



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

**DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO MANIFESTAÇÃO DO
DIREITO À IMAGEM**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Dauto Barbosa Castro Passare

Orientadores: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Mestre Maria de Lurdes Videira Sequeira Dias Alves

Número do candidato: 20151876

Março de 2020

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais e à minha esposa em especial pela dedicação e apoio em todos os momentos difíceis.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário e à Professora Orientadora Mestre Lurdes Dias Alves.

Agradeço, também, aos meus familiares.

Igualmente, agradeço à Professora Doutora Ana Roque, ao Professor Doutor José Manuel Louzada Lopes Subtil e à Professora Mestre Patrícia Cardoso Dias, como incentivadores e pelas contribuições a este trabalho.

“Quantos homens, outrora célebres, foram devorados pelo esquecimento! E quantos já desapareceram, dos que os celebravam.”
Marco Aurélio.

“Escrever a história é um modo de nos livrarmos do passado.” Goethe.

“Esquecer é uma necessidade. A vida é uma lousa, em que o destino, para escrever um novo caso, precisa de apagar o caso escrito.”
Machado de Assis

“O esquecimento é uma forma de liberdade.”
Kahlil Gibran

RESUMO

A presente dissertação tem como escopo analisar o direito ao esquecimento, em voga nesse momento social digital, como extensão do direito à imagem, portanto, como um direito da Personalidade. Para alcançar tal propósito, desenvolve-se um estudo iniciado nos principais bens tutelados que influem ou são afetados dentro do direito a não ser lembrado, percorrendo concepções clássicas sobre Direitos Fundamentais. Utilizou-se, no desenvolvimento deste trabalho, pesquisa bibliográfica, análise comparativa de legislação entre Alemanha, Brasil e Portugal e investigação de casos (de grande repercussão ou que ilustravam a situação colidente entre os bens jurídicos valorados). Excedendo o campo jurídico, engendram-se considerações acerca da sociedade informacional e desenvolvimento tecnológico como causas da modificação comportamental humana e, por via reflexa, das alterações legais ocorridas nos países em análise. Perscruta-se, ao fim, pela existência de prevalência de determinado direito fundamental sobre outro, sopesando, em cada caso concreto, o valor do bem tutelado em face ao mitigado e da dignidade da pessoa humana, norteadora de todo o arcabouço jurídico.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direito ao esquecimento; direitos da personalidade; colisão de direitos; tecnologia.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze the right to be forgotten, in vogue in this digital social moment, as an extension of the right to image, therefore, as a right of Personality. In order to achieve this purpose, a study was initiated on the main protected goods that influence or are affected within the right not to be remembered, covering classic conceptions on Fundamental Rights. In the development of this work, bibliographic research, comparative analysis of legislation between Germany, Brazil and Portugal and investigation of cases (of great repercussion or the ones that illustrated the colliding situation among the valued legal assets) were used. Exceeding the legal field, considerations about information society and technological development are engendered as causes of human behavioral modification and, reflexively, of the legal changes that occurred in the countries under analysis. It is examined, at the end, for the existence of prevalence of a certain fundamental right over another, weighing, in each specific case, the value of the protected property in view of the mitigated and the dignity of the human person, guiding the entire legal framework.

Keywords: fundamental rights; right to be forgotten; personality rights; collision of rights; technology.

Sumário

CAPÍTULO I – PROTEÇÃO GERAL DA PERSONALIDADE	13
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	13
1.1 A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	16
1.2 A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE NO DIREITO CIVIL.....	19
2. PROTEÇÃO GERAL DA PERSONALIDADE.....	22
2.1 DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE	23
2.2 DIMENSÕES DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE.....	25
2.2.1 PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE.....	28
2.2.2 LIBERDADE GERAL DE AÇÃO.....	29
3. O DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ESPECIALMENTE REGULADOS.	32
3.1 DIREITO À LIBERDADE	33
3.2 DIREITO À HONRA	35
3.3 DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA.....	36
3.4 DIREITO À IMAGEM.....	37
4. REGIME GERAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	38
4.1 OS PODERES JURÍDICOS.....	39
4.2 CARACTERES DOS PODERES JURÍDICOS	40
CAPÍTULO II – PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA	46
5. CONSAGRAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA.....	46
5.1 CONTEÚDO DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA	48
5.2 TITULARIDADE DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA	52
5.3 REGIME DE PROTEÇÃO DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA.....	53
5.4 DIREITO À RESERVA DA VIDA PRIVADA E FIGURAS AFINS.....	55
6. PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA.....	57
6.1 O INTERESSE NA PRIVACIDADE E NECESSIDADE DA SUA TUTELA	57
6.2 PROTEÇÃO JURÍDICA DA PRIVACIDADE EM GERAL	58
6.3 LIMITES DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE SOBRE A VIDA PRIVADA	59

6.4 LIMITES EXTRINSECOS DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE SOBRE A VIDA PRIVADA	62
7. RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E NOVAS TECNOLOGIAS ...	66
CAPÍTULO III – LIMITAÇÃO (IN) VOLUNTÁRIA DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO	71
8. A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA SOBRE A VIDA PRIVADA.....	71
9. CONFORMAÇÃO DO OBJETO DO DIREITO PELO SEU TITULAR	81
10. LIMITAÇÃO DO DIREITO PELO ACORDO DO SEU TITULAR	86
10.1 DECLARAÇÃO DE LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA	86
10.2 CAPACIDADE PARA A LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA.....	91
10.3 EFEITOS DA LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA.....	96
10.4 REVOGABILIDADE DA LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA.....	97
COLISÃO DE DIREITOS	98
12.1. NATUREZA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	110
12.1.1. Aplicação Do Direito Ao Esquecimento Para Pessoas Jurídicas E Coletivas	111
12.1.2. Lei Geral de Proteção de Dados	113
12.2. BEM JURÍDICO PROTEGIDO	115
12.3. EFEITO STREISAND.....	123
12.4 LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DO DIREITO	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133

INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos, a construção de uma memória coletiva ou do patrimônio imaterial de um povo resulta da necessidade de manter a tecitura social e as diversas instituições, assegurando a perenidade e a estabilidade de uma determinada sociedade e, sobretudo, sua sobrevivência. Desse modo, as memórias coletivas integram a memória nacional, em um quadro ascendente que toma como ponto de partida os indivíduos e grupos, em suas memórias particulares e/ou pessoais.¹

Entretanto, a era das novas tecnologias de informação e comunicação trouxe conflitos a essa dinâmica, pois os artefatos e instrumentos materializados em uma rede de computadores, mídias, aplicativos e programas fizeram desaparecer as fronteiras geográficas e ressignificaram todas as relações.

A questão mais relevante que se interpõe nessa discussão é a igualmente importante necessidade que os sujeitos apresentam de deixar para trás fatos, dados, memórias que lhes trouxeram rupturas ou sofrimento, no processo de constituição de suas próprias histórias. Um imperativo que colide não apenas com o interesse de preservação da memória nacional, como também com a demanda permanente por informação, com instituições privadas e estatais gerenciando extensos bancos de dados informacionais.

Nesse sentido, Capelo de Sousa destaca que o homem passou a reivindicar seu espaço próprio, resguardando sua defesa ante as novas formas de intromissão em sua vida privada. Tal cenário culminou na posituação desse anseio pelos diversos sistemas jurídicos, reconhecido como direito fundamental emanado da personalidade do sujeito.

Ora, a Constituição Federal brasileira de 1988² consagrou em seu artigo 5º os direitos fundamentais, entre os quais figuram os direitos da personalidade, da mesma forma que dispôs a Constituição da República Portuguesa, em seu art. 26. Outrossim, o inciso X, da

¹ POLLAK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 3, 1989, p. 3-15.

² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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; [...] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Carta Magna Brasileira, assegura os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, considerando-os invioláveis. A manutenção da privacidade e da intimidade dos sujeitos de direitos pretende proteger os mesmos dos excessos de exposição e de interferência, seja pela entidade estatal ou qualquer instituição privada. Na mesma toada caminha a Constituição Portuguesa estabelecendo a proteção efetiva contra informações obtidas e utilizadas de forma abusiva como forma de assegurar a dignidade pessoal do ser humano.

Diante da problemática esboçada, esta pesquisa apresenta uma análise sobre o direito ao esquecimento, compreendido como manifestação do direito à imagem, na perspectiva de (des)hierarquização com o direito à informação. A metodologia³ adotada evidencia uma abordagem bibliográfica ao objeto do estudo, cotejando casos e dispositivos jurídicos nos sistemas brasileiro e português.

Em sua arquitetura textual, o trabalho se constitui em torno de 3 Capítulos. O Capítulo I trata da Proteção Geral da Personalidade, organizando-se em quatro títulos principais. A primeira seção aborda de modo conciso a retomada histórica dos direitos da personalidade, a partir da consolidação dos Direitos Fundamentais. O avanço do entendimento da concepção de pessoa e a importância de protegê-la evoluíram conforme se desprenderam das arcaicas formas organizacionais pautadas em estratificação social, patriarcalismo e escravidão.

É possível afirmar que, no Brasil, a tutela do Direito à personalidade, na esfera constitucional, dá-se por via reflexa ao Direito humano constitucionalizado da dignidade da pessoa humana, preconizado no artigo 1º, inciso III da CF/88. Na esfera Portuguesa, de forma pioneira, sua Constituição de 1976, com as devidas reformas de 1982 e 1989⁴, delimitou a tutela constitucional nos mesmos parâmetros do Direito Alemão. Inovou no que tange à possibilidade de reconhecimento da personalidade jurídica para Pessoas Coletivas tal qual ocorre no Brasil, o que incide sobre a aplicação de um Direito fundamental ao esquecimento, como extensão do Direito à imagem, às personalidades coletivas mercantis.

Na evolução civilista brasileira, em seu primeiro Código Civil de 1916 não houve tratamento dedicado à tutela da personalidade e seus bens (vida, honra, imagem, liberdade),

³ FONSECA, J. J. S. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002.

⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Direito Geral da Personalidade*. Coimbra Editora. Reimpressão 2011. p.96.

visto que se voltou às tutelas de questões patrimoniais, entendendo que o conceito de personalidade representaria a possibilidade da prática de atos da vida civil, restando um entendimento implícito da existência de direitos da personalidade⁵.

A civilista portuguesa, por sua vez, teve evolução mais lenta, trazendo uma tutela inicialmente publicista⁶. A publicação do digesto português não provocou “imediata concretização dos direitos da personalidade”, sendo, aos poucos, acolhido pelos doutrinadores portugueses⁷. Observa-se que o Código Civil Português de 1867, em seu art. 6º, conheceu o indivíduo apenas como ser dotado de capacidade jurídica a partir do nascimento ficando “coberto pela proteção da lei para efeitos do Código”⁸. A partir do seu artigo 359º que houve

⁵ A exemplo, tem-se o conteúdo disposto a partir artigo 1537 do Código Civil Brasileiro de 1916 ao assegurar o ressarcimento por lesões ao direito à vida:

“Art. 1.537. A indenização, **no caso de homicídio**, consiste:

I. No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família.

II. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

Art. 1.538. No caso de ferimento **ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença**, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.

§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§ 2º Se o ofendido, aleijão ou deformado, for mulher solteira ou viuvam ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dota-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.

Art. 1.539. Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Art. 1.540. As disposições precedentes se aplicam ainda ao caso em que a morte, ou lesão, resulte de ato considerado crime justificável, se não foi perpetrado pelo ofensor em repulsa de agressão do ofendido.”. BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm

⁶ CORDEIRO, António Menezes. Os direitos de personalidade na civilística portuguesa. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. v. 61. n.3 . 2001 . p. 1229-1232

⁷ “Os direitos de personalidade conhecem, recentemente, um surto doutrinário e jurisprudencial (...) O

Direito Civil português despertou tarde para o problema”; “Na tradição portuguesa, os direitos das pessoas obtinham uma tutela publicística. Podemos, a tal propósito, referir os institutos do direito de petição, da tutela penal e da proteção constitucional” e conclui, fazendo contraponto à Constituição da República Portuguesa, que “na lei civil, a progressão foi mais lenta”. CORDEIRO, António Menezes. Os direitos de personalidade na civilística portuguesa. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. v. 61. n.3 . 2001 . p. 1229-1232.

⁸ ASCENSÃO, José Oliveira. 2014. Os direitos de Personalidade no Código Civil Brasileiro Lisboa. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf>

o início de uma proteção mais específica de alguns bens da personalidade ao trazer um título acerca dos direitos originários contrapondo-os aos direitos adquiridos.⁹

As seções seguintes abordam a proteção geral da personalidade, estendendo-se para suas dimensões e seu livre desenvolvimento. A seção quatro discorre sobre os poderes jurídicos no regime geral dos direitos da personalidade.

Os termos personalidade e pessoa apresentam-se muitas vezes relacionados, sendo, desta forma, imprescindível a conceituação deste último. Apesar de, na práxis, sabermos o que é uma pessoa, um indivíduo, quando se busca sistematizar no campo da teoria, esbarra-se em dificuldades, seja pela ilimitabilidade das manifestações humanas, seja pela ausência de referencial comparativo. Por essa razão, o texto traz as contribuições dos filósofos como Kant e Heidegger e dos juristas Capelo de Sousa e Mota Pinto, a título de exemplificação.

Nesse trecho, tecem-se algumas considerações acerca do que é a personalidade e sua distinção do instituto capacidade jurídica. Como arremate à seção final do Capítulo 1º, compreende-se que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade consiste na proteção à lesão da integridade pessoal por terceiros. Assim, “a consolidação de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade deve ser entendida como um compromisso da Constituição com os ideais de autodesenvolvimento da personalidade, visando o cumprimento, de acordo com a vontade do particular, do que nela está tutelado”.¹⁰

O Capítulo II envolve a discussão sobre a proteção da vida privada, sistematizando-se em três partes. O ponto inicial discorre sobre o itinerário histórico dos termos público e privado. Determinar a natureza intrínseca dos conteúdos nos termos público e privado dependerá também da relativização desses conceitos, em uma perspectiva contextualizada de seus usos. Os limites entre público e privado são tênues em especial na chamada sociedade da

⁹ O artigo referido prelecionou que direitos originários *são resultantes da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os direitos*, como o direito de existência, de liberdade, de associação, de apropriação e de defesa. No artigo 360º, ampliou o entendimento do direito de existência consignando que abrange não só a vida e a integridade pessoal como, também, o bom nome e reputação *em que se consiste sua dignidade moral*. O 361º, por sua vez, entendeu que a liberdade *consiste no livre exercício das faculdades físicas e intelectuais, e compreende o pensamento, a expressão e a ação*. A inviolabilidade do pensamento do homem bem como a reparação por excesso no direito de expressão foram contemplados, respectivamente, nos artigos 362º e 363º. Portugal. Código Civil Português. Segunda Edição Oficial.Pub. 1868. Lisboa.Imprensa Nacional. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>

¹⁰ Ibidem. p. 167.

informação e comunicação. O mundo globalizado difundiu a generalização da informação e a comunicação sem fronteiras. Os assuntos e temas da vida privada, hoje, são compartilhados em tempo real no ambiente virtual ou no cenário midiático.

O último Capítulo apresenta o foco da pesquisa, discorrendo sobre o direito ao esquecimento e a limitação (in)voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Aborda-se a valoração do direito à informação e liberdade de expressão como direito fundamental e da personalidade em contraposição ao direito a não ser lembrado decorrente do direito à imagem. Por meio de estudo de casos concretos, analisa-se a possibilidade de preponderância de um bem jurídico sobre outro. Ademais, são trazidos conceitos legislativos do direito ao esquecimento no contexto europeu em comparação ao ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO I – PROTEÇÃO GERAL DA PERSONALIDADE

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE

“Omne jus constitutum est causa hominum”¹¹ (Codigo Hermogeniano, 294 d.C.).¹²

O presente adágio resume toda a ideia do Direito, principalmente no período Humanista/Renascentista no qual o antropocentrismo permeou, com afinco, as ciências. A partir dessa influência, o Direito tomou o Ser Humano como ponto de partida para a análise de todo o meio externo.

Necessária se faz, no entanto, a retomada dos contornos históricos acerca da evolução jurídica que culminou até o ponto de interesse: o surgimento dos direitos fundamentais e, por via reflexa, dos direitos da personalidade e do conceito de dignidade humana.

Capelo de Sousa¹³, em sua obra acerca do Direito Geral da Personalidade, faz uma análise pormenorizada abrangendo toda a evolução legislativa dos Direitos da Personalidade. Esta abordagem elaborada, no entanto, desvia-se, a nosso ver, do fim pretendido pela presente pesquisa, ao delongar-se.

Nessa perspectiva, opta-se por uma metodologia direta, discorrendo-se brevemente sobre o âmbito histórico dos direitos da personalidade, iniciando-se na consolidação dos direitos fundamentais (1945).

Anterior à consolidação, esboços foram trazidos nas primeiras formas de legislação. O Código de Hamurabi, *v.g.*, economicamente liberal, trouxe a primeira *tentativa* de equidade entre os indivíduos encerrando a servidão dominial e atribuindo a qualidade de homem livre

¹¹ *Todo o direito foi instituído por causa do homem.* Tradução livre.

¹² Código, Códex ou Códice Hermogeniano ou de Hermógenes (em latim: Codex Hermogenianus) é o título duma coleção de constituições (pronunciamentos legais) dos imperadores romanos da primeira tetrarquia (Diocleciano, Maximiano, Constâncio Cloro e Galério), principalmente dos anos 293-294. O código adquiriu seu nome de seu autor, Aurélio Hermogeniano, um proeminente jurista que atuou como mestre das petições (*magister libellorum*) sob Diocleciano (r. 294–305). O trabalho não sobreviveu intacto, e muito de sua forma é conjecturalmente descrita por meio de um papiro egípcio e de referências ao trabalho. Nos séculos IV-V, tornou-se uma obra padrão de referência, permanecendo popular ao menos até o século VI. Fonte: Wikipédia.

¹³ Ver de forma aprofundada CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.*

ao servo feudal, o que lhe garantiria, em caso de violência pessoal, uma indenização pecuniária. Contudo, estabelecia diferenciação com *homens livres de classe superior* que possuiriam, além do direito à indenização, direito à aplicação da Lei de Talião que contemplava penas de violência corpórea.¹⁴

A segunda influência bosquejada remete à Antiguidade Grega, ao estabelecerem a primeira forma do princípio da personalidade entre as relações indivíduo-polis. Primitiva forma de respeito universal ao homem fora demonstrada pelas normas que impunham respeito aos prisioneiros de guerra e obrigação de permitir a sepultura dos cadáveres.¹⁵ Ademais, entendiam pela existência de capacidade jurídica e personalidade dos indivíduos. Nesse período, pelas ideias de Platão, Sócrates e Aristóteles, a concepção de personalidade e problemas legislativos decorrentes de sua tutela recebeu nova valoração ao entender-se a posição do ser humano.¹⁶

Em Roma, a terceira grande influência aos direitos da personalidade e humanos, ainda que se concebesse a diferença de direitos decorrente dos status dos cidadãos, inicia a possibilidade de punição às violações físicas e morais da personalidade, tanto por compensação pecuniária quanto por represália física.¹⁷

Após o período assinalado, a próxima relevante contribuição surge na Idade Média, a partir das ideias Renascentistas, Humanistas e Antropocêntricas, refletindo, inclusive, nas Ordenações Afonsinas. Tais concepções trouxeram a primitiva ideia de um direito geral de personalidade *ius in se ipsum*.¹⁸

Observa-se que as influências destacadas não evidenciavam a forma de tutela aos direitos da personalidade hoje conhecidos e nem poderiam em decorrência da forma de organização política e social.¹⁹

¹⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* p. 36- 39.

¹⁵ *Idem.* p.40-42.

¹⁶ *Ibidem.* p.43-47.

¹⁷ KUNKEL, Wolfgang. *Linee di storia giuridica romana*. Napoles, Ed. Scientifiche, 1973, p. 34-39.

¹⁸ KUTNER, Luis. *Aristotle, Aquinas and Kant on Human Rights*. MLR 55, 1972, p 270..

¹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 32.

O avanço do entendimento da concepção de pessoa e a importância de protegê-la evoluíram conforme se desprenderam das arcaicas formas organizacionais pautadas em estratificação social, patriarcalismo e escravidão²⁰.

Na próxima passagem histórica relevante à existência da atual forma de proteção dos direitos da personalidade, chega-se ao século XX, em especial a Primeira e a Segunda grande Guerras Mundiais. O cenário mundial encontrado em 1945, pós-guerra, como sabido, colocou a humanidade nas suas piores condições: fome, mutilações, mortes, sofrimento, necessidade de amparo entre as nações. Especificamente, nesse contexto, as inspirações antropocêntricas passaram a solidificar-se nos ordenamentos internacionais e nacionais.

As guerras atenderam aos interesses políticos e de poder, sem considerar a dignidade da pessoa humana, sem considerar as vidas que foram desperdiçadas para atender a uma finalidade frívola. Ora, se o estado foi criado para proteger e regular as relações humanas, colocando a vida do ser humano como valor maior, não há qualquer sentido em inverter essa relação, sacrificando-as para obtenção da satisfação estatal.

Ao final da segunda grande Guerra Mundial, obteve-se um saldo²¹ estimado de 55 milhões de mortes entre Europa e Ásia; 26 países envolvidos no conflito; considerado, em 1947, danos materiais na casa dos 200 bilhões de dólares; 71 mil cidades destruídas pela União Soviética e 32 mil empresas. Até recentemente, calculou-se que a Alemanha tenha desembolsado em torno de 76,7 bilhões de euros para reparações individuais.

Após esse episódio de proporções globais, em um sentimento mútuo entre os países sobre a necessidade de estabelecer e manter a paz iniciou-se, em 1942, sucedendo a Liga das Nações, uma instituição criada após o fim da II Guerra Mundial, por iniciativa do presidente estadunidense Franklin Roosevelt, com a ratificação, em outubro de 1945, por China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética, da Carta das Nações Unidas, na qual os países se uniram para evitar a repetição de eventos dessa magnitude.²²

²⁰ ASCENSÃO. José de Oliveira. *O direito introdução e teoria geral*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.p. 104.

²¹ **A segunda Guerra Mundial em números**. Deutsch Welle. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/a-segunda-guerra-mundial-em-n%C3%BAmoros/a-50212146>

²² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Ob. Cit.*

Adiante, houve a elaboração e ratificação da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* da ONU²³ de 1948, onde se assegurou a existência de direitos humanos em um âmbito mundial. Posteriormente, outros documentos, com teor semelhante, sempre visando à tutela do Ser Humano, foram elaborados tais como a “Declaração do Conselho da Europa para a salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950²⁴; o Pacto internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966”; o *Tratado da União Europeia* de 1992, e modificado em 2007; a “Convenção sobre Direitos Humanos e a Biomedicina” de 1997 e a “Carta dos Direitos Fundamentais” de 2000.

Nessa mentalidade, as Constituições posteriores, em especial a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (RFA) da Alemanha, de 1949, e a Constituição Brasileira de 1988, passaram a internalizar o conteúdo de direitos humanos dispostos na Carta Declaração Universais dos Direitos do Homem, consagrando-os como direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e sua dignidade.

Por oportuno, frise-se que diferença entre os direitos humanos e os fundamentais, considerando o conteúdo semelhante, reside na consagração no âmbito externo (internacional, efetuado a partir de Tratados e Convenções) ou interno (positivação no ordenamento interno de cada País).²⁵ Ainda sobre esse ponto, Alexy²⁶ asseverou que é necessário ter consciência que se trata de “direitos humanos transformados em direito constitucional positivado, vez que há constituições cujos direitos não foram classificados como humanos e vice-versa”.

1.1 A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Apesar da gênese ter ocorrido de uma construção histórica secular, consoante ponderado anteriormente, é no Direito alemão que surge o esboço mais estruturado do Direito

²³ Organização das Nações Unidas. História. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/historia>.

²⁴ European Court of Human Rights Council of Europe. F-67075 Strasbourg Cedex. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

²⁵ NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 396.

²⁶ ALEXY, Robert. Discourse Theory and Fundamental Right. In MENÉNDEZ, Agutin Jose - *Arguing Fundamental Right*. Law and Philosophy Library. Vol. 77. Holanda: Springer. 2006. p. 15-17.

à Personalidade, principalmente ao dispor, em sua Lei Fundamental (instituída em 1951) sobre.

Tutelou, juntamente com os avanços no âmbito da legislação civil, o direito geral da personalidade e os direitos especialmente protegidos, tais como o direito à própria imagem, à própria voz, ao próprio nome, à proteção da vida privada e à autodeterminação informacional²⁷, conforme se discorrerá.

Influenciada pelas ideias de Immanuel Kant, a tutela jurídica da personalidade que reconhecia o Ser Humano como “algo mais que máquina”²⁸, “consagrando a pessoa como detentor de direitos e deveres em suas relações interpessoais devendo vigorar o respeito recíproco como princípio fundamental do Direito”²⁹, em território germânico, a partir do século XIX, encontrou dificuldades em prosperar no ordenamento jurídico, principalmente pelo caráter liberal-econômico imperante nesse tempo. Por conseguinte, somente alguns direitos especiais da personalidade ganharam tutela especial, aqueles mais expressivos como o nome, a honra e a integridade física que, segundo a perspectiva estatal, seriam realmente direitos subjetivos.³⁰

Sob esta mentalidade, a tutela ressarcitória por dano patrimonial limitou-se àquelas legalmente previstas, principalmente no campo criminal, v.g., injúria, calúnia e difamação. Ainda em decorrência da mentalidade da época, a personalidade jurídica foi reduzida ao entendimento de mera capacidade de figurar como parte em uma relação jurídica, sendo sujeito de direitos e deveres.

Durante a codificação civil, reduziram-se à equivalência os termos personalidade e capacidade jurídica, limitando o conceito de pessoa como mero material existencial das

²⁷ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *The Protection of personality Rights in Germany*. 2019.

²⁸ Assim asseverou Kant (...) *quando la natureza há logrado desarrollar, bajo esta dura cascara, esa semilla que cuida com máxima ternura, a saber, la inclinacion y oficio del libre pensar del hombre, el hecho repercute poco a poco en el sentir del pueblo (con lo cual éste se va haciendo cada vez más capaz de la libertad de obrar) y hasta en los principios del Gobierno, que encuentra ya compatible dar ao hombre, que es algo más que una máquina, un trato digno de él*. Disponível em KANT. ? *Qué es la ilustracion?* In: *Filosofía de la História*, trad. Eugenio Imaz. 1ª ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1941 (pp25-38)

²⁹ LARENZ, Derecho Justo. *Fundamentos de Ética jurídica*, trad. Luis Díez-Picazo. Madri, Civitas, 1993, pp 56-57.

³⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* p. 70.

relações jurídicas.³¹ Em 1896, surge, no parágrafo 1º do Código Civil Germânico o termo Capacidade Jurídica sem fazer menção à personalidade, influenciando, em 1916, o Código Civil brasileiro.

Com a ascensão do nazismo, já no século XX, duas grandes correntes emergem no pensamento jurídico alemão: a) juspositivismo – com a clara divisão de direito e moral, tendo como principal representante Hans Kelsen; b) organicismo, baseado em ideias hegelianas, pregando a inter-relação e impossível dissociação entre Direito e Moral. Nessa nova sociedade com a figura do Führer, não havia consideração do indivíduo como pessoa, mas sim como um meio de obtenção da vontade de seu governante. Isso se consolidou, em 1935, com a promulgação da Lei do Cidadão, colocando o indivíduo como cidadão do Reich, sem considerar sua posição como pessoa detentora de personalidade, escolhas, vontades. Durante a vigência do regime nacional-socialista, imperou-se a figura do camarada e seus deveres. Este novo termo atribuído aos indivíduos deve ser entendido, segundo a definição de Larenz, como um cidadão de sangue alemão membro da comunidade em contraposição àqueles que Hitler não considerava dignos da nacionalidade germânica (judeus, negros).³²

Com o término da Segunda grande Guerra Mundial, consoante já discorrido alhures, diante o novo cenário, o indivíduo torna-se o centro da preocupação legislativa, retornando às ideias jusnaturalistas e humanistas do Direito fundamentadas na dignidade da pessoa humana, impondo um mínimo ético a ser impossível de ser transgredido. Nesse contexto nasce, em 1949, a Lei Fundamental Alemã rompendo o totalitarismo nacional-socialista, colocando como centro os direitos fundamentais.³³ Em seu preâmbulo traz a “consciência da responsabilidade perante Deus e os seres humanos e a vontade de servir à Paz Mundial”³⁴.

Pelo caráter pioneiro nessa nova perspectiva jurídica do ser humano como centro e destinatário das normas, a legislação alemã influenciou os demais países, em especial, Brasil e Portugal.

³¹ Tal ideia fundamentou-se na concepção de Friedrich von Savigny (1779-1861) que entende como necessária a existência de duas pessoas para a existência da relação jurídica.

³² CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental de Direito Civil*. p. 27.

³³ ROGERIO, Nuno. *O sistema constitucional da Alemanha*. In: *A Lei fundamental da Republica Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra, 1996 (pp13-102) p. 78.

³⁴ Deutscher Bundestag. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

Na esfera Portuguesa, em sua Constituição de 1976, com as devidas reformas de 1982 e 1989³⁵, delimitou a tutela constitucional nos mesmos parâmetros do Direito Alemão inovando no que tange à possibilidade de reconhecimento da personalidade jurídica para Pessoas Coletivas³⁶, tal qual ocorre no Brasil, o que incide sobre a aplicação de um direito fundamental ao esquecimento, como extensão do direito à imagem, às personalidades coletivas mercantis, como será discutido no capítulo III.

Em terras brasileiras, a tutela do direito à personalidade, na esfera constitucional, dá-se por via reflexa ao direito humano constitucionalizado da dignidade da pessoa humana, preconizado no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna. Enfim, vislumbrar-se-á, no que tange à aplicação da tutela de tais direitos, numa aplicação extensiva, às Pessoas Jurídicas, similaridades com o país de Camões.

1.2 A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE NO DIREITO CIVIL

A Alemanha ocupou-se de estudos referentes ao desenvolvimento dos direitos da personalidade desde o século XIX, defendendo, com supedâneo em conceitos jusnaturalistas, o Ser Humano em face do poder público estatal³⁷. Traçou sua primeira forma de proteção no Código Civil Alemão (BGB- *Bürgerliches Gesetzbuch*), tratando de forma parca, visto que se iniciavam debates nesse sentido. Com avanços jurisprudenciais e doutrinários, a atual forma de tutela e regulação dos direitos da personalidade encontra-se disposta tanto no §823, I do BGB17, como na Lei Fundamental Germânica.

No âmbito legislativo brasileiro, inexistente dispositivo correspondente. Contudo, numa interpretação extensiva, considerando o conteúdo da tutela da personalidade e seu objetivo maior, tem-se a dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição de 1988 (art.

³⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* p.96.

³⁶ No cenário legal brasileiro, sobre tal instituto usa-se a nomenclatura Pessoa Jurídica em contraposição à Pessoa Física natural. No repertório português, entende-se como pessoas coletivas os organismos sociais dotados de personalidade jurídica e constituídos para realizar interesses comuns ou colectivos, podendo ser de direito público ou privado.

³⁷ BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen um französischen Zivilrecht* (p. 19) in ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *The Protection of personality Rights in Germany*. 2019.

1º, III). Na evolução civilista brasileira, posterior às normativas “emprestadas”³⁸ de Portugal, em seu primeiro Código Civil, 1916, não houve tratamento dedicado à tutela da personalidade e seus bens (vida, honra, imagem, liberdade), visto que o r. digesto se voltou às tutelas de questões patrimoniais, entendendo que o conceito de personalidade representaria a possibilidade da prática de atos da vida civil. Tal concepção obteve críticas iniciais de Pontes de Miranda mostrando, através de entes despersonalizados como condomínios – possuidores dessa aptidão e não possuidores de personalidade.

Consagrou-se, no Código de 1916, o Estado Liberal, caracterizado pela opressão dicotômica forte-fraco e permeado de acentuados traços patrimonialista, patriarcal e individualista.³⁹

No sistema civilista brasileiro atual, no que tange aos direitos emergentes da personalidade humana, dedicou-se um capítulo para a tutela, trazidos nos artigos 11 a 21 do Código Civil Brasileiro, bem como a previsão das tutelas preventivas e ressarcitórias elencadas no artigo 927 do r. digesto legal e no artigo 5º, inciso V e X, da Carta Magna.

Em um panorama luso, a tutela dos direitos fundamentais no âmbito civil ocorreu a vigência do primeiro Código Civil, em 1867, conhecido como Código de Seabra. Anterior a sua aprovação, a legislação inspirava-se no direito romano e organizou-se ao longo das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Esta última vigorou em solo brasileiro até a edição, em 1916, do primeiro código civil do país.⁴⁰

O Código de Seabra⁴¹ seguiu a linha jusnaturalista e liberal, influenciado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e pelo Código Civil austríaco (1811). Nesse sentido, destinou um capítulo intitulado de “direitos originários” decorrentes da natureza própria do homem entendendo que a ação jurídica não exerceria papel de genitora de direitos

³⁸ Referência ao contexto legislativo antes da independência brasileira.

³⁹ Contexto histórico trazido na obra GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* p.59-64.

⁴¹ Nomenclatura decorrente da elaboração ter ocorrido por António Luís de Seabra e Sousa, 1.º Visconde de Seabra. Ocupou cargos de Ministro, Juiz-Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e Reitor da Universidade de Coimbra. Em decorrência da experiência, foi incumbido da elaboração de um novo Código que contemplasse e atualizasse toda a legislação civil do Reino. Disponível em https://www.nova-acropole.pt/a_visconde_seabra.html.

ou capacidade jurídica do homem, mas, sim, desempenharia funções de proteção e regulação desses direitos e do exercício dessa capacidade. Tal registro trouxe as primeiras linhas da proteção dos direitos da personalidade, ainda que assim não nomeados. Consagrou, em seu art. 360º, que haveria um direito à existência e que este contemplaria não somente a vida e integridade corpórea, como traria o “bom nome e a reputação.”⁴²

Nota-se que em 1867 já havia a preocupação em tutelar o homem não apenas como uma existência física, mas como suas manifestações de vontade e pensamento, ao entender que seriam expressões inerentes à vida. Partindo dessa proteção geral da personalidade, por parte da doutrina e jurisprudência portuguesa, admitiram-se, preferencialmente, direitos especiais da personalidade.⁴³

No atual Código Civil Português, vigente a partir de 1967, ou seja, cem anos após o digesto anterior, contempla-se a disposição sobre a personalidade no artigo 70, referente à “proteção contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa a sua personalidade física ou moral”. É previsto ainda, no âmbito processual civil, a partir do artigo 1474.⁴⁴ O referido Código optou por limitar a autonomia de vontade privada que objetivasse restringir os direitos inerentes da personalidade. A necessidade de tal ato e os limites consagrados serão adequadamente abordados em tópico próprio.

Observa-se que, independentemente do sistema judicial adotado, tutelam-se bens imateriais, inerentes à natureza humana, com particularidades intrínsecas a cada particular e sua forma de desenvolvimento personalíssimo. Disto decorre a forma e as dificuldades nos mecanismos tutelares, *v.g.* em casos de quantificação de um dano a um bem “espiritual”, ou, até mesmo, da previsão da forma como determinada personalidade manifestar-se-á. Nesse tocante, Vasconcelos entende que as forma de proteção não se dirigem às pessoas de forma geral, mas a cada indivíduo respeitando sua singularidade, seu modo *irrepetível e infungível* e, por isso, haveria dificuldade na tutela, pelo fato da violação ocorrer em contextos diferentes

⁴² CAPELO DE SOUSA. *Ob. Cit.* p. 77-78.

⁴³ *Idem.* p. 83.

⁴⁴ *Ibidem.* p.104.

(pessoas diferentes, personalidades diferentes, psiques diferentes, comportamentos diferentes)⁴⁵.

2. PROTEÇÃO GERAL DA PERSONALIDADE

Após a contextualização histórica da sistematização jurídica acerca do direito da personalidade e sua formação, necessária se faz uma abordagem filosófica que ressalte o caráter jurídico-dogmático da presente investigação. O viés filosófico assume função instrumental colimando respaldar a tutela investigativa do ser.

Anote-se que esse enfoque ontológico do Ser encontra multidisciplinidade, visto que cada ramo da ciência, ao longo do período moderno, debruçou-se sobre único ponto de interesse, cabendo à Filosofia a integração destas concepções intentando um panorama integral e utilitarista da pessoa humana, constatando suas diversas perspectivas dignas de proteção legal/jurídica.

Com o amparo tanto da Filosofia quanto da Psicologia, o Direito delimitou os objetos da tutela judicial dos direitos da personalidade como uma continuidade da tutela integral da pessoa humana. Disto decorre todo o cerne da questão a ser debatido: o que é a personalidade, em que consiste e quais seus objetos tutelados.

Inicialmente, ressalta-se a conexão entre os termos personalidade e pessoa, sendo, desta forma, imprescindível a conceituação deste último. Apesar de, na práxis, sabermos o que é uma pessoa, um indivíduo, quando se busca sistematizar no campo da teoria, esbarra-se em dificuldades, seja pela ilimitabilidade das manifestações humanas, seja pela ausência de referencial comparativo.

Ao decorrer da história ocidental, algumas tentativas de conceituação esboçaram-se. No entanto, escassos são os estudos que conceituaram com a devida complexidade e profundidade tal questão. Na maioria das conceituações, o termo é inato, sempre tendo existido, o que recai na ausência de referencial anterior.

⁴⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 57.

A definição de pessoa carrega o conteúdo da área que a investiga. O primeiro emprego da expressão deu-se na Grécia, pelo filósofo Boécio, originário de *persona* que representaria a passagem da voz através de máscaras típicas do teatro grego. Em analogia aos papéis desempenhados pelos atores, a *persona* assinalaria o exterior, referente ao papel que o homem vive. Com o desenvolvimento social, pôde-se entender como a função desempenhada por cada indivíduo na sociedade em que se encontra inserido.⁴⁶

2.1 DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Primeiramente, apresentam-se algumas considerações acerca do que é a personalidade e sua distinção do instituto capacidade jurídica. Para Capelo de Sousa, consoante o prelecionado no art. 70 do Código Civil português, a personalidade abrange a personalidade física ou moral, ou seja, bens individualizados, não se tratando de critério para qualificar o “sujeito da relação jurídica”⁴⁷. Já a capacidade jurídica é entendida como um elemento para caracterizar a pessoa como possível titular de direitos ou não.

Kant, em uma concepção filosófica acerca da compreensão e definição da Personalidade, sistematizou em três formas basilares: a) personalidade transcendental; b) personalidade psicológica e c) personalidade moral. O primeiro corresponde a um eu em geral, um sujeito determinante; o segundo, como sujeito determinável e o terceiro, como sujeito que determina a si mesmo a partir da sua ação moral.⁴⁸ Desta forma, não podemos conhecer o ser sujeito, mas apenas os efeitos de suas determinações.

O mesmo se aplica ao direito geral e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Enquanto o primeiro ocupa-se da tutela específica de manifestações da personalidade, visto a impossibilidade de tutelar-se a personalidade porquanto bem imaterial,

⁴⁶ RUBIO, 2001, p. 305.

⁴⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* p.106.

⁴⁸ SIMÃO, J. (2010). *Heidegger e a Doutrina da Personalidade em Kant*. Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica E Modernidade, (15), 41-58. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v0i15> (p41-58). p. 44

o segundo tutela as previsões de manifestações. Numa forma simplificada: este regula, em caráter de amparo, o que aquele não tutela.⁴⁹

Ainda sobre a conceituação de pessoa e personalidade, Heidegger, ao estudar a obra de Kant, entende que a personalidade moral compreende o sentido mais estrito e autêntico do conceito de pessoa vez que consiste na consciência de si mesmo para expressar uma modificação de si mesmo, caracterizando a pessoa naquilo que é.⁵⁰ Assevera, tal como Kant, que o respeito diferencia seres racionais do restante vez que o respeito seria a forma ética de revelar sua dignidade, enquanto livre, determinando algo a si mesmo, cumprindo por conhecimento a lei moral.⁵¹

Conceituando a natureza humana, Kant entende como um conjunto de interações fisiológicas, observações psicológicas, observação de condutas repetidas. Nisto baseiam-se as compreensões do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sendo esta um conjunto de fatores em intercâmbios, não há com determinar exatamente o que será pretendido e, por conseguinte, limitar-se o que poderá ser tutelado. A exemplo: durante o desenvolvimento de um indivíduo, não se pode afirmar se ele irá casar ou procriar. Portanto, até que essa decisão seja tomada, não há que se falar em tutelar qualquer bem personalíssimo. O que se busca é assegurar que, quando tal decisão for tomada, haja a faculdade de fazê-la. O exemplo mais conhecido, no âmbito brasileiro, para ilustrar, foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, arguindo questões da Lei de Biossegurança que se fundamentaram na contraposição entre duas liberdades: o direito do embrião (no que tange aos direitos fundamentais) em contraposição aos direitos de planejamento familiar (uma das liberdades trazidas pela Liberdade Geral da Ação), ambos tutelados pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade.⁵²

⁴⁹ MOTA PINTO, Paulo. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Coimbra. p.163.

⁵⁰ SIMÃO, J – *Ob. Cit.* p. 52

⁵¹ *Idem.* p. 56.

⁵² STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723> A r. ação versou sobre a possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias não violarem o direito à vida e à dignidade humana. Durante os votos dos Ministros, firmaram-se conceitos relevantes acerca do início da pessoa e de sua tutela. Em maioria, entenderam que *o início da vida não pressupõe somente a fecundação, mas a viabilidade da gravidez, da gestação humana*. Ademais, consignaram que a religião não poderia sobressair-se sobre o direito à saúde, visto que as pesquisas elaboradas a partir de células tronco obtidas de embriões beneficiariam milhões de brasileiros *que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito*

Em uma melhor sistematização, Mota Pinto⁵³ dispõe que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade consiste na proteção à lesão da integridade pessoal por terceiros. O autor ainda assevera que “a consolidação de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade deve ser entendida como um compromisso da Constituição com os ideais de autodesenvolvimento da personalidade, visando o cumprimento, de acordo com a vontade do particular, do que nela está tutelado”.⁵⁴

Por fim, como concluído por Pinto após longas investigações metodológicas, o direito do livre desenvolvimento da personalidade fornece uma previsão constitucional para tutelar direitos decorrentes da ilimitabilidade da personalidade humana. Outrossim, afirma que mais importante do que trazer a previsão legal para o desenvolvimento livre e eficaz da personalidade humana é a criação de condições reais e adequadas, tanto por parte de Portugal quando do Brasil, a assegurar o exercício da liberdade para o desenvolvimento da personalidade como um desdobramento da tutela da dignidade humana.

Noutro viés, trazendo expressamente a previsão ao Direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a Constituição Alemã o coloca como uma liberdade pessoal (Freiheitsrecht)⁵⁵, excedendo a mera concepção de tutela das diferenças entre os indivíduos, carregando conteúdo de direito objetivo ao fundar uma presunção a favor da liberdade sendo ponto de partida de todos os direitos subjetivos de defesa do cidadão face ao Estado.

2.2 DIMENSÕES DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Paulo Mota Pinto, em sua obra específica sobre o assunto, aponta o destacado e importante papel desempenhado pelo Direito ao livre desenvolvimento da personalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

básico e inalienável que é a busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém pode ser privado. Concluiu-se pela tutela do direito daqueles que já possuem vida e necessitam do acesso à saúde.

⁵³ MOTA PINTO, Paulo. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. Coimbra. p. 164.

⁵⁴ *Idem*. p. 167.

⁵⁵ Nesse sentido, consultar Paulo Mota Pinto. *Ibidem*. p. 160-161.

Segundo o autor, há duas dimensões a serem consideradas no que tange ao livre desenvolvimento da personalidade: a) “tutela da personalidade enquanto fundamento da individualidade em vários aspectos; b) a tutela da liberdade geral da ação”.⁵⁶.

Desta distinção, observa-se que a consagração de um direito de liberdade do ser humano pautado no não estabelecimento de modelo de personalidade. Ora, isso se reveste de um caráter individual. Inviável seria, num contexto democrático e pós-ratificação dos direitos humanos, impor-se um padrão a ser seguido, tal como implementado por governos totalitaristas (na Grécia antiga e mais recentemente na Alemanha Nazista).

De forma ampla, poderia o direito ao desenvolvimento da personalidade ser entendido como tutela da diferença da individualidade. Somado a isto, deve-se considerar, ainda, para um conceito mais minucioso, a dimensão social, visto que o Direito se fundamenta nos relacionamentos interpessoais.

De acordo com Canotilho⁵⁷, o direito ao desenvolvimento da personalidade transpassa a ordem de direitos subjetivos, incluindo-se em uma dimensão objetiva - o que ampararia o reconhecimento e aplicação às pessoas coletivas/jurídicas. O autor entende que, ainda que se assemelhem, há de se separar os direitos fundamentais dos direitos da personalidade, visto que muitos daqueles estão compreendidos nesses, mas o anteverso não ocorre. Na mesma via caminha Miranda⁵⁸ ao defender que existem coincidências entre os direitos fundamentais e direitos da personalidade, ressaltando que não se deve entender pela abrangência de um sobre o outro. Ademais, observa que os primeiros presumem relações de poder e inserem-se no domínio constitucional, enquanto os últimos esboçam relações de igualdade e âmbito civilista.

De Cupis⁵⁹, por sua vez, entende que as duas dimensões trazida por Canotilho devem ser consideradas no cenário hodierno. O autor relembra que a dimensão subjetiva, de cunho individualista, imperou na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e no Código de Napoleão. A evolução da autoridade do Estado e a passagem para uma perspectiva mais

⁵⁶ MOTA PINTO. *Ob. Cit.* p. 156.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 396.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV, 2012, p. 76.

⁵⁹ DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 21-22.

socializada alterou a perspectiva sobre os direitos da personalidade, que passaram a ser considerados em um âmbito objetivo.

Os direitos subjetivos determinam o *minimum* imprescindível ao conteúdo da tutela referente à personalidade. Sem essa determinação de matéria mínima, impossibilitada estaria a proteção à existência do indivíduo. Na definição subjetiva, entende-se que há direitos inatos, dependentes unicamente da existência da personalidade, e direitos derivados, que dependeriam da verificação de alguns requisitos, como a continuidade⁶⁰.

Nessa dimensão, o objeto dos direitos da personalidade não detém caráter de exterioridade em relação ao sujeito. Constitui bens e necessidade inerentes à personalidade, *v.g.*, vida, liberdade, integridade física, qualidades inerentes ao *ser* em contraposição às tutelas do *ter*. Moncada⁶¹ defende a perspectiva do direito subjetivo como o lado “interno do direito, relativos à consciência do indivíduo”. A partir disto, surge a concepção de *jus in se ipsum*, entendido como um direito sobre a própria pessoa, um “poder da vontade individual reivindicado face ao Estado”.⁶²

Fazendo crítica em relação à confusão entre objeto e titular na referida concepção⁶³, Savigny posiciona-se a entender que o direito subjetivo seria um poder da vontade protegido pela ordem jurídica⁶⁴, uma faculdade do indivíduo de querer em harmonia com a lei. Disto originou-se o princípio da autonomia da vontade e a denominada Teoria Voluntarista⁶⁵, para a qual determinados direitos fundamentais, como direito à vida e à honra, não são admitidos, enquadrando-se somente os direitos adquiridos.

Já De Cupis, também em análise da concepção *jus in se ipsum*, alerta para um problema decorrente dessa corrente ao considerar como elemento principal a vontade, o que, de plano, excluiria os não possuidores de anseios conscientes (crianças e demais incapazes)

⁶⁰ De CUPIS. *Ob. Cit.* p. 23.

⁶¹ MONCADA, Cabral de. *Lições de Direito Civil: Parte Geral*. Ed. Atlântida: Coimbra, 1932. p. 47.

⁶² CAPELO. *Ob. Cit.* p. 81.

⁶³ DE CUPIS. *Ob. Cit.* p. 30-33.

⁶⁴ MONCADA, *Ob. Cit.* p.46.

⁶⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System of the modern roman law*, v. I, p. 271 e 280

algo que, a saber geral, são possuidores de direitos ainda de que forma inexistente, temporária ou permanentemente assistida.

Para a presente pesquisa, adota-se uma postura mista ou eclética, mesclando os elementos vontade e interesse, consoante teoria de Jean Dabin⁶⁶. Nas lições do doutrinador, a vontade movimenta o direito, “a lhe exercer e defender, entendendo-se o direito subjetivo como um interesse que domina e rege a vontade humana”⁶⁷. O autor, ao contrário das teorias anteriores, uma relação entre o bem/valor ligado à pessoa (direito subjetivo) e a proteção jurisdicional (direito objetivo). Desta forma, concebe-se que o indivíduo possua direitos, bens e interesses, sem que se tenha consciência acerca da existência destes. Para Dabin, há sempre de ser analisado as interações entre o sujeito e a coisa que lhe pertence (direito subjetivo) e sua relação com os outros indivíduos da sociedade⁶⁸. Por fim, o autor ressalta a questão da exigibilidade como o direito ao exercício de reivindicar ou defender o que lhe pertence como garantia assegurada pelo direito objetivo⁶⁹.

Ora, nos parece lógico que o exercício de seu direito subjetivo, ou seja, as condições de manifestações a ele impostas, sejam limitadas pela existência de outros direitos subjetivos das demais pessoas inseridas no contexto social, bem como seja sua proteção exigida pelo titular dos direitos personalíssimos. Fazemos, contudo, ressalvas aqui quanto ao exercício *post mortem* e representação de incapazes.

2.2.1 PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE

Em consonância com a argumentação supra, é nítida a proteção da personalidade tanto num contexto geral, quanto em direitos especiais. A ideia nuclear norteadora de tal tutela pauta-se na raiz antropocêntrica do direito positivo.

⁶⁶ Denominada como *appartenance-maîtrise*, sem termo correspondente em português.

⁶⁷ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 74.

⁶⁸ *Idem*. p. 94-95.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 96

Decorrente da infindável natureza e formas de manifestação da personalidade humana, a proteção se dá em duas vias: uma mais limitada, com direitos devidamente delineados, referente aos direitos especialmente protegidos, determináveis; e outra mais genérica, criada para considerar a possibilidade de surgimento de manifestações personalíssimas não abarcadas na normativa geral. Sobre esta última forma, tutela-se a liberdade de ação, a possibilidade de surgimento de uma nova forma de expressão, decorrente da trajetória a ser optada por cada Ser Humano inserido em seu cenário social.

Considera-se, para perscrutar na presente pesquisa, a tutela mais ampla, caracterizada pelo exercício das faculdades inteligíveis em uma vivência carnal, o posicionamento mais acertado e previdente.

2.2.2 LIBERDADE GERAL DE AÇÃO

Mota Pinto⁷⁰, ao tratar sobre a liberdade geral de ação, conceitua a liberdade como requisito para o desenvolvimento da personalidade. Pelo fato do conteúdo tutelado pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade exceder a defesa da integridade, abarcando, também, a proteção da atividade, da liberdade do comportamento.

Trazido pelo conteúdo do art. 26 da Constituição da República Portuguesa, a concepção de liberdade (constitucionalmente protegida no art. 27) não se dissocia da autoconformação e racionalidade inerentes à qualidade humana.⁷¹

Ora, se o direito ao livre desenvolvimento compreende a possibilidade de escolhas a serem feitas, por óbvio que a liberdade geral de ação humana é supedâneo para a construção da tutela da personalidade.⁷²

Protege-se o comportamento humano como um todo, sem delimitações acerca de um setor, definindo-se não a importância das questões qualitativas ou valorativas.⁷³ Replica-se um

⁷⁰ PINTO, Paulo Mota. *Ob. Cit.* p. 198

⁷¹ *Idem.* p. 199

⁷² *Ibidem.* p. 199

conceito tanto evidente! Se a liberdade geral de ação visa tutelar aquilo que não foi previsto ou especificado no conteúdo constitucional e civil, evitando-se limitar a personalidade, em decorrência de sua natureza complexa, a um modelo, inexoravelmente tal direito compreenderá uma gama de liberdades inominadas decorrentes de questões valorativas da manifestação da personalidade.⁷⁴

A título exemplificativo tem-se as liberdades inominadas (sem previsão expressa na Constituição, mas amparadas no Direito de liberdade geral de ação), como a escolha sexual, a liberdade contratual, a possibilidade de escolha de profissional da área médica, liberdade de concorrência. Atua com caráter negativo/defensivo da pessoa, reconhecendo-se uma dimensão normativa do direito objetivo ao assumir natureza genérica imprescindível para amparar o desenvolvimento da personalidade.⁷⁵

No âmbito brasileiro, a Carta Magna de 1988 tratou de abarcar o máximo de liberdades possíveis em seu artigo 5º. Já a constituição portuguesa, contemplou o respectivo conteúdo no título II.

A CRFB, influenciada pelas primeiras declarações de direitos, mostrou-se uma *constituição da liberdade* ao contemplar, não somente um catálogo de liberdades específicas (u direitos especiais de liberdade, v.g, liberdade de expressão, de reunião ou de manifestação), mas inseriu um direito geral de liberdade, com supedâneo em uma liberdade geral de ação.

A CRP, em sentido contrário, não garante um direito geral de liberdade, mas consagra *as principais liberdades em espécie*, trazendo proteções específicas⁷⁶.

Na Alemanha, por sua vez, o entendimento acerca de um direito geral de liberdade adveio da prática, decorrendo da interpretação, pelos tribunais constitucionais de outros direitos fundamentais. Em especial, o caso mais emblemático, conhecido como Caso Elfes, no qual o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, baseando sua perspectiva no art. 2º da

⁷³ PINTO, Paulo Mota. Ob. Cit. p. 199

⁷⁴ *Idem.* p. 207

⁷⁵ *Ibidem.* p.209

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 478.

Lei Fundamental (que assegura direito ao livre desenvolvimento da personalidade), percebeu a existência de um “direito à liberdade geral de ação (*allgemeine Handlungsfreiheit*)”⁷⁷.

Mesmo sendo reiteradamente aplicado em decisões judiciais, constituindo sólido arcabouço jurisprudencial, há críticas, por juristas alemães, ao reconhecimento de tal direito, por entenderem ser *vazio de conteúdo*. Nessa toada, manifesta Ronald Dworkin, entendendo que não caberia, na concepção de direitos individuais, um conceito abstrato acerca da liberdade geral, sendo compatível somente com liberdades específicas e concretas, legalmente disciplinadas.⁷⁸

Ainda que existente dissenso entre a positivação de um direito geral de liberdade, todas as constituições do Brasil contemplaram *minucioso catálogo* de liberdades, servindo como suporte para a identificação de outras liberdades específicas decorrentes da liberdade geral de ação. Ou seja, consolidou-se, no artigo 5º, § 2.º, da CRFB, um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais. Desta forma, essa faculdade regulada de ação funciona como princípio geral de interpretação integrador entre as liberdades em espécies e aquelas implícitas na ordem constitucional. Portanto, a liberdade, compreendida como possibilidade de omissão ou ação, constitui manjedoura de possibilidade de manifestação de vontades e exercício de liberdades não elencadas em texto constitucional. Nas palavras de Alexy, a “liberdade geral de ação é uma liberdade **de se fazer ou deixar de fazer o que se quer...** De um lado, a cada um é *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – permitido fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva). De outro, cada um tem *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – o direito, em face do Estado, a que este não embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos)”⁷⁹.

Consoante será discorrido no segundo capítulo, ao tratar-se de limites, a liberdade geral de ação encontra limitações. A irrestrição da liberdade, é dizer, a possibilidade de exercício de direitos sem fronteiras dentro de um contexto coletivo, onde coexistem inúmeras

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Direito Constitucional*. 7ª Ed. 2018. P. 508.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, especialmente p. 380

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 311 (Tradução para o português: Virgílio Afonso da Silva, sob o título Teoria dos direitos fundamentais, p. 343).

personalidades - individuais, sui generis, complexas - levaria a lesão de direitos fundamentais, em especial, os direitos da personalidade, de indivíduos e a preponderância de interesse de outros. Em conclusão, os limites impostos à liberdade de ação garantem sua existência, portanto, o adequado desenvolvimento da personalidade⁸⁰.

3. O DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ESPECIALMENTE REGULADOS.

Preliminarmente, adverte-se que há, dentro dos direitos da personalidade, uma tutela geral e direitos especialmente regulados. Não se trata de direitos gerais da personalidade, mas de direitos tutelados como forma de proteção à personalidade. Destacam-se como tipos legais de proteção ao direito de personalidade.⁸¹

O direito geral, no sentir de Jorge Miranda e Rui Medeiros⁸², o direito geral de personalidade compreenderia uma tutela abrangente de todas as formas de lesão de bens de personalidade independentemente de estarem ou não tipicamente consagrados.

Ocupa-se, em decorrência da natureza ilimitada da personalidade humana, de *dar guarida* às diversas formas de expressão desse elemento humano irrestrito, não engessando as formas de tutela. Ao entender pela existência de um direito geral de personalidade, prevê-se a espaço jurídico para as diversas possibilidades de manifestação, anteriormente não contempladas nos direitos especialmente regulados.

A natureza da personalidade humana, consoante será discorrida no próximo tópico, pressupõe poderes, faculdade, amplo desenvolvimento, exteriorização de vontades. Não se trata de um rol taxativo de tutelas. Sobre isto, Capelo de Sousa⁸³ assevera que, ainda que se trate de uma cláusula geral, o que poderia levar a elementos de indefinição e de incerteza

⁸⁰ Vide tópico 11 da presente dissertação: limites de ação, limites imanescentes, liberdades asseguradas, exercício e colisão direitos fundamentais.

⁸¹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Ob. Cit.* p. 68.

⁸² JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2005. pág. 283

⁸³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* p 93

preliminares, acaba por adjudicar , por não constituir um sistema demasiado positivo-formal, mas, sim, um sistema jurídico valorativo, maleabilidade e versatilidade para aplicação a novas situações. Há, contudo, posicionamentos contrários, como Ronald Dworkin que entende que a existência de direitos individuais fortes não coaduna com a possibilidade de um direito geral, sem suporte fático determinável, mas, sim, com a positivação de liberdades específicas e concretas⁸⁴.

A existência de um direito geral tutela a complexidade da pessoa humana, “respeitando-se potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental desta personalidade.”⁸⁵ Esta tutela geral surge, consoante defendido por Ascensão e Beltrão⁸⁶, como a forma mais segura de se proteger, em decorrência da complexidade da personalidade humana, vez que não reduz a proteção da pessoa humana por não se restringir a garantir proteção somente aos direitos autônomos positivados (direitos especialmente tutelados). Verifica-se que, do Direito Geral da Personalidade – tutela da pessoa em sua complexidade – irradiam os demais direitos especiais – proteção de uma manifestação concreta da personalidade.

Por fim, salienta-se que a Lei Fundamental Alemã foi o primeiro dispositivo normativo a considerar a necessidade e existência de uma tutela geral.

3.1 DIREITO À LIBERDADE

Capelo de Sousa longamente discorre, em sua tese, das espécies de liberdade existentes a serem consideradas. A presente pesquisa, para o fim que almeja, limitar-se-á a mencioná-los sem adentrar em seus extensos conteúdos, cingindo-se aos contornos da liberdade que interessa à efetivação do direito ao esquecimento.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.*

⁸⁵ *Idem*. P 93.

⁸⁶ ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil: teoria geral*, vol. 1. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. . 71-73. E BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 55-56

Protegido principalmente no âmbito constitucional, tanto na legislação portuguesa (Artigo 27, CRP) quanto na brasileira (Artigo 5º, em seus 78 incisos, CRFB), entende-se o bem *liberdade* como a faculdade do homem sobre si mesmo, ou seja, sua autodeterminação.

O entendimento esboçado reafirma ideias de Kant⁸⁷ de que o bem liberdade acrescido da existência de um sujeito moral, compõe o conceito de personalidade. Na legislação brasileira, atrelado a isto, encontra-se o conceito de dignidade humana que recai sob o âmbito da liberdade.

A forma tutelada da liberdade, na acepção de Capelo de Sousa⁸⁸, traz um conteúdo normativo livre, até mesmo para não contrariar sua natureza, e atrelado ao titular. O homem, por meio da liberdade, modifica a si, à medida que realiza escolhas, e ao meio em que convive (liberdade interior e liberdade exterior), estabelecendo harmonia entre as relações pessoais. Neste ponto, a manutenção desse equilíbrio que, conforme se adianta, resta, muitas vezes, no convívio gregário humano, prejudicado, depende da consciência moral anteriormente exposta por Kant⁸⁹, ao esperar-se que não seja feita ao próximo aquilo que lhe lese direitos.

Prosseguindo no estudo, Capelo traz outros tipos de liberdade, a saber: “a) liberdade negativa⁹⁰ (resumidamente proibição de ser constrangido por outrem); b) liberdade positiva (faculdade de praticar ato que não seja proibido)”⁹¹, “c) liberdades interiores (como liberdade de pensar, de sentir, de querer)”⁹²; “– manifesta-se, na tutela constitucional, na proibição da escravidão, de exílio, expulsão/extradição”⁹³; “e) liberdade de disposição do próprio corpo (*ius in se ipsum*)”⁹⁴; “f) liberdade espirituais e liberdades religiosas” (liberdade de credo, de consciência, de sentir, de pensar, de decidir, de agir)⁹⁵; “g) liberdade de ação ou omissão”⁹⁶; “h)

⁸⁷ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* (Trad. Edson Bini). Bauru: Edipro, 2003. p.223.

⁸⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* p.256-259.

⁸⁹ MARTINS, Clélia Aparecida Martins. *Sobre a Personalidade na Filosofia Prática de Kant*. Revista Portuguesa de Filosofia, 58. 2002. Fls. 101-116.

⁹⁰ CAPELO DE SOUSA. *Ob. Cit.* p. 259

⁹¹ *Idem.* p. 260.

⁹² *Ibidem.* p. 261.

⁹³ *Ibidem.* p. 262-263.

⁹⁴ *Ibidem.* p. 264.

⁹⁵ *Ibidem.* p. 266.

⁹⁶ *Ibidem.* p. 268.

liberdades sócio culturais (liberdades de estado - celebrar ou não casamento, determinar número de filhos, divórcios, proibição de morte civil e privação arbitrária da nacionalidade-, de expressão e de informação).”⁹⁷, ” i) liberdade de reunião e manifestação; j) liberdade de associação ”⁹⁸; “k) liberdade negocial;”⁹⁹ l) liberdade , entre outras derivadas destas principais.

3.2 DIREITO À HONRA

Na concepção de Pedro Pais de Vasconcelos, a tutela do direito à honra compreende a “defesa do bom nome e da reputação”¹⁰⁰. O autor diferencia dois campos de existência do Direito à honra: o primeiro referente a uma percepção subjetivista, a qual se esboça na concepção e respeito que o indivíduo tem de si próprio (autoconsciência)¹⁰¹; e o segundo referente à percepção externa sobre o indivíduo, perspectiva social, a imagem que as outras pessoas fazem, dentro de um convívio social, daquele ser humano.¹⁰²

Esta última, por décadas, fez prevalecer, dentro do direito costumeiro, padrões de *moral* a serem atingidos e mantidos. Mulheres enquadradas nesse perfil moral deveriam contrair matrimônio em idade jovem e *não violadas* para atingirem a adjetivação moral de *honestas*; às esposas, inúmeras eram as obrigações para com o seu marido, a fim de manter-se na *boa conduta*; casamentos eram *arranjados* para manter-se a boa imagem da família perante a sociedade, principalmente de núcleos familiares a beira de uma falência econômica. Neste tempo, homens que sofressem adultério de vossas esposas deveriam *limpar sua honra*. Em período mais recente, a manutenção mais popular do padrão *de honra* baseia-se na postura de *bom pagador*.

⁹⁷ CAPELO DE SOUSA. *Ob. Cit.* p.270-271.

⁹⁸ *Idem.* p. 275.

⁹⁹ *Ibidem.* p. 281.

¹⁰⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Ob. Cit.* p 76.

¹⁰¹ Nisto insere-se a aplicação do conceito de *eu moral e autoconsciência* elaborado por Kant. SIMÃO, Jean Leison. *Heidegger e a Doutrina da Personalidade*. Cadernos de Filosofia Alemã. Nº 15- p 41-58. Jan-jun.2010. p. 43.

¹⁰² VASCONCELOS, *Ob. Cit.* p. 76

Vasconcelos assevera, ainda, a possibilidade de haver diferença na concepção do gravame recaído sobre o bem *honra*.¹⁰³ O que poderia ser considerado, numa perspectiva pessoal, como um algo elevadamente grave, em um panorama social, seria irrelevante ou de baixa importância.

Contudo, o autor traz possibilidades merecedoras de atenção pela gravidade particular, a partir do abuso no uso dos meios de comunicação em massa (imprensa, rádio, televisão, internet e redes sociais). Nessa quadra, inúmeras são as informações pessoais *vazadas* em tais meios, reportagens carregadas de julgamento sem qualquer oportunização dos princípios basilares de países democráticos (contraditório e ampla defesa), imagens divulgadas a título de vingança entre ex-cônjuges. As situações exemplificativas elencadas contrariam os pontos fundamentais do direito, quais sejam, o direito de ação e o dever de abstenção.

Por derradeiro, acerca da colisão de princípios entre o Direito da Personalidade e o Direito à imprensa, discutir-se-á, em uma análise crítica pormenorizada, no capítulo final desta pesquisa ao valorar-se o direito ao esquecimento.

3.3 DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

Do estudo do tópico anterior, depreende-se a íntima relação entre a Honra, o zelo pelo bom nome, com o Direito ao respeito à intimidade da vida privada.

No âmbito da legislação brasileira, a proteção à violação da privacidade ou honra, dá-se tanto no âmbito constitucional quanto na legislação civil (art. 20), abarcando a tutela visual (da imagem) e verbal (da voz), garantindo-se meios de reparação e cessação da lesão, como, por exemplo, em casos de divulgação ilegal de áudios relativos a escutas telefônicas para apuração de crimes.

¹⁰³ VASCONCELOS, *Ob. Cit.* p. 77.

Nesse viés, Vasconcelos¹⁰⁴ bem lembra a exceção a ser colocada acerca da tutela de tal direito em face de pessoas públicas. Reserva-se tal apontamento para o último capítulo da presente pesquisa no qual será devidamente analisado, valorado e limitado no âmbito do direito ao esquecimento. Limita-se, agora, somente a evidenciar sobre a existência de três esferas concêntricas determinadoras do conteúdo do direito à reserva sobre a vida íntima.

Entende-se compreender três âmbitos de matéria acerca da privacidade: a) a esfera de vida pública; b) a esfera de vida privada e c) a esfera de vida íntima.¹⁰⁵

Consagrada como direito constitucional fundamental, excetua-se somente em casos onde o interesse público necessite superar o direito privado com o intuito de cessar abusos ou atender a finalidade social.¹⁰⁶ Consoante já adiantado, no tópico adequado referente ao direito do esquecimento, serão retomadas as valorações acerca da colisão de direitos fundamentais decorrentes de pessoas públicas.

Novamente, confundindo-se com o direito à honra e a imagem no que tange às figuras públicas, Vasconcelos¹⁰⁷ expõe que haveria opiniões no sentido de defender que o fato da *exposição pública ser tolerada* implicaria em um “consentimento objetivo (volentis non fit injuria)” capaz de tornar a ofensa ao bem lícita.

3.4 DIREITO À IMAGEM

Trazido especificamente no artigo 79 do Código Civil português e no art. 20 no correspondente digesto brasileiro, tutela-se a pessoa contra exposição e reprodução de sua imagem se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais, sem a devida autorização. O dispositivo português (art. 79, nº2) traz um conteúdo a mais, diferenciado, prevendo a prescindibilidade do consentimento para divulgação de determinada imagem em casos que a “notoriedade, cargos que desempenhe, exigências de

¹⁰⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Ob. Cit.* P 79

¹⁰⁵ *Idem.* P 80

¹⁰⁶ *Ibidem.* P 81

¹⁰⁷ *Ibidem* P 82

polícia ou justiça, finalidades científicas e culturais quando tiver ocorrido publicamente ou sobre fatos de interesse público.”¹⁰⁸

Será objeto de exame desta pesquisa, no capítulo III, após a devida apreciação acerca dos contornos da privacidade e como influi na constituição do direito ao esquecimento, julgados versando sobre os Direitos de Personalidade especialmente tutelados e a Privacidade na ótica do Direito ao Esquecimento, ponderando sobre sua sistematização no direito europeu e repercussões no âmbito internacional.

4. REGIME GERAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Percorrida a conceituação de direito de personalidade, sua positivação no direito civil e constitucional no âmbito português e brasileiro e formas de tutela manifestas dos direitos especialmente regulados, avança-se para a análise acerca da estrutura do poder jurídico.

Sobre o tópico a ser discorrido, observe-se, preliminarmente, o que fora discutido por Kant em três obras¹⁰⁹, a partir de um sentimento moral, por ele denominado como *respeito* (originado pela razão, portanto, de fundamento intelectual), surgem dois poderes derivados da lei moral. O primeiro, de efeito negativo, ao atribuir sentimentos de repúdio às condutas divergentes do moralmente aceito; o segundo, de efeito positivo ao exigir-se respeito pelo cumprimento da lei moral¹¹⁰. Nesse sentido Heidegger, em análise ao disposto por Kant, afirmou que “ao submeter-me a mim mesmo à lei, submeto-me a mim mesmo como razão pura; mas isto quer dizer que neste submeter-se a mim mesmo me enalteço a mim mesmo como livre, como um ser que se determina a si mesmo.”¹¹¹

¹⁰⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Ob. Cit.* P 83

¹⁰⁹ Kant desenvolve, nas obras *Crítica da razão pura* (1781), *a Crítica a razão prática* (1788) e *a Crítica da Faculdade de Julgar* (1790), que a diferenciação do homem racional dos outros seres seria a liberdade e a capacidade de respeito.

¹¹⁰ SIMÃO, Jean Leison. *Heidegger e a Doutrina da Personalidade em Kant*. Cadernos de Filosofia Alemã nº 15 . p. 41-58 . jan-jun 2010. p 53, 54.

¹¹¹ Heidegger, M. *Los problemas fundamentales de la fenomenologia*. Tradução de Juan José Garcia Norro. Madri: Editorial Trotta, 2000. p. 192.

Nesse viés, é de concluir, sob uma ótica utilitarista e mais próxima ao cotidiano do jurista, que o Homem, no processo legislativo, observando interações externas no ambiente convivente, elabora leis às quais também se submete, por meio da razão e do respeito (que manifesta o sentimento de minha existência) que revelam a dignidade do ser. O próprio Ser Humano, dotado de razão e autoconsciência, impõe a si limitações e o dever de respeitar estas.

4.1 OS PODERES JURÍDICOS

Percorrida e delineada toda a tutela no âmbito constitucional e civil, além da delimitação dos sujeitos e objetos das relações jurídicas emergentes do direito da personalidade, volta-se à análise dos poderes e deveres jurídicos. Sabido que toda prestação exige uma contraprestação, naturalmente, todo direito, por conseguinte, enseja um dever, em especial, pelo fato do sujeito de direito ocupar, em sua interação social, o polo ativo e passivo da tutela. Ao mesmo tempo em que se espera/requer que determinado direito seja respeitado, compele-se a também fazê-lo.

Tal efeito ocorre pelo caráter da tutela jus civilista da personalidade abranger até mesmo a ameaça ou ofensa dos direitos, trabalhando de modo preventivo (art. 70, nº 2º, Código Civil Português; art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna Brasileira).¹¹²

Observa-se que, vez que se trata de direitos reflexos emergentes da tutela geral da personalidade, dependem da vontade dos titulares dos direitos exigirem o respeito e proteção, requerendo, autônomo ou por meio de representação, a cessação da lesão ou reparação desta. Sobre isto, a previsão está contida nos art. 70, nº 2 e 483 do Código Civil Português, bem como no art. 927 e seguintes do Código Civil Brasileiro.¹¹³

Ressalta-se que não é imposto um modelo de poder sobre a tutela dos direitos a personalidade, mas uma faculdade na forma de exercê-lo.

¹¹² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* P.395

¹¹³ *Idem.* P 396

Ainda no que tange aos poderes jurídicos emergentes, Capelo De Sousa divide em modalidades dos poderes jurídicos: a) poderes de uso e de fruição dos bens da personalidade por parte de seu titular – compreendendo aqueles bens que não poderiam ser transmitidos, tais como espírito, identidade, existência, igualdade, liberdade e honra; b) poder de ação, ao garantirem-se meios jurídicos para proteger os bens da personalidade tutelados, efetivando-se a salvaguarda destes; c) poder de exigência de participação, trazido pelo autor como decorrente da vivência do homem em sociedade, o que gerou direito à participação social, à vida pública, ao direito ao meio ambiente não violado e outros direitos sociais, econômicos e culturais (acesso a instituições públicas e seus serviços- saúde, ensino, pensão social).¹¹⁴

4.2 CARACTERES DOS PODERES JURÍDICOS

Pela formação do direito de personalidade, características lhe são indissociáveis, de forma lógica. Observa-se que as limitações (voluntárias e involuntárias) dispostas nas características dos poderes jurídicos do direito da personalidade, amoldam-se aos princípios fundamentais do Direito Romano¹¹⁵, assinalados pelo jurisconsulto Ulpiano¹¹⁶, influenciados pela moral estoica, pela filosofia epicuréia e nos ensinamentos de Platão, Aristóteles, Sócrates e Pitágoras¹¹⁷, colimando a justiça, a equidade e o respeito aos direitos individuais.¹¹⁸

Adentre-se, enfim, às características que balizam os poderes jurídicos decorrentes dos direitos da personalidade. Faz-se, entretanto, ressalva acerca da não taxatividade:

a) *Efeito Erga Omnes*

No Direito Português, conforme conteúdo do art. 70, nº1 do Código Civil, o exercício dos poderes jurídicos dos direitos da personalidade, no âmbito do sujeito ativo, são exigíveis a

¹¹⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* P 397-401

¹¹⁵ Ulpiano: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*: “Os preceitos do direitos são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu.

¹¹⁶ Eneu Domício Ulpiano (em latim: Eneo Domitius Ulpianus; Tiro, 150 — Roma, 223) foi um jurista romano. Sua obra influenciou fundamentalmente a evolução dos direitos romano e bizantino.

¹¹⁷ BÖTTCHER, Carlos Alexandre. *O Legado ético e universalista do Direito Romano*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 108 p. 155 - 167 jan./dez. 2013.

¹¹⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* P.40-46.

quaisquer pessoas, visto manifestarem-se sobre a proteção plena e exclusiva nas esferas física e moral do titular.

Condizente com o as concepções de Kant¹¹⁹, tem-se uma face positiva do direito disponível a todos os homens ao mesmo tempo em que são impostas obrigações universais de caráter negativo, obrigando-se a uma conduta proibitiva de lesões, impelindo ao respeito pelos bens tutelados.¹²⁰ *Erga omnes* são conferidos direitos concomitantemente que lhes sujeitam a obrigações.

Capelo De Sousa traz considerações acerca da absolutidade dos poderes referentes à participação, inerentes ao conjunto do convívio social e preponderantes sobre o princípio da autonomia da vontade das partes. Neste viés, ainda faz a diferenciação em relação aos poderes jurídicos decorrentes das relações privadas de crédito, oriundas de beneplácito *Inter partes*.¹²¹

O autor retoma e reafirma tais conceitos ao trazer as limitações da existência e validade da tutela geral do direito da personalidade, sintetizando que se limita o direito geral de personalidade de determinado indivíduo, em sua manifestação exteriorizada, no que tange a sua validade e existência pelo igual direito de personalidade de qualquer outro ser humano.¹²²

Em jargão popular amplamente conhecido há a sintetização, de forma simplória, do que foi vastamente discorrido por brilhantes autores ao longo dos anos, que profere que *o meu direito termina onde começa o do próximo*.

Superficialmente, visto que será objeto de abordagem aprofundada ao longo desta pesquisa, adverte-se que, naturalmente, surge o desconcerto e as dificuldades no convívio social, porquanto o Homem, como ser social (perspectiva aristotélica), objeto de tutela do

¹¹⁹ O autor, em sua consagrada obra *A metafísica dos Costumes*, entende que ao mesmo tempo em que determinada norma de direitos da personalidade outorga determinado direito subjetivo a um indivíduo, obriga ao dever de respeito para com todas as outras pessoas que detenham, também, aquele direito subjetivo. Em suma, ao passo que a norma consagra um direito da personalidade impõe tanto um direito subjetivo, ou potestativo, quanto deveres jurídicos. “Todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais.” KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* (Trad. Edson Bini). Bauru: Edipro, 2003.3, p. 306.

¹²⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* P.401-402

¹²¹ *Idem.* P 402.

¹²² *Ibidem.* P 524.

Estado, identifica outro indivíduo racional (consciência de si), portador e titular dos mesmos direitos e igualmente protegido no âmbito estatal. A vivência gregária impõe, ao mesmo tempo, o direito e as limitações externas ao exercício de seus direitos.

Por derradeiro, consoante abordado no tópico introdutório do presente estudo, ao entender que as Pessoas Jurídicas, tanto de direito público quanto de direito privado, também são titulares do direito de personalidade, tem-se, por via de consequência, sua sujeição a respeitar os direitos da personalidade dos outros indivíduos¹²³.

b) *Intransmissibilidade*

Em uma dinâmica lógica, Capelo De Sousa assevera que os poderes jurídicos decorrentes da proteção da personalidade incidem unicamente sobre cada personalidade, cada sujeito jurídico, não sendo possível sua transmissibilidade. Ora, por óbvio! Não há como se transmitir, v.g., o direito à vida (o que recairia sobre discussões acerca da natureza da vida, como é concedida e retirada, concepções religiosas que fugiriam ao contexto da presente pesquisa) ou à liberdade. Não há como dispor alienando-os sob qualquer forma (cessão ou onerados) de um direito que excede a compreensão de matéria ao abarcar a psique humana. É desarrazoado falar-se em alienação de honra ou da liberdade física após a caminhada evolutiva para longe das amarras da escravidão e penas cruéis que refletissem nos corpos.¹²⁴

Em perfunctória argumentação contrária, após análise apressada do conteúdo do art. 71 do código civil português, alegar-se-ia que há permissibilidade para transmissão *causas mortis*. Nota-se que após morte, há uma alteração na forma de proteção da personalidade vez que se encerra a possibilidade de ser sujeito das relações jurídicas. Em um raciocínio lógico, não há que se falar em tutelar a liberdade do *de cujus*, por exemplo. No entanto, tutela-se o a inviolabilidade do corpo, a honra, das suas últimas vontades (desde que não contrárias à ordem pública).¹²⁵

¹²³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167.

¹²⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* Coimbra Editora. Reimpressão, 2011. p.403.

¹²⁵ *Idem*, p.188-198.

Garante-se àqueles ligados por questões hereditárias¹²⁶ e afinidade a legitimidade para representação voluntária perante lesões de direito que comprometam bens personalíssimos não extintos com a morte (Capelo denomina aquisição derivada translativa mortis-causa de direitos pessoais)¹²⁷ como, a título exemplificativo, memória do *de cujus* e sua honra. Igualmente tal tutela ocorre no Direito Brasileiro.

c) *Perenidade/ Imprescritibilidade*

A convergência no âmbito doutrinário discorre sobre a perpetuidade ou vitaliciedade dos direitos à personalidade, não se operando a perda por decurso de tempo ou por uso, prazo extintivo para requerer sua proteção, usucapião (inadmissível os direitos de personalidade sobre a pessoa de outrem).

Frise-se que se deve considerar a separação do conteúdo patrimonial. No que concerne à possibilidade de requerer a reparação do dano (relação patrimonial de tipo obrigacional), sobre está há a prescrição, tanto por decurso de tempo quanto por inércia (caducidade) como, por exemplo, em casos onde há a previsão legal acerca do prazo para o exercício do direito como na resposta na imprensa ou na televisão.^{128 129}

d) *Extrapatrimonialidade*

Em face de sua natureza jusnaturalista, inspirada em direitos fundamentais, não se atribui caráter patrimonial aos direitos da personalidade. O sentido de patrimonial deve ser entendido como conteúdo monetário provido de relações jurídicas.

¹²⁶ Diogo Leite de Campos, em sua obra *Lições de Direitos de Personalidade*, entende que os herdeiros não requerem tutela em interesse próprio, mas, sim, no interesse do *de cujus*. Em sentido contrário, entendendo pela tutela dos interesses das pessoas e não dos interesses do *de cujus*, estão Paulo Mota Pinto e Carlos Alberto da Mota Pinto (MOTA PINTO, Carlos. Teoria Geral do Direito Civil)

¹²⁷ *Idem.* p.404.

¹²⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* p.414.

¹²⁹ Em sentido contrário argumenta o Doutrinador Yussef Said Cahali (Prescrição e decadência. São Paulo: RT, 2012.) ao entender que << É uniforme a doutrina no sentido de que os chamados direitos da personalidade são naturalmente imprescritíveis, pois, **sendo indisponíveis não se concebe que a lesão do direito a respeito deles possa convalescer. Não se pode admitir que a lesão de um direito da personalidade se convalide pelo decurso do tempo, porque isso importaria na disponibilidade desse direito por quem o tivesse ofendido. O que estabelece o art. 12 é que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos”**: ninguém será privado pela prescrição do direito à integridade física, ao nome, à honra, à dignidade, ao estado familiar, ao ser molestado esse direito>>, não sendo o entendimento predominante no Brasil.

Desta forma, os direitos da personalidade dizem respeito aos conteúdos físicos e morais de cada ser humano¹³⁰ não sendo avaliável em pecúnia¹³¹. Do termo *Extrapatrimonialidade* depreende-se o entendimento de que supera a esfera do ser, do patrimônio adquirido, passando a análise das características inerentes do ser.

Entretanto, frise-se que o fato de não possuir natureza patrimonial não corresponde a dizer que inexistem reflexos deste cunho. Como já discutido, há a possibilidade de reparação do dano que enseja a compensação em dinheiro. Outrossim, ressalta-se que, no tocante às indenizações, a fixação de um *quantum* não significa a valoração do bem da personalidade¹³², mas de uma tentativa, pautada dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, mitigar o prejuízo sofrido.

e) *Caráter originário ou adquirido – a inderrogabilidade*

Inicialmente, adverte-se pela existência de posicionamentos divergentes acerca da inerência dos direitos da personalidade.

Autores como Capelo De Sousa¹³³ e José Tavares¹³⁴ convergem quanto à não absolutidade do caráter inato dos poderes e bens jurídicos tutelados pelo direito geral da personalidade, visto que em parte são originários ao homem e parte requer ulteriores requisitos da personalidade jurídica. Tal postura teve seus primórdios na escola clássica do direito natural do século XVII, materializando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.¹³⁵

Ora, parece o posicionamento mais acertado, ao entender que são faculdades de ação para tutelar esses direitos decorrentes da existência da personalidade jurídica, seja pelo surgimento natural do homem (nascimento) ou pelo nascimento ficto (personalidade jurídica de pessoas jurídicas coletivas de direito público ou privado a partir do devido registro), seja

¹³⁰ MOTA PINTO, Carlos. *Ob. Cit.* p. 215.

¹³¹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *Ob. Cit.* p.414.

¹³² CAPELO DE SOUSA, *Ob. Cit.* p. 415.

¹³³ *Idem*, p.415-417.

¹³⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Ob. Cit.* 2019. p. 19.

¹³⁵ CAPELO DE SOUSA, *Ob. Cit.* p.416.

por atos posteriores que, como registro de um nome, por exemplo, fazem emergir direitos da personalidade (direito ao nome, direito à reserva da vida privada).

CAPÍTULO II – PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA

5. CONSAGRAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

A formação do pensamento em torno da esfera privada constitui-se a partir da compreensão sobre a dualidade do social e do político, no confronto entre o homem em sua propriedade particular, no âmbito do *oikos* (casa) e o homem da *polis* (cidade) que exerce sua vida política por meio de sua ação e de seu discurso.

Na leitura de Antunes¹³⁶ sobre as contribuições de Arendt observa-se que a moderna concepção da sociedade resultou, ao longo do tempo, em uma visão equivocada do social e do político, passando este último passou a ser considerado como um espaço de regulação da vida doméstica na esfera privada. Disto decorre que a política do Estado se converteu em um certo controle estatal sobre a família e administração doméstica do lar. O termo “político” neste contexto poderia ser entendido como espaço comum, de vivência em comunidade, assim como lugar de igualdade e de liberdade, em que participavam aqueles que superavam as questões familiares e estavam livres das preocupações do lar (considerando acepções de Aristóteles e Platão).

Posteriormente, o binômio da clássica visão entre as esferas pública e privada foi subjugado pela realidade das relações econômicas. A crítica marxista e o desvelar da arquitetura da sociedade contemporânea apontaram para a ideia de que a política, na verdade, representa a função da vida social e o “pensamento, o discurso e ação são superestruturas dependentes da infraestrutura econômica”.¹³⁷

Correia¹³⁸ prefere discorrer sobre uma dicotomia entre a esfera pública e privada, almejando por em evidência os diferentes conceitos que constituem os conteúdos desses dois modos de ver, pensar e sentir as relações humanas. Ao retomar também o pensamento de Hannah Arendt, o autor aponta que não existem espaços totalmente públicos ou totalmente

¹³⁶ ANTUNES, Marco António. O público e o privado em Hannah Arendt. Universidade da Beira Interior: Portugal, 2004. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/antunes-marco-publico-privado.pdf> Acessado em março de 2020.

¹³⁷ Ibidem, p. 4.

¹³⁸ CORREIA, Victor. *Da Privacidade: Significado e Valor*. Edições Almedina: Portugal, 2018.

privados, pois nenhuma vida humana é possível sem manter contato com outros, mesmo que seja como testemunha. Nenhuma relação entre todos os indivíduos consegue se manter longe do alcance do olhar, da autoridade e/ou do uso público.¹³⁹

O primeiro desafio que se interpõe é no aspecto múltiplo e, por vezes, ambíguo, deste dualismo representado pela forma linguística: dualidade, binômio, bi-categorização, distinção, divisão, separação, oposição, polarização. Independentemente da linguagem, tem-se em mente que o princípio da dualidade se materializa no mundo concreto que cerca a humanidade de forma constante, explica o autor. Por essa razão, opta por analisar a questão do ponto de vista de seu valor, argumentando que os valores são em si dotados de polaridade. O homem atribui valores que podem ser aplicados conforme seus pontos de vista, aos objetos e ideais.

Ao prosseguir em sua reflexão, Correia explica que o conceito de *privado* pode abrigar diversas acepções, nominando ou valorando (atribuindo características), a exemplo de “propriedade privada, as leis econômicas do mercado, o uso apenas a uma determinada pessoa, a consciência pessoal, entre outros”.¹⁴⁰

Ora, o conceito de *privado* pode ou não se relacionar ao conceito de *privacidade* (enquanto *direito*). O termo *privacidade* nem sempre está relacionado à ideia de ser deixado só ou à dimensão espacial, pois um sujeito pode estar isolado, mas ser vigiado como numa prisão. Por isso, é importante definir a que *privacidade* nos referimos ao empregar tal termo.

Na verdade, conforme mencionado, a seleção dos termos *público* e *privado* pode significar juízo de fato ou de valor. Por fato, entende-se o juízo que descreve a realidade, se limita a expressar uma constatação empírica dessa realidade que pode ser um consenso. Por juízo de valor, considera-se que as coisas e fatos podem ser valorados, dependendo das suas qualidades, ao apreço e/ou ao valor que os sujeitos lhes atribuem. Porém, nem sempre é fácil a distinção entre um uso descritivo ou valorativo dos termos.

O termo *público* aparece relacionado à disponibilidade das coisas ou não, apenas como algo notório, conhecido. Um espaço público ou dados públicos referem-se ao

¹³⁹ CORREIA, Victor *Ob. Cit.* p. 25.

¹⁴⁰ *Idem.* p. 27.

conhecimento de todos, ao acesso de todos, porém não significa que os sujeitos podem dispor de tudo, a qualquer tempo.

Determinar a natureza intrínseca dos conteúdos nos termos público e privado dependerá também da relativização desses conceitos, em uma perspectiva contextualizada de seus usos. Correia¹⁴¹ afirma que nada é privado nem público em si mesmo, mas sim de forma contextualizada, a depender das situações.

Os limites entre público e privado são tênues em especial na chamada sociedade da informação e comunicação. O mundo globalizado difundiu a generalização da informação e a comunicação sem fronteiras. Os assuntos e temas da vida privada, hoje, são compartilhados em tempo real no ambiente virtual ou no cenário midiático.

Há que se reconhecer que esses termos são duas faces de uma mesma moeda, a existência de um é interdependente do outro. Essa divisão é apenas circunstancial e moldada como uma construção histórica, social, que está aberta e pronta a ser reconstruída e redefinida sempre¹⁴².

5.1 CONTEÚDO DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

Ao Direito, segundo Moncada¹⁴³, interessa apenas a correção direta da externalidade do ato e sua conformidade aparente com a norma. Desse modo, é sobre a conformidade que recai o juízo valorativo, abstraindo-se de apreciar o valor moral intrínseco do ato e do seu agente. As normas jurídicas representam uma garantia desses valores, por meio da transformação dos indivíduos em sujeitos de direito e de deveres.

¹⁴¹ CORREIA, Victor *Ob. Cit.* p. 33.

¹⁴² *Idem.* p. 43.

¹⁴³ MONCADA, Cabral de. *Ob. Cit.* p. 28.

“O Direito existe para regular as relações entre homens, a fim de garantir e realizar interesses desses mesmos homens destaca o autor”.¹⁴⁴ A divisão entre o chamado Direito Privado e Direito Público fundamenta-se na condição dos sujeitos da relação jurídica. Naquelas em que figuram o Estado, intervindo como sujeito passivo ou ativo teríamos o Direito Público que visa proteger um interesse geral, coletivo, comum. Ao defender direitos dos cidadãos, singulares e de modo particular, regulando suas relações, configura-se o Direito Privado. Ora o Estado, na qualidade de particular, ou em pé de igualdade com os cidadãos, eventualmente pode figurar no escopo do Direito Privado, ressalta o autor, conservando o ponto de vista romano.

Correia¹⁴⁵ explica que os primeiros autores a tratarem do direito à privacidade e a defenderem a necessidade de proteção legal para a esfera privada foram dois advogados americanos, Samuel Warren e Louis Brandeis, os quais publicaram um artigo na Havard Law Review, em 1890, cujo título apresentava: *O direito à privacidade*. Ali, o conceito denotava um direito de não ter sua privacidade violada por outros, isto é, direito de *ser deixado em paz*. Esses *outros* poderiam ser de origem privada, institucional ou estatal, quaisquer que sejam as atividades que exerçam.

A expressão em si *direito à privacidade* pode ser concebida e interpretada de diversos modos, a depender do ponto de vista do sujeito, conforme destaca Correia. Sua tradução encontra diversas formas linguísticas nos diferentes países: em Portugal, *direito à privacidade* e *direito à vida privada*; na França, *droit à l'avie privée*; nos Estados Unidos, *right of privacy*; na Itália, *diritto ala riservatezza*. Por fim, no caso da Alemanha, há um reconhecimento da existência de um direito fundamental à autodeterminação sobre as informações de caráter pessoal – *recht auf informationelle selbstbestimmung*.¹⁴⁶

Como dito, os conceitos se constituem a partir de uma valoração histórica e social, isto é, a depender das culturas, regiões, países, épocas. Existem mudanças constantes, nada é estático, demandando um olhar a partir dos eixos diacrônicos ou sincrônicos dessas relações. Na moderna sociedade, a política passou a ser vista como uma possibilidade de regulação da

¹⁴⁴ MONCADA, Cabral de. *Ob. Cit.* p. 28.

¹⁴⁵ CORREIA, Victor *Ob. Cit.* , p. 47.

¹⁴⁶ *Idem.* p. 46.

esfera privada e da vida doméstica, dificultando ainda mais a distinção entre os termos público e privado.

O liberalismo trouxe novas leituras para as antigas expressões, mas posteriormente tornava-se cada vez mais difícil a distinção entre os termos. Um fenômeno decorrente da privatização tornou, por vezes, o que era considerado privado em público. Muitas atividades consideradas privadas passam a se submeter a certas limitações constitucionais, permitindo uma interpretação extensiva ao conceito de poder público.¹⁴⁷

Surgem questionamentos necessários antes de progredirmos: o termo *privacy* apresenta qual alcance? Seu conteúdo revelaria um estado de fato, uma pretensão, uma faculdade ou um direito? Em resposta às indagações, Mota Pinto¹⁴⁸ procura destacar a dificuldade na delimitação deste termo e de sua interpretação, pois sua flexibilidade (ou elasticidade), do ponto de vista das Ciências Jurídicas, dificulta a construção de um conceito com o *mínimo de precisão indispensável para a base de qualquer regime jurídico coeso*. Ainda assim, o autor consegue apresentar uma proposta de conceituação, apontando para o interesse do indivíduo na sua privacidade em preservar sua intimidade e impedir o acesso de terceiros ao conhecimento ou divulgação de informação sobre ele, o que se revela uma contraposição ao interesse de publicização das informações e dados.¹⁴⁹

Correia¹⁵⁰ sintetiza que no Ocidente o conteúdo deste conceito envolve alguns elementos, tais como: informação (proteção de dados); comunicação (inviolabilidade postal, telefônica, informática); privacidade territorial (inviolabilidade do lar, escritório pessoal) e intimidade corporal. Isto se traduz em imagem física, anatomia ou intimidade corporal, a voz, o estado de saúde, as origens sociais e familiares, os tempos livres, os hábitos de consumo, a correspondência (qualquer tipo), os amigos, família, vida amorosa e sexual, situação patrimonial, aspectos sigilosos ligados à profissão (salário, vida fiscal, conta bancária), convicções político-partidárias e as crenças religiosas, afirma ainda o autor.

¹⁴⁷ CORREIA, Victor. *Ob. Cit.* p. 47. O autor faz referência a Bilbao Ubillos, 2006, p.320.

¹⁴⁸ MOTA PINTO, Paulo. *O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Estudos nos Cursos de Mestrado. Boletim da Faculdade de Direito. Volume LXIX. Separata. Universidade de Coimbra. Coimbra, 1993, p. 507.

¹⁴⁹ CORREIA, Victor. *Ob. Cit.* p.49.

¹⁵⁰ *Idem.* p.49.

Na atualidade, revela-se uma inversão nessa dinâmica, pois cada indivíduo possui as ferramentas para controlar o uso ou acesso às informações que lhe dizem respeito, mas isto não inviabilizaria formas de controle.¹⁵¹

Assim, segundo Ruaro e Rodriguez, após o 11 de setembro, houve uma transmutação do direito fundamental à privacidade, o qual pode ser considerado sob outro viés – o da segurança pública. O chamado *Patriot Act*, nos Estados Unidos, por exemplo, bem como as decisões a respeito das transferências internacionais, de dados de passageiros de linhas aéreas e de comunicações telefônicas, no âmbito da Europa, são casos em que este direito foi posto à margem para garantir a segurança das nações. Por essa razão, os escopos jurídicos buscam definir instrumentos de tutela adequados ao contexto que se apresenta. Some-se a isso, o desafio de delimitar os danos decorrentes da violação de dados pessoais, no âmbito do território brasileiro.¹⁵²

Correia¹⁵³ esclarece que os novos conceitos jurídicos de direito à proteção de dados, ou o direito à autodeterminação informativa são, em seu modo de ver, apenas uma nova aplicação jurídica do direito à privacidade, como uma ramificação deste último, estando incluído nele.

Por fim, Vasconcelos¹⁵⁴ explica que a determinação do conteúdo do direito à privacidade compõe-se de três esferas concêntricas: a esfera da vida íntima, a esfera da vida privada e a esfera da vida pública¹⁵⁵. Na intimidade, os sujeitos mantêm o que mais de secreto existe em sua vida pessoal; na vida privada de modo um pouco mais amplo é possível partilhar alguns aspectos da vida do indivíduo; na esfera pública concentram-se todos os aspectos da vida em sociedade e suas relações a que todos os demais teriam acesso.

Entretanto, essa leitura deve considerar que a questão diz respeito ao relacionamento das pessoas com os outros, não sendo rígida e nem estática. O autor menciona o 80º artigo do

¹⁵¹ RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. *O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação*. Revista Direito, Estado e Sociedade.n.36 p. 178 a 199 jan/jun 2010.

¹⁵² *Idem*, p.179.

¹⁵³ CORREIA, Victor. *Ob. Cit*, p. 52.

¹⁵⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Ob. Cit*. p.80.

¹⁵⁵ Ver também LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Autolimitação do direito à privacidade*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Ano 9, vol. 34. Rio de Janeiro: Editora Padma, abril a junho de 2008, p. 99.

Código Civil português, o qual define que a intensidade dependerá da natureza do caso e da condição das pessoas, estas últimas não somente envolve os titulares do direito, mas também aquelas que estejam envolvidas ou relacionadas ao problema que se coloca¹⁵⁶.

Para este autor, a reserva da privacidade deve ser considerada a regra e não a exceção. Por essa razão, a natureza desse direito aponta para o direito da personalidade, bem como o consagra constitucionalmente como direito fundamental.

O direito de privacidade pode ser subjugado por um interesse, uma necessidade de caráter público e de valor maior, que forneça condições de licitude para que tal ofensa à privacidade cometida seja ponderada no caso concreto. Somente quando o direito é evidenciado como abusivo, por romper os limites da boa-fé, dos bons costumes ou dos fins sociais e econômicos do direito, há que se falar em ofensa lícita à privacidade, completa Vasconcelos.¹⁵⁷

5.2 TITULARIDADE DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

De acordo com Correia¹⁵⁸, o direito à privacidade, enquanto direito de personalidade e à luz da doutrina dos Direitos Humanos, é considerado um direito universal, sendo, portanto, considerado válido para todas as pessoas, independente da *condição socioeconômica, religião, etnia, nacionalidade, raça, sexo*. Essas características são eminentemente humanas.

Este direito não se extingue pelo fato de o indivíduo não fazer uso dele ou mesmo se não se esforçar para defendê-lo, argumenta Correia. Disto decorre sua imprescritibilidade enquanto o indivíduo tiver pleno em suas faculdades e consciência, ao longo de sua vida.

Além disso, como direito humano, não está sujeito à intervenção de poder político de determinado Governo, pois não se trata de um direito legalmente atribuído aos indivíduos e

¹⁵⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Ob. Cit.* p.80.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 81.

¹⁵⁸ CORREIA, Victor. *Ob. Cit.* , p.52.

que pode ser retirado a qualquer tempo. Igualmente, trata-se de um direito que não é avaliável monetariamente, porém, uma vez mensurados os danos decorrentes da sua violação, é possível a sanção em termos monetários também.¹⁵⁹

Vasconcelos¹⁶⁰ observa que não são menos dignas aquelas denominadas *figuras públicas* em decorrência de suas maiores notoriedades. Muitos o são em virtude da titularidade de cargos públicos ou políticos relevantes, ou devido a sua posição profissional (principalmente artística). Por isso, são também assolados por uma curiosidade pública sobre sua vida privada, como se sua exposição pública tolerada ou procurada fosse uma autorização ou consentimento para que aceitasse as ofensas à sua vida privada, ao seu direito.

Para alguns, essas figuras não teriam direito à privacidade. Em respeito ao princípio da igualdade e à Constituição, esses indivíduos têm os mesmos direitos que os demais, argumenta o autor, posicionamento que seguimos dentro da defesa do direito ao esquecimento.

5.3 REGIME DE PROTEÇÃO DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

Os direitos da personalidade não pressupõem a presença do Estado, como ocorre no caso dos direitos fundamentais. Assim, Correia¹⁶¹ afirma que é possível distinguir direitos positivos e negativos. Os positivos são aqueles que demandam determinados cuidados e a necessária intervenção do Estado: direito à educação, à assistência médica, entre outros. Já os negativos envolvem o direito de não ser alvo de interferência da parte do Estado e, ainda, dos outros indivíduos, na sua vida privada.

Do mesmo modo, cada direito de um indivíduo implica o dever de outro, a saber, o dever da não interferência. O Estado tem permissão para intervir apenas para proteger essa privacidade e não para invadi-la.

¹⁵⁹ CORREIA, Victor. *Ob. Cit.* p. 53.

¹⁶⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Ob. Cit.* p. 82.

¹⁶¹ CORREIA, Victor. *Ob. Cit.* p. 55.

O Direito presente no Código Civil português materializa o chamado direito objetivo, tal como já mencionado alhures, exterior aos indivíduos, constituindo “um conjunto de preceitos gerais que enquadram a conduta das pessoas e que resolvem os seus conflitos de interesses”¹⁶². Por outro lado, o direito subjetivo constitui um direito inerente à cada pessoa individualmente e abarca as “prerrogativas individuais e concretas que as pessoas podem ter salvaguardadas pelas regras que constituem o direito objetivo. O direito subjetivo relaciona-se a uma “faculdade, uma capacidade, uma possibilidade física e moral de ser, de fazer, de ter”, como por exemplo a privacidade, mas também envolve o direito de usufruí-la conforme sua vontade, desde que não se violem os direitos de outros indivíduos.

Ruaro e Rodriguez¹⁶³ evidenciam a questão do direito à privacidade na sociedade de informação, apontando que os problemas referentes à esfera privada devem romper os conhecidos e tradicionais limites da privacidade, os quais se fundamentam no movimento entre *recolhimento e exposição*. Por vezes, opta-se por instrumentos de proteção individuais, em detrimento de um dever estatal de atuar, desobrigando o Estado de uma ação mais efetiva.

O sistema jurídico brasileiro possui uma estrutura diferente do Direito europeu, bem mais complexa e com *diversos institutos esparsos*, explicam os autores. Os direitos da personalidade são exemplos dessa característica. Conforme mencionado anteriormente, a Constituição Federal do Brasil contém os direitos e garantias, abordando a proteção desses, explicam Ruaro e Rodriguez¹⁶⁴.

Correia¹⁶⁵ trata do direito à privacidade segundo o direito português. Segundo este autor, a Constituição da República Portuguesa consagra o direito à privacidade em seu artigo 26, enquadrando-o no quadro dos direitos de personalidade, estes últimos considerados absolutos e que pressupõem uma *obrigação passiva universal*, bem como um dever de respeito.

De modo complementar, menciona-se o Código Civil que trata especificamente em seu artigo 80 o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. O artigo 70, nº 2 do

¹⁶² CORREIA, Victor. *Ob. Cit.* P. 55

¹⁶³ RUARO E RODRIGUEZ, *Ob. Cit.*, p.189.

¹⁶⁴ *Idem.*

¹⁶⁵ CORREIA, Victor. *Ob. Cit.* p. 60.

referido Código trata da violação dos direitos da personalidade, dando lugar à responsabilidade civil. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC) da República Portuguesa¹⁶⁶ é possível encontrar várias decisões concernentes à proteção da vida privada, e, especificamente, sobre o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Entretanto, detalha Mota Pinto¹⁶⁷, é relevante observar que um número expressivo de tais decisões não envolve questões de constitucionalidade material, e, portanto, não se manifestando sobre a violação, “pelo conteúdo das normas que aprecia, do direito fundamental à proteção da vida privada”. Interessam-se em delimitar a que se refere a matéria em discussão, relativa ao direito fundamental, definindo competências legislativas da Assembleia da República ou do Parlamento.

5.4 DIREITO À RESERVA DA VIDA PRIVADA E FIGURAS AFINS

Conforme Mota Pinto, pode-se compreender o direito à reserva da vida privada em suas relações com outras figuras. Nesse sentido, as garantias de inviolabilidade do domicílio e da correspondência, assim como outras, proporcionam uma proteção da intimidade da vida privada em domínios particulares e específicos (ver Acórdão n.º 452/89).

Envolve, assim, uma proteção da privacidade em *sentido formal*, no sentido em que não há necessidade de que informações obtidas no domicílio do indivíduo ou em comunicações e documentos abordem conteúdo da vida privada. Por vezes, o Tribunal Constitucional aplicou as normas constitucionais a respeito da inviolabilidade do domicílio e da correspondência e de outras comunicações.

Dois exemplos mencionados pelo autor são os Acórdãos n.º 198/85 e 452/89. No primeiro caso, tratava-se da inconstitucionalidade da aplicação de mesma norma na violação de correspondência dirigida ao falido, recebida pelo administrador, também para os casos de sociedade comercial. No segundo Acórdão, o Tribunal decidiu que o “direito à inviolabilidade do domicílio exprime, num domínio particular, a garantia do direito à proteção

¹⁶⁶ MOTA PINTO, Paulo. Documento – *A proteção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional*. VIII Conferência Trilateral. Lisboa, 2006. Relatório elaborado pelo Cons. Paulo Mota Pinto, com a colaboração da Assessora do Tribunal Constitucional, Dr.ª Raquel Reis.

¹⁶⁷ *Idem*, p.3.

da intimidade da vida privada e familiar e que esta garantia ultrapassa a proteção da residência habitual, possuindo uma dimensão mais ampla.”¹⁶⁸.

¹⁶⁸ MOTA PINTO, *Ob. Cit*, p.13.

6. PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

6.1 O INTERESSE NA PRIVACIDADE E NECESSIDADE DA SUA TUTELA

Percorridas as concepções iniciais acerca dos direitos da personalidade e da intimidade da vida privada como direito da personalidade especificamente protegido, volta-se ao estudo da necessidade de a tutelar para, posteriormente, entender como isso influi no direito ao esquecimento, objeto da presente pesquisa.

Inevitavelmente, o mundo tem passado por uma intensa revolução tecnológica que alterou a estrutura social, trazendo novas possibilidades de desenvolvimento da personalidade, incluindo, *v.g.*, manifestações em plano virtual. O campo digital ganhou tamanha importância que já se fala em herança digital, sucessão de bens digitais.

Com maior desenvolvimento e democratização do acesso à tecnologia e à Internet, a exposição de sentimentos, emoções, pensamentos e imagem aumentou sobremaneira, alterando a concepção de intimidade de vida privada.

No posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça Português¹⁶⁹, na apreciação de Recurso de Revista acerca da divulgação não autorizada de relatório médico de piloto da aviação civil, portanto, divulgação indevida, ilícita e abusiva do estado de saúde deste que lhe gerou a perda definitiva da licença de voo por invalidez e incapacidade definitiva para o exercício profissional, em ação declarativa com processo comum na forma ordinária, consignou que a tutela do direito à intimidade da vida privada comporta duas vertentes. A primeira relativa à proteção contra a intromissão na esfera privada. A segunda, proibição de revelações à ela relativas. Segundo a decisão, os danos morais ocorreram mais por ofensa à reserva sobre a intimidade da vida privada do que pelo conteúdo divulgado, visto a inexistência de nexo de causalidade entre a divulgação do relatório médico e qualquer humilhação.

¹⁶⁹ Processo 03B2361. Acórdão de 17/10/2002. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/0e0db401e6e9d5dc80256dea004e8bba?OpenDocument>

A referida decisão evidenciou que há aspectos da vida privada dos indivíduos – como, no caso em tela, aspectos médicos – que impescindem de tutela, sofrendo limitação voluntária no exercício de seus direitos. Ponderou, ainda, sobre a limitabilidade dos direitos quando constituem ofensa da ordem pública ou dos bons costumes.

6.2 PROTEÇÃO JURÍDICA DA PRIVACIDADE EM GERAL

Compreendida como um direito da personalidade, isto é, um direito intrínseco à dignidade da natureza de cada indivíduo, a proteção da intimidade não se restringe a tutelar apenas violações abrangidas pelo Código Penal português (artigos 176 a 184; 378;433;434) , mas estende-se a reconhecer *autonomamente bens específicos da reserva de vida privada*.

No arcabouço jurídico brasileiro, essa proteção divide-se em três grupos: a) geral; b) domicílio; c) comunicações. O primeiro abarca o direito à privacidade relativo à imagem, dados, informações. O segundo, a residência física do indivíduo. E, por fim, as comunicações compreendem às diversas formas desta (e-mails, ligações, mensagens em aplicativos, redes sociais, compras realizadas online).

Segundo Mota Pinto¹⁷⁰, a proteção da intimidade da vida privada compreende aquilo que influi no modo de vida de cada indivíduo e sobre os quais não há interesse em tornar público, *v.g.* pensamentos, sentimentos, relações amorosas, convicções políticas, religiosas ou partidárias, comportamentos sexuais, adoção. Em aspecto generalizado, pode-se afirmar que compreende aspectos da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual¹⁷¹. Nesse sentido, De Cupis¹⁷² acrescenta a tutela da reserva aos acontecimentos pessoais, ressalvadas pessoas notórias.

O Código Civil Português preocupou-se em impor o dever de *guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem* (art. 80º, nº 2). O Supremo Tribunal de Justiça

¹⁷⁰ MOTA PINTO. *Ob. Cit.* P 209

¹⁷¹ CAPELO DE SOUSA. *Ob. Cit.* P 318.

¹⁷² DE CUPIS. *Ob. Cit.* P 338.

Português entende a saúde como parte da individualidade privada do ser humano, assegurado a proibição de divulgação pública.

É nítido a inexistência de definição legal acerca do que pode ser entendido como *vida privada*. Desta forma, necessário se faz o entendimento doutrinário que define como “o direito que cada indivíduo possui para que alguns aspectos de sua vida permaneçam desconhecidos e possam controlar o conhecimento que terceiros tenham dela.”¹⁷³

Apesar da vastidão da tutela da vida privada e intimidade, “coexistem círculos concêntricos de reserva”. No sentir de Capelo de Sousa¹⁷⁴, há círculos de resguardo – onde há a ciência de alguns fatos pessoais, mas proibida a divulgação – e círculos de sigilo. Neste último, são totalmente proibidas e ilícitas a invasão, intromissão e conhecimento de informações pessoais.

6.3 LIMITES DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE SOBRE A VIDA PRIVADA

Sendo os direitos da personalidade a constitucionalização interna de direitos humanos fundamentais, torna-se necessária uma estruturação do bem *personalidade* e, por conseguinte, das disposições aplicáveis à intimidade e vida privada antes de adentrar nos limites propriamente ditos.

Entre as principais e relevantes sistematizações para o objeto de estudo desta pesquisa, esboçar-se-ão as ideias de Hubmann e Schwerdtner, teóricos alemães, referentes ao objeto de tutela de proteção da personalidade.

¹⁷³ Lucrecio Rebollo Delgado, “*El derecho fundamental a la intimidad*” (2000), 94, apud Ac. TC nº. 368/02 - Proc.577/98, de 25/ 9/2002, DR, II Série, nº. 247, de 25/10/2002, p.17

¹⁷⁴ CAPELO DE SOUSA. Op. Cit. P 326

Inicialmente, Heinrich Hubmann¹⁷⁵ consolida a personalidade em três elementos caracterizadores, a saber: a) "a dignidade humana (Menschewürde); b) a Individualidade (individualität) e c) Pessoaalidade (Personlalität)."

O primeiro refere-se à diferenciação entre o Homem e os animais, indicando uma posição predominante pela existência de autoconsciência, permitindo a cada ser humano realizar construções culturais, melhorar a si próprio e respeitar valores éticos.¹⁷⁶

A Individualidade, por sua vez, traduz a unicidade e totalidade de cada ser humano, na impossibilidade de dissociação de seus elementos personalíssimos, na conexão entre "a parte que é entregue a cada indivíduo humano pela Natureza, traduzido na originalidade" e a parte que se adquire pelo desenvolvimento de sua educação e valores em interação com o meio externo.¹⁷⁷

Finalizando a sistematização de Hubmann, o terceiro traço distintivo do Homem em relação aos demais seres vivos é a Pessoaalidade, entendida como a capacidade de relacionamento com os demais indivíduos, com as interações próprias do convívio social tal como os valores éticos, o mundo exterior, autorelacionamento. Nessa interação com entes externos a si próprio, o Homem consolida sua autonomia e individualidade. O doutrinador ainda entende o Ser Humano como uma "singular imagem de Deus, reunindo, em seu íntimo, valores éticos harmoniosos"¹⁷⁸ capazes de garantir a cada indivíduo a busca pelo seu melhor autodesenvolvimento. Nesse contexto, cada pessoa traria em seu íntimo valores fundamentais da própria personalidade, o que geraria um direito de abstenção dos outros indivíduos, respeitando-o, bem como traria o *valor do amor* que cominaria na vontade espontânea de respeito ao interesse alheio.¹⁷⁹

Hubmann¹⁸⁰ entende que a estrutura jurídica deve ser capaz de garantir a proteção dos valores éticos da personalidade, visto as demandas naturais deste bem jurídico, viabilizando

¹⁷⁵ HUBMANN, Heirich. *Das Persönlichkeitsrecht*. Colónia: Böhlau, 1967.p 61.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 42, 47-48.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 48-50.

¹⁷⁸ *Ibidem*. p. 61-64.

¹⁷⁹ CAPELO, *Ob. Cit.* p. 144-145.

¹⁸⁰ *Idem*. p. 145.

as “tarefas éticas da personalidade e tutelando os valores da personalidade realizados”¹⁸¹. Assentado nessas máximas, o direito positivo, somente a partir da existência de uma cláusula geral da tutela da personalidade, poderia incorporar, a posteriori, novas formas de proteção resultantes do desenvolvimento do ser. O autor acrescenta que, a partir desse novo pensamento acerca da extensa tutela personalíssima, transformou-se, nas legislações modernas, de um “direito subjetivo público face ao Estado para um direito subjetivo privado com efeitos absolutos em relação a terceiros”.¹⁸²

Esboçando, desde já, preocupações com a irrestrição do direito geral da personalidade, o referido doutrinador estabeleceu limites a ele, inatos à natureza do bem tutelado, sistematizando três categorias. A primeira ocupa-se dos bens referentes ao desenvolvimento da personalidade, como a liberdade de ação em geral, anteriormente abordada em tópico apropriado. A exemplo, integrariam tal categoria a liberdade corporal de movimentação, liberdade de expressão do pensamento, a escolha e atividade religiosa, claramente sujeitos à possibilidade de sancionamento ressarcitório em caso de violação.¹⁸³ A segunda, por sua vez, corresponderia aos bens comuns aos seres humanos de forma genérica, v.g, a existência e seus meios de conservação (vida, corpo e saúde), o espírito (correspondente às criações provenientes da psique), a vontade (tomada de decisões), sentimentos e as relações pessoais entre pessoas e coisas. Por fim, a última categoria seria composta por “aquilo que diz respeito à individualidade do ser humano”¹⁸⁴, correspondente ao autodesenvolvimento.

Nesta última, Hubmann faz uma subdivisão ao que corresponderia ao âmbito individual, privado ou secreto, relacionados ao alcance que alguns bens imateriais teriam em face a terceiros. A esfera individual contemplaria “o nome, a honra, a imagem física, a imagem de caráter”¹⁸⁵. A segunda, por sua vez, implicaria na restrição de informações a um círculo não quisto de indivíduos. Finalmente, o secreto seria entendido como expressões e

¹⁸¹ HUBMANN, *Ob. Cit.* p 81.

¹⁸² *Idem.* p. 92- 140.

¹⁸³ CAPELO, *Ob. Cit.* p. 147.

¹⁸⁴ *Idem.* p. 148.

¹⁸⁵ CAPELO. *Ob. Cit.* p. 148.

pensamentos que não deveriam fazer parte do conhecimento de outros indivíduos, limitado, no máximo, ao compartilhamento com parentes que “guardariam segredo”.¹⁸⁶

Influenciado pelas ideias de Hubmann, Petter Schwerdtner traz uma nova sistematização do objeto tutelado pelos direitos da personalidade. Na concepção do autor, na proteção dispendida à personalidade, vida, corpo, saúde, liberdade, honra e esfera privada não comporiam o comercio jurídico típico em decorrência de sua “configuração vital”¹⁸⁷ ao desenvolvimento do homem.

Compreende, ainda, que haveria a necessidade de tutelar-se além do visível para compreender a atividade da personalidade, resguardando, inclusive, a dignidade da pessoa humana, equilibrando os domínios pessoais em um contexto liberal de relações jurídicas desiguais decorrentes da distribuição irregular de renda, portanto, de imposições negociais individuais dessemelhantes. Consecutivo, o autor, com supedâneo nessas premissas de inexistência de equidade material (o que influiria nas relações interpessoais), aborda a concepção da proibição de excessos em negócios e contratos de direito civil. Exemplificação clara reside nas disposições contratuais trabalhistas, prevenindo-se excessos provenientes do hipersuficiência econômica do empresário.¹⁸⁸

Nota-se que as sistematizações abordadas não elencam taxativamente quais bens da personalidade deverão ser tutelados. É consequência do caráter dinâmico e ilimitado da personalidade humana que se tenha um direito geral da personalidade amplo, somente encontrando restrições expressas em lei e aquelas decorrentes da sua natureza (limites extrínsecos e intrínsecos de existência e validade do direito da personalidade)¹⁸⁹.

6.4 LIMITES EXTRINSECOS DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE SOBRE A VIDA PRIVADA

Percorridas as ideias acerca do enquadramento do(s) objeto(s) tutelado(s) pelo Direito da Personalidade, volta-se aos limites propriamente ditos. Autores como Capelo de Sousa e

¹⁸⁶ HUBMANN, *Ob. cit.* 320.

¹⁸⁷ SCHWERDTNER, Petter. *Das Persönlichkeitsrecht*. P. 96.

¹⁸⁸ CAPELO. *Ob. Cit.* p. 151.

¹⁸⁹ *Idem.* p. 515.

Ascensão, entendem pela separação em dois tipos de limites: Intrínsecos e extrínsecos. Ainda que os direitos da personalidade tenham a absolutidade como característica, necessária a limitação de seu exercício.

Em seu estudo, Capelo¹⁹⁰ divide os limites intrínsecos em a) aqueles emergentes da extensão do objeto do direito geral de personalidade e b) o abuso de direito em sentido estrito e c) limites que emergem da estrutura dos poderes e deveres jurídicos que integram o conteúdo geral do direito da personalidade.

Este último pode ser entendido ao considerar as dimensões positiva e negativa do direito da personalidade. Ao tempo em que é titular de direitos e exige dos demais indivíduos conduta negativa de forma a não lesar seus direitos, é também o destinatário forçado a cumprir, reciprocamente, aquilo que requer o cumprimento. É dizer que aquele que deseja ter seus direitos respeitados, deve, também, o fazê-lo em relação aos demais indivíduos com os quais convive em sociedade. Impera-se uma condição de igualdade de fruição e uso dos direitos da personalidade aos titulares.¹⁹¹ Nos dizeres de Capelo, decorrem da estrutura formal do direito, da extensão do objeto sobre o qual incide e dos tipos de poderes e deveres jurídicos abarcados por sua matéria.

O segundo caso, o abuso do direito em sentido estrito, entende pela impossibilidade do titular do direito da personalidade, dentro da sua autonomia privada, exceder fins socioeconômicos do direito geral da personalidade, qual sejam, a igualitária possibilidade de “preservação e desenvolvimento de cada personalidade”.¹⁹² Ora, é cristalina a necessidade de manter-se a harmonia entre a existência e o exercício dos direitos da personalidade de cada indivíduo dentro de uma sociedade! Permitir o abuso do direito e da vontade de um ser humano sobre outro, considerando a igualdade de capacidade e titularidade, prevalecendo a satisfação de um em detrimento do outro ser humano, seria equivalente a dizer que uma pessoa seria *melhor que outra*, que sua vida e dignidade valeriam mais do que o de seu colega e, por isso, deveria mitigar os direitos alheios para seu pleno deleite. Sabe-se que a Declaração dos Direitos Humanos e a Convenção Europeia de Direitos do Homem perfilharam a plena igualdade entre os homens.

¹⁹⁰ CAPELO. *Ob. Cit.* P 522

¹⁹¹ *Idem.* P 517- 518.

¹⁹² *Ibidem.* P 519-521.

Por fim, os limites intrínsecos *emergentes da extensão do objeto do direito geral de personalidade* abarcam a complexidade a tutela da personalidade decorrente de sua natureza. O direito geral da personalidade, contemplado no art. 70 do Código Civil Português, protege bens referentes tanto à constituição física do homem (vida, integridade física, saúde) até bens imateriais (liberdades, vontades) garantindo a preservação do *espaço vital de cada indivíduo* para seu adequado desenvolvimento.¹⁹³ Contudo, ressalva-se expressões da personalidade, elementos que a compõem, impossíveis de se tutelar, v.g, sentimentos negativos. É dizer que há limites que decorrem da extensa matéria que compõe a personalidade humana (aquilo que se expressa, aquilo que não há como manifestar fisicamente, as faculdades de ação e de omissão, as escolhas que norteiam o desenvolvimento do ser).

Retornando a segunda categoria de limites, os limites extrínsecos, doutrinariamente, foram divididos, no sentir de Capelo, em: “a) contratos e demais negócios jurídicos enquanto limitações da existência e validade do direito geral da personalidade; b) Limites do direito geral de personalidade emergentes da incidência nas relações intersubjetivas de direitos de outras pessoas; c) Limites do direito geral da personalidade decorrentes de deveres jurídicos do seu titular; e d) Abuso do direito geral de personalidade por violação da boa-fé e dos bons costumes”. Este será abordado com mais profundidade em tópico mais a frente. No momento, limita-se a dizer que o exercício do direito geral da personalidade não pode exceder a boa-fé (usada como sinônimo de honestidade, lealdade, probidade) imperativa nas relações sociais, bem como estará limitado pelos *bons costumes*, conceito entendido conforme o momento histórico-social como conduta permeada de imoralidade, em desagrado com a consciência geral¹⁹⁴.

Os limites decorrentes de deveres jurídicos do seu titular são aqueles impostos a todos os indivíduos, pelo Estado, para a manutenção de espaço e condições favoráveis ao desenvolvimento da personalidade de todos. A exemplo, Capelo¹⁹⁵ menciona o dever de escolaridade, deveres de serviço militar, deveres de sufrágio, pagamento de impostos, vacinação, dever de não praticar bigamia, entre outros.

Já aqueles emergentes da incidência nas relações intersubjetivas de direitos de outras pessoas decorrem da igualdade entre as pessoas. Gozando todas de proteção de seu direito

¹⁹³ CAPELO. *Ob. Cit.* P 515-517.

¹⁹⁴ *Idem.* P 530-531.

¹⁹⁵ CAPELO. *Ob. Cit.* P 525-527

geral de personalidade, impõe-se limites às exteriorizações de seus bens tutelados e vontades colimando o convívio harmônico entre as personalidades em uma comunidade de pessoas¹⁹⁶.

Finalizando, tem-se os “contratos e demais negócios jurídicos enquanto limitações da existência e validade do direito geral da personalidade”. De todas as conceituações, essa mostra-se a mais clara pela existência de um negócio jurídico celebrado com a declaração de vontade e capacidade do titular. As partes celebrantes definem o conteúdo do contrato e entendem, em regra, as implicações e contraprestações advindas. Concilia-se, a partir do contrato entre indivíduos, a vida individual e social de cada um, impondo-se “obrigações comportamentais interpartes”. Capelo exemplifica com situações rotineiras como o casamento, que implica, além da lealdade, em diversos outros direitos e deveres pessoais entre os cônjuges, e os contratos de trabalho, que se desdobra na prestação de atividade braçal ou intelectual, respeitabilidade entre chefe e contratado, pagamento pecuniário¹⁹⁷.

¹⁹⁶ *Idem*. P 524

¹⁹⁷ *Ibidem*. P 523.

7. RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E NOVAS TECNOLOGIAS

Sendo o Direito produto da evolução social e estando a sociedade inserida em um dissociável contexto tecno-digital, algumas considerações são necessárias acerca dos desafios e mudanças enfrentadas por esta ciência. Passa-se a rápidos contornos históricos acerca da evolução da informática.

Com o cenário da Guerra-Fria entre duas potências mundiais (URSS e EUA), anos 1960- 1970, a informática alavancou-se como forma de segurança nacional. Motivados pela preocupação em garantir uma descentralização de informações do Pentágono, os Estados Unidos iniciaram pesquisas que levou ao desenvolvimento do que hoje é conhecido como a Rede Mundial de Computadores¹⁹⁸. Em 1974, emprega-se, pela primeira vez, o termo Internet, sendo impulsionada a partir da década de 90, como forma de ajudar a União Europeia em investigações nucleares. Na mesma época, surgem os primeiros sites como Yahoo e Google.

Como suporte para o desenvolvimento desta ferramenta de conexão, os computadores passaram por aperfeiçoamentos, deixando grandes dimensões características dos aparelhos de primeira (1951-1959) e segunda geração (1959-1965). Inicia-se, então, a fabricação de computadores menores, popularizando os *computadores pessoais* a partir de 1990¹⁹⁹. Com a virada do milênio, investimentos em massa ocorrem na área tecnológica, principalmente pela empresa *Microsoft*. A nova corrida tecnológica e competitividade das empresas pioneiras no setor, conduzem a esta revolução tecnológica atualmente conhecida. Mudanças nas tecnologias de comunicação, popularização do sistema de transmissão de dados por 3G/4G, redução nos tamanhos e valores dos computadores chegando aos conhecidos tablets, laptops e smartphones. Um novo contexto de vida surgiu com o aprimoramento destas tecnologias.

Com o crescimento do acesso à internet, as relações sociais passaram por uma nova significação: deixa-se de lado o contato físico e interage-se preferencialmente pelo mundo virtual. Inúmeros amigos são feitos, pela tela de um Laptop, smartphone ou tablet, sem

¹⁹⁸ A evolução da Internet até os dias atuais. Disponível em <https://www.linkdesignbrasil.com/a-evolucao-da-internet-ate-os-dias-atuais/>

¹⁹⁹ MICROINFORMÁTICA. Disponível em http://www.fundacaobradesco.org.br/vv-apostilas/mic_pag3.htm

conhecer ou ter visto pelo menos uma vez. Por conseguinte, a exposição da vida pessoal, após a popularização das redes sociais, tornou-se mais frequente. Uma sociedade que consome rapidamente conteúdo visual, notícias sem grande profundidade, que é influenciada por aquilo que lê sem ter a preocupação de filtrar as inúmeras informações as quais se encontra exposta. O avanço tecnológico alterou desde a forma de relacionar-se à maneira de comprar. Aproveitando esse desenvolvimento, as formas de proteção e defesa nacional empregada pelos países também foram aperfeiçoadas.

Voltando ao âmbito legislativo, a atual Constituição Federal do Brasil, vigente a partir de 1988, e a Constituição da República Portuguesa, 1976, bem como suas legislações civis e penais nasceram em um contexto social diferente, anterior a popularização da informática. Por óbvio que há situações, decorrentes da mudança social, que não foram previstas nos digestos legais mencionados, o que levou (e ainda o faz) a alterações e criação de novos dispositivos normativos capazes de tutelar novas questões postas no ambiente digital.

O surgimento de um ambiente digital expandiu a expressão da personalidade para um ambiente virtual. Manifestações do desenvolvimento da personalidade antes materializadas somente no plano físico, passam a ocorrer na rede mundial de computadores. Dessa revolução tecnológica emergem novos valores imateriais²⁰⁰ como informação, dados, conhecimentos científicos. A rápida obtenção e propagação de informação passa a ter um valor inestimável, ditando novos parâmetros comportamentais na sociedade moderna. Entramos na era da Sociedade da Informação, uma expansão da Humanidade sem restrições por limitações geográficas ou sociais.²⁰¹

Ao passo em que houve inestimável avanço nas formas de produção, na comunicação, maior disponibilização de participação democrática e exercício da liberdade de expressão e informação, a revolução tecnológica trouxe um preço a ser pago, como maior exposição e vulnerabilidade dos direitos da personalidade e, principalmente, aumento na violação à reserva de vida privada.

²⁰⁰ MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. 2.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2006. P. 38 e 39.

²⁰¹ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 8.^a Ed. Tradução de Roneide Venancio Majer; Colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2003. P. 70

Notavelmente, os órgãos estatais se beneficiaram dessa nova Sociedade da Informação, com grandes avanços na forma de segurança nacional. Satélites, vigilância de dados, monitoramento de possíveis ameaças terroristas, reconhecimento facial por meio de câmeras de controle de tráfego, manipulação de índices relacionados à prestação de serviços públicos, escutas telefônicas são apenas alguns dos métodos utilizados pelos Governos que, infelizmente, colidem e infringem os direitos fundamentais de cada cidadão, levando à valoração e preterição de um bem jurídico sobre outro²⁰².

A maior violação aos direitos fundamentais, em especial à reserva de vida privada e intimidade, foi revelada por Edward Snowden²⁰³, em 2013. Snowden, ex funcionário do Governo dos EUA, divulgou, através do jornalista Glenn Greenwald, detalhes de programas de vigilância do governo americano que compreendiam monitoramento global de ligações telefônicas e transmissões de internet, não restrito somente aos cidadãos americanos, incluindo espionagem de líderes internacionais. Dentre as informações sigilosas divulgadas pelo *gênio da informática*, verificou-se a existência de estação de espionagem da NSA, em Brasília, focada na obtenção de dados acerca de petróleo e produção de energia, focando no presidente do Brasil da época, Dilma Rousseff, e em seus principais assessores²⁰⁴. Ainda dentre as informações integrantes da NSA, constatou-se, ainda, a espionagem da Alemanha sobre a França e Comissão Europeia²⁰⁵.

Decorridos sete anos desde a revelação feita por Snowden, noticiou-se, em fevereiro do corrente ano, a descoberta de vazamento de informações e vigilância de mais de 120 países, entre eles, Portugal, que persistiu por mais de cinquenta anos, através da venda de

²⁰² CUNHA, Paulo Ferreira da. *Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático: direito à informação ou deveres de protecção informativa do Estado?* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano III. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. P. 624

²⁰³ Snowden: “A janela para debater nossa atitude ante a tecnologia está se fechando”. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/13/internacional/1568390496_167835.html

²⁰⁴ Entenda o caso de Edward Snowden que revelou espionagem nos EUA. Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>

²⁰⁵ Alemanha espiou França e a Comissão Europeia para entregar dados aos EUA. Disponível em <https://observador.pt/2015/04/30/alemanha-espiou-franca-e-a-comissao-europeia-para-entregar-dados-aos-eua/>

tecnologia de encriptação (que deveria, teoricamente, assegurar a segurança daquele que a compra) pela Empresa Crypto AG²⁰⁶.

O ex funcionário americano que renunciou à sua vida cômoda para alertar o mundo sobre os perigos do uso imoderado da tecnologia, trouxe mudanças na visão dos países acerca da legislação para tutela de bens jurídicos no âmbito virtual. Edward alertou que a exploração não dizia respeito somente a dados, mas, principalmente, a pessoas, em uma geração “que já não é dona de nada”.²⁰⁷

Após a reflexão motivada por Snowden, as legislações voltaram-se a expandir e aperfeiçoar a tutela dos bens jurídicos. Até aquele momento, o único dispositivo legal voltado à preocupação acerca da regulamentação de crimes cometidos no âmbito virtual, em nível internacional, era a Convenção de Budapeste sobre Crimes Cibernéticos, criada em 2001, contando com mais de 60 países signatários²⁰⁸. O tratado internacional em comento, em vigor a parte de julho de 2004, debruçou-se sobre matéria penal e processual penal notadamente quanto a crimes de interceptação ilegal, dano e sabotagem de redes informáticas, uso de worm (vírus), produção armazenamento e distribuição de pornografia infantil e violações de direitos autorais.

Dentre os cibercrimes mais frequentes, está a violação de privacidade através de software de atividades ilegais (vírus, rootkits, Cavalos de Tróia e afins), obtendo-se dados pessoais do usuário que possibilitam fraudes bancárias e comerciais. Diariamente, atualizações de programas como antivírus, aperfeiçoamento de sistemas operacionais, criptografia para sites de compras online (e-commerce), são disponibilizados para minimizar a prática dessa nova modalidade de crime (em ambiente virtual).

No âmbito brasileiro, buscando acompanhar as modificações no cenário social e coibir tais práticas criminosas, elaborou-se, em 2014, o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965), e,

²⁰⁶ Cryptoleaks. Como os EUA e a Alemanha deram "o golpe do século", espionando Portugal e 120 países durante mais de 50 anos. Disponível em <https://observador.pt/2020/02/12/cryptoleaks-como-os-eua-e-a-alemanha-deram-o-golpe-do-seculo-espiando-portugal-e-120-paises-durante-mais-de-meio-seculo/>

²⁰⁷ Participação de Edward no evento Web Summit. Disponível em <https://observador.pt/2019/11/04/edward-snowden-a-privacidade-dos-dados-e-uma-geracao-que-ja-nao-e-dona-de-nada/>

²⁰⁸ MPF defende adesão do Brasil à Convenção de Budapeste em audiência pública na Câmara. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-defende-adesao-do-brasil-a-convencao-de-budapeste-em-audiencia-publica-na-camara>

em 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709 – com início da vigência adiado para 2021, em decorrência da pandemia de Covid-19)²⁰⁹ que passaram a contemplar parâmetros para o tratamento de dados. Tais normativas são reflexos das complexas discussões formuladas na União Europeia.

²⁰⁹ *Lei Geral de Proteção de dados v. Marco Civil da Internet: Antinomias*. Disponível em <https://www.dtibr.com/post/2018/09/10/lei-geral-de-prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-v-marco-civil-da-internet-antinomias>

CAPÍTULO III – LIMITAÇÃO (IN) VOLUNTÁRIA DO DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

8. A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA SOBRE A VIDA PRIVADA

A privacidade, enquanto direito de cada indivíduo, afirmou-se doutrinariamente com o Liberalismo. Sua tematização e defesa se desenvolveram no século XX, cujo marco significativo foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) das Nações Unidas.²¹⁰

A DUDH de 10 de dezembro de 1948 consagrou em seu artigo 12º o direito à proteção contra intromissões de terceiros, especialmente do Estado, na vida privada. Este dispositivo tornou-se pela primeira vez o instrumento jurídico internacional de garantia da proteção à vida privada e familiar. Por essa razão, incidiu sobre a construção de outros instrumentos sobre direitos humanos na Europa.²¹¹

De fato, a partir dali outros importantes documentos internacionais foram firmados, pois a necessidade de estabelecer, do ponto de vista legal, a proteção da privacidade também fundamentou leis em vários países, a começar pela Europa no início da década de 70. Nesse turno, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem agregou de forma progressiva uma jurisprudência relevante sobre esta matéria, enquanto muitas Constituições dos países incorporavam a defesa da vida privada²¹².

Segundo Pezzela e Ghisi²¹³, na perspectiva tradicional a privacidade é vista como o *direito de estar só e a salvo da percepção alheia*. Assim, a percepção é que os sujeitos estão sob um escudo que os protege contra a intromissão e curiosidade alheias, vivendo recolhidos em um recôndito de preservação e ocultamento. Essa condição reflete um efeito obtido

²¹⁰ CORREIA, *Ob. Cit.* p.59.

²¹¹ Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados - elaborado pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) e pelo Conselho da Europa, em conjunto com a Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Edição 2015. 212 páginas.

²¹² CORREIA, *Ob. Cit.* p.59.

²¹³ PEZZELLA, Maria Cristina C.; GHISI, Silvano. *Privacidade na sociedade da informação: controle e direito ao esquecimento nos espaços públicos*. Rev. AJURIS, V. 40, nº 132, Dezembro de 2013. p.233.

sempre que o indivíduo retorna a seu espaço privado, em uma residência inacessível e no sigilo das informações sobre si.

Em contraposição, no século XXI, a sociedade da informação requer que a pessoa seja representada por informações em primeiro plano, isto é, que ela seja “conhecida por dados, números, rotinas de compras e gastos, na forma de textos, imagens, sons e dados registrados”. Assim, o sujeito é reconhecido como um ser informacional, o qual busca agora a proteção da sua privacidade, reclamando um direito fundamental, reconhecido como direito de personalidade, destacam os autores.²¹⁴

Rodotá²¹⁵ destaca algumas questões a serem consideradas quanto à clássica definição de privacidade. Nos dizeres do autor, “as novas dimensões da coleta e do tratamento de informações provocaram a multiplicação de apelos à privacidade e, ao mesmo tempo, aumentaram a consciência da impossibilidade de confinar as novas questões que surgem dentro do quadro institucional tradicionalmente identificado neste conceito”. Ele argumenta que o conceito de privacidade centrado na definição de *direito de ser deixado só* tem se tornado cada vez mais frágil, deixando espaço para outra que é representada pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito.

Por essa razão, Vieira²¹⁶ tratou a conceituação do direito à privacidade, destacando que sua abrangência envolve desde a obstrução à invasão da vida privada e familiar, impedindo o acesso às informações, até a uma proibição de divulgação de tais informações. Não é apenas o desejo do indivíduo de viver em isolamento, mas também a possibilidade de excluir do conhecimento de terceiros informações que os sujeitos desejam reservar somente a si mesmos.²¹⁷

Segundo a autora, o direito à privacidade possui um caráter subjetivo e consiste na faculdade de cada pessoa ou indivíduo de “obstar a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada, assim como na prerrogativa de controlar suas informações

²¹⁴ PEZZELLA, Maria Cristina C.; GHISI, Silvano. *Ob. Cit.* p. 234.

²¹⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.24.

²¹⁶ VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da Informação*. Dissertação de Mestrado. Brasília, 2007. p.23.

²¹⁷ *Idem.* (Conforme Bastos, 1989; Jabur, 2000; Pereira, 2004).

peçoais, evitando acesso e divulgação não autorizados”. Isto é, há duas esferas tuteladas, dois interesses distintos: o acesso não autorizado e a divulgação indevida das informações.²¹⁸

Há algumas espécies no âmbito do direito à privacidade, mencionadas anteriormente: privacidade de domicílio; a privacidade das comunicações; a privacidade decisional ou o direito à autodeterminação e, ainda, a privacidade informacional ou autodeterminação informativa.²¹⁹ O “direito à privacidade informacional” corresponde não só às informações relacionadas à pessoa em sua intimidade, assim como seus dados pessoais.

Vários autores como Vieira destacam que o chamado direito à autodeterminação informativa teve como seu marco jurídico a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1983, no julgamento do caso sobre a Lei do Censo de 25 de março de 1982.

Ruaro, Rodriguez e Finger²²⁰ explicam que pautado na referida Lei, o Estado pretendia terminar o censo geral em 1983. Esta que tinha como objetivo principal, a partir de 160 perguntas, confrontar os dados fornecidos com os do registro civil. Além disso, as perguntas eram de cunho pessoal, que iam desde as aspirações profissionais do indivíduo até suas práticas religiosas e políticas. Ademais, outros pontos suscitaram controvérsia, como a possibilidade de transmissão dos dados colhidos a autoridades federais, e até mesmo a previsão de multa.

Em breve síntese, os dispositivos daquela Lei previam a coleta de informações demográficas, sociais e econômicas dos cidadãos. Apresentava em seu teor, além da possibilidade de comparação dos dados coletados com outros levantados nos registros públicos, assim como o compartilhamento das informações com outras repartições em nível municipal, estadual ou federal. Desnecessário reiterar a repercussão geral dessa medida aos olhos da população.²²¹

²¹⁸ VIEIRA, Tatiana Malta. *Ob. Cit.* p.24.

²¹⁹ *Idem.*

²²⁰ RUARO, Regina L.; RODRIGUEZ, Daniel P.; FINGER, Brunize. *O Direito à proteção de dados pessoais e a privacidade*. Rev. da Faculdade de Direito, UFPR. Curitiba, nº 53, 2011. p.55.

²²¹ RUARO, Regina L. *Privacidade e Autodeterminação Informativa: Obstáculos ao Estado de Vigilância?* Revista Arquivo Jurídico. ISSN 2317-918x – Teresina-PI – Volume 2, nº 1, p. 42.

Copetti e Miranda²²² explicam que, na verdade, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não traz qualquer regra específica de proteção da privacidade, embora o Tribunal Constitucional Federal fundamentasse suas decisões sobre a proteção das esferas privada e íntima, nos artigos 1º, alínea 1 e 2º, alínea 1 da Constituição alemã.²²³ Para desenvolver sua visão, o Tribunal Constitucional baseou-se, inicialmente, “na teoria do núcleo da personalidade, segundo a qual haveria esferas ou camadas da personalidade que demandariam proteção diferenciada”. A referida teoria permite distinguir três esferas de proteção da privacidade, revelando graus decrescentes da esfera mais interior, a esfera íntima inviolável até uma esfera privada ampliada e a esfera social.

Ruaro²²⁴ afirma que a noção de privacidade sofreu diversas alterações no decorrer do tempo. Os Tribunais ingleses e americanos, por exemplo, tratavam somente de violações à propriedade e as demais violações à privacidade restavam com a mera reprovação na esfera social. No Brasil, embora não tutelado expressamente na Carta Magna, o direito à privacidade pode ser depreendido facilmente da leitura do artigo 5º, em seus incisos X, XI e XII. Em relação ao nível infraconstitucional, o Código Civil Brasileiro trata especificamente dessa matéria.

Conforme já mencionamos no parágrafo anterior, a autora destaca que, sendo considerado um direito de personalidade, o direito à privacidade é irrenunciável, intransmissível e inalienável, ou seja, o mesmo não pode sofrer limitação voluntária, “seja porque não se pode abrir mão de tal direito ao todo, ou apenas em parte; seja porque não admite sua transferência a título oneroso ou não”.²²⁵ Nesse sentido, não há uma limitação voluntária ou uma disposição parcial do direito. É possível tratar de limitação a direitos de personalidade quando da conformação desses direitos em relação a outros, ou diante de

²²² COPETTI, Rafael; MIRANDA, Marcel Andreato. *Autodeterminação informativa e proteção de dados: uma análise crítica da jurisprudência brasileira*. Rev. De Direito, Governança e Novas Tecnologias. E-ISSN: 2526-0049. Minas Gerais, Volume 1. Nº 2. Jul/dez.2015. p.28-48.

²²³ Ver também HESSE, KONRAD. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

²²⁴ RUARO, Regina Linden. *Ob. Cit.* p.41-60.

²²⁵ RUARO, 2015. *Ob. Cit.* p. 50.

previsão constitucional, a fim de se superar eventual conflito aparente de normas, ou de se garantir a unicidade constitucional.²²⁶

O “direito à autodeterminação informativa” consiste, portanto, nessa possibilidade do indivíduo controlar e proteger seus próprios dados pessoais, diante das tecnologias mais modernas de comunicação e de processamento da informação.²²⁷

Para Rodotà²²⁸, esse aspecto já estava presente nas definições tradicionais, entretanto, apenas no sentido de destacar uma perspectiva mais individualista, “apresentando a privacidade como mero instrumento para realizar a finalidade de ser deixado só”. Hoje, porém, alerta-se para a possibilidade de indivíduos e grupos controlarem o exercício dos poderes baseados na disponibilização de informações, concorrendo assim para estabelecer equilíbrios sócio-políticos mais adequados.

Ainda é atual a preocupação esboçada pelo autor de que não basta somente elaborar um sistema de contenção do poder dos computadores em relação as suas particulares modalidades de utilização, mas analisar suas potencialidades de uso, ligando-as aos diversos significados que possam assumir no conjunto do sistema político.²²⁹

Rodotà²³⁰ também esclarece que a caracterização da nossa organização social como uma sociedade cada vez mais baseada sobre a acumulação e a circulação das informações comporta o nascimento de um novo e verdadeiro “recurso” de base, ao qual se coliga o estabelecimento de novas situações de poder.

Na tentativa de legitimar tal poder, de um lado aponta-se para uma impossibilidade de uma renúncia por parte do Estado e da Indústria sobre uma infraestrutura informativa abrangente e sofisticada; de outro lado, alcança a promessa de uma garantia efetiva, ou mesmo de uma expansão, dos tradicionais direitos individuais.

²²⁶ *Idem*, p. 51.

²²⁷ VIEIRA, *Ob. Cit.* p. 24.

²²⁸ RODOTÀ, 2008, *Ob. Cit.* p.24.

²²⁹ *Idem*, p.25.

²³⁰ *Ibidem*.

Na Suécia, por exemplo, a indústria de computadores empenhou-se, nesse sentido, para promover as Leis que materializassem essa garantia dos direitos dos cidadãos na coleta automatizada de dados, para diminuir as preocupações e suspeitas na aquisição de computadores por consumidores gerais, sobretudo por parte da administração pública.²³¹

Doneda²³² observa que hoje a privacidade e a proteção dos dados pessoais são assuntos na pauta atual do jurista. Há, assim, “uma orientação estrutural do ordenamento jurídico com vistas à atuação dos direitos fundamentais, cujo pano de fundo é, em boa parte, o papel do desenvolvimento tecnológico na definição de novos espaços submetidos à regulação jurídica”.

Por tais razões, as recentes e significantes experiências de vários ordenamentos que tematizam a questão revelam que é necessária certa proximidade com as tecnologias, não somente estas, mas principalmente com o seu modo de operar e influir na sociedade. Para Doneda, nas relações jurídicas relacionadas à tecnologia, o “grau de indeterminação que cercará toda tentativa de regulação feita pelo direito é sensivelmente alto – o que potencializa situações de risco”.²³³

Aliás, este autor²³⁴ retoma como ponto de reflexão o escrito já mencionado de Warren e Brandeis, *The right to privacy*, apontando que a inclusão de um direito à privacidade em ordenamentos de caráter patrimonialista a tornaram uma vantagem designada a extratos sociais bem definidos. Ele conclui que o “substrato individualista” no escopo da proteção da privacidade foi muito forte durante um longo período, arraigado em uma tradição jurídica tipicamente burguesa.

Contudo, alerta o autor²³⁵, foram estas mesmas relações, intensificadas pelo aumento do fluxo de informações, que evidenciaram outro aspecto da privacidade: “sua importância

²³¹ RODOTÀ, 2008, *Ob. Cit.* p. 36.

²³² DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.91.

²³³ *Idem.*

²³⁴ *Ibidem.*

²³⁵ RODOTÀ, Stefano. *Autodeterminação e Laicidade*. Tradução de Carlos Nelson de Paula Konder. Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil | Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018.

para a própria sociedade democrática como pré-requisito para diversas outras liberdades fundamentais”.²³⁶

Sob os pretextos de controle e eficiência, o Estado e os entes privados tentam justificar o acesso às informações pessoais. Com isso se quer dizer que o pressuposto para a eficiência das ações da Administração Pública é o acesso aos registros de dados dos cidadãos, tornando a prática até compulsória em algumas situações.

Sarmiento e Castro²³⁷ destacou o pioneirismo de Portugal na construção e incorporação em sua Constituição de 1976 do direito de informação e acesso aos dados do cidadão que dizem respeito a si próprio, no contexto das tecnologias. Naquela edição constavam do artigo 35º apenas 3 números: primeiro se contemplou o direito de informação e acesso do titular dos dados pessoais, pois até então não havia limitações no tratamento dessas informações.

Posteriormente, postulou-se a finalidade a qual se dedicaria tal coleta e armazenamento dos dados pessoais como baliza para dimensionar o tratamento destes. Além disso, não seria permitida a coleta e tratamento de dados que envolvessem convicções políticas, fé religiosa e vida privada, exceto com finalidades meramente estatísticas e com informações não identificáveis. Por fim, o último item disposto no artigo 35º daquela edição proibia também a instituição de um número nacional único e identificativo do cidadão²³⁸.

Conforme evidencia a autora²³⁹, o Constituinte acompanhou a evolução dos mecanismos de tratamento e registro dos dados. Antes, nos idos de 1970, os ficheiros mecanográficos já armazenavam dados, reunidos e estruturados por empresas de grande porte e pela Administração Pública. A mudança dos mecanismos e ferramentas como o computador demonstra constantemente que os recursos tecnológicos se adaptam às necessidades sociais, tais como: velocidade da informação, acessibilidade e formas de compartilhamento.

²³⁶ DONEDA, 2006, *Ob. Cit.* p. 92.

²³⁷ SARMENTO E CASTRO, Catarina. *40 anos de “Utilização da Informática” – o artigo 35º da Constituição da República Portuguesa*. Revista e-Pública, Vol. 3, nº3, Dezembro de 2016. (p. 042 -066)

²³⁸ *Idem*, p. 45.

²³⁹ *Ibidem*, p. 46.

Na verdade, o importante artigo 35º da Constituição da República Portuguesa quando foi materializado, refletia algumas iniciativas anteriores do Conselho da Europa, a respeito de uma iminente preocupação quanto ao registro e utilização de informações pessoais.

Entre estas iniciativas, destaca-se o estudo conduzido em 1968 pelo Comitê sobre a Proteção da Vida Privada face aos Bancos de Dados Eletrônicos. Em 1973, foi aprovada a Resolução 22 sobre a Proteção da Vida Privada das Pessoas Singulares face aos Bancos de Dados Eletrônicos do Setor Privado, seguida em 1974 pela Resolução 29, abrangendo os Bancos de Dados Eletrônicos no Setor Público, ambas dispostas pelo Conselho. Ambas as Resoluções antecederam a denominada Convenção 108 - Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, a qual foi submetida à assinatura dos Estados Membros a partir de janeiro de 1981.²⁴⁰

De acordo com o Manual da Legislação Europeia sobre a Proteção de Dados²⁴¹, o qual compreende ampla jurisprudência sobre a proteção das pessoas quanto ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal, a Convenção 108 se constitui como exclusivo “instrumento internacional juridicamente vinculativo no domínio da proteção de dados”.

Essas ações se constituíram de modo paralelo ao movimento que, desde o início dos anos 70, se manifestou nos primeiros textos legislativos na Alemanha, bem como a primeira lei nacional de proteção de dados da Suécia (1973) e o *Privacy Act* (1974) nos Estados Unidos, igualmente mencionados em nosso texto.²⁴²

Doneda²⁴³ considera que à medida que tecnologia fornece novos meios de transformação da informação, a importância desta última se intensifica. Por isso, é possível afirmar que a tecnologia, em conjunto com certas alterações no tecido social, estabelecerá o atual contexto no qual a informação pessoal e a privacidade relacionam-se.

²⁴⁰ SARMENTO E CASTRO, 2016, *Ob. Cit.* p. 46.

²⁴¹ *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados foi elaborado pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) e pelo Conselho da Europa, em conjunto com a Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Edição 2015.*

²⁴² *Idem.*

²⁴³ DONEDA, 2006, *Ob. Cit.* p. 92.

Nesse sentido, independentemente da perspectiva, toda análise sobre estes fenômenos deve considerar a variável da técnica como um dos seus elementos categóricos. “O controle sobre a informação foi sempre um elemento essencial na definição de poderes dentro de uma sociedade, a tecnologia operou especificamente a intensificação dos fluxos de informação e, consequentemente, de suas fontes e seus destinatários”²⁴⁴.

Convém retomar a leitura de Rodotá²⁴⁵, tendo como ponto de partida, o *Bundesverfassungsgericht*, em que a Corte Constitucional alemã tinha reconhecido “a autodeterminação informativa” como direito fundamental da pessoa em 1983. Naquele momento, ocorria uma distribuição de poder, retirando as informações pessoais do poder incondicionado do Estado e do poder dos “senhores da informação”. Tratava-se de uma nova subjetividade, pois antes havia a sujeição a poderes externos públicos e privados, porém depois revelou-se uma faculdade atribuída diretamente ao indivíduo.

Acompanhando, portanto, as transformações tecnológicas e de utilização da internet, a Constituição Portuguesa passou por revisão em 1982, substituindo a expressão “registros mecanográficos” por “registros informáticos”, bem como adicionando novos itens ao referido artigo 35. Foram acrescentados outros dispositivos, reestruturando e ampliando o escopo da proteção. Outras duas revisões aconteceram em 1989 e 1997, ajustando seus números, os quais totalizam atualmente sete itens vigentes.

Em consonância com Sarmento e Castro²⁴⁶, é possível assegurar que este artigo traduz de modo eficaz a proteção às ameaças envolvendo coleta, utilização e distribuição de dados possibilitados pelas novas tecnologias, instituindo o “direito fundamental à autodeterminação informativa”. Sobretudo, reflete um “conjunto de direitos relacionados ao tratamento das informações dos cidadãos, afirmando a esses titulares um conjunto de poderes de escolha nesse âmbito”.

É necessário ter em mente que novos fenômenos sociais produzem o imperativo de que os instrumentos do direito se ajustem e se ressignifiquem. O artigo 35º sobre a proteção de dados da Constituição da República Portuguesa deve ser visto paralelamente ao artigo 26º,

²⁴⁴ DONEDA, 2006, *Ob. Cit.*

²⁴⁵ RODOTÁ, 2018, *Ob. Cit.* p. 142.

²⁴⁶ SARMENTO E CASTRO, 2016, *Ob. Cit.* p. 48 e ss.

a respeito da reserva da intimidade da vida privada e familiar, conferindo aos indivíduos autonomia informacional.

Dias Pereira²⁴⁷ acrescenta que o arcabouço legislativo que abrange o direito à autodeterminação informativa em Portugal compreende a Lei da Proteção de Dados, alterada pela Lei 103/2015, de 24 de agosto, a qual reflete a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho (24/10/1995). Os textos envolvem a proteção das pessoas quanto ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação dos mesmos. São considerados como a segunda geração de leis de proteção de dados pessoais.

Em 1991, a Lei 10 instituiu a Proteção de Dados Pessoais face à Informática e criou a Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais Informatizados. De acordo com o autor, esse quadro disciplinou a utilização da informática prevista no artigo 35 da Constituição da República Portuguesa, inaugurado no texto já destacado de 1976, o qual sofreu alterações nas mencionadas revisões constitucionais.²⁴⁸

Mota Pinto²⁴⁹ colacionou a jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC) da República Portuguesa, informando as muitas decisões sobre a proteção da vida privada, especialmente, quanto ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada amparado pelo Constituinte. Entretanto, os textos em sua maioria tratavam de questões relativas à competência, mais que ao conteúdo material que enunciavam, de acordo com o autor.

É importante que os operadores do direito compreendam todos os movimentos e relações dinâmicas entre a sociedade, os valores e a materialização das normas jurídicas.

Cada paradigma é formulado com base em princípios e parâmetros relacionados ao contexto cultural, seja no quadro europeu ou no âmbito da América Latina.

²⁴⁷ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. Big Data, E-Health E «Autodeterminação Informativa»: A Lei 67/98, A Jurisprudência e o Regulamento 2016/679 (GDPR). □ Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, n.º 29, 2018. Texto elaborado para as Jornadas sobre Proteção de Dados Pessoais, realizadas no âmbito do projeto de investigação «Privacidad y redes sociales», na Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, em Espanha.

²⁴⁸ *Idem*, p. 2.

²⁴⁹ MOTA PINTO, Paulo. *A proteção da vida privada e a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Relatório apresentado na Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha e Itália, 2006. Disponível online em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202035.pdf>.

A interpretação adequada das normas jurídicas envolve uma constante reflexão sobre a proteção essencial do direito à autodeterminação informativa, relativamente ao campo dos direitos da personalidade, especificamente da vida privada.

9. CONFORMAÇÃO DO OBJETO DO DIREITO PELO SEU TITULAR

Sem grandes delongas, a conformação do objeto do direito pelo seu titular constitui uma forma de autolimitação incidente sobre o exercício dos direitos da personalidade, em especial, sobre aqueles bens compreendidos como manifestações do direito à reserva de vida privada. A forma de atuação da conformação decorre da natureza dos direitos da personalidade.

Sendo direito subjetivo, inato a cada ser humano, vivenciado pela personalidade e vontade de cada indivíduo ao realizar escolhas compatíveis com o seu ideal de vida adotado, a extensão de alguns bens jurídicos que integram as formas de proteção da personalidade deve ser analisada individualmente em compatibilidade com a mentalidade do titular.

Defendendo tal posicionamento, Canotilho e Machado²⁵⁰, analisando questões jurídicas e práticas dos Realitys Shows, entendem que o comportamento de uma pessoa determina os contornos que determinado bem jurídico e sua proteção terão para ela. Aquele que, v.g, resolve expor-se sem ressalvas, torna público comportamentos tutelados pela reserva de intimidade de vida privada, exerce seu direito da forma que melhor atenda às suas preferências. Entretanto, não há que se falar em renúncia de seu direito à privacidade, mas, sim, em sua conformação decorrente da autonomia privada assegurada, em uma sociedade pluralista e democrática, à cada indivíduo. É dizer que inviável se torna a imposição de um modelo de conduta, de forma de exercício de cada direito, de uma unidimensão para cada bem tutelado em decorrência da extensão, pessoalidade e ilimitabilidade das formas de desenvolvimento personalíssimo.

O titular do direito, dentro de sua liberdade de ação, escolhe o alcance da proteção de sua reserva íntima, pautado em sua autonomia de vontade, sua capacidade de escolher livre e

²⁵⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. cit.*. Páginas 56-57

autodeterminado seu comportamento. Sendo o homem, na visão kantiana, objeto e fim em si mesmo, a cada indivíduo lhe compete a determinação de seus planos de vida, ressalvadas limitações de ordem legal e afins (ordem pública, bons costumes). Defende-se, aqui, a possibilidade de interferência estatal para a imposição de limite da conformação do objeto em comportamentos autodegradantes do titular²⁵¹. Há, contudo, violações que são *aceitáveis*, na concepção de Novais. No sentir do autor, existem limitações/renúncias que podem ser consideradas legítimas por não comprometerem “condições futuras de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade”.²⁵² Ilustrando o posicionamento, temos a autodeterminação em casos de cirurgia para alteração de fenótipo (sexo), onde ocorre a mutilação e alteração da integridade corpórea do indivíduo para a materialização de sua vontade, de sua escolha de vida. O titular, nesse caso, “determina o conteúdo de sua dignidade”²⁵³. Novais ainda entende que o exercício da autodeterminação é limitado à não redução da pessoa a um objeto, configurando a perda de sua humanidade²⁵⁴.

Dentre os caracteres da conformação do direito por seu titular – compreendida como uma das formas de autolimitação/limitação voluntária) - importa lembrar da temporalidade, visto disposição constitucional portuguesa proibindo o caráter perpétuo da limitação por exceder o exercício, afetando a titularidade e o direito protegido em si. Ademais, deve ser considerada a integridade do consentimento (nesse caso, manifestado tacitamente) e analisar a inexistência de qualquer outro fator impositivo daquele comportamento, *v.g.*, ameaça, necessidade econômica, entre outros²⁵⁵.

Ressalta-se que não se confunde com a renúncia do direito, vez que esta última implica na extinção do direito pela restrição permanente. No caso da conformação do direito

²⁵¹ Para Sarlet, entende-se como uma *proteção da pessoa contra si mesma* legitimadora da interferência do Estado para a proteção da dignidade humana. A exemplo, em casos de produção de material pornográfico infantil efetuado pelo próprio adolescente cuja proibição de divulgação acaba sendo alvo de operações policiais. ARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, op. cit., p. 129.

²⁵² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, p61.

²⁵³ Nota pessoal: Diversos estudos afins já demonstraram o abalo psicológico sofrido pelos portadores de *distúrbio disforia de mente* e a forma como isso influi em suas existências podendo levar à atentados contra à própria vida. A cirurgia de alteração de fenótipo constitui uma realização pessoal para esses indivíduos. Eles conseguem, após o procedimento, projetar sua vida nessa nova posição. Aceita-se a lesão à integridade física para uma satisfação pessoal que leva à conservação do bem maior: Vida.

²⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, ob. cit., p62

²⁵⁵ PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária ... Ob. cit.* P 539

por seu titular, o *núcleo duro* da tutela da personalidade permanece intacto, possibilitando ao indivíduo a busca judicial para defesa e exercício de seu direito.

Para ilustrar o conceito em questão, veja-se entendimentos dos tribunais superiores dos países analisados no presente estudo (Portugal e Brasil).

Em 14 de junho de 2015, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal²⁵⁶ decidiu acerca de demanda proposta por figura pública em face de pessoa coletiva, proprietária da revista Lux (veículo no qual foi vinculada matéria) por atos lesivos do seu direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

A revista em questão publicou de forma destacada reportagem acerca do autor e sua esposa, sem qualquer consentimento dos titulares, expondo informações de cunho pessoal e íntimo.

A sentença proferida no Tribunal de Lisboa condenou à ré a abster-se da execução de atos lesivos ao direito de reserva de vida privada do autor, bem como estabeleceu pagamento de quantia pecuniária para reparação a título de indenização sobre os danos e desgostos sofridos com sua conduta.

Por manifesta insatisfação, a ré dirigiu apelação ao Tribunal de Relação que ratificou a sentença proferida pelo Tribunal de Lisboa. Em face do não acolhimento de seu pedido e modificação da condenação, interpôs recurso de revista ao Supremo Tribunal de Justiça, alegando a necessidade de anulação do acórdão e consequente absolvição.

Dentre os argumentos utilizados pela ré, pelo fato do autor ser jogador de nacionalidade portuguesa profissional de futebol (real Madrid Clube de Futebol), ou seja, figura pública, a revista entendeu não haver ofensa à reserva da vida privada do autor, bem como sustentou a impossibilidade de tutela do direito à privacidade por seu status de *estrela internacional*.

²⁵⁶ Base de dados jurídicos . Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e4428a4a669f03088025705a0052bf9f?OpenDocument&Highlight=0,05A945>

Nota-se que arcabouço argumentativo da demanda debruça-se sobre a conformação do objeto do direito pelo seu titular ao alegar, repetidamente, que a conduta pública sustentada pelo autor afastaria possibilidade de dano aos seus direitos de personalidade, considerando que já estaria *acostumado* ao assédio constante e divulgação de diversas informações acerca de sua vida.

Ao elencar a matéria fática, o STJ considerou que matéria expos em demasia fatos referentes ao desenvolvimento do modo de vida do autor. A revista divulgou inúmeras fotos sobre a nova habitação do jogador, detalhando o tamanho, preço e localização da moradia. Ademais, apontou cômodos e vizinhos, bem como expôs a esposa do autor. Decorrente dessa divulgação, fãs se dirigiram ao local para *verificar* a casa do autor, obrigando-o a manter portas e janelas fechadas impedindo-o, dentro de sua própria casa, de ficar *à vontade*.

No que tange ao conteúdo legal, o Supremo considerou que houve violação ao direito geral de personalidade do autor desportista (consoante art. 70º do Código Civil Português), lesando diretamente o direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito à imagem (art. 79º, nº 1, e 80, nºs 1 e 2, do mesmo diploma). Em sua argumentação, a mais alta corte trouxe os caracteres dos direitos fundamentais, já abordados na presente pesquisa, *v.g.*, inalienabilidade, absolutidade e irrenunciabilidade. Outrossim, carreou fatos de conhecimento público acerca da carreira do autor para ilustrar sua notoriedade e aduziu que *a fama* não poderia ser fator para renúncia antecipada dos direitos da personalidade ou sua abdicação total “sujeitando-se à invasão e devassa da privacidade” a todo momento.

Ressaltou-se que as imagens divulgadas não guardavam relação direta ou indireta com sua profissão e vida pública de jogador e que independente de ser figura pública é, antes, uma pessoa, não se legitimando a lesão pela grande notoriedade do indivíduo. Não se pode olvidar que a conduta da ré não se amparou na sua liberdade de informação (constitucionalmente protegido pelo art. 37, nº 1), visto que o objetivo da revista não foi informar e nem dar publicidade a fatos de interesse público relativos ao autor. Nota-se, sim, o interesse puramente comercial em vender o maior número de exemplares, garantindo maior lucro à ré.

Em território brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.594.865 - RJ (2014/0189467-2)²⁵⁷, entendeu pela lesão de direitos da personalidade de pessoas públicas ainda que em local de trabalho e em atividade que compreende a exposição em meio televisivo.

A autora, famosa atriz de novela, teve sua imagem capturada em meio a uma gravação de cenas de novela em local público (cenário). Na ocasião, em virtude dos movimentos da cena filmada, houve a exposição involuntária do seio da atriz, apanhado em fotos pela ré.

A imagem da atriz em situação inconveniente foi divulgada em revista especializada em *mulheres nuas* (Playboy). Em sentença, houve a condenação da ré para retirar a foto da autora, inclusive do ambiente virtual. Após apelação, o Tribunal de origem entendeu por anular o processo em decorrência de erro no polo passivo, compreendendo que deveria figurar a agência de fotografia que fez a imagem além a editora que divulgou. Retornados à primeira instância, nova sentença do juízo *a quo* manteve a condenação da Editora, majorando a indenização conjunta de danos morais e materiais, bem como julgou improcedente a denúncia à lide. Em novo acórdão, entendeu-se pela responsabilização da editora em decorrência de cessão onerosa das fotos, assim como entendeu que a notoriedade da autora não induz interesse público na divulgação.

Ao recorrer ao STJ, a Editora, ora ré, alegou que era desnecessária a autorização prévia da autora para exploração de sua imagem, visto tratar-se de “pessoa pública notória retratada em ambiente pública e em atividade relacionada ao seu trabalho cotidiano”. Ademais, alegou, ainda, que não houve finalidade comercial, porquanto não teve caráter publicitário e nem mesmo *constou na capa* da edição.

O relator, ao debruçar-se sobre o caso, em brilhante e detalhada argumentação, reforçou a feição dúplice do direito à imagem, sendo direito da personalidade e, ao mesmo tempo, tendo viés patrimonial ao garantir a indenização por sua lesão ou mau uso. Aduziu a necessidade de consentimento expresso (diferenciando-o do consentimento presumível não aplicável ao caso em cotejo).

²⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401894672&dt_publicacao=18/08/2017

Foi destacada a impossibilidade de abuso contra a tutela da imagem e da vida privada, ainda que, no caso de pessoas notórias, não haja a mesma extensão dos particulares, devendo ser considerada a vulneração da intimidade, da vida privada para fins de condenação. O acórdão trouxe, também, argumentações acerca dos limites do exercício do direito de imprensa, dos excessos cometidos no caso ora analisado. Assim, restou entendido pela ausência de razão recursal da parte ré, negando seguimento ao Recurso Especial. Diante disto, foi mantida a condenação anteriormente proferida pelo juízo *a quo*, no montante de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Infere-se, da análise dos acórdãos, que três são as questões fulcrais para a determinação da procedência do pedido de reparação da lesão: se a informação divulgada tem pertinência com a atividade pública do indivíduo, se a lesão ocorreu para obtenção de fins econômicos e se houve o consentimento declarado do titular. Observa-se, ainda, a consolidação da ideia de que o simples fato de ter uma atividade pública, gozando a pessoa de notoriedade, não é capaz de permitir comportamentos lesivos aos bens jurídicos tutelados pelo direito da personalidade, ainda que a extensão da tutela seja mitigada. Retomam-se as ideias de Heinrich Hubmann acerca da Teoria das Esferas, anteriormente discorridas no presente estudo.

10. LIMITAÇÃO DO DIREITO PELO ACORDO DO SEU TITULAR

10.1 DECLARAÇÃO DE LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA

Em pregressa argumentação, foram expostas e discorridas características do direito à personalidade enquadrando-o, principalmente por tutelar a dignidade humana, como direito fundamental. Entende-se que, constitucionalmente, vinculam particular e Estado, incumbindo este último de garantir a proteção dos direitos individuais. Em âmbito civilista, reproduzindo conteúdo de valores consagrados na Constituição e garantindo interpretação em consonância

com os direitos fundamentais²⁵⁸, pressupõe a igualdade nas relações entre particulares, sem projeção estatal.

Os bens pessoais juridicamente tutelados, que constituem a expressão dos direitos da personalidade, por sua fundamentação pautada no conceito antropológico, permanentemente em alteração e desenvolvimento, necessitam de espaço para sua efetiva realização tarefa da qual ocupou-se o direito privado.²⁵⁹

A matéria volitiva circunscrita aos direitos da personalidade guarda intrínseca relação com as formas tuteladas, tal como a vida, a integridade física e moral. O direito ocupou-se não somente de questões jurídicas, como também daquelas extra e pré-jurídicas como pessoas, bens, ações e relações como fenômeno humano e social²⁶⁰. Interessa a essa pesquisa, nesse momento, as interações inter indivíduos e indivíduo-mundo, atuações voltadas às satisfações de vontades e necessidades que podem constituir situações e relações jurídicas.

Não se pode olvidar que há relações desprovidas de contornos jurídicos e implicações ou interesse ao Direito. Nesse sentido, Bronze²⁶¹ exemplifica essas *relações de pessoa a pessoa sem a mediação do mundo* como as amizades, o amor, a cortesia e a religião.

Ainda sobre o conteúdo acolhido pelo Direito, Vasconcelos²⁶² sustenta que a *Natureza das Coisas*, proveniente de ordem cósmica e consistente na ordem oriunda de toda criação, na essência dos seres, impõe limites materiais e ontológicos e consagra a efetivação de justiça material ao ordenamento jurídico. Através desses critérios, como equidade, bons costumes, ordem pública, uso do tráfego, boa-fé, fim social e econômico que a legislação se baseia e a concretização do direito se efetiva. São realidades fáticas inatas à natureza que repercutem e

²⁵⁸MOTA PINTO, Paulo. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in Portugal-Brasil, Ano 2002, tema Direito, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 238.

²⁵⁹ Sobre esse ponto em especial, Ascensão entende e defende pela imprescindibilidade de categorização em *direitos à personalidade* (compreendidos os direitos propriamente ditos, v.g. à vida), *direitos à conservação da personalidade* (entendidos como as garantias, v.g. garantia à saúde e atendimento médico) e, por fim, *direitos à realização da personalidade* (abarcando as liberdades, v.g. possibilidade de escolha de profissão, de estudo, de conjuge). ASCENSÃO, José e Oliveira. *Direito Civil, Teoria Geral, Volume 1*. Ob. Cit. P 107-109.

²⁶⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de, Ob. Cit. P 16.

²⁶¹ BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, 2002, p. 30-36

²⁶² VASCONCELOS, Pedro Pais de - Teoria Geral A Natureza das Coisas, *In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001. P 19-57.

limitam o Direito e, por isso, influem no plano de criação e aplicação da norma, tal como o nascimento, a morte, limitação física, maioridade psicológica e biológica como fator determinante de capacidade jurídica²⁶³. Nas lições de Ascensão²⁶⁴, a “Natureza das coisas” repercute no “dever ser individual e no dever ser social”, o que justificaria modelos diferentes da *ordem natural* ao longo da história e do tempo, refletindo nos valores aclamados por cada sociedade. A exemplificação mais recente que repercutiu na legislação seria a concepção de mulher honesta e a questão da honra em casos de adultério, definições que ruíram com o decorrer do tempo e modificações sociais.

Gomes da Silva²⁶⁵ preceitua que as ações do homem são direcionadas à conquista de um “bem superior capaz de preencher seu íntimo”, pautado em critérios de grandeza e dignidade intrínsecas ao Ser Humano, diferenciando-o de outros seres existentes pela existência desse “componente espiritual”.

Decorrente do cariz inato à qualidade humana, a personalidade não pôde ser ignorada ou recusada pelo Direito, mas somente reconhecida, tutelada e vinculada à concepção de dignidade humana ou originária. Entende-se também pela impossibilidade de alienação, limitação, condicionamento ou privação da personalidade em razão, como já aduzido, da indissociação da condição humana. Contudo, ainda que a personalidade goze de irrestrição e ilimitabilidade, não se aplica tal infinitude às suas expressões tuteladas. Ora, pode-se dizer que é, no mínimo, óbvio! Se considerarmos, em um cenário hipotético, o exercício absoluto e incomensurável, por cada indivíduo integrante de uma sociedade, dos direitos da personalidade protegido legalmente, viveríamos em uma eterna balburdia caracterizada pelos excessos, mitigação e conflitos de direitos, um verdadeiro pandemônio jurídico! Seria nítido a impossibilidade do adequado desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos de forma igualitária.²⁶⁶

²⁶³ KAUFMANN, Arthur. *Analogie und “Natur der Sache”*. LARENZ, Karl. *Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung*, apud Pais de Vasconcelos, Teoria Geral, *ob.cit.*, pp. 54-56

²⁶⁴ ASCENSAO. *Ob. Cit.* p. 201-216

²⁶⁵ GOMES DA SILVA, Manuel Duarte. *Esboço de uma concepção personalista do Direito (reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos)*, in Separata da «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa», Vol. XVII, Lisboa, 1965, pp. 61, 65, 66.

²⁶⁶ Nesse sentido, Leite de Campos aduz que não há escolha entre a absolutização do social (que leva à escravidão) e a absolutização do individual (delírio do poder também conduzente à escravidão – própria e

Relevante à limitação dos direitos da personalidade, necessária retomada concisa e considerações rápidas acerca dos caracteres indisponibilidade e absolutidade. Ascensão²⁶⁷ assevera que os direitos da personalidade não podem ser objeto de cessão ou sucessão, nem mesmo de renúncia do exercício ao direito, restringíveis através do negócio jurídico em questões pontuais. Na mesma linha caminha De Cupis²⁶⁸ assinalando a impossibilidade de disposição individual, bem como a inexistente faculdade de renúncia face à essencialidade desses direitos. Entretanto, o último autor entende pela existência de um “consentimento do lesado”, frisando que, ainda que existente, não seria apto a configurar uma disposição dos direitos da personalidade.

Em toada totalmente oposta, Cordeiro²⁶⁹ entende pela possibilidade de disponibilidade com certas restrições prevista no artigo 81 do Código Civil Português em virtude da existência de liberdade intrínseca nos direitos subjetivos, posicionamento adotado pela presente pesquisa.

No que tange à absolutidade dos direitos da personalidade, ou seja, a independência de conduta para produção de efeitos, entende-se que sua efetivação, em algumas pessoas, pode desenvolver-se de forma relativa, como ocorre, *v.g.*, em incapazes.

Adentrando especificamente nas limitações, insta ressaltar a diferenciação entre limitações voluntárias, conformação do objeto do direito pelo seu titular e o não exercício do direito. Este último corresponde ao não uso das faculdades jurídicas correspondentes não decorrendo, dessa abstenção, qualquer limitação ou extinção do direito.

Já a conformação do objeto do direito pelo seu titular, como alhures abordado, prescinde da vontade de consentir a limitação do direito. Relaciona-se ao tipo de bem tutelado e à possibilidade de um comportamento do titular limitá-lo. Há bens cuja proteção, em decorrência de serem determináveis, tal como a vida, a integridade física e a imagem de um indivíduo, não se subordina à vontade ou ação do titular. Contraditório a este tipo de proteção, existem direitos, como o direito à reserva sobre a intimidade de vida privada, cujo alcance da

alheia), devendo-se determinar um equilíbrio ao homem-ser-social. CAMPOS, Diogo Leite de, *Nós - Estudos sobre o Direito das pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 130.

²⁶⁷ ASCENSAO. *Ob. Cit.* p. 93

²⁶⁸ DE CUPIS. *Ob. Cit.* p 49-50

²⁶⁹ CORDEIRO, Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral, Tomo III Pessoas. P 107*

tutela encontra-se definido pelas ações do indivíduo titular do direito. É dizer que a forma como a pessoa conduz sua vida, como se expõe (ou não), suas formas de interações sociais (ou ausência dessas), amoldam a forma como a tutela do seu direito da personalidade, propriamente do bem reserva de vida privada, se dará, o que será considerado ofensa ou não. De forma nítida, indivíduos acostumados à exposição constante, interação social irrestrita, adequam seu direito à privacidade de forma diferente de pessoas com conduta mais discreta, interação social limitada. O que poderia ser considerado uma violação para esse último, provavelmente não o fosse para o primeiro.

Na sociedade hodierna, caracterizada pela tecnologia e excesso informacional, algumas situações rotineiras ilustram perfeitamente o discorrido. Demonstram, nas situações fáticas do cotidiano, a execução da conformação do direito. Reality Shows; esportes violentos e perigosos, v.g, boxe; nudismo em protestos; alterações corporais motivadas exclusivamente pela vaidade e uso de redes sociais são práticas *socialmente aceitas* que colocam em exposição, de forma voluntária e integral, a adequação do alcance dos efeitos da tutela dos direitos da personalidade, especificamente, do direito à reserva da intimidade da vida privada.

No ordenamento brasileiro, o Código Civil de 2002, em seu artigo 13, após ressaltar (em artigo anterior), os caracteres da intransmissibilidade, irrenunciabilidade e da impossibilidade voluntária, traz a impossibilidade de disposição sobre o próprio corpo que possa resultar em diminuição de sua integridade ou contrariar os bons costumes, vedando qualquer limitação voluntária total ou parcial aos direitos da personalidade. Contudo, o enunciado 236, das Jornadas de Direito civil do CJP, posterior ao CC (2012), possibilitou limitações ao direito da personalidade, “ainda que especificamente não previstas em lei”, vetando o exercício com abuso de direito ou contrário à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

Já a legislação portuguesa dispôs, art. 81, nº 1, do Código Civil Português, a permissibilidade de limitação, em certa medida. O digesto português, de forma avançada, contemplou a possibilidade de autolimitação somente do exercício de direitos da personalidade subtraindo a capacidade de fruição dos bens abarcados por esse direito. Entendeu ser a autolimitação consequência de ato realizado por seu titular, devendo ser declarada (expressa ou tacitamente) e livre, além da necessidade de se possuir capacidade jurídica ou *vontade esclarecida*, prevenindo-se uma anulação. Consagrou a liberdade de

forma (escrita ou não – art. 219 do referido dispositivo legal) e a possibilidade de conformação por atuação do titular e impôs como limite às várias formas de autolimitação a não contrariedade à ordem pública.²⁷⁰

No âmbito constitucional, apesar de não conter previsão expressa, trata-se de questão de renúncia de direito fundamental, o que pressupõe limites materiais. Nas lições de Reis Novais²⁷¹, a disponibilidade de um direito fundamental necessita da análise do caso concreto para possibilitar um “balanceamento dos interesses e razões contrárias não sendo possível, a priori”, taxar em quais situações a renúncia ou autolimitação poderá operar. Ademais, entende que o critério norteador de qualquer direito fundamental (e, por conseguinte, da personalidade), é a dignidade da pessoa humana (que limita a disposição de seu núcleo). Canotilho²⁷² compartilha da mesma concepção, acrescentando, ainda, a possibilidade de revogação da autolimitação em qualquer circunstância.

10.2 CAPACIDADE PARA A LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA

A capacidade para a prática da limitação pressupõe alguns conceitos como vontade, autodeterminação e formas de consentimento. O primeiro corresponde ao elemento inato à natureza humana, intrínseco “à faculdade espiritual do homem” para a realização de um valor inteligível. É entendida como o “querer de algo ou alguma coisa”. A partir da vontade realizam-se os fenômenos tal como atos jurídicos.²⁷³

Entretanto, sendo decorrente da capacidade humana de idealizar e querer, projetada na ilimitada consciência humana, naturalmente necessitaria de limitações. Para a manutenção de uma ordem social e jurídica é impossível a realização de todas as vontades dos integrantes de uma sociedade. Havendo restrições a essas manifestações, a atuação harmônica da vontade com o plano existencial jurídico é entendida como liberdade (nota-se a retomada da aplicação das liberdades da ação). Concebe-se a ideia de liberdade jurídica como as possibilidades

²⁷⁰ MOTA PINTO, Paulo. *Ob. Cit.* P 7-10.

²⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis - *Renúncia a Direitos Fundamentais*, in *Perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição*, vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 1996. p 321-335.

²⁷² GOMES CANOTILHO, *Ob. Cit.* P- 464-465

²⁷³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Ob. Cit.* p13-14.

existenciais das situações jurídicas (criação, modificação ou extinção). Nesse contexto, o indivíduo, através da sua autonomia de vontade, pode praticar atos, com implicações jurídicas, delimitando conteúdos de sua forma e efeitos.

As leis, cuja existência e fim se justificam na concepção de pessoa, estabelecem alguns permissivos para que a vontade delimite o conteúdo e as normas jurídicas que regerão determinada relação entre particulares. Retoma-se as ideias de Hobbes e Locke acerca do contrato social, estabelecendo, o Estado, estruturas limitativas dos acordos de vontades entre particulares, colimando a harmonia social. Em exemplificação fática para melhor assimilação, poderia considerar a limitação de contratos de trabalho em situações degradantes, análogas à escravidão e com prestação pecuniária abaixo do mínimo estabelecido pelo Governo. As partes, pela autonomia da vontade, podem determinar o tipo de atividade a ser prestada, a forma como será desenvolvida e a retribuição, mas essa liberdade de ação se encerra nos limites estabelecidos pelo legislador²⁷⁴. Em caso de infringência dessas restrições legais impostas, busca-se a tutela estatal para reparação dos efeitos não esperados.

A possibilidade de autodeterminação retoma os conceitos de liberdade negativa e positiva. A primeira, consoante já mencionado em capítulo anterior, consiste na proibição de constrangimento de um indivíduo para a prática ou abstenção de ato que contente direito de terceiro autor do constrangimento. A concepção positiva da liberdade entende pela faculdade do exercício de ato que não possua proibições pela ordem pública, bons costumes e afins. A autonomia privada consolida-se como instrumento para a autodeterminação. Nesse entender, Ascensão considera que o centro da autodeterminação, para efeitos jurídicos ao sujeito, encontra-se na autonomia da vontade quando, *v.g.*, se exerce ou não um direito.

Sendo a vontade eixo basilar para a celebração de atos jurídicos, a forma de manifestação e quem o faz interessa para a validade da limitação voluntária do exercício dos direitos da personalidade compatíveis com a possibilidade de restrição.

A materialização da vontade se dá através do consentimento classificado em três tipos, consoante doutrina portuguesa. Orlando de Carvalho²⁷⁵ assim dividiu o consentimento em

²⁷⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO. *Ob. Cit.* p 79-80.

²⁷⁵ CARVALHO, Orlando de, *Ob. cit.*, p. 99.

tolerante, autorizante e o consentimento vinculante. Os efeitos de cada um, dentro das relações jurídicas formadas, serão abordados no tópico subsequente desta pesquisa.

O consentimento tolerante²⁷⁶, trazido pelo artigo 340º do Código Civil Português, possibilita a exclusão da ilicitude de ofensa a bem jurídico da personalidade, a justificar o ilícito do fato. Impera em procedimentos médicos onde o profissional necessita intervir para manter o núcleo essencial *Vida*. O paciente, a partir de declaração própria ou de *responsáveis legais na incapacidade deste*, permite, ao médico, a prática de determinados procedimentos curativos em seu corpo colimando a busca pela manutenção do titular dos direitos. Permite-se uma lesão à tutela do corpo para proteger a razão da existência corpórea²⁷⁷.

Seguindo, o consentimento autorizante, por sua vez, está compreendido em um negócio jurídico bilateral, possibilitando àquele com quem se celebra um compromisso jurídico único a possibilidade de agressão (art. 81, nº 2, CC português), estando ao titular de direitos da personalidade a limitar o exercícios de seus direitos²⁷⁸. A validade desta modalidade de consentimento está condicionada à não contrariedade dos princípios de ordem pública. Entende-se como efeitos de tal consentimento a inexistência de ofensa, delimitando a extensão, o regime e a eficácia da limitação consentida por pautar-se em contrato²⁷⁹. Compreende a faculdade de revogação a qualquer tempo, observada a obrigação de indenizar.

Finalizando a concepção tripartida, o consentimento vinculante permite a revogabilidade do consentimento, ressalvado o dever de indenizar em caso de lesão ou prejuízos à outra parte, bem como reveste-se de caráter constitutivo²⁸⁰, originando um contrato entre as partes²⁸¹. Exemplificando, Mota Pinto²⁸² entende que o consentimento vinculante, v.g, no caso de contrato de direito à imagem, gera a obrigação de indenização por dano de cumprimento ao efetuar uma ruptura contratual.

²⁷⁶ CAPELO. *Ob. cit.* p 441

²⁷⁷ A tutela do corpo humano e toda sua extensão, na interpretação de Capelo acerca do art. 70 do código civil português, constitui forma de defesa da personalidade física. CAPELO. *Ob. Cit.* p 213

²⁷⁸ CAPELO DE SOUSA. *Ob. Cit.* P 441-442

²⁷⁹ VASCONCELOS. *Ob. Cit.* P 155

²⁸⁰ CAPELO DE SOUSA. *Ob. Cit.* P 442

²⁸¹ ORLANDO DE CRVALHO, *Ob. Cit.* P 205

²⁸² PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, ob. cit.*, p. 533 a 537.

No âmbito dos tribunais superiores do Brasil²⁸³, consolidou-se o consentimento como limite do exercício dos direitos da personalidade, distinguindo, ainda, duas outras categorias de consentimento: tácito e presumível.

Por fim, brevemente são tecidas considerações acerca do consentimento informado, aplicado na área da saúde, em relações médico-paciente. No sentir de Capelo²⁸⁴, deve ser entendido como o exercício da subjetividade do indivíduo, compreende a busca pela vontade verdadeira do agente, adequando o ato ao seu projeto de vida. A exemplo, tem-se o não recebimento de doação de sangue assegurado àqueles que professam a religião *Testemunhas de Jeová*. Não pode ser imposto uma intervenção médica para assegurar a vida de paciente com essa filosofia religiosa, cuja vontade é totalmente oposta. No caso de impossibilidade de tomada de decisão e não existência de diretivas antecipativas de vontade, a decisão a ser buscada deve ser mais condizente com os desejos do indivíduo incapacitado. Entende-se pela titularidade orgânica, ao admitir a possibilidade de exercício de direito, diante incapacidade do titular, por outra pessoa²⁸⁵.

Em todas as formas de consentimento abordadas, imprescindível se faz a figura da capacidade de exercício, legitimidade e existência do elemento volitivo livre e esclarecido²⁸⁶. A capacidade compreende a emissão do consentimento possuindo discernimento das consequências. Por óbvio que não se espera que o indivíduo tenha consciência de todas as implicações da emissão de sua vontade, visto tal fato ser esperado (e desejado) somente em relação aos operadores do direito.

A capacidade para emissão de vontade, portanto, celebração de negócio existencial sem viés patrimonial, pode ser entendida, tal como a capacidade civil, como a aptidão para figurar em relações podendo praticar atos e concluir negócios. A capacidade jurídica ou a capacidade de gozo de direitos é inerente à personalidade jurídica (art. 67, CC Português), ou seja, a possibilidade de figurar em relações jurídicas. Já a capacidade para o exercício de

²⁸³ Recurso especial 1.384.424 - SP (2011/0178374-5)

²⁸⁴ CAPELO. *Ob. Cit.* P 411-412

²⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 109.

²⁸⁶ CAMBLER, Everaldo Augusto... [et al.], Coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim; *Comentários ao código civil brasileiro*, parte geral, v. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 199

direitos deve ser compreendida como a aptidão para atuar autônomo e pessoalmente para exercer uma atividade jurídica própria, sem a necessidade de um representante.

Após percorrer o estudo sobre o consentimento e capacidade, chega-se à questão fulcral desta última: como se efetiva a capacidade de exercício e a vontade daqueles impossibilitados, temporária ou permanentemente, de se expressar? Recai-se nos conceitos de tutela e curatela, sobre os quais não iremos debruçar, mas brevemente comentar, por evadir do tema em questão.

O exercício de direitos da personalidade em adultos ou menores incapazes acaba por recair aos familiares, no melhor interesse do indivíduo. Não se pode esperar que uma criança, cuja mentalidade ainda se encontra em desenvolvimento e necessita da orientação dos pais para indicação de padrões morais e adequados ao convívio social, seja capaz de decidir acerca da sua educação, se deve receber vacinação, em quais ambientes pode livremente frequentar.

Entretanto, faz-se ressalva quanto a possibilidade em casos de menores com maturidade suficiente constatada para o exercício de seus direitos da personalidade e emissão de consentimento para limitação voluntária.

O Tribunal de Relação de Évora²⁸⁷, em Portugal, no processo 789/13.7TMSTB-B.E1, em 25 de junho de 2015, entendeu pela imposição aos pais do dever de “abster-se de divulgar fotografias ou informações que permitam identificar a filha nas redes sociais”, objetivando a salvaguarda dos direitos da reserva de vida privada e proteção de dados e segurança da menor no Ciberespaço. O Tribunal consignou que os filhos são titulares de direitos, devendo os pais garantirem e respeitarem esses direitos, constituindo responsabilidades parentais norteadas pelo superior interesse da criança. Desta forma, ainda que exercendo os direitos da personalidade da criança por ausência de capacidade do menor, não poderiam dispor da forma como melhor lhes conviesse.

287

Disponível

em:

[Http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7c52769f1dfab8be80257e830052d374?OpenDocument&Highlight=0,redes,sociais](http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7c52769f1dfab8be80257e830052d374?OpenDocument&Highlight=0,redes,sociais)

10.3 EFEITOS DA LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA

De proêmio, nota-se que para a celebração de negócios jurídicos que se relacionam aos direitos da personalidade, consoante assevera Bittar²⁸⁸, pressupõe-se a celebração de contratos específicos, bem como a expressa anuência do titular. Não há limitação voluntária permanente do exercício dos direitos da personalidade, possuindo restrição temporal. Os negócios jurídicos colocam-se como um meio de atuação da autonomia privada

Na concepção de Mota Pinto²⁸⁹, entende-se que a manifestação da vontade constitui negócio jurídico e produz efeitos no campo normativo. O autor divide em três teorias para análise dos efeitos jurídicos da vontade exteriorizada.

A primeira, denominada *Teoria dos Efeitos Jurídicos*²⁹⁰, defendida por Savigny, preconiza que há perfeita harmonia e correspondência entre a vontade das partes e os efeitos jurídicos. Tal corrente enfrenta críticas pelo fato de que as partes não poderiam, exceto se juristas completamente informados, ser conhecedoras de todas as normas incidentes sobre aquele negócio jurídico celebrado e os efeitos que ocorreriam.

A segunda, *Teoria dos Efeitos Práticos*, coloca-se em oposição à primeira por entender pela distância com a realidade. Para esta, as partes possuem e manifestam apenas a vontade objetivando determinado fim econômico ou social, efeitos na prática, sem terem consciência dos efeitos jurídicos correspondentes em lei.

Por fim, a *Teoria dos Efeitos Práticos Jurídicos*, no sentir de Mota Pinto, é a mais acertada ao compreender que aqueles que celebram um negócio jurídico objetivam determinados resultados materiais (práticos) e usam da via jurídica para a consecução destes. Há “intenção dirigida a um determinado efeito econômico garantido”²⁹¹.

O autor ainda alerta para a existência de “negócios de pura obsequiosidade”, sem efeitos jurídicos, referentes ao convívio social, inexistindo intenção em criar, modificar ou

²⁸⁸ BITTAR, *Ob. cit.*, p. 49.

²⁸⁹ MOTA PINTO. *Ob. Cit.* P. 379

²⁹⁰ *Idem.* P. 380

²⁹¹ *Ibidem.* P. 381

extinguir vínculo jurídico, v.g., convite para jantar, passeio. A ausência de vontade de criar efeitos no campo jurídico faz a diferenciação entre “meros acordos, acordos de cavalheiros” e os negócios jurídicos. Não se pode olvidar que, em caso de consentimento nulo ou ilegal por parte do lesado, não ocorre a perda da ilicitude e nem a exoneração do autor da lesão da obrigação de indenizar²⁹².

10.4 REVOGABILIDADE DA LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA

Estando os consentimentos compreendidos como declarações formadoras de um contrato, portanto, integrantes de um regime geral de declarações negociais, rege-se, a priori, pela irrevogabilidade, consoante prelecionado pelos artigos 230º e 406º do Código Civil Português. Contudo, por tratar-se de uma autorização a limitação voluntária, possibilita-se a reserva à revogação, nos termos delineados pelas partes titulares dos direitos da personalidade.

Oliveira Ascensão²⁹³ entende que não haveria aplicabilidade de limitação voluntária à reserva da intimidade de vida privada e ao direito à imagem, somente sendo possível a extinção do contrato por consentimento mútuo das partes.

Encampando posicionamento contrário, Capelo de Sousa e Mota Pinto entendem pela possibilidade de revogação aplicável em alguns casos.

Em atos decorrentes da manifestação de consentimento autorizante (art. 81, Código Civil Português), há a possibilidade de revogação livre a ser manifestada em qualquer tempo, ressalvada a possibilidade da obrigação de indenizar (art. 81, nº 2, CC português).

No que tange ao consentimento vinculante, na concepção de Orlando de Carvalho²⁹⁴, inexistente a possibilidade de revogabilidade unilateral, nos termos dos artigos 230º e 406º do Código Civil. Para o autor, não existe, tal como ocorre nas outras espécies de consentimento,

²⁹² MOTA PINTO, *Ob. Cit.* P. 217

²⁹³ Em MOTA PINTO. *Ob. cit.*, p.557

²⁹⁴ ORLANDO DE CARVALHO. *Teoria Geral do Direito Civil*, Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano, 1ª turma do Curso Jurídico de 1980/81, Centelha, Coimbra, 1981, p. 91-100

um poder de lesão excludente de ilicitude, mas o exercício da faculdade de disposição dos direitos da personalidade, entendendo como ato lícito e irrevogável. Exemplifica com contratos de trabalho que compreendem algum perigo (riscos ocupacionais).

COLISÃO DE DIREITOS

Até o momento, a presente pesquisa dedicou-se, com toda a argumentação construída acerca dos direitos fundamentais da personalidade, a construir bases para explorar o assunto principal, qual seja a desherarquização entre o direito ao esquecimento (como uma extensão do direito à imagem) e o direito à informação.

Da leitura inaugural, nota-se que o objeto da presente pesquisa se debruça sobre a análise de dois direitos fundamentais constitucionalizados e a coexistência entre ambos, sem colisões, no sistema jurídico. Antes de abordá-lo, far-se-á uma valoração do direito à informação e sua contraposição aos direitos personalíssimos afetados pelo direito ao esquecimento, bem como alguns contornos acerca dos direitos fundamentais.

A começar do Iluminismo – ideais voltados à valorização e exaltação do ser humano e sua autonomia para analisar criticamente e decidir diversos aspectos de sua vida – advieram modificações nos regimes de governo. O acesso ao conhecimento e a disponibilização de informação possibilitaram avanços na humanidade. A partir da manifestação de pensamentos diferentes, houve o aprimoramento material, científico e moral do ser humano. Observa-se que o acesso à informação constitui elemento indissociável da evolução humana. Se o contrário fosse, manter a raça humana silenciada²⁹⁵ constituiria a impossibilidade de correção de erros e avanço.

Com o egresso de governos totalitários e a imersão em um Estado Constitucional de Direito, a informação tornou-se marca nos novos regimes democráticos²⁹⁶. Inicialmente, no Estado Liberal, a existência de uma liberdade de expressão se constituía por via reflexa da liberdade individual de proteção da privacidade e poder contratual. Com a evolução

²⁹⁵ STUART MILL, John. Da liberdade de pensamento e expressão. Alfragide: Leya, 2010, p. 10.

²⁹⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, pág. 80.

capitalista, houve a expansão do setor de comunicação, centralizado na mão de senhores financeiramente influentes, para manipulação do pensamento a vigor na sociedade da época.

297

O Estado social, caracterizado pela preocupação com a igualdade legal e material, retoma o poder do Estado para intervenção nas relações sociais, desempenhando o papel de assegurar a efetivação de direitos econômicos e sociais. Com este momento, a liberdade de expressão torna-se meio de acesso à educação e cultura²⁹⁸. Nota-se que a referida liberdade constitui um dos meios para desenvolvimento da personalidade e, portanto, atrela-se à ideia de dignidade da pessoa humana.

A atual concepção de Estado de Direito decorreu das emissões de opiniões e debates para seu aperfeiçoamento. É dizer que resultou da possibilidade de manifestação do pensamento do ser humano. Desta forma, verifica-se a consagração da liberdade de expressão como direito fundamental na ordem constitucional e a postura positiva a ser desempenhada pelo Estado para garantir esta.

Consagrada, como direito fundamental na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁹⁹, foi trazida à legislação brasileira, pela primeira vez, na Constituição Política do Império do Brasil, em 1824. Hodiernamente, o direito fundamental à liberdade de expressão encontra-se regulamentado nos artigos 5º (inciso IV, IX) e art. 220, §§1º e 2º da Carta Magna Brasileira; Em território luso, está disposta no artigo 37 da Constituição da República Portuguesa. Em âmbito internacional, no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; no art 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; no artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, entre outros digestos legais que não interessam a presente pesquisa.

Sendo o ato de se expressar intrínseco à natureza humana, naturalmente a Liberdade de Expressão seria entendida como um direito fundamental tendo como titulares todas as

²⁹⁷ MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.* P 91

²⁹⁸ *Idem.* P 86

²⁹⁹ Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

peças, tanto físicas quanto jurídicas/coletivas.³⁰⁰ Constituindo um direito fundamental, reveste-se de algumas características referentes à dimensão, eficácia e limites e restrições.

Quanto ao primeiro caractere, a liberdade de expressão compreende dupla dimensão. A primeira (subjativa ou negativa) corresponde ao direito de resguardar o direito de manifestar opiniões de abusos do Estado. A tutela se dá tanto de forma preventiva, proibindo-se a censura, quanto de forma reparativa, ao remover qualquer medida repressiva³⁰¹. Canotilho³⁰² e Sarlet³⁰³, no mesmo sentido da doutrina alemã, entendem que, como direito subjativo, ao titular do direito fundamental é possibilitado usar do meio judicial para ver respeitados seus bens juridicamente tutelados em face do destinatário. Haveria, para eles, uma relação trilateral entre o *titular, o objeto e o destinatário do direito*. Em resumo, a perspectiva subjativa constituiria a possibilidade “de o titular fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental”³⁰⁴.

A segunda, dimensão objetiva, compreende a promoção, por parte do Estado, de medidas que viabilizem o exercício da liberdade em comento. Em outros termos, valores objetivos básicos orientadores das ações dos poderes públicos. Em decorrência deste viés objetivo, tem-se a eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais para a qual a interpretação de todo o sistema infraconstitucional deve estar de acordo com os direitos fundamentais. Ademais, o reconhecimento destes direitos implica, ao Estado, obrigações e deveres de proteção tanto na relação com órgãos estatais e poderes público quanto na prevenção de lesões entre particulares³⁰⁵.

Nos ensinamentos de Jorge Miranda³⁰⁶, a tutela do direito à liberdade de expressão compreende o direito de não ser impedido de exprimir e divulgar suas ideias, a possibilidade

³⁰⁰ SARMENTO, Daniel. *Comentário ao art. 5º, IV*. In. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 256

³⁰¹ *Idem*. P. 252-259.

³⁰² CANOTILHO. *Ob. Cit.* P 544

³⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. Cit.* P 340.

³⁰⁴ *Idem*.p 343

³⁰⁵ *Ibidem*. P 344

³⁰⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Ob. Cit.* p.843-852.

de comunicar-se e ser informado, bem como a retirada de obstáculos que não permitam acesso aos meios, como, v.g, serviço público de rádio e TV. O autor ainda coloca, apesar de reconhecer a ampla importância do referido direito, como uma garantia institucional em sentido amplo.³⁰⁷ Desta forma, a liberdade de expressão traduz aspectos de proteção como a “liberdade de manifestação da opinião, de imprensa, de reportagem por radiodifusão e filme e proibição de censura”.³⁰⁸

Prosseguindo, no que tange a eficácia, ainda no entendimento de Miranda³⁰⁹, os direitos fundamentais (direitos humanos constitucionalizados) gozam de eficácia imediata (art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal do Brasil), “aplicáveis ou suscetíveis de serem aplicados nas situações da vida”.

Por fim, volta-se aos limites e restrições.

Na visão de Miranda³¹⁰, em decorrência do convívio em sociedade, os direitos dos indivíduos sofrem limitações recíprocas, tendo por limites “os direitos das demais pessoas e o conteúdo” de cada direito limita-se pelo “conteúdo de outros direitos”. O autor ainda adverte que o dever de respeito, imposto a todos os cidadãos de uma sociedade, não impede a ocorrência de choques entre os direitos fundamentais- tanto entre pessoas diferentes quanto o conflito entre direitos diferentes da mesma pessoa.³¹¹ Sobre este último, a exemplo pode-se citar o direito À vida e à proteção da saúde em contraposição à consciência religiosa que não permite transfusão de sangue ou transplante de órgãos.

Em casos de colisão, objetiva-se, sempre, a preservação do conteúdo essencial. Nas palavras de Miranda, o conteúdo de um direito constitui “faculdades destinadas à obtenção e fruição do bem jurídico que lhe subjaz”. Para um entender mais claro, o autor assim exemplifica que “no direito à vida não está compreendido o direito ao suicídio; da mesma forma a liberdade religiosa não compreende o direito a fazer sacrifícios humanos; o direito à automutilação não está abarcado no direito à integridade física”.³¹² Essa compreensão nomeou o doutrinador de “limites imanentes, intrínsecos, de conteúdo ou de objeto”. Ressalte-se que

³⁰⁷ MIRANDA, Jorge. *Ob. Cit.* P 89- 90

³⁰⁸ HESSE, Konrad. *Ob. Cit.* P. 29-40

³⁰⁹ *Idem.* p 319-324

³¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Ob. Cit.* P 341

³¹¹ *Idem.* P. 342

³¹² MIRANDA, Jorge. *Ob. Cit.* P 344.

Miranda faz distinção entre limite e restrição. O primeiro, na concepção do autor, relaciona-se ao exercício de direito, *o modo de se exteriorizar através da prática do seu titular*³¹³. Pode ser absoluto ou relativo (condicionamento, para seu exercício, em estabelecimento de prazo – Prescrição-, participação prévia, registro – reconhecimento de personalidade jurídica de associação, v.g.. Tal condicionamento, ressalte-se, não implica em redução do alcance do direito, mas em apenas uma limitação da margem da liberdade do seu exercício³¹⁴). O segundo, *amputa faculdades* compreendidas por aquele direito fundamental. A restrição terá sempre previsão na Constituição (*mediata ou imediatamente*) e vincular-se-á a alguns direitos específicos.

Em relação a essa teoria, Novais³¹⁵ e Canotilho³¹⁶ pontuam sobre a possibilidade da existência de restrições aos direitos fundamentais não expressamente previstas e autorizadas pela Constituição, originadas da necessidade de compatibilização, na análise de situação fática, entre direitos em conflitos.

Também conhecido como Teoria Interna, os Limites Imanentes vinculam-se à natureza não absoluta dos direitos fundamentais e determina o “alcance objetivo de um direito fundamental no âmbito normativo”³¹⁷ a partir do conteúdo determinado, interno ao próprio direito que se tutela³¹⁸.

Nas lições de Andrade³¹⁹, os limites imanentes constituem *limites máximos de conteúdo*, posto que a Constituição não consegue prever e tutelar todas as situações e modos de exercício de direitos de todos os cidadãos, em decorrência da natureza da personalidade humana.

Desta forma, o exercício tutelado de um direito fundamental compreenderia uma adequação entre a situação de fato e o conteúdo de um direito fundamental sujeitando-se ao

³¹³ *Idem*. P. 346

³¹⁴ *Ibidem*. P 347

³¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Ob. Cit.* p. 289.

³¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Ob. Cit.* p. 1277

³¹⁷ MÜLLER, Friederich *apud* ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 271

³¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 128.

³¹⁹ ANDRADE, José C. Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 215

âmbito normativo do direito fundamental correspondente³²⁰. Ademais, o estabelecimento de limites imanentes “afasta proteção a situações concretas flagrantemente contrárias”³²¹

Fazendo contraposição à referida teoria, foi estabelecida a Teoria Externa ou Ponderação de Direitos Fundamentais. Para esta, a ideia centra é que o indivíduo “goza de ampla liberdade em face e mediante o Estado com limitações impostas por fatores externos à norma jurídica”.³²²

No entender de Canotilho e Moreira³²³, para que haja a restrição dos direitos fundamentais necessário se faz a conciliação com outros direitos ou interesses constitucionais, exigindo-se uma ponderação entre os direitos ou interesses conflitantes. Para os doutrinadores, inexistente limite inerente aos direitos fundamentais, mas, sim, uma imposição posterior diante à necessidade de conciliar-se com outro direito fundamental ou interesse constitucional, quando impossível a satisfação de um sem a restrição do outro.

Desta forma, para a aplicação prática da teoria externa, necessário se faz o princípio da proporcionalidade ao ponderar-se para que sejam efetuadas limitações mínimas para a proteção de interesses constitucionalmente protegidos.³²⁴

A partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha,³²⁵ delimitou-se que o princípio da proporcionalidade pauta-se no tripé adequação, necessidade e proporcionalidade, verificando-se a capacidade de tal medida atingir o que se busca, não ultrapassando o limite mínimo necessário capaz de causar prejuízos demasiados³²⁶³²⁷.

³²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes - Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 349.

³²¹ NOVAIS, Jorge Reis – *Ob. Cit.* p. 317.

³²² SILVA, Virgílio Afonso da – *Ob. Cit.* p. 138

³²³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134-135

³²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, ano 91, abril/2002, p. 34.

³²⁵ HESSE, Konrad – *Ob. Cit.* p. 66.

³²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. *Ob. Cit.* p. 1223-1225.

³²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2015. 4ª Ed. P.387

Discorrido acerca da limitação que pode ser sofrida pelos direitos fundamentais, volta-se à aplicação ao objeto do presente trabalho.

Consoante já abordado no tópico 7, constituímos uma sociedade indissociável dos recursos tecnológicos com crescente democratização das formas de acesso aos meios digitais que oportunizem diversas formas de manifestação da personalidade em meio digital. Com essa popularização, opiniões, imagens, notícias são amplamente divulgadas em curto espaço de tempo. Dessa exposição, pode decorrer lesão à determinados bens da personalidade, como a imagem e a honra, v.g.

A partir do exercício do direito à expressão e à informação sem qualquer imposição de limitações, crimes cibernéticos são cometidos, fotos divulgadas sem autorização, ofensas são proferidas, fatos pretéritos da vida pessoal de determinado indivíduo são amplamente divulgados e resgatados à memória. Tem-se, nisto, o conflito entre direitos constitucionalmente assegurados (o direito à expressão e informação e os bens tutelados como direitos da personalidade).

Dai decorre a necessidade de imposição de limites, consoante supra asseverado. A partir da busca ao judiciário como forma de proteção e/ou reparação de lesões aos direitos personalíssimos ou aos direitos informativos, encontra-se um impasse na ponderação da valoração dos bens tutelados.

Diante de situações dessa natureza, os tribunais, brasileiros e portugueses, empregam o princípio da proporcionalidade fazendo a ponderação entre os bens tutelados e o dano causado, decidindo pela imposição de limitações que ocasionem o menor prejuízo possível às partes envolvidas.

A liberdade de expressão, possuindo dúplice dimensão, permite que terceiros impeçam seu pleno exercício em caso, por exemplo, de confronto com a privacidade³²⁸. Um exemplo nítido de afronta à privacidade é a divulgação, reincidentemente praticada pela imprensa brasileira, é a divulgação de conteúdo obtido a partir de escutas telefônicas implantadas pelo Ministério Público.

³²⁸SARMENTO, Daniel. *Artigo 5º, inciso IV. Ob. Cit.* p. 227.

O Supremo Tribunal Federal³²⁹ brasileiro reconheceu a liberdade de imprensa como direito preferencial aos demais direitos constitucionais. Contudo, não entendeu pela sua absolutidade e irrestrição, devendo sempre ser ponderado em caso concreto.

Com o crescimento do uso do ciberespaço e a possibilidade do usuário ocultar-se em um perfil leva à equivocada percepção de imunidade à responsabilização jurídica em episódios de divulgação de informações privadas. Disto, decorre a necessidade de possibilidade de aplicação de um direito ao esquecimento e possibilidade de retirada de conteúdo na rede mundial de computadores.

Com supedâneo nesse cuidado com o tratamento de dados, em reiterados casos apreciados pelos tribunais europeus, que fora editada o vigente Regulamento Geral Sobre Proteção de Dados (GDPR) que será minuciosamente abordado no tópico seguinte ao defender-se a aplicação do Direito a Ser Esquecido como uma extensão do direito à imagem e garantia de tutela de um direito da personalidade.

12. DIREITO AO ESQUECIMENTO

De proêmio, para melhor compreensão do tema, faz-se necessária uma análise da etimologia do termo e conceituação do direito ao esquecimento, o qual deriva dos termos em latim *obliviscor* e *oblivium* e dizem respeito ao direito de aproveitar a vida, de não ser perturbado, com isso garantindo-se vários outros direitos subjetivos³³⁰, conforme será mais bem abordado na sequência.

Nesse sentido, trata-se de uma proteção que tem seu alicerce nos direitos de personalidade mais recentes, retratados em tópicos anteriores, com o objetivo principal de resguardar a intimidade e a privacidade, os quais convergem no conceito amplo da dignidade da pessoa humana³³¹. Ou seja, garantir ao indivíduo o direito de ser deixado só é, por

³²⁹ Brasil. STF. ADPF 187, Relator(a): Min.Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011, acórdão eletrônico DJe-102 divulg 28-05-2014 pub.29-05-2014.

³³⁰ WARREN, S. D. e BRANDEIS, L. D. *The Right to Privacy*. Tradução livre. Harvard Law Review, v. 4, n. 5. Dezembro, 1890. p. 193.

³³¹ ATAÍDE, R. P. C. M. *Direito ao esquecimento*. Revista de direito civil do instituto de direito privado da faculdade de direito de Lisboa. V. 2, ano 3. 2018. pp. 282-283.

corolário, proteger sua imagem, seu nome e sua honra, pois a pessoa, ao ter alguns acontecimentos de sua vida eternizados, pode ser condenada a reviver memórias ligadas a dores já superadas³³².

Ademais, apesar de tal direito estar diretamente ligado às proteções mais recentes da personalidade, isso não significa se tratar de um instituto recente, visto que a evolução desse conceito ocorre desde o século XIX, no mínimo, quando se tem registros das primeiras discussões envolvendo tal celeuma. Isso porque, apesar de não existir um marco expresso para o surgimento do direito ora discutido, enquanto a jurisprudência se dedicava ao esclarecimento do direito à privacidade, e a desvendar suas facetas mais complexas, por consequência o direito ao esquecimento também evoluía, ganhando definição própria e importância para efetivação da dignidade da pessoa humana³³³.

Pode-se citar como uma das decisões importantes mais antigas sobre o tema, o julgamento ocorrido em 1889 (século XIX), na Corte Superior de Quebec, no Canadá, que reconheceu o direito ao esquecimento no caso *Goyette versus Rodier*. Na situação, o jornal *Le Violon* teria publicado acusações a Goyette muitos anos depois da data em que se passou o fato. O entendimento que reconheceu o direito do demandante a *ser deixado só* prevalece até hoje em ações sobre o tema³³⁴.

No âmbito da sociedade internacional, outra demanda relevante foi enfrentada pela Alemanha em 1969, no caso *Lebach I*, mesmo nome da cidade alemã em que se deram os acontecimentos, referente a um massacre de soldados responsáveis pela guarda de um armazém bélico. Na lide, um dos suspeitos foi condenado à pena de seis anos de reclusão e, dias antes de terminar o cumprimento da pena, uma emissora de televisão local veiculou um documentário sobre o crime, utilizando imagens e nomes reais dos envolvidos, além de informações sobre suas sexualidades. Com isso, foi requerido pelo dito acusado, e concedido pelo Tribunal Constitucional Alemão, uma liminar impedindo a exibição do documentário nos

³³² BEZERRA JUNIOR, L. M. H. *Direito ao esquecimento: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade*. 1ª Ed. Série instituto brasiliense de direito público. São Paulo: Saraiva Jur., 2018. p. 114.

³³³ DOTI, R. A. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980. p. 90.

³³⁴ FERRIANI, L. P. A. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: IASP, 2017. p. 122.

moldes originais, baseando-se no direito ao esquecimento e garantia de seu livre desenvolvimento, além de proteção à imagem e privacidade do, então, ex-detento³³⁵.

Percebe-se, com tais casos concretos, que a evolução do conceito de direito ao esquecimento, bem como sua aplicação na prática, ainda estão em desenvolvimento, mas são de extrema importância, tendo em vista que tal proteção e os direitos a ela relacionados, quando violados, tem significativo potencial de prejudicar a paz, o equilíbrio emocional das pessoas afetadas e, ainda, a integridade psicológica em seu conceito amplo³³⁶. Em outras palavras, eternizar acontecimentos do passado que gerem no indivíduo algum sentimento ruim ou aborrecimento é ferir seu direito de sossego, desde que os fatos discutidos não tenham interesse público, conforme será mais bem abordado no subtópico 12.4 a seguir.

Em retomada à supracitada análise do tema em âmbito global, não se pode olvidar dos casos *Google Spain versus Mario Costeja González*, um marco no estudo do direito ao esquecimento, bem como o da *chacina da candelária* no Brasil, que serão abordados separadamente em seguida, para melhor compreensão.

³³⁵ Acórdão publicado em 1973 pelo Tribunal Constitucional Alemão. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html> com acesso em 30/03/2020

³³⁶ BEZERRA JUNIOR, L. M. H. *Ob Cit.*, p. 114.

Caso Google Spain versus Mario Costeja González

Um dos casos que mais repercutiu na esfera internacional sobre o tema do direito do esquecimento, foi a situação levada à análise do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), do qual Portugal faz parte, na qual Mario Costeja González, em março de 2010, afirmou ter sido lesado profissionalmente em virtude de resultados apresentados pelo mecanismo de busca da Google, em atuação na Espanha. Isso porque, quando se buscava o nome do reclamante no Google Search, os resultados apresentavam dois anúncios em jornais de 1998 sobre a venda de uma casa em nome do sr. González, arrestada em hasta pública por dívidas com a seguridade social do país, situação já regularizada à época.

Devido a essa informação, o indivíduo afirmava estar sofrendo prejuízos de ordem profissional, além de ter atingida sua honra e reputação. Na solução da celeuma, a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) inicialmente rejeitou o pedido de exclusão dessas informações, por entender que tal ato configuraria atentado à liberdade de expressão no tocante ao jornal demandado; mas entendeu que a Google Inc. e a Google Spain SL deveriam filtrar os dados pessoais, pois seriam intermediários responsáveis pela disposição destes.

Por fim, o Tribunal pronunciou-se em 2014, determinando, entre outras coisas, que o site de pesquisas desindexasse o conteúdo da dívida do nome do autor da demanda, fundamentado no direito ao esquecimento³³⁷. Devido a esse entendimento do Tribunal da União Europeia, atualmente o cidadão que pretende ter seu direito atendido – de mesma natureza – precisa apenas preencher um formulário disponibilizado pela Google, para que referida companhia analise a alegada difamação e proteja os direitos correlacionados do indivíduo, em atendimento ao artigo 35º da Constituição da República Portuguesa.

Esse recurso disponibilizado pela multinacional já foi utilizado por mais de três mil portugueses que enviaram seus pedidos de desindexação de dados nos campos de pesquisa via *internet* pelo Google Search. Ademais, interessante registrar que outras medidas, a partir desse marco do pronunciamento judicial supracitado, foram tomadas em Portugal. Criou-se a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), bem como a Lei de Proteção de Dados (Lei 67/98) e legislação que trata sobre o uso de dados falsos, a Lei 103/2015.

³³⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) publicado em 13 de maio de 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT> Acesso em 30/03/2020.

Caso da chacina da Candelária

Alinhado aos casos já analisados pela União Europeia e outras nações que já participavam do desenvolvimento do conceito de direito ao esquecimento, o Brasil analisou um de seus casos mais polêmicos sobre o tema em 2013, envolvendo o lamentável evento da chacina da Candelária.

Conforme narrado pelo REsp STJ 133409/RJ, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão³³⁸, a Rede Globo Comunicações e Participações S/A, uma emissora de televisão, havia veiculado em 2006 em seu programa *Linha Direta* informações sobre uma chacina ocorrida em 1993, próximo à Igreja da Candelária, na cidade do Rio de Janeiro, na qual oito jovens entre onze e dezenove anos foram assassinados.

No referido programa, foram veiculados o nome completo verdadeiro e a história de um dos suspeitos, que à época da chacina havia sido investigado como um dos assassinos, mas, posteriormente, teria sido provada sua inocência e arquivado o procedimento penal respectivo. Segundo as alegações do autor da demanda, a divulgação de seus dados e da história em transmissão nacional havia novamente aliado sua imagem à de um assassino, notadamente por ter sido um crime de comoção nacional, com repercussões internacionais.

Devido à abordagem televisiva, em seu meio de convivência a reputação do autor teria sido abalada, junto com sua honra e imagem, por ter promovido mais uma vez desconfianças sobre sua idoneidade e honestidade, e por consequência ferido seus direitos de personalidade por violação à paz, ao anonimato e à privacidade, gerando inúmeros prejuízos sociais, profissionais e psicológicos. Ademais, alguns membros da comunidade ainda teriam entendido ter havido um erro do judiciário, despertando a ira de *justiceiros* e traficantes que ameaçaram o autor da demanda de morte.

Conforme foi demonstrado ao longo do processo judicial, que culminou em apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil, o dano moral e desrespeito à privacidade geraram inclusive risco ao bem jurídico maior do autor, qual seja a vida, tendo ele sido compelido a desfazer-se de seus pertences e posses, mudando-se da cidade onde morava para resguardar-se de possíveis retaliações e prejuízos – tudo decorrente da veiculação de seu nome verdadeiro

³³⁸ REsp 1334097/RJ, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Publicação: DJe 10/09/2013.

ao crime da chacina da Candelária, com o qual comprovadamente não possuía qualquer relação, dado o arquivamento da persecução penal à época das investigações.

Em seu acórdão, o STJ condenou a emissora de televisão ao pagamento de indenização por dano moral, por ter reacendido no público a desconfiança sobre a índole e o caráter do autor da demanda – reforçando, ademais, que, ainda que este tivesse sido condenado, possuía o direito ao esquecimento³³⁹.

Observa-se, com isso, que, não obstante o importante desenvolvimento do tema em casos e países diversos, curiosamente não há previsão expressa do direito ao esquecimento nas Leis Maiores dos países, mesmo nas nações que já reconhecem a necessidade dessa proteção há décadas³⁴⁰. Em conclusão, segundo nosso entendimento, o direito ao esquecimento é também o direito de tornar inacessíveis informações pessoais divulgadas por meio digital³⁴¹, além de ser um direito fundamental independente³⁴², apesar de estar relacionado aos direitos de personalidade.

No mais, abrange, ainda, a ideia de “não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros”³⁴³, podendo seu titular ser pessoa individual ou coletiva, conforme será abordado em tópico específico e, ainda, relacionado ao direito de arrependimento e ao controle dos próprios dados pessoais³⁴⁴, que permite ao indivíduo escolher as informações que compõe sua identidade³⁴⁵. Por fim, saliente-se que para valer-se do referido direito é necessária a decorrência de um significativo interregno entre a informação e seu uso, bem como o referido dado não ser mais relevante no cenário atual, ante ao caráter não absoluto do bem jurídico tutelado³⁴⁶.

³³⁹ Em relação a essa discussão, vide o tópico 12.3 infra.

³⁴⁰ SARLET, I. W. e FERREIRA NETO, A. M. *Ob. Cit.* p. 61.

³⁴¹ TOURIÑO, A. *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Madrid: Catarata, 2014. p. 140.

³⁴² MARTINEZ, P. D. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 140.

³⁴³ *Idem*.

³⁴⁴ CARO, M. A. *Derecho al olvido em internet: el nuevo paradigma de la privacidad em la era digital*. Madrid: Reus, 2015. p. 67.

³⁴⁵ CASTELLANO, P. S. *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 119.

³⁴⁶ Para mais detalhes, vide tópico 12.4, infra.

12.1. NATUREZA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Para a compreensão do tema nos limites do proposto neste estudo, necessário analisar qual a natureza jurídica do direito ao esquecimento e, para essa discussão, a primeira intempérie diz respeito às vertentes atuais sobre a questão. De um lado, alguns autores defendem que se trata de uma “nova geração de direitos”, que surgiu com a difusão do acesso à internet e relaciona-se, mais diretamente, com os direitos informacionais³⁴⁷. Por outro lado, uma segunda vertente, à qual nós seguimos na presente pesquisa, afirma que o direito ao esquecimento é apenas mais uma perspectiva dos direitos da personalidade já conhecidos³⁴⁸, atrelado aos direitos fundamentais, conforme defendeu-se no presente estudo até o momento.

Os doutrinadores que seguem a primeira linha justificam suas conclusões, inclusive, no fato de o artigo 35º da Constituição da República Portuguesa (CRP) tratar sobre os direitos de utilização da informática, além de ser diverso daquele dedicado à proteção dos direitos de personalidade, os quais são tratados no artigo 26º³⁴⁹. Todavia, entende-se que essa disposição da legislação não é suficiente para configurar uma nova geração de garantias, posto que o direito ao esquecimento não teria razão de ser senão pelos direitos da personalidade, notadamente a dignidade da pessoa humana e, mais especificamente, o direito à privacidade.

No mais, seria temerário afirmar que o direito ao esquecimento está ligado apenas à propagação do acesso à internet, posto que mesmo antes desse marco tecnológico já havia discussão sobre o referido tema, como foi exposto no tópico anterior, demonstrando o desenvolvimento desse conceito desde o século XIX. Ou seja, não há direito ao esquecimento sem direitos da personalidade, mas é possível exigir o direito de “ser deixado em paz”³⁵⁰ sem o advento da internet.

³⁴⁷ SORIANO GARCÍA, J. E. *Derecho al olvido y la creación de derecho*. Revista Galileu de Economia e Direito, v. 17, n. 1 e 2. 2012. p. 207-281.

³⁴⁸ DWORKIN, R. *Ob. Cit.* p. 64-65.

³⁴⁹ TRIGUEIRO, F. V. M. *Direito ao esquecimento na sociedade da informação* [Dissertação]. Universidade de Coimbra, 2016. p. 10.

³⁵⁰ LIMBERGER, T. *Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais*. Revista da faculdade de direito da Universidade do Porto, ano VIII. 2011. p. 267-292.

Por certo, reduzir o tema à sua relação com a dignidade seria, da mesma forma, incompleto, posto que foi a difusão do acesso à rede mundial de computadores que permitiu ao tema ser colocado em evidência na atualidade. Dessa forma, trata-se de um instituto legal que reúne uma nova perspectiva dos direitos da personalidade, frente à nova realidade da era de acesso à informação, reunindo, assim, as duas searas, mas ligando-se mais intimamente à primeira, como ramificação dos direitos personalíssimos³⁵¹.

Além disso, acrescente-se a esse raciocínio os argumentos utilizados pelos autores que defendem esse posicionamento, no sentido de ser o direito ao esquecimento um direito subjetivo, pessoal, irrenunciável e que não pode ser transmitido, sendo, portanto, fundamental como os demais relacionados à personalidade, conforme se observa nas Constituições contemporâneas da maioria das nações ocidentais, a exemplo da de Portugal, em seu artigo 24º e seguintes da CRP.

Da mesma forma, o direito de ficar só abrange não apenas os decorrentes da personalidade que recebem tipificação legal expressa, como a privacidade e a honra (ver legislação portuguesa e brasileira), mas também todas as formas pela qual eles se manifestam, ainda que não constem nominalmente nas legislações dos países. Essa é a conclusão firmada, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, no Habeas Corpus nº 126305 de 2015, no qual a caracterização do direito ao esquecimento se dá como direito fundamental, ligado à dignidade da pessoa humana³⁵²; e nos artigos 7º e 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

12.1.1. Aplicação Do Direito Ao Esquecimento Para Pessoas Jurídicas E Coletivas

Consoante já pormenorizado ao longo deste estudo, o direito ao esquecimento provém dos direitos da personalidade, sendo que alguns destes surgem com o nascimento – como são exemplos os direitos ao nome, à honra, à imagem, à reputação, entre outros – da pessoa e

³⁵¹ PINTO, P. M. *Ob. Cit.* p. 485.

³⁵² HC 126315 do STF, São Paulo, Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado pela 2ª Turma em 15 de setembro de 2015, com publicação pelo DJe 246 publicado em 07/12/2015.

outros surgem em momento posterior – como os direitos relativos ao autor após a publicação de obra inédita.

Nesse sentido, torna-se imperioso esclarecer que, para os fins pretendidos com este tópico da pesquisa, consideram-se subdivisões dos direitos da personalidade a: **a)** integridade física, **b)** integridade psíquica, e **c)** integridade moral. Assim, conquanto os direitos relacionados à personalidade são vinculados originalmente aos seres humanos, o desenvolvimento do arcabouço jurisprudencial da sociedade internacional já evoluiu no sentido de estender esses direitos também às pessoas jurídicas, tema que ainda carece de uniformidade de entendimento ao redor do mundo.

No Brasil, o artigo 52 do Código Civil vigente desde 2002 estabelece que se aplica à pessoa jurídica, no que couber, os direitos personalíssimos. Nesse prisma, já é possível afirmar que, no ordenamento jurídico brasileiro, prevalece o entendimento de que esse sujeito jurídico pode sofrer dano moral, tema que foi uniformizado de maneira definitiva a partir da súmula nº 227 do STJ.

Por esse motivo, alguns estudiosos já estão aplicando a analogia ao tema, defendendo que, por serem passíveis de sofrer dano moral – que decorre do direito à personalidade –, o carácter ficto das pessoas jurídicas não seria empecilho para a aplicação, por via reflexa, do direito ao esquecimento, termo que, inclusive, é objeto de críticas na doutrina brasileira, já que, de acordo com alguns autores, é equivocada a nomenclatura do direito a ser deixado só na medida em que não se trata de olvidar o fato constrangedor/doloroso do titular, mas sim o direito à vedação da utilização indevida das informações referentes a este acontecimento³⁵³.

Sem prejuízo do exposto e além do quadro dos meios de comunicação tradicionais, o âmbito do direito a não perturbação envolve aqueles casos em que a divulgação dos dados que se pretende esconder são desprovidos de interesse público, fator que pode ser associado ao conhecido direito à desindexação, que pode versar a pretensão de exclusão dos resultados de pesquisa sobre acontecimentos desagradáveis do passado de uma pessoa, sejam vídeos, fotos,

³⁵³ CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao esquecimento – Proteção da Intimidade e Ambiente Virtual*. Juruá, 2017. p. 498.

áudios ou textos; e a vedação – ou limitação – da propagação de informações pelos meios digitais de fatos notórios³⁵⁴.

O direito à desindexação surgiu na Europa com o já mencionado caso “Google Spain versus Agência Espanhola de Proteção de Dados”. Esse precedente preconizou a criação dessa garantia, uma vez que a Corte de Justiça da União Europeia – da qual Portugal faz parte – considerou que o cidadão espanhol demandante no processo era titular do direito, obrigando a parte vencida a desindexar os resultados de busca na plataforma digital de pesquisas.

Nesse sentido, aplicar-se-iam às pessoas jurídicas as mesmas regras relativas ao direito ao esquecimento das pessoas físicas, na medida em que estas são dotadas de personalidade e sofrem danos perante a sociedade civil quando tem suas marcas vinculadas a determinado fato humilhante, criminal ou de qualquer outra natureza, causando dissabor aos seus administradores e prejuízo no crescimento do negócio.

Não obstante, essa temática ainda é objeto de controvérsia, tanto na doutrina quanto na jurisprudência internacional, além de escassa na jurisprudência, uma vez que existem argumentos para ambos os lados – reconhecendo ou não os direitos das pessoas jurídicas. De qualquer sorte, certo é que o debate relativo ao direito ao esquecimento cresce com o passar dos anos e, conseqüentemente, pode-se afirmar que, em breve, a matéria deverá ser eventualmente regulamentada pelo Poder Legislativo em documentos de maior hierarquia no ordenamento jurídico.

12.1.2. Lei Geral de Proteção de Dados

No âmbito da União Europeia, a qual abrange Portugal, em 1995 foi criada uma Diretiva com o objetivo de garantir o direito de se excluir dados pessoais dos bancos de dados com essa finalidade. Apesar de ser um grande avanço para a concretização do direito ao esquecimento, com a revolução tecnológica gerada pela *internet*, essas regulações se tornaram insuficientes, o que fez com que, em 2012, a Comissão Europeia propusesse o Regulamento

³⁵⁴ SANTOS, F. F. *Direito ao esquecimento: as colisões entre liberdades comunicativas e direitos fundamentais da personalidade* [Dissertação de Mestrado em Direito]. Departamento de direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, PUC-SP. São Paulo, 2017. p. 144.

Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR, na sigla em inglês), finalizado em 2015 em substituição à antiga Diretiva³⁵⁵.

Nesse contexto, o artigo 17 do GDPR assegura a todos os cidadãos da União Europeia, nisso incluídos os portugueses, tenham assegurados seus direitos à remoção de dados pessoais, configuradas uma das seis hipóteses previstas no documento. Diz-se que o “titular dos dados terá o direito de obter do controlador a eliminação dos dados pessoais relativos a ele sem indevida demora e o controlador terá a obrigação de apagar dados pessoais sem indevida demora”³⁵⁶. Apesar do grande avanço, uma das principais críticas ao texto do GDPR é o fato de os mecanismos de busca não serem abrangidos pelo conceito de “controladores de dados”.

Trata-se de documento que entrou em vigor em 25 de maio de 2018, que ampliou as garantias do direito ao esquecimento e, por consequência, dos direitos correlatos a ele, apesar de não o tornar absoluto, visto que o parágrafo 3º do artigo 17 do GDPR prevê algumas exceções ao dever de retirar os dados de circulação, como nos casos de interesse público, liberdade de expressão ou atendimento a uma obrigação legal³⁵⁷.

Percebe-se, dessa forma, que o ordenamento europeu também passa a considerar o direito ao esquecimento como um direito fundamental, ainda que o caracterize como não absoluto – afinal, é possível o equilíbrio entre direitos fundamentais -, conclusão aplicável a Portugal por fazer parte da União Europeia.

Todavia, o aprofundamento na análise do documento em questão faria com que o presente estudo extrapolasse os limites estabelecidos inicialmente e, portanto, é suficiente a demonstração de que o GDPR tem o condão de proteger expressamente o direito ao esquecimento como fundamental, ainda que o relacione apenas com bases de dados na plataforma virtual (internet).

³⁵⁵ TAYLOR, Simon John. *A critical analysis of the EU Right to Erasure as it Applies to Internet Search Engine Results*. 58f. [Tese de mestrado]. Tradução livre. Faculdade de direito da Universidade de Oslo. 2014. p. 11-19.

³⁵⁶ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 15 de dezembro de 2015. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), p. 107. Disponível em: <http://www.statewatch.org/news/2015/dec/eu-council-dp-reg-draft-final-compromise-15039-15.pdf>. Acesso em 30/03/2020.

³⁵⁷ *Idem*, p. 82.

12.2. BEM JURÍDICO PROTEGIDO

Consoante viu-se nos itens anteriores, o direito ao esquecimento não encontra previsão expressa na Constituição Federal do Brasil. Não obstante, é possível inferir a tutela desta garantia fundamental por meio da interpretação extensiva da proteção de outros direitos da personalidade, tais como são exemplos a privacidade, honra e imagem, os quais pertencem a um sistema de proteção próprio, com status de direitos fundamentais³⁵⁸.

Aliás, a própria Carta Magna brasileira abre margem para tal interpretação em seu artigo 5º, § 2º, ao indicar de maneira clara a impossibilidade ou incoerência de excluir-se direitos que não se encontram vinculados de forma imperativa³⁵⁹, seja constitucionalmente ou em outro diploma vinculante à jurisdição estatal, desde que sejam decorrentes das regras e princípios adotados pelo ordenamento jurídico em questão, como tratados internacionais em que o país atue como parte.

Isso porque, sob o prisma do Direito Internacional Público, resta equivocada a interpretação isolada de determinado instrumento jurídico vinculante, devendo os aplicadores do direito analisarem não somente seu conteúdo, senão também a matéria disposta em outros diplomas pertencentes ao sistema legal em que está inserido.

Nessa perspectiva, mostra-se pertinente retomar o estudo realizado pelos pesquisadores norte-americanos Louis D. Bradeis e Samuel D. Warren, os quais, no já mencionado artigo científico intitulado *The Right to Privacy*, defendiam que o direito à vida envolve também o direito de disfrutar dela, englobando o direito de não ser perturbado. Ao tanger uma análise sistemática, a referida pesquisa mostrou também que o direito à liberdade garante o exercício de um numeroso arcabouço de direitos subjetivos³⁶⁰.

Imperioso destacar, nesse momento, que o direito ao esquecimento – termo final construído a partir de diversos outros, tais como o direito de não ser perturbado, direito de ser

³⁵⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 38-39.

³⁵⁹ DOTTI, René Ariel. *Ob. Cit.* p. 47.

³⁶⁰ WARREN e BRADEIS. *Ob. Cit.*, p. 193. Tradução livre.

deixado em paz ou direito de estar só – foi empregado pela primeira vez por Thomaz Cooley, quando atuava como magistrado no Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América. Nessa ocasião, o juiz pretendia fazer referência ao direito à intimidade e à vida privada, por meio da expressão *the right to be let alone*. Porém, essa terminologia acabou sendo abandonada em pouco tempo, já que era vista como vaga, restrita e individualista³⁶¹.

Ainda nesse cenário, quanto ao direito comparado e precedentes que reconhecem o direito objeto do presente trabalho, mencione-se o estudo de François Ost³⁶², que menciona, entre outras, a decisão proferida nos anos 80 do século XX, na qual o Tribunal de Grande Instância de Paris abordou de forma clara o direito de ser deixado só, ao declarar que toda pessoa que tenha sido envolvida em acontecimentos públicos e notórios tem a prerrogativa de, após passado certo tempo, reivindicar o direito de ser esquecido.

Sem prejuízo do anterior, René Ariel Dotti também se manifestou sobre o tema, aferindo que tal direito foi desenvolvido na mesma proporção em que as jurisprudências nacional e internacional abordavam pormenorizadamente a matéria do direito à privacidade³⁶³. Essa teoria acaba por reforçar a ideia de que ambos tutelam os mesmos bens jurídicos, convergindo em diversos aspectos, apesar de versarem sobre questões particulares e promoverem enfoque em conteúdos diversos, com amplitude própria.

Na pesquisa supramencionada, como parte da jurisprudência do século XX levada à cabo pelo autor, é mencionado o caso *Melvin versus Reid*, cuja decisão, proferida em 1931 pelo Tribunal de Apelação da Califórnia, incluiu o reconhecimento do direito ao esquecimento da esposa do Sr. Melvin, Gabrielle Darley. Isso porque o passado da vítima havia sido utilizado para a criação de uma produção cinematográfica dedicada a esmiuçar o período em que havia sido prostituta e acusada de homicídio – crime pelo qual foi absolvida em 1918. O trabalho utilizava seu nome verdadeiro, fato que, somado às cenas que retratavam sua vida pretérita, gerou grave sofrimento e constrangimento à esposa do demandante em relação ao seu círculo de convívio, já que vivia uma vida familiar após o casamento, totalmente diversa de seu passado.

³⁶¹ CABRAL, Rita Amaral. *O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil)*. Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha. Lisboa, 1988. p. 13.

³⁶² OST, François. *O tempo do direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 171.

³⁶³ DOTTI, René Ariel. *Ob. Cit.*, p. 90.

Ainda na esfera dos precedentes relativos ao direito ao esquecimento, outro precedente cuja menção se faz imperiosa é o caso do já mencionado massacre ocorrido em cidade alemã, que também havia sido retratado em uma obra cinematográfica. Conhecido como Lebach I, o precedente envolveu o uso do nome de três soldados envolvidos na tragédia, que haviam sido condenados, em sua maioria, à prisão perpétua. Após o cumprimento de pena do terceiro envolvido – condenado a seis anos de reclusão –, uma emissora alemã transmitiu um documentário que retratava o crime, cujos personagens detinham os nomes reais dos criminosos, incluindo comentários de cunho homossexual que circulavam entre os detentos.

Como consequência e inconformado com a utilização de seu nome associado a um crime pelo qual já havia pago em regime prisional, o ex- detento requereu liminar visando a não divulgação e propagação do referido documentário. Para tanto, alegou que merecia proteção ao seu direito à imagem e nome. Assim, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF) emitiu decisão anunciando a proibição da emissora televisiva de reproduzir documentário que divulgasse a imagem e o nome real do reclamante, reconhecendo, desse modo, o direito ao esquecimento no caso em análise.

Quase um trintênio depois, teve lugar no mesmo Tribunal o julgamento do caso Lebach II, em que novamente houve a tentativa de uma emissora de TV promover um documentário que trazia à tona os casos mais paradigmáticos da Alemanha, entre os quais incluía-se o caso Lebach. Conquanto houve novo requerimento vislumbrando o direito de não ser perturbado, nessa ocasião o TCF julgou em sentido contrário, voltado à liberdade de expressão³⁶⁴, já que a nova obra cinematográfica utilizava nomes fictícios para se referir aos condenados no caso e, além disso, consideraram os magistrados que já havia transcorrido período de tempo considerável entre os fatos ocorridos e a divulgação do trabalho.

Note-se que, em todos os casos utilizados para a explanação didática do tema em comento, somente a pessoa afetada pode reivindicar o direito ao esquecimento, justamente por ser ela titular deste. Essa prerrogativa se justifica na medida em que somente quem sofreu a dor de ter a sua intimidade, honra e vida privada especuladas de forma devastadora podem aferir o valor intrínseco de ter sua dignidade humana respeitada, já que transgredidas as garantias relacionadas ao seu nome, imagem, honra e reputação.

³⁶⁴ Tradução livre. Disponível em: <http://tlmd.in/u/120> Acesso em 30/03/2020.

Com efeito, do exposto é possível inferir que revisitar acontecimentos passados, sobretudo quando estes remetem a dores já superadas ou adormecidas no subconsciente de um indivíduo, revivendo fantasmas de uma fase obscura de sua vida, podem causar extremo sofrimento, desestabilizando o psicológico e emocional de todos os envolvidos. Sobre o tema, Pedro Pais de Vasconcelos destaca o papel fundamental da ciência da psiquiatria, cujos avanços permitiram a possibilidade de diagnosticar a dor de pessoas submetidas à alguma humilhação, cuja análise é capaz inclusive de detectar as lesões específicas causadas pela situação³⁶⁵.

Outro âmbito que deve ser levado em consideração no debate sobre o direito ao esquecimento é o da internet. Isso porque, nas sociedades modernas, acometidas pelo advento da globalização e constante evolução da tecnologia, a informação, internet, redes sociais, globalização online e conhecimento passaram a ser muito mais facilmente acessados ao redor do mundo.

Nesse contexto, na medida em que se facilitava o acesso à informação, se agravou a possibilidade de controle da circulação de informações pelo meio virtual, o que afetou diretamente na preservação e proteção do direito ao esquecimento. Assim, como papel fundamental do Poder Legislativo dos membros da sociedade internacional – Estado, organizações e indivíduo –, passou a ser uma preocupação constante a regulamentação dessa nova hipótese jurídica, visando acompanhar as necessidades da sociedade.

Em relação ao tema, pode-se citar como marco jurídico o início formal da elaboração, por parte da Comissão Europeia, do processo que visava a revisão legislativa com base nas novas necessidades sociais relativas à esfera virtual. O processo, iniciado no início de 2012, culminou na promulgação do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados Pessoais, considerado o diploma legal responsável por introduzir o direito ao esquecimento *digital*³⁶⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, é de conhecimento público e notório a demora no desenvolvimento e avanço legislativo referente à essa temática. Conquanto esse fator e a inexistência, como já elucidado no trabalho ora exposto, de uma previsão legal expressa sobre o assunto, tanto na Constituição Federal quanto em legislações específicas, é possível

³⁶⁵ FERRIANI, *Ob Cit.*, p. 122.

³⁶⁶ Artigo 17 do Regulamento, Em tradução livre: “Direito a ser esquecido e ao apagamento”.

interpretar em favor do direito ao esquecimento. Sobre o tema, imperioso se faz mencionar o inciso LXXXII, artigo 5º do texto constitucional brasileiro, já pormenorizado anteriormente nesta pesquisa.

Somado a este dispositivo, a promulgação da Lei 12.965 de 23 de junho de 2014 extinguiu o vazio existente nos diplomas legais do país. Isso porque a nova normativa estabelecia princípios, direitos, deveres e garantias para o uso da internet, vinculantes a todas as pessoas submetidas à jurisdição por ela alcançada. Contudo, a referida norma ainda carece de aplicabilidade, uma vez que seu próprio texto menciona leis que sequer foram editadas³⁶⁷ até o presente momento.

A normativa afasta a responsabilidade civil dos provedores de internet no caso de violação a qualquer dos seus artigos, já que a obrigação de resposta, nesse caso, seria do terceiro que dela fez uso de maneira irregular, salvo se, judicialmente intimado a adotar medidas específicas, permaneça inerte.

O instrumento legal não faz qualquer menção ao direito ao esquecimento. Porém, essa prerrogativa pessoal, amplamente debatida no estudo em comento, pode ser fundamentada no artigo 7º, X da respectiva lei, o qual determina, entre outros direitos e garantias dos usuários, o direito à exclusão definitiva a determinado uso irregular da internet, salvo quando utilizado com vistas a registrar determinada conexão, serviço este de uso exclusivo do Poder Judiciário, usado para identificar eventuais internautas infratores³⁶⁸.

Em Portugal, uma das primeiras formas de proteção da circulação de informações virtuais e dados pessoais de pessoas foi originada pela Lei nº 67/98 e o Decreto-Lei nº 7/04, que trouxeram as diretivas nº 95/46/CE e nº 2000/31/CE, respectivamente. Antes da elaboração dessas normas, ocorreu debate que acerca do contraste entre a proteção dos direitos relacionados à personalidade e os referentes à liberdade de expressão. Entre esses pontos cruciais, destaque-se a criação do Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, publicado pelo Ministério da Ciência e da Tecnologia do país e aprovado pelo Conselho de Ministros em 1997.

³⁶⁷ Como exemplo de normas anteriores ao marco civil, citem-se as leis nº 9.296/96, nº 105/2001, nº 12.414/2011, nº 12.527/2011 e nº 12.737/2012, a respeito dos dados na sociedade da informação. Ressalte-se que não foram mais detalhadas no presente estudo para que não se extrapolasse o tema proposto de análise.

³⁶⁸ Arts. 13 a 17 e 22 a 23 da referida Lei.

Atualmente, em solo luso, revogando os mencionados dispositivos normativos, tem-se vigente o Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (relativo à proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais – mundialmente conhecido como GDPR) e a Lei n.º 58/2019 (Lei Nacional de Execução do Regulamento).

Tais normativas significaram uma revolução no tratamento de dados. Contemplou o tratamento de dados pessoais de pessoas físicas, bem como sua circulação quando vinculados à atividade profissional. Impôs maior responsabilidade a empresas e profissionais que fazem uso desses dados em suas atividades comerciais. Instituiu-se, pelo regulamento em comento, a categorização de dados pessoais como, v.g, dados sensíveis e dados de categoria especial. Previu, ainda, sanções administrativas em caso de descumprimento. Outrossim, debruçou-se sobre pontos necessários como a forma de consentimento (direto, específico, inequívoco e claro do titular); proteção permanente dos dados pessoais; notificação de autoridade responsáveis, em caso de violação, no prazo máximo de 72 horas.

Voltando ao âmbito jurídico brasileiro, pertinente é a menção da audiência pública sobre o direito ao esquecimento realizada pelo Supremo Tribunal Federal com base no Recurso Extraordinário nº 1.010.606. Antes de aprofundar na análise desse importante debate, porém, é importante esclarecer que a finalidade dessas audiências públicas é coletar depoimentos de membros da sociedade civil com experiência ou autoridade intelectual em determinada área do conhecimento sobre temas que envolvem repercussão geral.

Há também prevista no regulamento da referida Corte a possibilidade de se inserir na audiência pública a figura de um *amicus curie*, composto por indivíduos ou órgãos especializados e que detenham reconhecida representatividade acerca do tema que será debatido na oportunidade, capazes de intervir como terceiros colaboradores no processo.

Nessa ocasião, os expositores trouxeram à baila a discussão de diversos âmbitos afetados pelo direito ao esquecimento, entre eles o uso do *habeas corpus negativo* para tais casos. Isso porque, conforme mencionado anteriormente, o artigo 5º, inciso LXXII assegura a aplicação do remédio processual para “a) assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades

governamentais ou de caráter público; e b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”³⁶⁹.

Além do texto constitucional, o instituto jurídico em discussão também é abrangido e regulamentado pela Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, instrumento legal que incluiu uma terceira hipótese de aplicabilidade do *habeas data*, além das duas supramencionadas. É o que defende o artigo 4º do diploma, ao mencionar, em seu § 2º, que: “ainda que não se constate a inexistência do dado, se o interessado apresentar explicação ou contestação sobre o mesmo, justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado, tal explicação será anotada no cadastro do interessado”.

Sem prejuízo do exposto, a normativa incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de norma infraconstitucional também transpôs o caráter indispensável da negativa extrajudicial de impedir o acesso ou retificação para fins de ajuizamento do *habeas data* e as regras pertinentes ao ajuizamento dos casos relacionados, tais como prazos processuais, petição inicial, previsão de recursos, entre outras.

Nesse espectro interpretativo, alguns expositores da referida audiência pública defenderam a possibilidade de aplicação do *habeas data*, definido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁷⁰ como um direito à verdade e respeito próprio. A partir desse viés, partindo-se do pressuposto de que existe um direito de não ser perturbado, seja por meio de uma construção da jurisprudência ou por meio da previsão legal, passou a ser debatida a possibilidade de acrescentar uma quarta hipótese de aplicação para o remédio processual em análise.

De acordo com os estudiosos que defendem essa possibilidade de aplicação, que surge a partir do reconhecimento de que de fato existe um direito ao esquecimento – questão já superada no presente trabalho, tendo sido mais do que reconhecido, senão também amplamente debatido e desenvolvido ao longo da jurisprudência nacional e internacional –, seria, para uma corrente, plenamente cabível a impetração de *habeas data negativo* em caso

³⁶⁹ Constituição Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, LXXII.

³⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Revista da EMERJ*. v. 1, n. 1. Rio de Janeiro, 1998. p. 55.

de incidência do direito ao esquecimento, já que o direito à exclusão de dados é inerente à Constituição do Brasil e às demais legislações infraconstitucionais pertinentes à matéria.

Consoante o exposto até o momento, Celso Ribeiro Bastos já defendia há muito tempo a possibilidade de suprimir informações quando pertinentes à vida íntima de uma pessoa. E nesse mesmo sentido, Dotti³⁷¹ é considerado pioneiro na contraposição entre o *habeas data* e o direito ao esquecimento. Na opinião do jurista, por meio desse remédio processual é perfeitamente plausível o combate à eventuais agressões que acometem o direito à personalidade, praticadas por meio de qualquer instrumento (virtual, televisivo ou outro) que retome acontecimentos passados. Isso inclui, por exemplo, a publicação de fotografias, divulgação de documento oficial, propagação de notícia remissiva, elaboração de obra cinematográfica como documentário, sempre que o conteúdo destas explore um fato comprometedor de uma pessoa ou um grupo de pessoas, que incida sobre sua honra e dignidade.

Logo, conclui-se pela margem legislativa que permite a elaboração de um instrumento ou dispositivo no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro que vise a ampliação do artigo 5º da Constituição, cuja consequência imediata seria o reconhecimento do direito ao esquecimento de maneira expressa e incontroversa. Alcançar esse patamar traria inúmeros benefícios às pessoas, já que resta inerente o direito ao esquecimento aos direitos da personalidade, além de promover uma uniformização da jurisprudência pátria e consequente segurança pátria.

Por fim, torna-se imperioso destacar que a afetação dos direitos da personalidade de uma pessoa – relacionados à honra e à dignidade, nome, imagem e reputação, conforme já visto neste trabalho – não interferem somente na sua integridade psíquica e moral, senão também abarca outras esferas de sua vida, como os âmbitos trabalhista e penal do indivíduo.

Isso porque a sociedade, cuja conduta se baseia na ética e moral – que, inclusive, formaram a base que instituiu o direito –, tende a ter uma predisposição a julgar pessoas envolvidas em atrocidades ou outros acontecimentos que desafiem o respeito à ética e aos bons costumes, de acordo com suas análises desprovidas de legitimidade, sobretudo jurídica, mas que afetam diretamente a sua maneira de agir diante dessa situação.

³⁷¹ DOTTI, René Ariel. *Ob. Cit.* p. 73.

É dizer, a mera hipótese de envolvimento em determinado fato constrangedor ou incriminador de uma pessoa é suficiente para descartá-la, por exemplo, de uma oportunidade de emprego, em prejuízo do envolvido, principalmente quando é recente a vinculação de seu nome a este fato ou quando, mesmo passado um longo período desde o acontecimento, a mídia ou a internet retomam o que se intenta olvidar.

Foi o caso, por exemplo, do demandante do episódio da chacina da Candelária – já abordado no presente trabalho –, que declarou ter tido inúmeras dificuldades de lograr vínculo empregatício na cidade em que residia, tendo em vista seu envolvimento midiático com o caso, e mesmo após ter sido absolvido no processo judicial que levou-se a cabo à época dos acontecimentos.

Também já discorrido nesse estudo, a constante associação do demandante do caso *Mário Costeja González versus Google Spain* à uma dívida com a Seguridade Social brasileira nas pesquisas virtuais na plataforma de pesquisa Google prejudicaram sobremaneira sua chance de disputar de maneira justa um emprego, ficando em desvantagem no mercado de trabalho e o impedindo, inclusive, não reincidir na mesma situação com seus credores.

Além disso, cite-se também a incontroversa influência negativa que causa o reavivamento de determinado caso na vida do indivíduo acusado e condenado por determinado crime. Isso porque, ao retomar a prática delitiva de uma pessoa que já sanou o caráter punitivo do direito, cumprindo a pena imposta pelo Poder Judiciário, principalmente quando esta também utiliza o nome real do indivíduo, prejudica-se diretamente a visão de seu círculo social sobre ele, bem como o impede de disfrutar da ressocialização³⁷² prevista no ordenamento jurídico brasileiro, tida inclusive como objetivo final do direito penal.

12.3. EFEITO STREISAND

Em 2003, a atriz e cantora Barbara Streisand acionou judicialmente uma empresa que vendia fotos online e o fotógrafo responsável, devido a uma publicação não autorizada de sua mansão na Califórnia, Estados Unidos. Com essa atitude da celebridade, a foto, que possuía

³⁷² Artigo 202 da Lei de Execução Penal Brasileira.

até então apenas seis *downloads*, não havia sido identificada como sua propriedade, e constava em um grupo de vários outros imóveis da localidade; passou para a marca de 420 mil *downloads* em apenas um mês após a distribuição do processo.

Com isso, além de ter tido seu pedido indeferido, sua tentativa de *anonimato* acabou gerando o efeito contrário, em inglês denominado de *backfire*³⁷³. Após o ocorrido, à divulgação não intencional de uma informação após tentativa de sua censura deu-se o nome de *efeito Streisand*, em referência ao sobrenome de Barbra. Por meio desse acontecimento, percebeu-se que é possível, com a tentativa de proteger o direito ao esquecimento de um indivíduo, obter-se o efeito contrário, fazendo com o que se queria esconder, ganhar muito mais atenção.

Nesse ínterim, importante ainda lembrar o caso alemão dos irmãos Wolfgang Werlé e Manfred Lauber, os quais, em 1990, assassinaram o ex-sócio Walter Sedlmayr, tendo sido condenados em 1993. Após terem sido soltos, respectivamente em 2007 e 2008, ambos requereram a retirada de seus nomes do site *Wikipedia*, utilizando como fundamento a conclusão no caso Lebach. Ocorre que, na tentativa de não serem lembrados pelos crimes cometidos, ao direcionar a mesma reclamação à *Wikipedia Foundation*, dos Estados Unidos, tiveram o pedido recusado nas cortes americanas e, além disso, passaram a ser objeto de notícia em diversos jornais por todo o mundo – alcançando, com isso, exatamente a publicidade que queriam evitar³⁷⁴.

Outro relevante evento em relação ao caso envolvendo a mulher do ex-presidente da Alemanha Christian Wulff, Bettina Wulff, a qual, em 2012, demandou contra o Google para que a ferramenta de auto completar do site de buscas não mais sugerisse pesquisas que aliassem seu nome aos termos “prostituta e acompanhante”. Como consequência, aumentaram os rumores de sua profissão anterior, o que, aliado às denúncias de corrupção sofridas pelo marido, resultaram na renúncia do Presidente em 2012.

³⁷³ O termo, em tradução livre do inglês, *sair pela culatra*.

³⁷⁴ Matérias jornalísticas disponíveis em: <https://tecnoblog.net/9626/na-tentativa-de-serem-esquecidos-ssassinoss-processam-wikipedia-e-viram-noticia/> e <https://www.nytimes.com/2009/11/13/us/13wiki.html>. Acesso em 30/03/2020.

Há quem defenda que a lógica desse efeito não se justifica apenas pela *internet*, mas sim pela própria natureza humana de demonstrar maior interesse sobre o que é proibido³⁷⁵, apesar de ser evidente que a rede mundial de computadores facilita a potencialização desmedida desse efeito rebote. Por certo, pode-se concluir, ainda, que o risco de se obter o efeito Streisand não deve servir como um obstáculo à persecução do direito ao esquecimento, mas, sim, ser levado em consideração pelo indivíduo que pretende invocar essa possibilidade, tendo em vista que os benefícios e a efetividade do direito à privacidade podem ser maiores, sem que seja tomada qualquer conduta da vítima.

Por esse motivo, além de confirmar o que foi anteriormente disposto sobre o caráter não absoluto do direito ao esquecimento, seu exercício encontra ainda outras limitações, que serão melhor delineadas no tópico a seguir.

12.4 LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DO DIREITO

Conforme já abordado em momento anterior, os direitos relacionados à personalidade, em especial o direito ao esquecimento, colidem de maneira inevitável com os direitos à liberdade de imprensa e de expressão, já que ambos incidem sobre a mesma matéria, isto é, o acesso à informação. Isso porque muitos dos fatos que são objetos do requerimento do direito ao esquecimento são de interesse de terceiros, seja para pesquisas acadêmicas, divulgação em veículos midiáticos, relatos históricos ou até mesmo críticas publicitárias.

Por certo, o jornalismo desempenha papel fundamental na sociedade civil, na medida em que compreende a função de buscar, receber e divulgar informações³⁷⁶ que agregam positivamente à visão de mundo e atualização das pessoas. Conquanto esse fator, é de se esperar que essa liberdade não pode significar que os jornalistas sejam permitidos a agir a bel prazer de seus projetores e incentivadores, já que, conforme já mencionado, o direito de um acaba a partir do momento que interfere no direito de outro.

³⁷⁵ JANSEN, Sue e MARTIN, Brian. *The Streisand Effect and Technology Backfire*. In: International journal of communication. 2015. p. 121. Disponível em: <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=2890&context=lhapapers> Acesso em 30/03/2020.

³⁷⁶ ASCENSÃO, J. O. – *Ob. Cit.* p. 167.

Nessa perspectiva, a Constituição da República Portuguesa traz em seu artigo 37º, nº 2, que o exercício do direito de expressão é insuscetível de quaisquer impedimentos por censura, independentemente de sua modalidade. Não obstante este fator, o at. 3º do mesmo instrumento estabelece que, quando se tratar de transgressão de direitos de terceiros por meio da livre manifestação do pensamento, a temática será julgada a partir dos princípios gerais do direito penal.

Observa-se, portanto, de maneira clara e objetiva, que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, devendo se pautar em normativas específicas sobre o assunto³⁷⁷, de modo que evite a prevalência do direito à liberdade de expressão em detrimento do direito ao esquecimento de terceiros³⁷⁸.

Com base no exposto, é possível inferir que o limite entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, *latu sensu*, é justamente a dignidade da pessoa humana, máxima que fundamenta ambas as garantias fundamentais das pessoas. Nesse sentido, da mesma maneira que a livre imprensa não pode ser absoluta, o direito ao esquecimento também não pode ser ilimitado³⁷⁹, afinal qualquer garantia deve ter critérios de aplicação.

Imprescindível se faz mencionar, nesse prisma, que o Regulamento Geral da União Europeia nº 2016/679, que regulamenta o tratamento das informações pessoais e sua livre circulação, ao determinar a exclusão de dados em seu artigo 17º, nº 3, estipula que o direito de não ser perturbado não poderá prevalecer quando for declarado necessário o exercício da liberdade de expressão no caso concreto. Isso ocorre, segundo o instrumento legal, quando se tratar de cumprimento de uma obrigação legal, envolver interesse público – tanto para fins de registro quanto para domínio da saúde pública –, fins acadêmico-científicos, históricos ou estatísticos, assim como objetivos relacionados à declaração, defesa ou exercício de direitos em trâmites judiciais, o direito ao esquecimento pode ser flexibilizado.

A título de exemplo, cite-se o caso brasileiro de Aida Curi, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que os magistrados não reconheceram o direito ao esquecimento

³⁷⁷ SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Direito das obrigações*. Lisboa: AAFDL, 2010. p. 43. Ressalte-se que em referida obra o autor expõe os dois sentidos do direito a boa-fé, subjetivo e objetivo.

³⁷⁸ CANOTILHO, J. J. e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. Ob. Cit.* p. 576.

³⁷⁹ LANZAROT, A. I. B. *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*. Madrid: Reus, 2017. p. 292.

demandado pelos familiares desta, porque tratava-se de um acontecimento histórico, ainda que revivesse sofrimentos imensuráveis sobre a morte de seu ente querido.

De qualquer sorte, o reconhecimento do direito ao esquecimento engloba a responsabilização da parte contrária por violação dessa garantia. A respeito do tema, mencione-se a diretiva da União Europeia nº 2000/31/CE, que versa sobre a prestação de serviços no mercado da informação e comércio eletrônico, diferenciando prestadores de serviço, prestadores intermediários, entre outros.

Essa temática se mostra fundamental à pesquisa em comento na medida em que os provedores de internet podem ser responsabilizados por transgredir o direito ao esquecimento das pessoas. Isso porque estes não tenham a ingerência sobre os dados que vinculam ou guardam, bem como não detém o dever de fiscalização de licitude dos conteúdos, a depender das particularidades de cada caso.

Conclui-se, portanto, que existem determinados requisitos a serem preenchidos para a correta aplicação do direito ao esquecimento. Nesse prisma, é equivocada a pretensão do direito com a mera insatisfação por divulgação de fatos constrangedores ou indesejáveis para a vida de uma pessoa. Essa limitação, conforme já explanado, tem relação direta com a caracterização ou não do fato como histórico, cultural, jurídico, científico ou social, cujo conhecimento pode atrofiar a evolução de alguma área de estudo ou para fins de registro público.

Do que se acabou de dizer, infere-se que, ao longo dos anos, houve o progressivo aumento dos debates relativos ao direito ao esquecimento promoveu na doutrina, jurisprudência, interpretação de dispositivos legais e demais discussões pertinentes a elaboração de requisitos necessários para a viabilização da aplicação da referida garantia proveniente dos direitos da personalidade.

Sem prejuízo do exposto, não é possível afirmar que existe um rol de requisitos expressamente estipulados em legislações vigentes nos países. A conclusão de que existem tais critérios provém do desenvolvimento e constante debate de aplicadores do direito que, por meio de seus pronunciamentos, favorecem a pormenorização desse direito, contribuindo, sobremaneira, para sua evolução e possível regulamentação em futuro próximo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, paulatinamente, foram construídos os sustentáculos para o objeto principal, qual seja, o direito ao esquecimento como uma extensão do direito à imagem, (por conseguinte, como direito da personalidade) e sua valoração com o direito à informação.

A abordagem trazida através da revisão bibliográfica, análise casos e estudo de legislação comparada entre os países Portugal, Brasil e Alemanha, permitiu um estudo meticuloso dos direitos interrelacionados e que influem ao tratar da aplicação do direito ao esquecimento.

As premissas iniciais acerca do direito ao esquecimento como uma extensão do direito à imagem foram, após longo embasamento doutrinário, confirmadas. O primeiro reveste de direito personalíssimo em decorrência da tutela assegurada pelo conteúdo do artigo 70º do Código Civil Português, bem como do direito à vida privada na legislação brasileira (art. 5º, X, CRFB/88), o qual engloba o direito à imagem e à honra, recebendo, desta forma, autonomia ao tutelar “a proteção dos dados passados, sua a rememoração indevida de fatos pretéritos e consolidados, que já não tenham qualquer utilidade ou atualidade”³⁸⁰. A Constituição Brasileira, contudo, não prevê o direito ao esquecimento, mas o fundamenta e norteia a partir do critério de dignidade humana. Pode-se afirmar, ainda, que tal confirmação foi possível pela existência de fundamento comum entre os direitos da personalidade e direitos fundamentais, a saber, a dignidade da pessoa humana. Estabeleceu-se, também, a possibilidade de aplicação de tal direito às pessoas coletivas/jurídicas naquilo que lhes cabe (em especial à honra objetiva). Em toda a construção comparativa e histórica entre os dispositivos legais entre Portugal e Brasil, constatou-se a semelhança entre os Códigos Civis dos dois países no que tange à extensão e regulamentação dos direitos personalíssimos. Adverte-se que a existência de uma cláusula geral de proteção, no digesto português, implícita no direito brasileiro (art. 11 CC/02 e Arts.1º, III e art. 5º CF/88), constitui um direito matriz garantidor de novas formas de tutela a bens da personalidade que poderão vir a desenvolver-se com as alterações do contexto histórico-social.

³⁸⁰ MARTINEZ, Pablo Dominguez – *Ob. Cit.* p. 83

Novamente frisa-se que, embora a dignidade da pessoa humana constitua supedâneo para o desenvolvimento da personalidade, a preservação desta dignidade mostra-se viável somente com o reconhecimento de um núcleo mínimo de direitos personalíssimos, como a vida, integridade física, honra e imagem. Portanto, uma relação existencial simbiótica harmônica.

Durante toda a pesquisa, foi nítido o avanço da União Europeia em matéria legislativa atinente à aplicação do direito ao esquecimento como expressão de um direito da personalidade e dignidade humana. À exemplo do referido bloco econômico, têm-se expectativas, em território brasileiro, quando se iniciar a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados – previsto para 2021- do avanço no âmbito da proteção e efetividade da proteção da personalidade, em especial, ao tratamento adequado de dados pessoais. É inegável que o Marco Civil da Internet constituiu, no Brasil, relevante proteção, no âmbito virtual, a tais dados. Contudo, não contemplou a existência de um direito a ser esquecido. Nota-se que, ainda que não vigente, no Brasil, a LGPD, há assente posicionamento da jurisprudência pátria na proteção à privacidade da pessoa, ainda que em local público, tutela adequada quando do tratamento de seus dados e retirada de conteúdo humilhante dos provedores de busca. Pode-se asseverar, ainda, que a jurisprudência vem se dedicando a equilibrar a tutela da dignidade humana e a garantia e delimitação da liberdade individual.

Não se pode olvidar que as discussões aqui abordadas não se exaurem no mundo fático em decorrência da ilimitabilidade do livre desenvolvimento da personalidade humana, alterando as estruturas sociais.

Outrossim, no percurso de toda a pesquisa, advertiu-se sobre as dificuldades na tutela dos direitos da personalidade em um ambiente digital, tão crescente na sociedade moderna, em decorrência do desenvolvimento tecnológico e seu crescente uso malicioso. Observa-se que, ainda que esse rápido aprimoramento tenha trazido facilidades à sociedade moderna, não se pode fechar os olhos para o preço a ser pago, visto a possibilidade de uso da tecnologia de forma proba ou criminoso, lesando a intimidade e a reserva à vida privada. A evolução tecnológica trouxe um novo ambiente a ser explorado e normatizado pelo Direito a fim de evitar lesões às garantias fundamentais. Hoje, a importância da vida em um ambiente

cibernético é tamanha que se equipara à vida física, constituindo, inclusive, bens digitais passíveis de integrar testamentos³⁸¹.

Fora observado, também, que poderá ocorrer choques entre direitos da personalidade tanto entre si quanto com outro direito fundamental, o que deverá ser apreciado e resolvido individualmente sopesando-se os valores e bens atingidos e a magnitude da lesão. Não há como definir, consoante demonstrado no capítulo final, que determinado direito será preponderante sobre os outros, estipulando-se uma fórmula padrão para resolução de colisões e determinação de grau de importância entre os bens tutelados. Deve-se analisar, no caso concreto, com supedâneo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e tutelar-se o bem mais sensível e com maior risco de lesão, consoante

Não se pode negar que, na prática, nota-se a maior proteção aos direitos da personalidade quando em contraposição ao direito de expressão, por exemplo. Tal condição se dá ao entender que o lucro (pautado, *v.g.*, no direito de imprensa) não pode prevalecer sobre o direito à imagem e à privacidade de determinada pessoa, consoante fundamentado nos limites imanentes. Entretanto, não se está a defender pela existência absoluta, ilimitada e irrestrita dos direitos personalíssimos, em especial, do direito ao esquecimento, mas na ponderação particularizada ao evento ocorrido.

A liberdade de informação, entendida como a faculdade de obter bem como a de emitir expressão informativa, liberdade da exteriorização do conteúdo intelectual, não possui, como já asseverado, ilimitabilidade, mesmo que considerado o interesse público como superior ao particular, cabendo a devida tutela reparativa e inibitória (com a devida compensação pecuniária) em caso de lesão aos bens personalíssimos, sendo a aplicação do direito ao esquecimento como forma de tutela aos direitos da personalidade eventualmente lesados, consoante limites ponderados por Novais³⁸² e Canotilho³⁸³

³⁸¹ SANTOS, Bruno Emanuel Silva Moreira. *A herança digital e a transmissão de conteúdos digitais em vida*. 2016. Dissertação de mestrado (135f). Universidade do Minho. Portugal. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/50273>

³⁸² NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p. 289.

³⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional. Ob. Cit.* p. 1277.

A vida, a honra, a personalidade, como abordado, constituem supedâneo para os demais direitos fundamentais, visto que compõem a base da tutela dos direitos de cada indivíduo. Concluiu-se que o direito ao esquecimento constitui, não somente uma extensão do direito à imagem, premissa inicial do presente trabalho, mas uma forma de tutela integral deste direito personalíssimo.

Ao garantir-se que um indivíduo não seja perpetuamente penalizado por fatos pretéritos, permite-se o livre desenvolvimento de sua personalidade pautado em novos valores que lhe atraem. Ora, aquele que cometeu um crime, cumpriu sua pena e teve sua mentalidade alterada após uma experiência privativa de liberdade, *exempli gratia*, não pode ser eternamente discriminado por aquilo que já fora *pago*, se deseja mudar sua conduta e levar uma íntegra e honesta.

Constatou-se, também, que o direito a ser esquecido pode ser aplicado às pessoas públicas, visto deterem direito à reserva de vida privada (ainda que com limitações e em menor extensão do que as pessoas não públicas), levando em conta a relevância pública da informação para a aplicação do esquecimento.

O enfrentamento pioneiro, ocorrido nos Tribunais Europeus, acerca da colisão entre direitos fundamentais e a possibilidade de existência de um direito a ser esquecido, delimitou as primeiras fronteiras de aplicação deste último que, mais tarde, culminou no GDPR. A partir dessa abordagem europeia, os demais países atentaram-se à importância e necessidade de tutelar-se bens personalíssimos físicos no ambiente digital. As fragilidades contidas na legislação foram expostas e contínuas discussões e soluções são enfrentadas, almejando o aprimoramento da segurança virtual e a coexistência harmônica entre Direito e Tecnologia.

Inspirado no Regulamento Europeu, o Brasil passou, através da Lei nº 13.709/2018, a regular as atividades de tratamento de dados pessoais, alterando, também, o seu Marco Civil da Internet. Delegacias e Grupos dentro do Ministério Público têm se aperfeiçoado para coibir a prática de crimes cibernéticos que lesem direitos fundamentais, ganhando reforço com a referida lei, elaborada aos moldes da legislação europeia, assim que vigente no ordenamento brasileiro.

Por fim, frisa-se, novamente, que, embora o referido regulamento constitua grande avanço legislativo ao estender o âmbito de proteção dos direitos da personalidade e seus efeitos para o ambiente digital e delimitar as fronteiras da aplicação do direito ao esquecimento como efetivação dessa tutela, não pode ser ignorada a necessidade de constante aperfeiçoamento em decorrência do caráter mutável da personalidade humana, alterando frequentemente suas manifestações de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José C. Vieira de - *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*.

ALEXY, Robert - *Discourse Theory and Fundamental Right*. Ratio Legis. 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira - *Sociedade da informação e mundo globalizado*. Revista Brasileira de direito comparado. Rio de Janeiro, 2002.

_____, *Os direitos de Personalidade no Código Civil Brasileiro*. Lisboa, 2014. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf>

_____, *O direito introdução e teoria geral*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

ATAÍDE, R. P. C. M. - *Direito ao esquecimento*. Revista de direito civil do instituto de direito privado da faculdade de direito de Lisboa. V. 2, ano 3. 2018.

BARTNIK, Marcel - *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Band 128. Basedow, Jürgen (Hrsg.): Europäische Verkehrspolitik. 1987.

BELTRÃO, Silvio Romero - *Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BEZERRA JUNIOR, L. M. H - *Direito ao esquecimento: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade*. 1ª Ed. Série instituto brasiliense de direito público. São Paulo: Saraiva Jur., 2018

BITTAR, Carlos Alberto - *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BÖTTCHER, Carlos Alexandre - *O Legado ético e universalista do Direito Romano*. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 108 p. 155 - 167 jan./dez. 2013

BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

BRASIL.STF. HC 126315. São Paulo, Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado pela 2ª Turma em 15 de setembro de 2015, com publicação pelo DJe 246 publicado em 07/12/2015.

BRASIL. STJ. REsp 1334097/RJ, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Publicação: DJe 10/09/2013.

BRONZE, Fernando José - *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, 2002

CABRAL, Rita Amaral - *O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil)*. Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha. Lisboa, 1988.

CAMBLER, Everaldo Augusto... [et al.] - Coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim; *Comentários ao código civil brasileiro*, parte geral, v. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012

CAMPOS, Diogo Leite de - *Lições de direitos da personalidade*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, v. 67, p. 129-223, 1991.

_____, *Nós - Estudos sobre o Direito das pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004

CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. 1, 4ª ed., rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____, *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes - Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath - *Direito Geral da personalidade*. Coimbra. Reimpressão 2011.

CARO, M. A. - *Derecho al olvido em internet: el nuevo paradigma de la privacidad em la era digital*. Madrid: Reus, 2015.

CARVALHO, Orlando de - *Teoria Geral do Direito Civil*, Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano, 1ª turma do Curso Jurídico de 1980/81, Centelha, Coimbra, 1981

CASTELLANO, P. S. - *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

CASTELLS, Manuel - *A Sociedade em Rede*. 8.ª Ed. Tradução de Roneide Venancio Majer; Colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2003

CONSALTER, Zilda Mara - *Direito ao esquecimento – Proteção da Intimidade e Ambiente Virtual*. Juruá, 2017.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 15 de dezembro de 2015. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of*

individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), p. 107. Disponível em: <http://www.statewatch.org/news/2015/dec/eu-council-dp-reg-draft-final-compromise-15039-15.pdf>

COPETTI, Rafael; MIRANDA, Marcel Andreato - *Autodeterminação informativa e proteção de dados: uma análise crítica da jurisprudência brasileira*. Rev. De Direito, Governança e Novas Tecnologias. E-ISSN: 2526-0049. Minas Gerais, Volume 1. Nº 2. Jul/dez.2015. p.28-48.

CORDEIRO, António Menezes - *Os direitos de personalidade na civilística portuguesa*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. v. 61. n.3 . 2001 . p. 1229-1232

_____, *Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral*, Tomo III Pessoas. 4ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019.

CORREIA, Victor - *Da Privacidade: Significado e Valor*. Editora Almedina: Portugal, 2018.

CUNHA, Alexandre dos Santos - *Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental de Direito Civil*. In MARTINS COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da - *Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático: direito à informação ou deveres de protecção informativa do Estado?* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano III. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

DABIN, Jean - *Le droit subjectif*. França: Dalloz, 2007.

DE CUPIS, Adriano - *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes.1961.

DELGADO, Lucrecio Rebollo - "*El derecho fundamental a la intimidad*" (2000), 94, apud Ac. TC nº. 368/02 - Proc.577/98, de 25/ 9/2002, DR, II Série, nº. 247, de 25/10/2002

Deutscher Bundestag. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

Deutsch Welle. *A segunda Guerra Mundial em números*. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/a-segunda-guerra-mundial-em-n%C3%BAmoros/a-50212146>

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório - *Big Data, E-Health E «Autodeterminação Informativa»: A Lei 67/98, A Jurisprudência e o Regulamento 2016/679 (GDPR)*. In Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, n.º 29, 2018.

DONEDA, Danilo - Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. *O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DWORKIN, R. - *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

European Court of Human Rights Council of Europe F-67075 Strasbourg cedex. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - *O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Revista da EMERJ*. v. 1, n. 1. Rio de Janeiro, 1998. p. 55.

FERRIANI, L. P. A. - *Direito ao esquecimento*. São Paulo: IASP, 2017

FONSECA, J. J. S. - *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002.

GOMES DA SILVA, Manuel Duarte - *Esboço de uma concepção personalista do Direito (reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos)*, in Separata da «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa», Vol. XVII, Lisboa, 1965

GOMES, Orlando - *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HEIDEGGER, M. - *Los problemas fundamentales de la fenomenología*. Tradução de Juan José García Norro. Madri: Editorial Trotta, 2000.

HESSE, KONRAD - *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HUBMANN, Heirich - *Das Persönlichkeitsrecht*. Colónia: Böhlau, 1967.

JANSEN, Sue e MARTIN, Brian - *The Streisand Effect and Technology Backfire*. In: *International journal of communication*. 2015. p. 121. Disponível em: <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=2890&context=lhapers>

KANT, Immanuel - *A metafísica dos costumes* (Trad. Edson Bini). Bauru: Edipro, 2003.

- _____. ?Qué es la ilustracion? In: *Filosofía de la História*, trad. Eugenio Imaz. 1ª ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1941 (pp25-38)
- _____. Trad. Manuela dos Santos e Alexandre Morujão. *Crítica da Razão Pura*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- _____. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. *Crítica da Faculdade do Juízo*. 2ª Edição. Trad.: Valério Rohden e Antônio Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- KUNKEL, Wolfgang - *Linee di storia giuridica romana*. Napoles: Ed. Scientifiche, 1973.
- KUTNER, Luis - *Aristotle, Aquinas and Kant on Human Rights*. MLR 55, 1972.
- LANZAROT, A. I. B. - *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*. Madrid: Reus, 2017. p. 292.
- LARENZ, Luis Diez-Picazo - *Derecho Justo. Fundamentos de Ética jurídica*. trad., Madri: Civitas, 1993.
- LIMBERGER, T. - *Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais*. Revista da faculdade de direito da Universidade do Porto, ano VIII. 2011. p. 267-292.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto - *Autolimitação do direito à privacidade*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Ano 9, vol. 34. Rio de Janeiro: Editora Padma, abril a junho de 2008.
- MACHADO, Jónatas E. M. - *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002
- MANUAL DA LEGISLAÇÃO EUROPEIA SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS - elaborado pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) e pelo Conselho da Europa, em conjunto com a Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Edição 2015. 212 páginas.
- MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço - *Direito da Informática*. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- MARTINEZ, P. D. - *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- MARTINS, Clélia Aparecida Martins - *Sobre a Personalidade na Filosofia Prática de Kant*. Revista Portuguesa de Filosofia, 58. 2002. Fls. 101-116.

MENÉNDEZ, Agutin Jose - *Arguing Fundamental Right*. Law and Philosophy Library. Vol. 77. Holanda: Springer. 2006.

MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV, 9ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MONCADA, Cabral de - *Lições de Direito Civil: Parte Geral*. Ed. Atlântida: Coimbra, 1932.

MOTA PINTO, Paulo. *O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Estudos nos Cursos de Mestrado. Boletim da Faculdade de Direito. Volume LXIX. Separata. Universidade de Coimbra. Coimbra, 1993.

_____, *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. Portugal-Brasil. 2000.

_____, Documento – *A proteção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional*. VIII Conferencia Trilateral. Lisboa, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____, *Renúncia a Direitos Fundamentais*, in *Perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição*. vol I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVELINO, Marcelo - *Manual de direito constitucional*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. História. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>

OST, François - *O tempo do direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PERLINGIERI, Pietro - *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEZZELLA, Maria Cristina C.; GHISI, Silvano - *Privacidade na sociedade da informação: controle e direito ao esquecimento nos espaços públicos*. Rev. AJURIS, V. 40, nº 132, Dezembro de 2013.

PINTO, Carlos Alberto da Mota - *Teoria geral do direito civil*. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

POLLAK, Michael - *Memória, Esquecimento, Silêncio. Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 3, 1989.

RODOTÀ, Stefano - *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____, *Autodeterminação e Laicidade*. Tradução de Carlos Nelson de Paula Konder. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018.

ROGERIO, Nuno - *O sistema constitucional da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro - *O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação*. Revista Direito, Estado e Sociedade. n.36 p. 178 a 199 jan/jun 2010.

_____, *O Direito à proteção de dados pessoais e a privacidade*. Revista da Faculdade de Direito, UFPR. Curitiba, nº 53, 2011.

RUARO, Regina Linden - *Privacidade e autodeterminação informativa – obstáculos ao estado de vigilância?* Revista Artigo Jurídico – ISSN 2317-918X – Teresina- PI – Volume 2, nº 1, jan – jun/2015.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo - *Direito das obrigações*. Lisboa: AAFDL, 2010.

SANTOS, Bruno Emanuel Silva Moreira - *A herança digital e a transmissão de conteúdos digitais em vida*. 2016. [Dissertação de mestrado em Direito e Tecnologia] (135f). Universidade do Minho. Portugal. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/50273>

SANTOS, F. F. - *Direito ao esquecimento: as colisões entre liberdades comunicativas e direitos fundamentais da personalidade* [Dissertação de Mestrado em Direito]. Departamento de direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, PUC-SP. São Paulo, 2017.

SARLET, I. W. e FERREIRA NETO, A. M. - *O direito ao “esquecimento” na sociedade de informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - *Curso de Direito Constitucional*. 2015. 4ª Edição.

SARMENTO E CASTRO, Catarina - *40 anos de “Utilização da Informática” – o artigo 35º da Constituição da República Portuguesa*. Revista e-Pública, Vol. 3, nº3, Dezembro de 2016. (p. 042 -066)

SARMENTO, Daniel - *Comentário ao art. 5º, IV*. In. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013

SAVIGNY, Friedrich Carl von - *System of the modern roman law*, v. I. Gale, Making of Modern Law, 2013.

SEABRA. Disponível em https://www.nova-acropole.pt/a_visconde_seabra.html.

SILVA, Virgílio Afonso da - *Direitos fundamentais*. Revista do Estado, 4 (2006). Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf

SIMÃO, Jean Leison - (2010). *Heidegger e a Doutrina da Personalidade em Kant*. Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica E Modernidade, (15), 41-58. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v0i15p41-58> p. 44

SORIANO GARCÍA, J. E. - *Derecho al olvido y la creación de derecho*. Revista Galileu de Economia e Direito, v. 17, n. 1 e 2. 2012. p. 207-281

STUART MILL, John - *Da liberdade de pensamento e expressão*. Alfragide: Leya, 2010

SCHWERDTNER, Petter - *Das Persönlichkeitsrecht*. Berlin: Schweitzer, 1976.

SZANIAWSKI, Elimar - *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____, *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, ano 91, abril/2002

TAYLOR, Simon John - *A critical analysis of the EU Right to Erasure as it Applies do Internet Search Engine Results*. 58f. [Tese de mestrado]. Tradução livre. Faculdade de direito da Universidade de Oslo. 2014.

TOURIÑO, A. - *El derecho al olvido y a la intimidad en internet*. Madrid: Catarata, 2014.

TRIGUEIRO, F. V. M. - *Direito ao esquecimento na sociedade da informação* [Dissertação]. Universidade de Coimbra, 2016. p. 10.

UNIAO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) publicado em 13 de maio de 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>

VASCONCELOS, Pedro Pais de - *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____, Teoria Geral A Natureza das Coisas, *In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001. P 19-57.

VIEIRA, Tatiana Malta - *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da Informação*. Dissertação de Mestrado. Brasília, 2007.

WARREN, S. D. e BRANDEIS, L. D. - *The Right to Privacy*. Tradução livre. Harvard Law Review, v. 4, n. 5. Dezembro, 1890

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis - *The Protection of personality Rights in Germany*. 2019.

_____, *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.