, no âmbito infraconstitucional, ou seja, na seara do direito privado, o exame da controvérsia, quando, tradicionalmente, vinha sendo a matéria simplesmente arredada da competência do STJ, ao fundamento de que seria de índole estritamente constitucional, e portanto, afetada à competência extraordinária do Supremo Tribunal Federal.

O exercício do "direito ao esquecimento" frequentemente entra em conflito com as liberdades de expressão e de imprensa, que estão consagradas nos artigos 5º, incisos IV e IX, e 220 da Constituição. Essa colisão foi observada em casos emblemáticos, como a "Chacina da Candelária" e o caso "Aída Curi". Nos acórdãos do STJ relacionados a esses casos, destacou-se que, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, haveria uma tendência constitucional de favorecer soluções que protegessem a pessoa humana no embate entre liberdades comunicativas e direitos à vida privada, intimidade, honra e imagem.

No entanto, essa alegada "predileção" não se manifestou no caso "Aída Curi", que apresentou circunstâncias fáticas singulares. Essa afirmação de preferência protetiva não está em harmonia com o sistema constitucional brasileiro, que, na verdade, confere uma posição preferencial às liberdades de expressão e de imprensa quando confrontadas com os direitos da

personalidade. Essa perspectiva é amplamente reconhecida tanto pelo STF quanto pela doutrina (SOARES, 2016).

Com o julgamento do caso “Aida Curi”, consagrou o entendimento de que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal de 1988, comprovando o posicionamento positivista.

Já a Constituição de Portugal (em seu artigo 18º, n. 3) consagra o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Contudo, não há dificuldade de deduzir que ele é inerente à própria natureza desses direitos, inexistindo motivo para que no exercício da jurisdição constitucional das liberdades seja declinada a aplicação da técnica da ponderação de interesses, efetuada com base no núcleo essencial, extraído até mesmo do princípio da razoabilidade.

3.2.1.2 Os julgamentos atuais

Diversos julgamentos atualmente no Brasil tratam sobre o enfrentamento entre direitos fundamentais, mesmo que de forma direta não seja quanto ao direito ao esquecimento em si, é plano de fundo, vez que se busca a proteção da dignidade da pessoa humana

A) Suposto enfrentamento entre a garantia da liberdade de expressão e comunicação e o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada. No RE 638360 do 2ª TJ. 27-4-2020, que segue nos anexos, trata-se de uma situação em que de um lado, a liberdade de imprensa preconizava a divulgação de conversas que foram obtidas por meio de interceptação telefônica, e, do outro lado, há o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, em que se percebeu a utilização de informações obtidas por meios ilícitos.

Nesse julgado, percebeu-se que a liberdade de informação se justificaria no direito dos indivíduos a terem informações corretas e imparciais, do direito de ser informado, que é uma garantia de função social, que deveria ser garantida de forma livre e sem obstáculos.

Contudo, o magistrado destacou que desde a origem do direito existem elementos que estabelecem seus limites, conforme disposto no §1º do art. 220 da Constituição. Assim, a questão foi resolvida não por meio de uma ponderação, como sugeriria Alexy, mas através da interpretação hermenêutica do próprio texto constitucional, que já delineia os limites da liberdade de informação. Esses limites estão consagrados nos artigos 5º, IV, V, X, XIII e XIV, que tratam da livre manifestação do pensamento, da proibição do anonimato, do direito de resposta, da possibilidade de indenização por danos à imagem, do respeito à intimidade e à vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão,

e do direito de acesso à informação, além da garantia de sigilo da fonte quando necessário para o exercício profissional.

Assim, a decisão cerceou-se pelos ditames constitucionais, e pela interpretação hermenêutica de qual seria o cerne da questão posta nos autos, pelo que se compreendeu:

[...] não está concentrado na proibição de divulgação das informações e na liberdade de imprensa, bem como na inviolabilidade à intimidade, mas sim na ilicitude perpetrada quando da obtenção do produto objeto da notícia. 7. A liberdade de informação jornalística não legitima a utilização de informações sigilosas obtidas por meios ilícitos.

Veja-se por meio do exemplo supramencionado que não é permitido a pretexto do exercício do direito à informação, praticar atos ilícitos que violam direito à privacidade.

B) A liberdade de expressão, a despeito de possuir uma *preferred position* nas democracias constitucionais contemporâneas, pode sofrer limitações, desde que razoáveis, proporcionais e visem a prestigiar outros direitos e garantias de mesmo status jusfundamental, como se verifica no MS 34493, que segue nos anexos deste trabalho, em que entendeu-se haver o abuso do exercício de direito de liberdade de expressão em uma entrevista de uma rádio local, em face de legislações atinentes a limitações da própria democracia, que entende a presunção de liberdade em favor dos cidadãos, mas tangencia-se pelos limites razoáveis de direito a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade.

Nesse contexto, a delimitação dos direitos se revelou ao observar o uso de expressões inadequadas e desrespeitosas em referência à sociedade, a uma autoridade judiciária federal, ao Supremo Tribunal Federal e ao Ministério Público durante uma entrevista dada na condição de Procurador da República. Assim, não se trata de um conflito de direitos, mas sim da necessidade de respeitar os limites que se aplicam a cada um deles, ressaltando a importância de uma análise hermenêutico-constitucional diante do caso específico.

É crucial mencionar que, em uma recente decisão da Terceira Turma do STJ, ficou estabelecido que o direito ao esquecimento não pode ser usado como justificativa para impedir publicações sobre crimes de grande repercussão. A aplicação dessa teoria, nesse contexto, configuraria uma forma de censura prévia, especialmente em casos que tiveram ampla visibilidade na sociedade.

Com esse entendimento, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu negar o recurso de uma pessoa que, após cumprir pena por um crime cometido há quase 30 anos, solicitava a proibição da divulgação de novas matérias jornalísticas relacionadas ao seu

caso. Essa decisão reflete uma postura firme em relação à liberdade de expressão e ao direito à informação, mesmo em situações que envolvem o direito ao esquecimento.

O ministro Villas Bôas Cueva, que atuou como relator, destacou que o interesse social em preservar a memória histórica e coletiva de crimes notórios torna inaceitável a aceitação da tese do direito ao esquecimento, especialmente no que diz respeito à proibição de futuras publicações sobre esses factos. Ele enfatizou que tal proibição configuraria censura prévia, o que é expressamente vedado pela legislação brasileira.

A reportagem que deu origem à ação judicial em questão focava na vida de um indivíduo muitos anos após o cumprimento integral de sua pena. O autor da ação alegou que a cobertura foi sensacionalista e que sua vida pessoal e a de sua família foram expostas de forma inadequada, incluindo a divulgação de fotos sem consentimento. Em decisões nas duas primeiras instâncias, a editora foi condenada a pagar indenização por danos morais.

Mesmo reconhecendo a violação da privacidade do condenado e de seus familiares, o ministro Villas Bôas Cueva se opôs à aplicação do direito ao esquecimento. Ele argumentou que, em casos de crimes notórios, o interesse público deve prevalecer, especialmente quando as informações têm relevância histórica.

O relator também enfatizou que a liberdade de imprensa não é um direito absoluto, devendo ser equilibrada com os direitos da personalidade, como a honra e a imagem dos indivíduos mencionados nas reportagens. O ministro destacou que a maneira como a matéria foi elaborada poderia prejudicar a reintegração social do ex-condenado, gerando "sensações de pretensa impunidade" e provocando uma "comoção midiática" em relação à sua vida atual.

Além disso, Villas Bôas Cueva ressaltou que o debate sobre o direito ao esquecimento tem ganhado destaque no cenário jurídico brasileiro. Ele identificou duas principais abordagens na doutrina: uma que vê o direito ao esquecimento sob a ótica da proteção de dados pessoais, e outra que o configura em casos de evidente violação de direitos fundamentais. O ministro mencionou dois julgados do STJ, relatados pelo ministro Luis Felipe Salomão, como exemplos desse debate. Mas, segundo ele, diferentemente daqueles precedentes, em que as partes apenas haviam sido acusadas, o caso analisado na Terceira Turma dizia respeito a uma pessoa efetivamente condenada pelo crime.

Apesar das violações reconhecidas aos direitos da personalidade – concluiu o relator – é inviável acolher a tese do direito ao esquecimento diante da repercussão do caso.

Para Villas Bôas Cueva, proibir a divulgação de informações sobre o assunto, além de caracterizar censura prévia, implicaria o "apagamento de trecho significativo da história de

crimes famosos que compõem a memória coletiva". O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.⁸

O terceiro caso se trata do recurso especial nº 1.593.873/SP, julgado pelo STJ.

No caso referenciado, cuida-se originalmente de uma obrigação de fazer objetivando suprimir imagens de nudez ao se fazer pesquisas no provedor de buscas usando nome da recorrida. Por seu turno, o *Google*, na qualidade de recorrente, alegou impossibilidade de bloqueio a partir de termos e expressões, pois se exige que o conteúdo ofensivo deve ser devidamente especificado.

Assim, constata-se que no acórdão:

- i) os chamados provedores de busca não são obrigados a realizar filtragem prévia e nem a suprimir termos e expressões em uma pesquisa, mesmo com indicação expressa da página com o conteúdo pernicioso, pois inexistente fundamento na legislação brasileira; ii) o designado direito ao esquecimento é admitido no ordenamento jurídico local, haja visto a existência de enunciados que o citam expressamente. Além disso, há vários precedentes do STJ que o reconhecem, a exemplo do caso Chacina da Candelária, bem como alguns dispositivos da legislação civil e consumerista; iii) devido à inexistência de precedentes nos tribunais locais, cita-se o caso ocorrido na Espanha, onde foi outorgado que os cognominados dados pessoais não mais poderiam aparecer nos resultados da busca. A solução do caso europeu, porém, não poderia ser usada no Brasil, por inexistência de lei sobre o assunto; iv) ademais, embora alguns dispositivos do evocado Marco Civil da Internet prevejam retirar dados pessoais, impossível sua aplicabilidade no caso sob análise; v) reiteração de precedentes anteriores, especialmente o caso Xuxa, para explicar como funcionam os provedores de busca, afirmando que estes apenas indicam os resultados inseridos, não se responsabilizando, assim, pelos *links* apontados. Ainda assim, cabe à vítima, depois de identificar a *URL* da página com conteúdo ofensivo, demandar diretamente contra esta; e vi) os nominados provedores de busca não têm autoridade para retirar quaisquer conteúdos, pois não há determinação legislativa tratando sobre isso no contexto brasileiro.

3.2.2 A jurisprudência em Portugal

O Direito ao Esquecimento ficou explicitado na Europa em 2014, quando o Tribunal de Justiça Europeu apoiou uma decisão que permite que cidadãos possam controlar seus dados e que provedores de pesquisa possam remover dados pessoais inadequados, regulado como Diretiva 95/46.

Este ato obriga a todos os Estados Membros à adoção de garantias semelhantes em todo o espaço da Comunidade Europeia. O caso concreto se deu na Espanha, o cidadão Mário Costeja González teve seu nome vinculado a um anúncio de leilão de seu imóvel no jornal “La

Vanguardia”, em 1998, para pagamento de uma suposta dívida à seguridade social da Espanha, matéria essa que o divulgava como um dos devedores. No entanto, Mário Costeja González já havia quitado a dívida, sem que o imóvel fosse posto em leilão. Então exigiu a eliminação da referência a tal anúncio quando digitava seu nome em pesquisa na Internet (Google). O Tribunal concordou, tendo em vista que estava infringindo o direito à privacidade. Foi uma decisão histórica. A partir desse julgado, a Google acatou a decisão e disponibilizou um formulário para facilitar o envio de pedidos de esquecimento. Em um único dia, a Google recebeu mais de 12 mil pedidos de remoção de dados (ALMEIDA 2017).

O TJUE reconheceu que:

“[...] o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas *web* publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas *web*, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita. [...] importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, 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, em virtude dessa inclusão.” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal De Justiça (Grande Secção). Acórdão no processo C131/12, em 13 de maio de 2014. Google Spain SL, e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González.)

Como Portugal faz parte da União Europeia, basta o cidadão preencher um formulário que o Google disponibiliza para ser analisado, tendo sido apenas dois os endereços removidos por difamação. Em 2016, mais de 3.300 portugueses formalizaram pedido para deixarem de ser pesquisáveis nos campos de busca pela *internet*, sendo analisado cada caso concreto.

Exemplo do entendimento jurisprudencial português sobre o tema, pode ser retirado de julgado do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 12234/21.0T8LSB.L1-7, que teve como relator o Dr. Luís Filipe Pires de Sousa, datado de 02 de maio de 2023.

Naquele julgado, entendeu a Corte que:

I – A publicação pela Wikipédia de biografia em linha do requerente integra o tratamento conjunto de dados pessoais para efeitos do disposto no Regulamento (EU) 2016/679 (Regulamento Geral de Proteção de Dados).

II – O respeito pela vida privada e familiar (Artigo 7º da Carta dos Direitos Fundamentais) tem o mesmo sentido e alcance que o sentido e o alcance conferidos ao artigo 8º, nº 1, da CEDH, conforme interpretado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

III – A liberdade de expressão e de informação (Artigo 11º da Carta dos Direitos Fundamentais) tem o mesmo sentido e alcance que o sentido e o alcance conferidos ao artigo 10º da CEDH, conforme interpretado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

E concluiu

XV – o direito ao esquecimento <pode ser definido como um direito fundamental de personalidade amparado no princípio da dignidade humana, segundo o qual o titular, pessoa individual ou coletiva, tem o direito à autodeterminação informativa, isto é, pode requerer o apagamento, retirada ou bloqueio da divulgação de dados, lícitos ou não, que lhe digam respeito, encontrados nos diversos meios de comunicação e que não tenham mais interesse público, judicial, histórico ou estatístico ou ainda que não sejam vedados por lei. Não se trata, portanto, de eliminar todas as referências a factos ocorridos no passado, mas apenas de evitar a exposição desnecessária e lesiva de acontecimentos desprovidos de interesse público atual. Exprime em suma um poder de autocontrolo dos próprios dados pessoais.>

Este é um bom exemplo do pensamento sobre o tema, advindo de Portugal.

Continuando. Em junho de 2018, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) rejeitou o reconhecimento do direito ao esquecimento de M.L e WW, dos irmãos condenados pelo assassinato de um autor na década de 90 e que foram colocados em liberdade condicional em meados dos anos 2000.

Em síntese apertada, a ação foi originalmente ajuizada perante o Tribunal de Hamburgo contra uma emissora de rádio alemã que exibiu programa sobre o crime às vésperas da liberação dos autores e manteve transcrição do relato *online*, com o objetivo de anonimizar os dados pessoais dos autores que se encontravam disponíveis no sítio eletrónico da referida rádio. Embora o Tribunal de Hamburgo tenha dado procedência ao pedido dos autores, a decisão acabou sendo revertida pelos Tribunais superiores, o que motivou o recurso de M.L. e W.W. à CEDH para proteção de direito à privacidade, com fulcro no artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (COELHO, 2020, p. 16).

Ofensa do crédito ou do bom nome - Liberdade de imprensa - Responsabilidade civil - Responsabilidade criminal I - A ofensa prevista no art.º 484 do CC é um caso especial de facto antijurídico definido no artigo precedente que, por isso, se deve ter por subordinada ao princípio geral consignado nesse art.º 483, não só quanto aos requisitos fundamentais da ilicitude, mas também relativamente à culpabilidade. II - Não importa que o facto afirmado ou divulgado seja ou não verdadeiro. III - A norma

do art.º 26 da Lei de Imprensa (DL n.º 85-C/75, de 26-02) rege apenas para a responsabilidade criminal, definindo quem são os responsáveis para efeitos deste tipo de responsabilidade, não se aplicando à responsabilidade civil. IV - As competências impostas por lei ao diretor, em especial a que se reporta à determinação do conteúdo do periódico, impõem-lhe um dever de conhecimento antecipado das matérias a publicar, em ordem a poder impedir a divulgação daquelas susceptíveis de gerar responsabilidade, civil ou criminal. V - Aos mesmos deveres está sujeito o chefe de redação, enquanto substituto legal do diretor, em caso de impedimento deste. 14-05-2002 - Revista n.º 267/02 - 1.ª Secção - Ferreira Ramos (Relator), Pinto Monteiro e Lemos Triunfante.

Pela jurisprudência apresentada, verifica-se que o direito ao esquecimento vem sendo objeto diversos casos, no entanto, está longe de haver entendimento pacífico para o tema.

3.3 Aspetos comparativos e a necessária atualização legislativa

Em síntese, pesquisas em direito comparado indicam que o direito ao esquecimento reflete a aspiração de todos os indivíduos que desejam restringir certos episódios de suas vidas ao passado, não se limitando apenas àqueles que enfrentaram uma persecução penal e foram inocentados. Essa perspectiva abrange uma busca mais ampla pela dignidade e pela proteção da privacidade, permitindo que as pessoas se libertem de narrativas prejudiciais que podem afetar sua reintegração social e seu bem-estar emocional. (MARTINI, 2019, p. 172).

Da análise jurisprudencial, percebemos que, muito embora naturalmente não seja reconhecido em determinados casos concretos, o Direito ao Esquecimento, visto sob a perspectiva comparativa entre Portugal e Brasil, é sempre considerado. O entendimento é de que há um choque entre direitos fundamentais e valores constitucionais, que deve ser solucionado por meio do princípio da proporcionalidade, caso a caso, oportunidade em que o Poder Judiciário define aquele prevalecente na espécie.

O direito ao esquecimento é o que possui uma pessoa de não permitir que um facto, mesmo que verdadeiro ocorrido no passado, seja exposto ao público em geral, por lhe causar sofrimento ou transtornos. O direito ao esquecimento ocupou, em um curto espaço de tempo, lugar de destaque nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

De qualquer forma, durante a pesquisa, foi possível verificar a necessidade de maior regulamentação da proteção de dados pessoais diante da tutela da intimidade e dignidade da pessoa humana. No presente trabalho, ficou claro que o Direito ao Esquecimento não é absoluto. Todos os direitos carregam consigo, além das garantias, as suas próprias limitações sob a ótica

de outros direitos. É preciso que, assim como ensina a tese Dworkiniana, haja uma efetiva busca pela expressão desses limites, através de um juízo hermenêutico-constitucional.

Por este, acaso a informação tenha importância histórica, prevalece o direito à informação, como, por exemplo, no caso de um crime nazista, que exige alerta profilático por parte da humanidade. Entretanto, se o crime tiver caráter particular e pontual, prevalece o direito à privacidade/intimidade, como em um homicídio passional pelo qual o criminoso já cumpriu a pena.

O Direito ao Esquecimento é, pois, tão relevante na sociedade atual conectada e globalizada. Afinal, esquecer é tão importante quanto lembrar, na medida em que torna possível ao ser humano selecionar as informações, a fim de preservar apenas as úteis, significativas ou necessárias.

Há, sem dúvida, semelhanças e diferenças entre Portugal e Brasil no que tange ao tratamento legal do Direito ao Esquecimento. Quanto ao equilíbrio que baliza a liberdade de expressão e o direito à intimidade, tanto Portugal quanto o Brasil empregam a melhor interpretação dos limites do direito no caso concreto.

A reformulação dessa legislação representa um verdadeiro "salto de fé", ao transformar o modelo de avaliação prévia e externa da legalidade dos tratamentos de dados em um sistema baseado no autocontrole. Isso significa que os cidadãos agora precisam confiar na figura do encarregado de proteção de dados, assim como nos códigos de conduta e mecanismos de certificação que foram implementados. Essa mudança enfatiza a importância da responsabilidade individual e institucional na gestão da privacidade e proteção de dados, enquanto exige um novo nível de comprometimento com a ética e a transparência por parte de todos os envolvidos.

O Direito ao Esquecimento é, na União Europeia, um novo direito fundamental; mas também uma fortíssima limitação a direitos preexistentes. O contraste com o Direito dos EUA revela nesta matéria o conflito entre diferentes concepções nacionais sobre a liberdade de expressão.

CONCLUSÃO

A evolução da sociedade moderna vem acompanhada de novas tecnologias em informática, e, em especial, da globalização dos meios de comunicação, trazendo comodidade e avanços ao ser humano. Tratamos da era da Sociedade da Informação.

Por sociedade da informação referimo-nos a uma sociedade em que as principais atividades estão integradas pelas novas tecnologias da informação e comunicação, e a informação circula em redes eletrônicas. As atividades sociais organizam-se em formatos onde convergem organização, ação e comunicação, ditos ‘modelos de negócio’, funcionando sobre plataformas tecnológicas. Por nova economia, entendemos a integração das tecnologias da informação e comunicação nas atividades econômicas, condicionando todos os seus aspetos desde os sistemas de decisão, engenharia fabril e logística, até à própria organização do “físico”. A nova economia torna central a atividade de inovação – processos e produtos –, porquanto toda a decisão passa a depender do sistema de gestão de conhecimentos proporcionado pelo controle eletrônico abrangente das atividades económicas. (NEVES, 2003)

A Sociedade da Informação é uma realidade, uma nova era com a qual todos tem que se adaptar. Mas ela tem de ser uma sociedade para todos. Na definição das medidas de política para a construção da sociedade da informação, devem-se estabelecer condições para que todos os cidadãos tenham oportunidade de nela participar e desse modo beneficiar das vantagens que este novo estado de desenvolvimento tem para oferecer. Para isso, é indispensável que todos possam obter as qualificações necessárias ao estabelecimento de uma relação natural e convivial com as tecnologias da informação, e que seja possível o acesso em locais públicos sem barreiras de natureza econômica que contribuam para acentuar a estratificação social existente (MSI, 1997, 12).

Diante desse avanço tecnológico, no qual a informação e a rapidez que é divulgada, levantou a problemática de como seria feito o tratamento e manipulação dos dados, vez que o indivíduo passou a ser possível vítima de tal tecnologia, tendo sua privacidade invadida e maculada. E é neste cenário, que se demonstra a relevância e importância dos direitos de personalidade.

Os direitos da personalidade refletem as condições históricas de determinados momentos. As inovações tecnológicas levaram a sociedade, apesar dos notórios benefícios da comunicação e do acesso irrestrito à informação, a novas possibilidades de conflitos que antes sequer eram imaginados.

E nesta era da informação, a memória “antes esquecida” pelas pessoas, perpetua-se na memória dos computadores e outros instrumentos tecnológicos que impossibilitam o “esquecimento”, independente da vontade das pessoas.

Nesta situação, é certo que também não é crível que alguém possa ser eternamente perseguido, lembrado por tempo indefinido por acontecimentos passados, como se lhe definissem no presente, ofendendo os seus direitos de personalidade, comprometendo e restringindo a sua existência.

Desta forma, no presente trabalho, em geral, discutiu-se os motivos que validariam a pretensão do indivíduo à exclusão de suas informações por meios tecnológicos existentes, que lhe referissem a sua dignidade.

O direito ao esquecimento, objeto do presente estudo, surgiu da necessidade de se preservar a dignidade da pessoa humana contra os referidos factos pretéritos, que não mais se apresentam, mas que continuam interferindo negativamente no seu presente.

A tutela do chamado direito ao esquecimento busca a legitimação e fundamenta na proteção inegavelmente conferida aos direitos da personalidade, e a depender da situação de afronta especificamente impugnada, pode ser invocado, pelo indivíduo atingido, de forma mais recorrente, como meio de proteção do bom nome, da honra, da privacidade e da integridade psicológica. (JUNIOR, 2018, 230).

No entanto, trata-se de um direito de personalidade novo, que traz muitas incertezas diante da ausência de tipificação expressa no ordenamento jurídico de diversos países, inclusive o Brasil.

É inegável que este tema ainda gerará muitas discussões, especialmente diante da complexidade e mutabilidade da sociedade atual, no qual a todo momento as pessoas são compelidas ao acionamento do judiciário para preservação da sua dignidade em virtude dos excessos, abusos e distorções apresentadas em virtude da massificação das informações, imagens e dados.

Inegável, ainda, a necessidade de que o direito ao esquecimento seja tutelado pelo Estado, na medida que quem detém a tecnologia, redes sociais e mídia, detém o poder.

O direito ao esquecimento, enquanto derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, não tem encontrado espaço para ser efetivado na sociedade da informação, nem por meio da aprovação de legislação específica regulando a matéria nem mesmo pelo Poder Judiciário.

Na sociedade atual da informação instantânea, sem verificação, será complexo e muito atribulado assegurar o direito da pessoa de ser esquecido, com o intuito de se preservar a dignidade da pessoa humana, mas é imperioso esforço conjunto para tal fim.

Verifica-se assim que a doutrina avançou bastante sobre o tema, mas é necessário que os avanços teóricos alcancem concretude. E essa concretude será possível a partir da interação maior desta ciência jurídica com outras disciplinas, já que não possui todo o conhecimento e instrumentos necessários diante da velocidade e mutabilidade das tecnologias atuais.

Concluimos, pois, que o direito ao esquecimento deve resultar de um equilíbrio entre os direitos individuais e a liberdade de expressão, sempre tendo o interesse público em consideração. Para tanto, deverão ser processadas avaliações minuciosas de todas as circunstâncias fáticas específicas, cotejadas com aquelas consideradas legais, para que a busca de informações desvirtuadas de relevância possa ser posta em segundo plano.

Conforme já elucidado, se assumimos um sistema de decisões integras e coerentes como Nicklas Luhmann (2016), em sua teoria dos sistemas sociais, com os valores binários – lícito ou ilícito -, não precisará se resvalar de ponderações entre princípios, mas sim de complemento destes. Além disso, há a necessidade de compreender que casos difíceis podem ter uma, ou várias respostas que serão adequadas ao caso concreto, é claro que, nada impede que o próprio juiz com o seu poder discricionário possa elucidar isso em suas decisões.

No entanto, assumir várias respostas, traz a torna argumentos de direito e argumentos políticos, podendo ser empregados em cada caso. O que não se olvidar é que, uma hermenêutica aberta se resvala, conforme Dworkin (2011), de princípios únicos capazes de explicarem as obrigações associativas em todos os aspetos relevantes. Ou seja, a decisão que é baseada em princípios respeita a história institucional da comunidade e possibilita uma decisão democrática íntegra e coerente.

É certo que a sociedade vem se adequando a essas contínuas mudanças. O próprio direito ao esquecimento que antes fora reconhecido pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça, acabou sendo considerado como incompatível com a Constituição Brasileira de 1988, por decisão do Supremo Tribunal Federal.

A decisão configurou o Tema 786 daquela Corte Suprema, assim ementado:

Tema 786 - Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

Relator(a):

MIN. DIAS TOFFOLI

Leading Case:

RE 1010606

Descrição:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 1º, III, 5º, caput, III e X, e 220, § 1º, da Constituição Federal, a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, considerando a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.

Tese:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de factos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

É o que entendemos como mais razoável e correto. A avaliação de lesão a eventuais direitos individuais há de ser avaliada não com uma lupa preconcebida em que os conceitos sejam autoaplicáveis. Ao revés, cada caso há de ser verificado com singularidade, porém olhos postos na harmonização dos princípios constitucionais.

O direito de não ser lembrado não deflui de qualquer norma específica e automaticamente aplicável. Não há molde concebido para tal conduta. O ideal é que sejam limitados os interesses, sempre atentos aos princípios constitucionais, e a deliberação seja consequência de análise específica em cada situação.

Pensar na proteção à honra, à imagem, à privacidade e à própria personalidade é absolutamente legítimo e defensável. Lado outro, o direito à informação, numa sociedade cada vez mais conectada e urgente de notícias deflui do próprio *modus vivendi* atual. Não se imagina o mundo sem a circulação de dados e informações em velocidade cibernética.

Não podemos nos perder, entretanto, apenas na discussão retórica. Devemos aceitar os dois lados da mesma moeda e ter sabedoria a nos permitir avaliar cada situação em particular.

A tutela adequada do direito ao esquecimento exigirá esforços conjuntos e coordenados do legislador, doutrinador e juristas também para a sua efetividade.

Não se trata, pura e simplesmente, ignorar a existência do direito ao esquecimento, como alguns incautos entendem ter emergido o conceito do recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Nosso entendimento é no sentido de que o que fez o Excelso Pretório foi excluir o conceito preconcebido do direito ao esquecimento obstar a divulgação de informações, o direito à informação. Mas ele ainda existe e poderá ser objeto de avaliação caso a caso, ocasião em que todas as regras sugeridas de equilíbrio ao texto constitucional haverão de contribuir para a melhor solução daquela ou dessa contenda.

A sociedade moderna conviverá, cada vez mais, com esses desafios de buscar equilibrar direitos que estão em contenda. As condições de vida atuais transmutam em questão de minutos. Novos campos de discussão são abertos, novas dúvidas surgem, e o direito deverá estar sempre de prontidão para dar as adequadas respostas à sociedade.

O direito ao esquecimento, por isso mesmo, é um tema em evolução, fruto das tensões existentes entre a liberdade de expressão na era digital e a privacidade. O debate permanece e deve ser contínuo, de modo a encontrar soluções para as questões advindas das novas realidades tecnológicas e sociais.

A conectividade crescente tem como uma de suas consequências a criação de um tensionamento entre o direito à informação e o direito ao esquecimento. Trata-se de tema que assume primazia nos debates contemporâneos sobre privacidade e liberdade.

À frente de todos esses desafios, concluímos que o direito ao esquecimento não pode ser considerado como uma solução universal e definitiva para os problemas de privacidade na era moderna, digital. Mas, lado outro, trata-se de um componente que deve ser continuamente estudado e adaptado na busca do equilíbrio essencial entre a dignidade individual e o interesse público, num mundo cibernético.

Por fim, o presente trabalho foi realizado com o intuito de contribuir um pouco na busca de se agregar opiniões a respeito de um tema ainda tão recente, mas que exige nossa atenção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de – **Direito ao Esquecimento. Uma Investigação sobre os Sistemas Jurídicos e Português e Brasileiro**. Acesso em:
https://migalhas.uol.com.br/depeso/269533/direito-ao-esquecimento--uma-investigacao-sobre-os-sistemas-juridicos-portugues-e-brasileiro_

ALVES, Nadia Castro – **Colisão de direitos fundamentais e ponderação**. Belo Horizonte: Meritum. Revista de Direito da Universidade FUMEC – jan/jun. 2010. – v. 5 – n. 1 – p. 25-48.

AMARAL, Gisele. **Defesa da Personalidade e o direito ao esquecimento**. Mestre em Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa-Portugal, 2019. Disponível em:
https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/40322/1/ulfd140174_tese.pdf. Acesso em: 14/07/2023.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.a ed., Coimbra: Almedina, 2016.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

BARROSO, Luís Roberto - **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. ISBN 978-85-7700-639-7.

BARROSO, Luis Roberto - **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas. 2004,

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em 20.11.2020.

SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. In: BASAN, Arthur Pinheiro, *et al.* **Revista Brasileira de Direito Civil** | ISSN 2358-6974 | Volume 7 – Jan / Mar 2016. Disponível em: <https://doczz.com.br/doc/22481/revista-brasileira-de-direito-civil---instituto-brasileir>. Acesso em:

BEZERRA JUNIOR, Luiz Martins Holanda - **Direito ao esquecimento: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-53602-14-8.

BÍBLIA SAGRADA. Tradução dos originais grego, hebraico e aramaico mediante a versão dos Monges Beneditinos de Maredsous (Belgica). 201ª Edição. Ed. Ave Maria.

BITTAR, Carlos Alberto Bittar - **Os direitos da personalidade**. 8.ªed.rev.aum e mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978850220828-5.

BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19.ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 85-352-1561-1.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro - **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN 8502054023.

BOTELHO, Catarina Santos. “Novo ou velho direito? – O Direito ao esquecimento e o princípio da proporcionalidade no constitucionalismo global”. **AB INSTANTIA**, V (7), 2017, pp. 49-71. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3130258. Acesso em: 14/07/2023.

BOTELHO, Catarina Santos. **A dignidade da pessoa humana** – Direito subjetivo ou princípio axial?. *Revista Jurídica Portucalense*, 21ª Ed, 2017, 256–282. Obtido de <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/9764>.

BOTELHO, Catarina Santos. **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional**, Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724041063.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 - ECA. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014. Disponível em: <[http://www. Planalto. Gov. Br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965. Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 12 novembro 2020.

BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL. Rio de Janeiro. Regulamento Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. Lei.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

BRASIL. Lei nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 10.12.2020.

BRASÍLIA, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

BRITO, Jaime Domingues; ARANHA, Mateus Tamura. **Da inviolabilidade do direito à honra nas redes sociais**. Direito Constitucional Contemporâneo I, Jacarezinho, PR:UENP, (Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito). ISBN 978-85-62288-85-2 p. 37-53.

BRUM. Caroline Bussolato, Análise Constitucional do direito ao esquecimento. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – <https://wp.ibccrim.org.br/artigos/288-novembro-2016/analise-constitucional-do-direito-ao-esquecimento/> acesso em 01.12.2020.

CIGANA, Paula Fabiola; ROCHA, Maria Célia Albino de. **Direito ao esquecimento: os limites do direito à informação e a liberdade de expressão na era tecnológica**.

Florianópolis: Direitos e garantias fundamentais II. CONPEDI. ISBN:978-85-5505-566-9. 2017.

COELHO, Julia Costa de Oliveira - **Direito ao esquecimento e seus mecanismos de tutela na internet: como alcançar uma proteção real no universo virtual?** Anderson Schreiber (ed.al). São Paulo: Editora Foco, 2020. ISBN: 978-65-5515-034-6

CONSTALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e do ambiente virtual** – Curitiba: Juruá, 2017. ISBN: 978-85-362-6485-1.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a Scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). Direito e mídia. São Paulo: Atlas, 2013.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**; tradutor; Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008 ISBN 918-85-7468-438-3.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 39-46

FRAIHOF, Isabella Z - **Direito ao Esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias**, São Paulo: Almedina, 2019. ISBN 978-85-8493-444-7.

FRAJHOF, Isabella Z. **O direito ao esquecimento da internet**. São Paulo: Almedina, 2019.

FUJITA, Jorge Shiquemitsu, BARRETO JUNIOR, Francisco Irineu - **O direito ao esquecimento e a liberdade de informar na sociedade da informação**. Curitiba: Revista Direitos Fundamentais & Democracia. ISSN 1982-0496. (maio/agosto 2020) v. 25, n. 2, p. 5-27.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo curso de direito civil**. v.1. 5.^aed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 9788502623316.

KONDER, Rodolfo. **A memória e o esquecimento**. São Paulo: Global, 1997. ISBN: 85-260-0563-4.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins fontes, 2016.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de Justiça europeia. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Dissertação (mestrado), 1994.

LIMA, Cintia Rosa. **Direito ao esquecimento**. <https://iapd.org.br/direito-ao-esquecimento/>. 30.01.2020

LEAL, Gabriel Rodrigues; QUINTEIRO, Mariele Schmidt Canabarro. Uma perspectiva histórica dos direitos humanos e os seus desafios atuais. **Revista Científica de Pesquisa em Segurança Pública**, v.22, nº 01, 2021. Disponível em: <https://m.booksci.cn/literature/122120965.htm>. Acesso em: 07 out. 2024.

MARTINI, Sandra Regina; BERGSTEIN, Lais Gomes. Aproximações entre o direito ao esquecimento e a lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD), v.1 n.1 (2019). **Revista Científic Disruptiva**, ISSN 2674-7804.

MARTINS, Paulo Jorge dos Santos. **O privado em Público: direito à informação e direitos de personalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2013, ISBN 978-972-40-5279-3;

MARTINS, Paulo. **O privado em público: direito à informação e direitos de personalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Tratado de direito civil português: parte geral, Tomo III**, Coimbra: Almedina, 2004, ISBN 972-40-1194-1.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**, tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988. ISBN 972-32-0935-7.

MORAES, Melina Ferracini de - **Direito ao esquecimento na Internet; das decisões judiciais no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2018. ISBN: 978-85-362-8204-6.

MOTA, Joana; Sampaio, Alexandre Pedral. **Actualidad Jurídica Uría Menéndez** / ISSN: 1578-956X / 53-2019 / 142-148 disponível em <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6855/documento/port01.pdf?id=934>.

NASCIMENTO, Yasmin Terra do. **Direito ao esquecimento e o tema 786/STF: análise do instituto aplicado aos condenados que cumpriram integralmente a pena, diante do Direito Penal e da sociedade da informação**. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal

do Rio Grande do Sul, 2023. Disponível em:
<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/262716/001172587>. Acesso em: 07 out. 2024.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana V.1: Dignidade e direitos fundamentais**, Coimbra: Almedina, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana vol II: dignidade e inconstitucionalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência** – 4.^aed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PASSARE, Dauto Barbosa Castro. **Direito ao esquecimento como manifestação do direito à imagem**. Mestrado em Direito, 2020. Ciências jurídicas - Universidade Autónoma de Lisboa. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11144/5337>. Acesso em: 13 jul. 2023.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil, **v.I: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2011. ISBN 978-85-309-3381-4.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. **Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Lisboa: AAFDL Alameda da Universidade, 2015.

PIEMONTE, Marcia Nogueira. Responsabilidade Civil face aos danos ambientais: uma abordagem sobre legislação, educação e ética no século XXI. **Dissertação de mestrado, Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha**, 2012. Disponível em:
<https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/848>. Acesso em: 07 de out. 2024.

ORWEL, George. **1984**. Trad. Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras. 2009.

PINHEIRO, Denise. A liberdade de expressão e o passado. **Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas**. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2016. Disponível em:
<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/169667>. Acesso em: 08 out. 2024.

PINTO, Carlos Almeida Mota. **Teoria Geral do Direito Civil** – 3^a ed.Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN: 9723203839.

PORTUGAL. Ministério da Ciência e da Tecnologia. Missão para a Sociedade da Informação **Livro verde para a Sociedade da Informação em Portugal / Missão para a Sociedade da Informação**. Lisboa: M.S.I., D.L. 1997. Disponível em: <<http://purl.pt/239>>. Acesso em 09 abr. 2020.

RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade de informação. **Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC**, Fortaleza, 2014. Disponível em: <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Informa%c3%a7%c3%a3o.pdf> – acesso em 19.12.2020

REBOUÇAS, M. V. P.; PARENTE, A. F. G. - **A Construção Histórica do Conceito de Pessoa Humana**. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, Curitiba. Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI. Curitiba: FUNJAB, 2013. p. 310-340. ISSN/ISBN: 9788578401566.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, dez. 2005. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7004/4982>>. Acesso em: 07 out. 2024.

ROSÁRIO, PEDRO TROVÃO DO. **O direito a ser esquecido**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, dez 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11367>.

SABA, Leonardo Saba - **Dos direitos da Personalidade no direito ao esquecimento**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. ISBN 978-65-87402-04-08.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral: na dispensa do empregado**. 7ª ed.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. ISBN 978-65-5510-107-2.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988** - 9.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. ISBN 978-85-7348-730-5.

SARMENTO, Daniel - **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN 978-85-450-0130-0.

SARMENTO, Daniel – **Liberdades Comunicativas e “direito ao esquecimento na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Direito Civil – IBDCivil – Instituto Brasileiro de Direito Civil. ISSN 2358-6974. Volume 7 (Janeiro/Março 2016).

SARMENTO, Daniel – **Livres e iguais: estudos em direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson - **Direitos da Personalidade**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7895-8.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 7^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. ISBN: 853530218.

SILVA, Edson Ferreira. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. ISBN: 8586442577.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN: 9788539202133.

SILVA, Suzana Tavares – **Direitos Fundamentais na Arena Global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. ISBN 978-989-26-0110-6.

SOARES, Brenda Adler. **Direito ao esquecimento *versus* liberdades de expressão e informação: critérios para ponderação**. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal do Maranhão, 2016. Disponível em:
<https://monografias.ufma.br/jspui/handle/123456789/1664>. Acesso em: 07 de out. 2024.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade: dissertação de doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. ISBN: 9723206773.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**, 1950. Disponível em
https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf . Acesso em: 26/04/2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direitos de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 978-9724029948

ZORRINHO, Carlos. Sociedade da Informação, Coesão e Competitividade. **In Sociedade da Informação o Percorso Português**. Lisboa: Edições Silabo, 2007. ISBN 978-972-618-462-1.

ANEXOS

STF: RE 1010606 / RJ - RIO DE JANEIRO, jul. 11/02/2021, DJU 20/05/2021,
Rel. Ministro Dias Toffoli

EMENTA Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça. 2. Os precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento passaram ao largo do direito autônomo ao esmaecimento de factos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados. A utilização de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, como *droit à l'oubli* ou *right to be let alone*, foi aplicada de forma discreta e muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade. Já na contemporaneidade, campo mais fértil ao trato do tema pelo advento da sociedade digital, o nominado direito ao esquecimento adquiriu roupagem diversa, sobretudo após o julgamento do chamado Caso González pelo Tribunal de Justiça Europeia, associando-se o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na internet. 3. Em que pese a existência de vertentes diversas que atribuem significados distintos à expressão direito ao esquecimento, é possível identificar elementos essenciais nas diversas invocações, a partir dos quais se torna possível nominar o direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de factos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante. 4. O ordenamento jurídico brasileiro possui expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações, em circunstâncias que não configuram, todavia, a pretensão ao direito ao esquecimento. Elas se relacionam com o efeito temporal, mas não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado, de modo que eventuais notícias sobre esses sujeitos – publicadas ao tempo em que os dados e as informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento. Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu tempo, lícitamente obtidos e tratados. Isso porque a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito. 5. A previsão ou aplicação do direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. Um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Ele não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial. 6. O caso concreto se refere ao programa televisivo Linha Direta: Justiça, que, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou, dentre alguns casos verídicos que envolviam vítimas de violência contra a mulher, objetos de farta documentação social e jornalística, o caso de Aida Curi, cujos irmãos são autores da ação que deu origem ao presente recurso. Não cabe a aplicação do direito ao esquecimento a esse caso, tendo em vista que a exibição do referido programa não incorreu em afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares. Recurso extraordinário não provido. 8. Fixa-se a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da

passagem do tempo, a divulgação de factos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível” (STF: RE 1010606 / RJ - RIO DE JANEIRO, jul. 11/02/2021, DJU 20/05/2021, Rel. Ministro Dias Toffoli).

2020 **RE 638360 AGR-SEGUNDO, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, 2ª T, J. 27-4-2020, DJE 161 DE 26-6-**

EMENTA

[...] Liberdade de imprensa. Divulgação de conversas gravadas obtidas por meio de interceptação telefônica. Suposta colisão entre a garantia da liberdade de expressão e comunicação e o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Utilização de informações sigilosas obtidas por meios ilícitos.

Impossibilidade[...] 2. Possibilidade de empresa jornalística publicar conversas telefônicas interceptadas e gravadas clandestinamente por terceiros, as quais foram mantidas entre o agravado e outras pessoas, a cujo conteúdo a empresa teve acesso. 3. A liberdade de informação jornalística se justifica em razão do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial, ao direito de ser informado, desempenhando a referida garantia uma função social ímpar, motivo pelo qual deve ser exercitada de forma livre e desembaraçada. 4. Muito embora nossa Magna Carta traga garantias assecuratórias da liberdade de informação jornalística, ela elenca também as balizas ao exercício dessa liberdade, no § 1º do art. 220, que enumera as normas prescritas no próprio texto constitucional, no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV (livre manifestação do pensamento e vedação ao anonimato; direito de resposta; possibilidade de indenização por dano à imagem; respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas; livre exercício de trabalho, ofício ou profissão; direito de acesso à informação e garantia de sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional). 5. Consignou-se, no acórdão recorrido, que a informação em questão, objeto do pedido de impedimento de divulgação, foi obtida mediante a prática de ilícito penal, por interceptação telefônica sem autorização dos interlocutores, em flagrante desrespeito ao direito à intimidade e ao sigilo das comunicações telefônicas. Vê-se, portanto, que não se trata de hipótese habitual de confronto entre liberdade de informação e direitos da personalidade. 6. O controle judicial perpetrado na origem não constituiu censura prévia à informação, mas apenas garantiu que fosse assegurado o sigilo das comunicações telefônicas, uma vez verificada ofensa à liberdade de comunicação alheia. Assim, o cerne da questão posta nos autos não está concentrado na proibição de divulgação das informações e na liberdade de imprensa, bem como na inviolabilidade à intimidade, mas sim na ilicitude perpetrada quando da obtenção do produto objeto da notícia. 7. A liberdade de informação jornalística não legitima a utilização de informações sigilosas obtidas por meios ilícitos. 8. Agravamento regimental interposto por Infoglobo Comunicações Ltda. do qual não se conhece. 9. Agravamento regimental interposto por Globo Comunicação e Participações S/A ao qual se nega provimento. [RE 638360 AgR-segundo, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 27-4-2020, DJE 161 de 26-6-2020]

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. [...]. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PROCURADOR DE JUSTIÇA ESTADUAL. ENTREVISTA EM RÁDIO LOCAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. ABUSO DO EXERCÍCIO DE DIREITO. EXCESSO DE LINGUAGEM. VIOLAÇÃO DE DEVERES FUNCIONAIS DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDAS AO CNMP. ART. 130-A, § 2º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. [...]. APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE ADVERTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A democracia funda-se na presunção em favor da liberdade do cidadão, o que pode ser sintetizado pela expressão germânica *Freiheitsvermutung* (presunção de liberdade), teoria corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (preferred freedom doctrine), razão pela qual ao Estado contemporâneo se impõe o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de ideias (free marketplace of ideas) indispensável para a formação da opinião pública. 2. A liberdade de expressão, a despeito de possuir uma preferred position nas democracias constitucionais contemporâneas, pode sofrer limitações, desde que razoáveis, proporcionais e visem a prestigiar outros direitos e garantias de mesmo status jusfundamental (e.g., a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade). 3. A conduta imputada ao impetrante no Processo Administrativo Disciplinar diz respeito à utilização de expressões inadequadas e desrespeitosas ao se referir à sociedade, à determinada autoridade judiciária federal, ao Supremo Tribunal Federal e ao Ministério Público em entrevista concedida na qualidade de Procurador da República. 4. In casu, restou apurado que, ao conceder entrevista à determinada rádio, o impetrante: (i) imputou ao Juiz Federal Sérgio Moro as características de “analfabeto” e “midiático, que gosta muito de mídia, de aparecer”, (ii) declarou que o Supremo Tribunal Federal e os demais Tribunais ignorariam as supostas nulidades praticadas no bojo da Operação Lava Jato porque “não têm coragem para anulá-las”, (iii) alegou que as medidas supostamente ilegais decretadas pela Justiça Federal partiram de iniciativa do Ministério Público Federal, “pedidas pela minha instituição”, e (iv) ao ser questionado acerca da opinião pública acerca do suposto envolvimento do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva em práticas criminosas, declarou que “noventa por cento da sociedade e merda para mim é a mesma coisa”; ato contínuo, ao ser indagado por determinado ouvinte se ele estaria incluído neste grupo, o impetrante retificou a sua manifestação declarando que “cem por cento é merda”, e respondeu que estariam ambos incluídos. 5. A liberdade de expressão não pode ser invocado para excluir a possibilidade de responsabilização disciplinar dos membros do Ministério Público que se portem de forma a violar os direitos fundamentais de qualquer pessoa ou revelem, através de manifestações, absoluta inadequação aos vetores axiológicos e aos parâmetros éticos e jurídicos que regem a atuação dos membros do Parquet. [...] 7. O Conselho Nacional do Ministério Público, após o devido processo legal, entendeu que “a conduta do processado importou em violação dos deveres legais de manter, pública e particularmente, conduta ilibada e compatível com o exercício do cargo (artigo 145, inciso I, da LCE nº 11/96), de zelar pela dignidade da justiça e pelo prestígio de suas funções (artigo 145, inciso II, da LCE nº 11/96), bem como de tratar com urbanidade os Magistrados, os Advogados, as partes, as testemunhas, os funcionários e os auxiliares da Justiça (artigo 145, inciso IV, da LCE nº 11/96)”. [...] 9. O Supremo Tribunal Federal não é instância recursal das decisões administrativas tomadas pelo CNMP no regular exercício das atribuições constitucionalmente estabelecidas, de sorte que, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, impõe-se ao Poder Judiciário autocontenção (judicial self-restraint) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos especializados, dada sua

maior capacidade institucional para o tratamento da matéria. 10. A medida liminar em processos objetivos opera-se com efeitos ex nunc, a teor do que dispõe expressamente o art. 11, § 1º, da Lei 9.868/1999, o que refuta a aplicabilidade da decisão cautelar monocrática exarada na ADI 5.125, uma vez que ela foi publicada em 10.02.2017, ao passo que o acórdão impugnado data de 21.06.2016. 11. Agravo interno DESPROVIDO. [MS 34493 AgR-segundo, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 6-5-2019, DJE 102 de 16- 5-2019]