



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

DIREITO AO ESQUECIMENTO NO MUNDO GLOBALIZADO

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Fernanda Xavier de Brito

Orientador: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Número da candidata: 20160832

Janeiro de 2023

Lisboa

DEDICATÓRIAS

A Deus, por ter me concedido a honra e a graça da vida e por ter me dado forças e saúde para
que eu pudesse chegar até aqui.

A GABRIEL XAVIER, meu filho amado, toda a razão do meu viver e por quem sempre
procuro ser melhor.

A meu marido, CARLOS EDUARDO, pela nossa jornada de amor, compreensão,
companheirismo e incentivo.

Aos meus pais ALICE e BERNARDO (*in memoriam*), pelos exemplos, ensinamentos,
retidão, ética e por tudo que me proporcionaram e que com eles pude aprender.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário pelos valerosos ensinamentos e orientação;

À Professora Doutora Patrícia Dias, por ter me feito acreditar que daria certo, pelo incentivo,
pela orientação e força, sem os quais não teria conseguido prosseguir e concluir essa
dissertação;

A todos os Professores da UAL, por todo o aprendizado;

Aos meus secretários LEONARDO e THAIS, pela enorme ajuda;

Meus sinceros agradecimentos.

“Na era da informação, a invisibilidade é equivalente à morte.” (Zygmunt Bauman)

"No passado, a censura funcionava bloqueando o fluxo de informação. No Século XXI, ela o faz inundando as pessoas de informação irrelevante. Não sabemos mais a que prestar atenção e frequentemente passamos o tempo investigando e debatendo questões secundárias. Em tempos antigos ter poder significava ter acesso a dados. Atualmente ter poder significa saber o que ignorar." (Yuval Noah Harari)

“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)

RESUMO

Esta dissertação trata do direito ao esquecimento no mundo globalizado, dando enfoque a possibilidade de apagamento de notícias veiculadas através dos meios de comunicação e dos dados inseridos em rede. Conceitua o direito ao esquecimento como um direito fundamental, a partir da análise da constitucionalização do direito civil, sendo este um fenómeno de fortalecimento dos direitos fundamentais. Aborda o confronto entre o direito ao esquecimento e os direitos de liberdade de expressão e de informação, trazendo a forma de solução desse conflito aparente em uma sociedade da informação. Demonstra o tratamento legal dos dados e de seu apagamento tanto na comunidade europeia como no Brasil, trazendo a legislação e a jurisprudência firmada acerca do tema.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito civil; direito ao esquecimento; direito à informação e liberdade de expressão; confronto entre direitos fundamentais; veiculação de notícias e dados; sociedade da informação e esquecimento na rede.

ABSTRACT

This dissertation deals with the right to be forgotten in a globalized world, focusing on the possibility of erasing news conveyed through the media and data inserted in the network. It conceptualizes the right to be forgotten as a fundamental right, based on the analysis of the constitutionalization of civil law, which is a phenomenon of strengthening fundamental rights. It addresses the confrontation between the right to be forgotten and the rights of freedom of expression and information, bringing the form of solution to this apparent conflict in an information society. It demonstrates the legal treatment of data and its erasure both in the European community and in Brazil, bringing the legislation and jurisprudence signed on the subject.

Keywords: Constitutionalization of civil law; right to be forgotten; right to information and freedom of expression; confrontation between fundamental rights; broadcasting of news and data; information society and the right to be forgotten on the net.

ÍNDICE

DEDICATÓRIAS	2
AGRADECIMENTOS	3
RESUMO	5
ABSTRACT	6
ÍNDICE	7
LISTA DE FIGURAS	8
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS BRASIL E PORTUGAL	9
INTRODUÇÃO	10
1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	12
1.1. HISTORICIDADE	12
1.2. A DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO	15
1.3. ANÁLISE DOS ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	18
1.4. NOS PAÍSES EUROPEUS E NO BRASIL.....	28
2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO	37
2.1. A DIGNIDADE HUMANA COMO VALOR, PRINCÍPIO E DIREITO FUNDAMENTAL.....	37
2.2. A PRIVACIDADE E O ESQUECIMENTO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	46
2.3. OS DIREITOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À INFORMAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO NO CONFRONTO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	60
3. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO	69
3.1. O CONCEITO DE SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O MUNDO GLOBALIZADO.....	69
3.2. A INFORMAÇÃO E OS MEIOS DE SUA VEICULAÇÃO NO PASSADO E NA ATUALIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS	74
3.3. A PROTEÇÃO LEGAL DOS DADOS PESSOAIS	82
3.4. O APAGAMENTO DOS DADOS E A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE PESQUISA	91
CONCLUSÕES	101
FONTES DOCUMENTAIS	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Gráfico evolutivo das solicitações de exclusão feitas em Portugal	96
--	----

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AEPD - Agencia Española de Protección de Datos

ANEL - Associação Nacional dos Editores de Livros

BA – Bahia

BDSG – Lei Federal de Proteção de Dados Pessoais

BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil da Alemanha

CE – Comunidade Europeia

CEDH - Corte Europeia de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CFB – Constituição Federativa do Brasil

CNIL - Commission Nationale de L’Informatique e des Libertés

COVID-19 - Coronavirus Disease 2019

CRP – Constituição da República Portuguesa

DF – Distrito Federal

GG – *GrundGesetz* – Lei Fundamental da república Federal da Alemanha

GPS - Global Positioning System

LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados

MP – Medida Provisória

MP – Medida Provisória

REsp. – Recurso Especial

RGPD - Regulamento Geral de Proteção de Dados

RJ – Rio de Janeiro

SE – Sergipe

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

URLs - Uniform Resource Locator

URSS - União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

ZDF – Zweites Deutsches Fernsehen (emissora de televisão alemã)

INTRODUÇÃO

A evolução histórica das sociedades sempre impôs ao Direito a obrigação de se modernizar e se adequar aos novos tempos. O surgimento de novos direitos e tecnologias decorrentes das infindáveis necessidades humanas, por vezes, faz a pessoa humana parar e refletir em qual mundo gostaria de viver, de modo a não perder o protagonismo da jornada da vida.

A constitucionalização do direito civil foi um avanço inestimável, na medida em que abandonando-se a vetusta dicotomia entre o público e o privado, apresentou-se ao mundo jurídico uma releitura de antigos direitos pautada na simbiose entre os interesses particulares da pessoa humana e o papel social que dele se espera para a construção de um mundo melhor, mais igualitário e fiel ao ideal de justiça.

A atenção jurídica volta-se para a pessoa humana, sobretudo após as grandes guerras mundiais, quando se verifica que a maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais estabeleceu, em suas Constituições, o princípio da dignidade da pessoa humana como valor máximo a ser observado e adotou diversos direitos que, outrora, encontravam apenas abrigo legal nos Códigos infraconstitucionais, elevando-os à categoria de direitos fundamentais.

Esses direitos fundamentais, decorrentes do princípio da dignidade humana, exercem o papel essencial de concretização desse valor máximo, dando-lhe efetividade na esfera jurídica dos indivíduos. Salienta-se que não há de se falar em um número estanque de direitos fundamentais, porque, ao derivarem das necessidades humanas, a cada minuto aparecem novos direitos que, embora possam não ter assento constitucional, decorrem da tutela geral da personalidade. E assim o é com o direito ao esquecimento, objeto de análise nesse trabalho.

Nascido de uma necessidade de preservar a pessoa humana de reviver fatos criminosos ocorridos no passado, sem qualquer influência no presente, o direito ao esquecimento foi, primeiramente, analisado como uma faceta do direito à privacidade, para só após ser reconhecido como um direito autónomo. É necessário ser deixado só e esquecido, após um evento traumático, para que o indivíduo possa ter-se consigo mesmo e retomar sua vida em toda a plenitude.

O soerguimento e a ressocialização de qualquer indivíduo somente se dão após o esquecimento de fatos que criam constrangimentos e freios sociais, afastando-se assim eventuais estigmas sociais. A mente humana necessita esquecer para se restabelecer, sendo essa uma questão complexa e intrigante.

Nesta pesquisa, o direito ao esquecimento será analisado sob diversos prismas, sendo o confronto com o direito à liberdade de expressão e à informação, uma questão que enceta inúmeras outras indagações, como por exemplo a possibilidade ou não de se admitir eventual hierarquização entre direitos fundamentais e quais os critérios objetivos a serem adotados para ponderar os interesses em jogo numa eventual colisão de direitos.

A aversão à censura, que fez parte de regimes ditatoriais e totalitários, fez com que os Estados ditos democráticos de Direito rejeitem, em princípio, a existência de um direito ao esquecimento, admitindo-se apenas sua aplicação após longa análise do caso concreto.

O surgimento da internet impulsionado pelo avanço exponencial da tecnologia trouxe ao cenário jurídico mais um desafio. Como aplicar e efetivar o direito ao esquecimento em um mundo globalizado?

A sociedade se encontra globalmente conectada, e todos acessam às informações em tempo real. As informações são inseridas em rede sem que haja uma real preocupação com o caminho que elas irão percorrer e com a possibilidade do apagamento dos dados que violem ou sejam suscetíveis de violar os direitos fundamentais, na medida da informação que revelam e que podem conduzir à discriminação.

A informação tornou-se um bem cobiçado por todos os integrantes da sociedade. Quanto mais informação se obtiver, maior será o poder detido em mãos. Em razão disso, os indivíduos, buscando se inserir nessa sociedade da informação e obter a sensação de pertencimento, passaram a informar todo e qualquer dado na rede mundial de computadores, gerando, com isso, milhares de informações ao mesmo tempo, sem qualquer preocupação com as consequências de seus atos.

Em resposta a esse comportamento social, nasceu a obrigação da edição de leis protetivas ao tratamento dos dados, a fim de que sejam resguardados os direitos da pessoa humana, sobretudo no que concerne à autodeterminação informacional.

Sem a possibilidade de apagamento dos dados e das informações veiculadas em um mundo globalizado, ninguém poderá ser esquecido e muito menos deixado em paz, fato que afetará diretamente o desenvolvimento da personalidade e enfraquecerá a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Os desafios impostos pela memória digital fazem o tema da pesquisa ser importantíssimo no presente momento, onde se vê a comunidade jurídica mundial preocupada e debruçada em regular os rumos desse novo modelo de sociedade global.

CAPÍTULO I - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

1.1 – Historicidade

A definição do que seja o Direito é uma das tarefas mais árduas dos estudiosos da matéria, tendo em vista encerrar um conceito aberto que sempre impõe intenso debate entre os filósofos, juristas, sociólogos e entre todos aqueles que se dedicam à sua análise. Pode-se afirmar que sua definição estará sempre atrelada à visão daquele que se debruça sobre seu estudo.

Para melhor compreensão do tema, parte-se da premissa de que, primeiramente, faz-se necessário que se tenha a representação intelectual do objeto a ser analisado. Isto significa dizer que é imprescindível à pessoa humana, nesse processo, o conhecimento vulgar do Direito e, a partir da experiência evolutiva, chegar a alguma definição.

O ser humano, empiricamente, conhece o que é Direito porque é um ser sociável que necessita do outro para seu regular desenvolvimento. O seu modo de viver é delineado através de suas escolhas, tais como o exercício ou não de atividade profissional, a forma de seus relacionamentos amorosos, a maneira como estabelece suas amizades, impõem o nascimento de regras de conduta que balizam as liberdades individuais: o direito de um termina quando inicia o do outro. E são essas formas de condutas culturais o alicerce externo à pessoa humana que lhes dão o conhecimento do que é o Direito, o reto, o devido.

Percebe-se dos ensinamentos de António Menezes Cordeiro¹ que o Direito comporta diversas configurações, de acordo com questões históricas e geográficas que traduzem o modo de ser e agir da comunidade, ou seja, a cultura desenvolvida e aceita naquela sociedade. Os indivíduos que vivem em coletividade acabam interiorizando as regras de conduta de determinado lugar, caso contrário, terminam sendo excluídos do convívio com seus iguais, passando a viver de forma marginalizada, sem qualquer noção de pertencimento. Assim, o Direito depende da aprendizagem de determinada sociedade, e é esta aprendizagem que irá estruturar o Direito que será aplicado naquela localidade.

Objetivamente, o Direito se traduz no conjunto de normas a serem observadas pelos integrantes da sociedade em que ele é produzido, com a finalidade de garantir a segurança e a paz social, de acordo com os critérios de justiça estabelecidos culturalmente.

¹ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil**. 4ª ed., reformulada e actualiz. Lisboa: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4776-8. p. 46-47.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o Direito é fruto de estudo da sociedade, do ser humano e da gama de relações que são travadas, exsurgindo valores, princípios e regras que possibilitam o melhor convívio social.

A exata definição do que é precisamente o Direito segue em debate, ora sendo associado aos critérios sociológicos, psicológicos, morais, económicos, políticos, filosóficos, históricos, ora simplesmente se admitindo uma definição empírica estabelecida pelo que o coletivo cultural entende ser o Direito.

Segundo Paulo Nader² a expressão Direito pode ser entendida como um termo análogo, já que é capaz de ter significados distintos que guardam relação entre si, apesar de diferentes, devendo ser dada tantas definições quanto os sentidos existentes. O vocábulo pode ser empregado tanto no sentido objetivo como no subjetivo, enquanto neste está atrelado ao poder de agir que as normas permitem, objetivamente significa uma norma de organização social que regula o convívio dos indivíduos. Igualmente, pode ser entendido como uma Ciência e outras vezes pode ser entendido como equivalente à justiça. Além disso, também pode fazer referência ao Direito Positivo quanto ao Direito Natural.

Fato é que o Direito, independentemente de como se apresenta àquele que o analisa, permeia a vida de todo o ser social, tornando-o dependente de suas diretrizes quer sejam positivadas ou apenas consuetudinárias, fazendo com que até mesmo aquele que não pretenda estudá-lo, o conheça pela simples necessidade de lhe dever obediência.

No dizer de Haroldo Valladão “(...) o Direito é o integrador da vida humana em coletividade, disciplinando, harmonicamente, com Justiça, as diversas atividades – forças que se expandem na sociedade em busca do controle dos indivíduos, políticas, económicas, técnicas...(...)”³.

De forma ampla, o Direito atravessa, obrigatoriamente, a vida de determinada sociedade, sendo o oxigénio que alimenta e regula a vida dos indivíduos, de modo que sem ele não há falar em sociedade organizada, desenvolvimento e convívio pacífico entre as pessoas.

A realidade vigente em determinada época e espaço geográfico ditará as necessidades a serem observadas criteriosamente pelo Direito para a formação do ordenamento jurídico. Em

² NADER, Paulo – **Introdução ao estudo do direito**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5204-4. p. 74.

³ VALLADÃO, Haroldo – **História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro**. 4ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1980. p.19.

última análise, é o Direito que garante aos indivíduos o exercício de suas liberdades, de sua personalidade e de todos os atributos dela decorrentes.

É de se observar que a vida em sociedade possui um dinamismo que obriga, sem piedade, que a ciência jurídica acompanhe as alterações dos valores e conceitos de cada época, a fim de evitar que o conjunto de normas vigentes se torne totalmente obsoleto e sem aplicabilidade.

Aquilo que foi importante em determinado momento histórico, pode não o ser em outra ocasião, como observa o filósofo político Norberto Bobbio quando analisa a forma de se reconhecer o Direito, a partir dos valores aceitos em determinada sociedade. Os dados objetivos extraídos da realidade social, as verdades evidenciadas e a aceitação deles pelos integrantes da sociedade são critérios a serem observados, de forma esquemática, para se entender e formatar a ordem jurídica estabelecida em determinada localidade. Interessante apontar que todo e qualquer critério ou requisito deverá ser flexível a ponto de se adaptar à evolução social, pois de acordo com Bobbio “(...)tão logo submetemos valores, proclamados evidentes, à verificação histórica, percebemos que aquilo que foi considerado como evidente por alguns, num dado momento, não é mais considerado como evidente por outros, em outro momento. Deve provavelmente ter aparecido como evidente, aos autores da Declaração de 1789, que a propriedade era “sagrada e inviolável”. Hoje, ao contrário, toda referência ao direito de propriedade como direito do homem desapareceu nos documentos mais recentes das Nações Unidas. (...)”⁴.

Possibilitada a vida em sociedade pelo Direito e sistematizadas as normas, surge a ideia de ordenamento jurídico, que é o conjunto ou complexo de sistemas e de normas que irá abrigar todos os valores, princípios e regras produzidos em determinada sociedade, e que serão vinculados entre si compondo um todo harmônico e coerente, de modo a possibilitar uma pacífica e tranquila vida no meio social em que foi estabelecido.

Em regra, encontra-se dentro dos ordenamentos jurídicos a gama de regramentos referentes ao Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal, Direito Tributário, Direito Comercial, Direito Previdenciário, entre tantos outros aqui não mencionados ante sua enorme variedade, devendo ser ressaltado que esse sistema de normas é sempre modificado, quer seja

⁴ BOBBIO, Norberto – **A Era dos Direitos**. 20ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 85-352-1561-1. p.26-27.

pela revogação expressa ou tácita de determinadas normas, quer seja por aquelas que surgem a partir da evolução das necessidades humanas.

Apesar da existência de diversos ramos do Direito, sem prejuízo daqueles que certamente irão surgir, pois a fonte de conhecimento e o desenvolvimento humano são inesgotáveis, tem-se como imprescindível a harmonia entre eles para a manutenção de uma ordem, o que somente é alcançada diante de uma unidade axiológica. Eventual e aparente conflito de normas sempre será dirimido através do exercício exegético, que tem por função precípua espantar qualquer insegurança que desequilibre as relações jurídicas, resguardando-se assim a tão cara harmonia.

1.2 - A dicotomia entre Direito Público e Direito Privado.

O reconhecimento da divisão entre um Direito Público e um Direito Privado se verifica desde à época do *Corpus Iuris Civilis*, posto ser afirmado que “(...)Os preceitos jurídicos são os seguintes: viver honestamente, não prejudicar o próximo e dar a cada um o que é seu. No seu estudo há duas posições: público e privado. O Direito Público é o que respeita ao Estado dos assuntos romanos; o privado o que pertence ao interesse privado. (...)”⁵.

A compilação de todas as normas jurídicas determinada pelo Imperador Justiniano, que culminou com o surgimento do Codex, do Digesto, das Institutas e das Novelas, compôs o *Corpus Iuris Civilis*. Essa união de normas em um só corpo jurídico tornou a contraposição entre o público e privado sem relevância prática à época, porém não sufocou sua existência, restando assentado que o Direito Civil, de natureza privada, era o direito da cidade e dos cidadãos e se contrapunha, em verdade, ao Direito das gentes, que se aplicava aos não-cidadãos. O Direito Público era, então, aquele que fugia da autonomia privada e ocupava-se do Estado.

Os movimentos históricos, tais como a queda do Império Romano e o surgimento e desaparecimento de inúmeras organizações políticas fizeram com que o Direito Público perdesse e ganhasse importância nas épocas próprias, sendo suas normas imprescindíveis para o bom funcionamento do Estado. A criação de novas formas de Estado faz renascer efetivamente o Direito Público que sempre teve suas nuances definidas de acordo com o momento histórico e com a formação de cada sociedade.

⁵ CORDEIRO, António Menezes - *Op. Cit.* p. 88.

Dois fatos históricos proporcionaram a real dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado: a revolução que resultou na independência americana com a promulgação da Constituição Federal de 1787 e a Revolução Francesa de 1789 com a Constituição de 1791.

Com o nascimento das respectivas Constituições, dá-se a separação das normas jurídicas, passando as que integram a Constituição a regular a formação e a atividade do Estado e com isso impedir que houvesse qualquer violação à autonomia dos cidadãos. O rompimento com a forma de agrupar as normas vigentes desde Justiniano, que ordenou a compilação legislativa como um meio de garantir o exercício do poder e salvaguardar a herança deixada pelo direito romano, é fato histórico de grande relevância para se compreender o Direito tal como hoje é apresentado.

A separação das normas e o surgimento de um Direito Público fortalecido pela necessidade de garantir a existência e o atuar do Estado fizeram com que fossem cristalizadas as diferenças entre os ramos do Direito, aprofundando-se aí a divisão entre o público e o privado.

Coube, então, ao Direito Público as regras sobre a organização do Estado e do Governo e sobre as garantias dos indivíduos. Tais regras dotadas de imensa estabilidade impõem rigoroso processo para suas alterações. Ao Direito Privado, então, restou reconhecida a tarefa de cuidar dos interesses dos particulares.

É imperioso ressaltar que existem correntes que negam essa clássica divisão, argumentando que há em ambos os lados interesses públicos e privados, em verdadeira interligação, sugerindo aí que o Direito é uno e não comporta a estudada divisão. A dicotomia se revelou presente na história do Direito, não se podendo negá-la através de leituras particulares que deixam de considerar as particularidades e características do Direito Público e do Direito Privado.

Diversos juristas explicam a bipolaridade do Direito. Sem olvidar as Teorias Monista e Dualista, na tradição romano-germânica os sistemas jurídicos apresentam a divisão em Direito Público e Direito Privado, que decorre da concepção dualista baseada no conteúdo ou na forma das normas jurídicas, para caracterizá-las como privadas ou públicas.

A teoria dualista se subdivide em Teorias Substancialistas, Teorias Finalistas e Teoria da Natureza Jurídica. A primeira contempla a Teoria dos interesses em jogo, tendo essa como formulador Ulpiano – *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad*

singulorum utilitatem ⁶-, em que se atribuía ao Direito Público tudo aquilo que era interesse do Estado e ao Direito Privado correspondiam as normas que regulavam os interesses dos particulares. Essa divisão, historicamente, encontrava fundamento na necessidade de separação dos interesses do rei e os do Estado e na necessidade de concessão de alguns direitos aos estrangeiros. Já a Teoria Finalista, que tinha como formulador Savigny e Stahl, buscava estabelecer a divisão a partir da finalidade das normas jurídicas, sendo atribuídas ao Direito Público aquelas que tinham como objetivo final o Estado, e ao Direito Privado aquelas que visavam o indivíduo. Por seu turno, a Teoria da Natureza da Relação Jurídica estabelece que, se a relação for no plano de igualdade entre seus participantes, será ela regulada pelo Direito Privado. Por outro lado, quando o Estado participa, impondo sua vontade, a relação jurídica se apresenta de subordinação e será regulada pelo Direito Público.

Existem, ainda, as teorias formalistas, as quais se subdividem em Teoria do Titular da Ação e em Teoria das Normas Distributivas e Adaptativas. A primeira leva em consideração a tutela jurídica para o caso de violação das normas. Portanto, se o titular da ação for o Estado, o Direito é Público; em contrapartida, se o titular for o particular, o Direito é o Privado. A segunda tem por premissa a utilização dos bens existentes, afirmando que todos os bens disponíveis podem ser distribuídos e, nesse caso, pertencem ao direito privado; enquanto que os bens que não podem ser distribuídos, impõe sua utilização mediante processos adaptativos e ligados, portanto, ao Direito Público.

As inúmeras teorias explicativas da bipolaridade cristalizaram o entendimento de que o Direito Privado regula todas as relações interindividuais em determinada sociedade, prestigiando a liberdade e a igualdade. Já o Direito Público “(...)surge como um Direito especial: o Direito que regula a Administração, ou as Finanças Públicas ou quaisquer outros domínios do Estado. Pode falar-se no Direito dos titulares da soberania, no Direito dos princípios da organização do Estado ou, simplesmente, no Direito especial do Estado. (...)”⁷. Nessa última seara, tem-se a subordinação e a autoridade, características do poder de império estatal.

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “(...)As relações do direito público com o direito privado, neste universo jurídico, apresentam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado

⁶ CORDEIRO, António Menezes - *Op. Cit.* p. 94-95.

⁷ CORDEIRO, António Menezes - *Op. Cit.* p. 100.

pelo Estado para a tutela dos interesses gerais. As duas esferas funcionam quase que impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão das exigências dos próprios indivíduos. (...) ⁸.

É importante observar que, não raro, podem ocorrer situações submetidas às regras do Direito Privado que assumam características do Direito Público, sem que com isso seja transformada a natureza jurídica da relação estabelecida. O exercício de determinado direito potestativo pelo indivíduo não faz com que a relação se insira no Direito Público, por exemplo.

É de se ressaltar que as normas civis, devidamente codificadas, expunham o liberalismo que ditava os valores a serem observados pelos indivíduos, sendo a verdadeira constituição do indivíduo que se contrapunha ao direito constitucional e afirmava a ideia de divisão acentuada entre o privado e o público.

A evolução da sociedade com a consequente e natural mudança de valores e paradigmas impôs a revisão da divisão até então existente. Os civilistas passaram, então, a rejeitar a dicotomia, pois enxergaram a necessidade de defender uma coerência axiológica e, via de consequência, a existência de uma unidade hermenêutica no ordenamento jurídico.

Abandona-se a vetusta divisão entre o público e privado, para adentrar uma nova era, na qual as Constituições abrigam valores que passaram a ser considerados fundamentais e que, por força desse atributo, devem ser observados por toda a legislação infraconstitucional, sob pena de padecer de flagrante inconstitucionalidade.

Opera-se a constitucionalização do direito civil na maioria das sociedades ocidentais, através da qual se elege o ser humano e seus respectivos atributos como o foco principal da atenção jurídica em substituição ao patrimônio e ao fomento da indústria, que outrora foram tão valorizados.

1.3 - Análise dos elementos e características do direito civil-constitucional.

O direito civil é considerado a constituição da pessoa comum e, objetivamente, traduz-se no conjunto de normas que regulam os interesses individuais correspondentes às necessidades fundamentais do ser humano, as relações travadas entre as pessoas e destas com os bens, quer sejam materiais ou imateriais, considerados pelo seu valor de uso. O direito civil-

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de – **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. ISBN 978-857147-898-5. p. 5.

constitucional para ser corretamente compreendido deverá ser analisado a partir dos elementos que o integram, com suas respectivas características.

Segundo Paulo Nader, “(...) A denominação desse ramo é bem antiga e provém dos romanos (*Jus Civile*) que a empregavam, porém, em sentido muito amplo, como o estatuto jurídico aplicável aos cidadãos, em oposição ao *Jus Gentium*, destinado aos estrangeiros. Durante a Idade Média, sob a denominação Direito Civil, compreendia-se todo o Direito Positivo, com exceção ao Direito Canônico, que apresentava princípios e normas próprias.(...)”⁹.

O Direito Civil é comumente entendido como Direito Privado por excelência e possui como princípios basilares a igualdade jurídica e a preservação da autonomia privada. A partir do século XIX e considerando as consequências da Revolução Francesa, o Direito Civil passou a ser interpretado mais restritivamente por força de sua codificação, estando sua identificação atrelada às instituições que passou a regulamentar.

Extrai-se, portanto, que toda a vida social é permeada pelas regras de direito civil, uma vez que esse ramo do direito regula o atuar cotidiano do indivíduo que ao entrar em um ônibus realiza um contrato de transporte, ao se unir a outra pessoa com o intuito de constituir família realiza o casamento, ao pagar por um imóvel firma um contrato de compra e venda, entre tantos outros exemplos que se poderia dar para demonstrar a profunda marca do direito civil na vida das pessoas.

A identificação do Direito Civil com o próprio Código Civil regulador das relações entre as pessoas e destas com seus bens, tinha como pilar a liberdade individual e económica, exteriorização clara da concepção individualista do Direito, na qual deveria ser assegurado ao ser humano a realização dos atributos de sua personalidade sem sofrer qualquer restrição, supressão ou dificuldade para tanto.

Neste particular, Maria Celina Bodin de Moraes, analisando a transformação pela qual passou o Direito Civil, reconhece que historicamente o liberalismo puro embasou as diretrizes deste ramo do Direito, ao afirmar que “(...) Emblemática, em propósito, é concepção que no Code se tem acerca da propriedade, seu instituto central, ali definida como o “direito de gozar e dispor dos bens na maneira mais absoluta”.(...)”¹⁰. Inexistia, portanto, qualquer cerceamento

⁹ NADER, Paulo - *Op. Cit.* p. 364.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de – *Op. Cit.* p.5.

ao desenvolvimento do indivíduo e de sua atividade econômica, salvo aquelas para o bom convívio entre os integrantes da sociedade.

Portanto, pode-se afirmar que a liberdade civil e a igualdade formal eram as diretrizes da ordem jurídica privada, porém elas cederam às transformações da sociedade em suas esferas econômica e política, que clamaram por uma inevitável mudança de paradigma.

Exige-se, então, uma nova face para esse direito mais atrelada aos interesses dos indivíduos enquanto ser gregário e social, introduzindo-se nas Constituições os denominados direitos sociais. Há uma evidente humanização do Direito, democratizando-o de modo que os interesses coletivos passaram a se sobrepor aos individuais, havendo uma clara conciliação entre a liberdade individual e a justiça social.

Afasta-se, por completo, a noção de direitos individuais absolutos para se compreender que esses direitos devem ser exercidos em observância à sua função social, nascendo uma profunda modernização dos conceitos e do exercício dos direitos regulados pelo Direito Civil.

Orlando Gomes resumiu esse novo momento da ordem jurídica privada quando defendeu que os interesses individuais não deveriam ser protegidos, de forma absoluta, em detrimento a outros direitos de igual magnitude, como por exemplo os direitos sociais, propondo, assim, uma conciliação entre os direitos individuais e os direitos coletivos, de modo que este estivesse acima, por englobar em seu conjunto os próprios direitos individuais. E com clareza afirma que “(...)A primazia do interesse geral não significa, todavia, o sacrifício dos interesses individuais. Aos espíritos moderados afigura-se necessária a conciliação entre as duas ordens de interesses, para que seja preservada a dignidade da pessoa humana. A lei há de refletir essa síntese necessária, colocando-se o legislador no ponto de confluência entre as duas tendências antagônicas. Falharia a sua missão se, intencionalmente ou por inadvertência, abraçasse o estatismo a pretexto de combater o individualismo. (...)”¹¹.

Esse pensamento maduro e moderado foi sendo incorporado na maioria das sociedades ocidentais que entenderam, vez por todas, que a realização dos atributos da pessoa não é e nem pode ser um processo individual. Como ser gregário, a pessoa depende dos demais pares para se realizar, quer seja em sua esfera íntima, quer seja em sua face social, de modo que em boa hora abraçou-se a ideia da constitucionalização do direito civil.

¹¹ GOMES, Orlando - **Introdução ao direito civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. ISBN 978-85-309-2582-6. p. 66-67.

Por seu turno, o direito constitucional, de formação mais recente que o direito civil, regulava os interesses do Estado e protegia os cidadãos contra eventuais abusos estatais. Competia ao Estado conviver, de forma harmoniosa, com a sociedade civil sem, no entanto, interferir nas esferas individuais.

O liberalismo imposto, a partir da Revolução Francesa, foi a resposta social ao Estado Monárquico que no exercício do poder vilipendiou os direitos individuais durante séculos. Entretanto, o liberalismo exacerbado, ao invés de promover o bem-estar de todos através de empregos adequados, educação e saúde, veio acompanhado de mazelas, existentes em toda forma extremada de exercício do poder, tais como a fome, o analfabetismo e o desemprego.

Evidencia-se, assim, o declínio do modelo liberal puro e, no contexto histórico de revoluções e guerras, surge o modelo socialista implementado por força da Revolução Russa que alçou o proletariado ao protagonismo político. Tal como o modelo antagônico, o socialismo era extremado e não resolveu os problemas sociais na Rússia, porém culminou com o fortalecimento do Estado intervencionista, conforme descreve o historiador Aquino “(...) Do ponto de vista económico, a industrialização colocara a URSS entre as potências mundiais. Contudo, o padrão de vida de seus habitantes era inferior ao dos países capitalistas desenvolvidos. A maior novidade de sua realização estava no caráter sistemático e total da intervenção do Estado na economia, predominantemente estatizada. (...)”¹².

O fracasso do modelo de Estado Socialista abriu espaço para o nascimento de um “novo Estado Capitalista” que obedecendo o seu enfoque, valorizava as conquistas obtidas através das Revoluções, sobretudo as Francesa e Russa. O objetivo era alcançar uma posição mediana, na qual havia a intervenção estatal em setores da economia e da vida privada sem, no entanto, vilipendiar os direitos individuais, alcançados de forma tão penosa pelos homens.

Essa nova concepção traz como fundamento a justiça social para afirmar os direitos individuais. Abandona-se a ideia do Estado aniquilador de direitos individuais, para, ao contrário, compreender a intervenção estatal como garantidora desses direitos, que são de toda coletividade. Aprende-se o conceito de coletividade para efetivamente enxergar a sociedade como um organismo do qual emanam direitos, abandonando-se por completo a visão míope e egoísta do individualismo.

¹²AQUINO, Rubim Santos Leão de - **História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais**. 51ª impressão. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2010. ISBN 978-85-99868-20-1. p.379.

Há o reconhecimento da necessidade da presença do Estado para, através de suas políticas públicas, espantar as desigualdades e garantir a igualdade substancial com o exercício pleno dos direitos sociais, pois somente assim será viabilizado o exercício dos direitos individuais. Conclui-se, portanto, que somente haverá o exercício das liberdades por cada indivíduo se houver justiça social.

E é na esteira do processo evolutivo e natural da sociedade, fruto das revoluções pacíficas, que nasce o Estado Social com valores e princípios calcados em direitos alçados à categoria de fundamentais, que permitem aos indivíduos exercerem suas liberdades com base no respeito ao outro e na convivência fraternal, em busca, ao final, da vida feliz e serena.

A assunção pelo Estado de funções antes relegadas à iniciativa privada revela a necessidade de uma reformulação do direito civil que, outrora desatrelado do direito constitucional, viu-se em permanente e elástico contato com ele. A inserção dos direitos fundamentais na maioria das Constituições do mundo ocidental estabeleceu uma nova estrutura ao direito civil, mais amalgamada aos interesses da coletividade.

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “(...) O novo peso dado ao fenômeno significa a rejeição da ideia de invasão da esfera pública sobre a privada, para a admissão, ao revés, da estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para que possa abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público, como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado. (...)”¹³.” A mudança estrutural em questão impõe o reconhecimento da introdução de novos valores e diretrizes pelo Estado na ordem jurídica que, em respeito à hierarquia das normas, estão abrigados na Constituição.

A moderna Constituição da maioria dos países ocidentais abriga normas que definirão o sistema jurídico-político adotado por cada Estado, através da regulação do poder político com suas devidas limitações, e que estabelecerão os direitos e liberdades dos indivíduos, discriminando a forma de garanti-los.

Iniciou-se uma nova perspectiva do constitucionalismo, através do qual foram introduzidos importantes valores para a sociedade com relação aos direitos fundamentais e à organização do Estado, buscando afastar antigos princípios e fundamentos que propiciavam a

¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de – *Op. Cit.* p.7.

desigualdade social, passando a dignidade da pessoa humana a ser o fundamento maior do ordenamento jurídico.

Pode-se afirmar, assim, que a Constituição deixou de ter um papel restrito à estruturação e organização do Estado, passando a ter uma posição de proeminência dentro do sistema jurídico, pois tornou-se necessário que as normas infraconstitucionais observem os ditames constantes no texto constitucional. Atribuiu-se, assim, força normativa ao diploma constitucional, pois além da limitação do poder político, buscou-se atribuir eficácia à Constituição, principalmente para viabilizar a concretização dos direitos fundamentais.

Por este motivo que os tribunais constitucionais exercem o controle de constitucionalidade, como forma de assegurar a supremacia da Constituição e de suas normas, buscando garantir assim a vida e efetividade dos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que a Constituição funciona como uma bússola que serve de parâmetro para todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. As normas constitucionais devem ser observadas por todos, uma vez que não se tratam de meras diretrizes programáticas, mas sim de normas imperativas e gerais que precisam, na prática, ter uma aplicação eficaz.

Além disso, diante desta nova perspectiva adotada em face dos direitos fundamentais, para ter validade uma norma infraconstitucional passa a ter que respeitar, além dos parâmetros e limites existentes na própria Constituição, também os princípios nela reconhecidos.

Para tanto, vale destacar o ensinamento de Robert Alexy sobre regras e princípios, pois ele considera a distinção entre eles como um dos pilares essenciais para teoria dos direitos fundamentais. O jurista afirma que “(...)O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. (...)”¹⁴.

¹⁴ ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, ISBN 978-85-7420-872-5, p.90-91.

Neste sentido, discorre Vidal Serrano Nunes Junior que os direitos fundamentais podem ser entendidos como “(...)sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, económicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade)(...)”¹⁵.

Assim, após a crise do positivismo e proeminência da questão humanitária, com elevação da dignidade humana à condição de princípio jurídico, esta distinção entre regras e princípios constituiu uma base importante para análise dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Dirley da Cunha Junior destaca que “(...)foi especialmente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, o reconhecimento da força normativa dos princípios, situação que tem propiciado a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância da pessoa e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana(...)”¹⁶.

Permitiu-se, assim, uma maior racionalidade do que arbitrariedade para solução de questões através das teorias da proporcionalidade e da ponderação elaboradas por Robert Alexy¹⁷, como forma de buscar uma melhor concretização e efetivação dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso da Constituição da República Portuguesa¹⁸, ela definiu em seu artigo 1º a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental a ser observado e obedecido por toda a ordem jurídica vigente e, via de consequência, buscou tutelar todos os direitos que propiciam o desenvolvimento livre e independente da pessoa e o ajudam a alcançar a almejada felicidade.

Ao agir dessa forma, constata-se que o Direito Público passou a disciplinar uma série de direitos fundamentais que, anteriormente, encontravam guarida apenas no Direito Civil Português de 1966. Ao serem alçados à categoria constitucional, todos os direitos da

¹⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano - **A cidadania social na Constituição de 1988. Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. ISBN 9788561996031, p. 15.

¹⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da - **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN 9788544213339, p. 36.

¹⁷ ALEXY, Robert - *Op. Cit.* p. 116-120.

¹⁸ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. Nº 86 (10-04-1976). [Consult. 28 de set. 2020]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>.

personalidade já estabelecidos foram reafirmados, devendo eles serem interpretados à luz de seu fundamento maior, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Inclusive, percebe-se no artigo 81 da Constituição Portuguesa¹⁹ que incumbe prioritariamente ao Estado “(...)Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável(...)”, assim como “(...)Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal(...)”.

Exsurge com clareza a adoção por parte do legislador constitucional português em priorizar e proteger a dignidade da pessoa humana, através da intervenção estatal, impedindo a violação dos direitos da personalidade. Resta evidente, neste tocante a simbiose do direito civil com o direito constitucional, tão necessária para que se alcance a realização dos valores escolhidos pelo legislador constitucional. Verifica-se aqui o, já prefalado, pensamento moderado de mesclar o direito público e o direito privado, em uma verdadeira constitucionalização do direito civil, que caminha para, cada vez mais, fortalecer a realização dos atributos da pessoa e solidificar o valor máximo da dignidade da pessoa humana.

Segundo o jurista Gustavo Tepedino: “(...)Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.(...)”²⁰.

A substancial alteração de paradigma, imposta pelas novas necessidades da sociedade, aponta para o nascimento da constitucionalização de diversos direitos diretamente ligados à dignidade da pessoa humana. Nasce, então, a ideia de um constitucionalismo de valores que impõe a existência de um Estado Democrático de Direito que possua uma Constituição garantidora de valores fundados no princípio da dignidade humana.

¹⁹ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. Nº 86 (10-04-1976). [Consult. 28 de set. 2020]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo - **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. ISBN 8571474273, p.22.

As alterações da realidade social obrigaram o diálogo entre os ramos do Direito, notadamente entre os Direitos Civil e Constitucional, a fim de que a pessoa pudesse desenvolver seus atributos com segurança dentro de um sistema jurídico uno, seguro e eficaz.

O jurista Pietro Perlingieri resumiu bem essa questão ao estabelecer que “(...) O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora. (...)”²¹. E o referido jurista propõe, com a certeza da evolução contínua pela qual a humanidade sempre passa, que as regras que se tornaram antiquadas sejam objeto do necessário processo de adequação e interpretação, de maneira que espanquem a sensação de que existem regras inúteis. De fato, em algum momento da história de determinada sociedade, as regras fizeram sentido e tiveram sua adequada aplicação. A sempre benvinda evolução apenas irá adequá-las aos novos tempos.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que a ideia de constitucionalização do direito civil apresenta um viés histórico-político-jurídico que impõe que as normas de Direito Civil sejam interpretadas e lidas de acordo com os princípios e valores existentes na Constituição, como forma de viabilizar a implementação das políticas constitucionais na esfera privada. Esse Constitucionalismo surge como reação aos regimes totalitários, estando ligado à existência de uma Constituição que se aproxime da realidade político-social da sociedade que a formulou.

Afasta-se, assim, a ideologia de que a Constituição é um mero texto político para o legislador, ganhando relevância sua eficácia normativa e seu impacto na regulação das relações privadas. As Constituições aumentaram o campo da sua materialidade, passando a prever princípios e escolhas normativas que antes se situavam apenas no âmbito de cada ramo do Direito, viabilizando uma relevância e uma aplicação de que não gozavam antes.

Na análise desse tema, faz-se imperiosa a diferenciação entre a constitucionalização do Direito Civil e a publicização dele, posto serem institutos que não se confundem. Enquanto aquele é o procedimento de inserção dos princípios fundamentais do Direito Civil no plano

²¹ PERLINGIERI, Pietro - **Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**, tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª. ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002. ISBN 9788571476042, p. 5.

constitucional, este é entendido como um processo de maior intervenção estatal para assegurar os direitos dos mais fracos.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, as expressões não devem ser confundidas, pois (...)“Enquanto a constitucionalização do Direito Civil implica a migração das regras e princípios fundamentais do Direito Privado para a sede constitucional, sem alterar a natureza privada da norma jurídica, a publicização do Direito Civil resulta de uma interferência estatal em determinadas relações privadas, com o escopo de nivelar a posição das partes, evitando que a superioridade econômica de uma delas prejudique a outra e conferindo uma certa dose de caráter público a uma relação cuja natureza, originariamente, era estritamente privada.(...)”²². Igualmente, imprescindível destacar que constitucionalização não se confunde com codificação. A codificação é a criação dos códigos, que podem ser entendidos como um conjunto de regras e princípios sobre um assunto do Direito, sistematizado de forma ordenada e organizada dentro de um texto.

Segundo Paulo Lobo “(...)a codificação teve por pressuposto o sujeito de direitos adquiridos abstraído de suas reais condições de poder, enquanto o constitucionalismo liberal partiu exatamente da vontade de limitar os reais detentores do poder político.(...)”²³. Ainda segundo esse autor, fazendo referência à Wieacker,“(...) as codificações liberais atuam como transformação revolucionária contra a tradição, sendo que outras civilizações fora da Europa adotaram os códigos modernos europeus para se transformar em nações mais modernas.(...)”²⁴.

O fenómeno da constitucionalização do Direito Civil começou a ganhar destaque com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, o qual consolidou, principalmente, a supremacia das constituições e a força normativa das regras e princípios existentes nelas. As normas constitucionais passaram a ter maior relevância, com efetividade máxima e força vinculativa, promovendo uma proteção maior e mecanismos que possibilitassem a aplicação dos direitos fundamentais e garantias individuais.

Deve-se observar que, apesar de a Constituição servir de validade para as demais normas dentro dos sistemas jurídicos vigentes, através da sua supremacia, tal característica não visa afastar o campo próprio de atuação do Direito Civil e dos demais ramos do direito. Na verdade,

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson - **Direito Civil. Teoria Geral**. 8ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. ISBN 9788537506387, p.39.

²³ LÔBO, Paulo - **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 9788502626751, p.26.

²⁴ *Idem – Ibidem*.

busca-se implementar no texto constitucional uma garantia de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, através de uma releitura do direito civil à luz das regras e princípios constitucionais. Assim, é imprescindível o equilíbrio entre o direito privado e o constitucional, através de uma visão conjunta destes ramos do direito.

O Direito Constitucional deve nortear os ramos do Direito infraconstitucional, sendo uma fonte obrigatória de consulta sobre a viabilidade de novas leis no ordenamento jurídico. A Constituição é fonte primária de interpretações, precisando o intérprete nela buscar as bases, diretrizes, valores e sentido, tendo em vista que suas normas são imperativas e gerais, devendo serem observadas e aplicadas por todas autoridades, dentre elas os juízes e legisladores. Assim, não deve o legislador criar normas contrárias ao texto constitucional e, da mesma maneira, não deve o julgador aplicar normas que afrontem à Constituição.

Na esteira desse raciocínio, traz-se à colação o pensamento de Konrad Hesse, “(...) *Al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, en Derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privada*(...)”²⁵.

Não se trata aqui de reconhecer uma superioridade do direito público sobre o direito privado, ou do direito civil sobre as demais legislações ordinárias, por força do abrigo constitucional. Ao contrário, revela a opção do legislador constitucional em afirmar valores fundamentais com o intuito de impedir que alguém tente alterar os direitos alçados à categoria de fundamental, protegendo o princípio maior que os embasa: a dignidade da pessoa humana.

1.4 - Nos países europeus e no Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana, adotado na maioria das Constituições ocidentais, impôs a proeminência das situações jurídicas existenciais sobre as relações jurídicas patrimoniais.

Antes da Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais eram vistos como concessões legais voluntárias concedidas pelo Estado, podendo ser entendidas como meras normas programáticas sem força vinculante. No final da década de 1940, deu-se relevância ao direito constitucional com a adoção da constitucionalização dos direitos fundamentais, que

²⁵ HESSE, Konrad - **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução do original alemão para o espanhol de Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Editorial Civitas, 1995, ISBN 8447006328, p.61 -64.

assegurados no próprio texto constitucional, impuseram uma releitura de todo o arcabouço civilístico.

Corroborando a explicação acima, Schreiber destaca que (...)“A ideia de promover a releitura do direito civil à luz das normas constitucionais ganhou corpo na Europa a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando diversas nações decidiram editar Constituições novas, capazes de refletir seu comprometimento com a preservação da democracia, com a solidariedade social e com a proteção da dignidade humana(...)”²⁶.

Na esteira desse raciocínio, vale destacar trecho do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6587, em que se discutiu a constitucionalidade dos parágrafos do artigo 3.º da Lei nº 13.979/2020, que instituiu a obrigatoriedade da vacinação para combate à pandemia desencadeada pela COVID-19. Prevaleceu o entendimento de que ninguém pode ser forçado a vacinar-se, tudo em nome do respeito ao princípio da dignidade humana, o que não afasta a obrigatoriedade da vacina, que se impõe através de ações indiretas como vedações ao exercício de determinadas atividades ou à frequência de certos lugares. Daí extrai-se a diferenciação conceitual entre as duas modalidades de vacinação, revelando verdadeira ginástica para harmonizar o direito do Estado em promover a saúde pública e o direito à vida privada, todos conformes ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Ingo Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana é “(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, (...)”²⁷. Vê-se, portanto, a constante defesa desse princípio maior pela doutrina e jurisprudência, em claro apoio à construção de uma sociedade democrática, respeitosa e sobretudo humanizada.

No caso supracitado, a conformidade encetada pelo Supremo Tribunal Federal expõe, de forma cristalina, a constitucionalização do direito civil através da afirmação na crença nos direitos fundamentais, elevados a um patamar jamais visto antes, e no valor da dignidade da pessoa humana, demonstrando assim, a modernização do ordenamento jurídico brasileiro: “(...) Com efeito, a partir das incontáveis barbáries cometidas em nome do Estado, em especial no século passado, indelevelmente tisonado por dois terríveis conflitos mundiais, que resultaram em

²⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde; coordenação Anderson Schreiber, Carlos Nelson Konder - **Direito Civil Constitucional**. 1ª.ed. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-85-970-0354-3, p.3.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

dezenas de milhões de pessoas mortas, feridas, mutiladas e desenraizadas de seus locais de origem, a comunidade internacional encetou um esforço hercúleo para elevar o princípio da dignidade humana à estatura de um paradigma universal a ser observado por todos os países civilizados. (...).”²⁸.

Essa evolução e mudança ideológica-normativa, juntamente com o desejo inafastável de afastar os horrores e barbaridades ocorridos na Europa pós-guerra, acarretaram a necessidade de adoção de uma nova postura de aplicação e de interpretação do direito constitucional. Desta forma, superou-se o velho constitucionalismo europeu, marcado pela reverência à lei e ao legislador, que se apresentou incapaz de evitar diversas violações aos direitos fundamentais.

Luís Roberto Barroso ensina que a estabelecida supremacia da constituição americana inspirou mudanças na maioria das sociedades ocidentais, pois segundo o jurista “(...). A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais (...).”²⁹.

Assim, constata-se que depois do pós-guerra, inúmeros países europeus passaram a criar tribunais constitucionais e utilizaram um sistema próprio de controle de constitucionalidade das normas, com fulcro na supremacia da Constituição. É o caso da Alemanha, Itália, Turquia, Grécia, Espanha, Portugal, dentre outros.

Na Alemanha, a Constituição Alemã de 1949 viabilizou a criação do Tribunal Constitucional Alemão em 1951. Este Tribunal criou uma grande carga teórica e jurisprudencial diante deste novo direito constitucional, ocasionando uma verdadeira evolução interpretativa.

Em 15 de janeiro de 1958, o Tribunal Constitucional Alemão proferiu uma decisão, que vem sendo considerada a pioneira e mais importante da Corte Suprema, pois inaugura o entendimento sobre a constitucionalização dos direitos fundamentais. Nessa decisão, estabeleceu-se que toda a ordem jurídica alemã deveria ser interpretada à luz do Direito

²⁸ LEWANDOWSKI, Ricardo Relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6587, de 17 de Dezembro de 2020. [Em linha]. [Consult. 06 de mar. 2022] – Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=.pdf>

²⁹ BARROSO, Luís Roberto - Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**. [Em linha]. Teresina, ano 10, nº 851, 1 nov. 2005, ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. [Consult. 10 mar. 2022].

Constitucional, sobretudo quando se trata da análise de direitos fundamentais, ainda que o juízo de ponderação dos interesses em jogo se resuma a uma querela entre particulares.

Essa decisão foi proferida no julgamento do recurso interposto por ERICH LÜTH, irresignado com uma condenação que lhe foi imposta pelo Tribunal Estadual. O pronunciamento judicial da Instância inferior julgou a conduta de Lüth que convocava os cidadãos alemães a boicotar os filmes de Veit Harlan, que tinham por conteúdo propaganda anti-semita. A decisão utilizou o parágrafo 826 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*)³⁰ para afirmar que a “convocação ao boicote” seria contrária à moral e aos bons costumes, uma vez que Veit Harlan havia sido absolvido da acusação de prática de crime contra a humanidade, razão pela qual Lüth foi condenado a não mais se pronunciar sobre esse tema e a pagar uma multa pecuniária.

Contrariamente ao entendimento estadual, o Tribunal Constitucional reformou a decisão afirmando que o direito fundamental à liberdade de expressão não poderia ser afastado quando em confronto com direitos contidos na legislação ordinária, impondo assim sua prevalência. Nasce, então, a primeira decisão sobre a constitucionalização do direito civil, na qual os direitos fundamentais foram alçados à importante categoria de direitos de defesa do cidadão contra o Estado, bem como apontou a eficácia jurídica dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica.

Por seu turno, a história constitucional portuguesa, antes da Constituição de 1976, apresentava traços ditatoriais, como a ausência de representatividade do povo nas decisões políticas, elevadas limitações ao exercício dos direitos fundamentais e sua precária garantia, bem como a manutenção de grupos no exercício do poder sem alternância.

Surge, então, o constitucionalismo democrático português, através do qual se consolidou o princípio do Estado de Direito e afastou diversas agressões que eram cometidas ao princípio democrático, assegurando o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos e garantias fundamentais, além do princípio da democracia representativa.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho “(...) perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana com base na República significa, sem

³⁰ BÜRGERLICHES GESETZBUCH. [Em linha] - [Consult. 06 mar. 2022] - Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3497

transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.(...)”³¹.

Portanto, o constitucionalismo moderno surge como uma reação à forma tradicional de governo e do Estado em lidar com os direitos individuais, impondo assim uma nova maneira de estruturar o poder político. O referido jurista sintetizou esse novo momento afirmando que “(...)por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. (...)”³².

De acordo com Jorge Miranda, a Assembleia Constituinte de 1976 fez nascer uma “(...)Constituição aberta ao pluralismo das ideias, aos conflitos de interesses e até à mutação de valores, na permanência do essencial – a dignidade da pessoa humana(...)”³³.

Embora não conste uma referência expressa sobre o direito civil na Constituição Portuguesa, é possível verificar alguns temas tipicamente de direito civil constitucionalizados em razão de sua importância, notadamente quando passa a elencar direitos da personalidade no rol de direitos fundamentais, como por exemplo o direito à integridade física, o direito ao bom nome e à reputação, o direito à imagem e o direito à reserva da intimidade da vida privada (nº 1 do artigo 25 e 26, bem como artigo 34, todos da Constituição Portuguesa).

Ao fazer isso, a Constituição Portuguesa se confere um caráter mais humanizado, buscando assegurar uma maior segurança jurídica para os ditos direitos fundamentais e estabelecendo limites à atuação estatal na esfera privada de seus cidadãos. Promove-se, então, mecanismos de defesa, através dos quais os indivíduos não permitem mais a violação de seus direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais.

Nesse contexto, vale ressaltar o entendimento esposado pelo Tribunal Constitucional Português no Acórdão 151/2022 do Tribunal Constitucional Português, que tratou de hipótese em que a vítima questiona se, em decorrência de acidente de trabalho devidamente sofrido e reconhecido, faz jus ao recebimento de valor suficiente para suportar o pagamento da assistência de terceira pessoa, tendo em vista que as sequelas suportadas lhe impedem de

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, ISBN 978-972-40-2106-5, p.225.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Op. Cit.* p.52.

³³ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo II, 6.^a edição, 2007, ISBN 978-972-32-2168-8, p. 90.

realizar sua higiene pessoal, prover sua alimentação e sua locomoção. A discussão chegou ao Tribunal Constitucional, em razão de a indenização arbitrada, com base no artigo 54.º, n.º1 da Lei 98/2009, ser inferior à remuneração mínima mensal garantida para os trabalhadores do serviço doméstico, o que impedia a vítima contratar a assistência pessoal, ferindo frontalmente o valor máximo da dignidade da pessoa humana. O referido artigo foi declarado inconstitucional, pois violador do direito fundamental à reparação adequada e que, em última análise, viola a dignidade da pessoa humana, valendo destacar trecho da decisão que ressalta que (...)Não se ignora que a função dos direitos fundamentais enquanto a direitos a prestações normativas, associada ao princípio da proibição da insuficiência, não impõe ao legislador a colocação do direito infraconstitucional no *ponto ótimo* ou *grau ideal* de efetivação do conteúdo do direito económico ou social de que se trate; apenas o impede de conceder um nível de satisfação que, tudo visto e ponderado, nomeadamente a liberdade de conformação do legislador, se revele *deficitário* ou *insuficiente*. (...)³⁴.

Essa decisão revela a magnitude do respeito aos direitos fundamentais, mas sobretudo à real aplicação deles, demonstrando assim como foi importante o processo de constitucionalização de tais direitos. De nada valeria a presença deles no corpo da Constituição, se não houvesse mecanismos suficientes para fazer valer sua aplicação. O controle constitucional exercido pelo Poder Judiciário garante a aplicação eficaz dessa classe de direitos, afastando violações que, outrora, se revelavam costumeiras e com base legal.

Conforme demonstrado, enquanto na Europa os regimes totalitários e a Segunda Guerra Mundial funcionaram como motivo para alavancar o surgimento do direito civil constitucional, a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 teve como fatos motivadores o fim da ditadura militar e o processo de redemocratização no Brasil.

De acordo com Luis Roberto Barroso, o surgimento da Constituição Brasileira de 1988, apesar de ela ser tão analítica e tutelar direitos que não precisariam ter assento constitucional, “(...) promoveu uma transição democrática bem sucedida e assegurou ao país estabilidade

³⁴ COSTA, Joana Fernandes Relat. – Acórdão do Tribunal Constitucional Português, com o nº 151/2022, de 17 de fevereiro de 2022. [Em linha]. [Consult. 06 mar. 2022] – Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220151.html>

institucional, mesmo em momentos de crise aguda. Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração.(...).”³⁵.

Portanto, percebe-se que a inovação e a transformação do direito constitucional no Brasil, na esteira do movimento mundial, muito embora com motivos diversos, primaram pela defesa e realização dos direitos fundamentais das pessoas, servindo a norma constitucional como garantidora desses direitos.

A Constituição Brasileira de 1988³⁶ (CFB) inaugurou uma nova ordem político-social alçando à categoria de fundamentais diversos direitos, conforme se pode depreender da leitura atenta de seu artigo 5º, em que são asseguradas as liberdades individuais, tudo com o fito de fomentar o desenvolvimento do indivíduo e preservar sua dignidade. O princípio da dignidade humana também é reconhecido na CFB, sendo um dos pilares do Estado Democrático Brasileiro, com assento expresso no artigo 1º, III³⁷.

Segundo Roberta Drehmer de Miranda explica “(...)Como já dito, observa-se na Constituição de 1988 uma presença significativa de normas de conteúdo civil, *verbi gratia*, os direitos-liberdades do art.5º (liberdade de associação, direito à herança, à intimidade, à informação, direitos autorais, direito do consumidor, propriedade industrial), fundamentais, portanto, impassíveis de objeto de reforma constitucional (art. 60, §4º, IV). Normas, pois, que asseguram a existência e essencialidade do direito civil no ordenamento jurídico, obrigando, inclusive, o legislador a regulamentar tais institutos em conformidade com a Constituição. (...)”³⁸.

Constata-se uma verdadeira mudança de paradigma, tornando-se necessária uma verdadeira filtragem constitucional, qual seja, a interpretação e aplicação das normas devem ser feitas em consonância com a Constituição de 1988, com a observância dos limites nela estabelecidos. Na esteira desse raciocínio, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF), guardião da Constituição do Brasil, já proferiu diversas decisões protegendo

³⁵ BARROSO, Luís Roberto - O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto. **A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**. [Em linha]. Belém: ESPM-PA, Vol.1, n. 1, nov. 2008, ISSN: 1984-1035. Disponível em: https://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?id_Arquivo=837168 [Consult. 10 mar. 2022].

³⁶ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União. Seção 1** (05/10/1988) – [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ MIRANDA, Roberta Drehmer de - **Algumas notas sobre a ‘Constitucionalização’ do Direito Privado**. [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/7041/4257/31083>. [Consult. 08 mar. 2022].

o princípio-valor da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, impondo limites à atuação estatal.

Ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 592.581³⁹, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o STF, através de seu Tribunal Pleno, determinou ao Estado Brasileiro que realizasse obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, a fim de assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos. O Acórdão reformou a sentença e teve por fundamento a preservação do valor fundamental da pessoa humana afirmando que “(...) erigiu-se a dignidade da pessoa humana à categoria de um ‘sobreprincípio’ justamente para impor limites expressos à atuação do Estado e de seus agentes, com reflexo direto no *jus puniendi* que ele detém como *ultima ratio* para garantir a convivência pacífica das pessoas em sociedade.(...)”⁴⁰.

Em outra oportunidade, o STF, ao enfrentar a questão trazida no Recurso Extraordinário n.º 845.779⁴¹, aplicou o princípio da dignidade da pessoa humana para afetar o recurso e reconhecer sua repercussão geral, em razão da seguinte tese fixada“(...) Possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente. (...)”⁴². O recurso ainda não foi julgado pelo STF, porém, vê-se que a questão está intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que enfrenta o tratamento social a ser dispensado aos transexuais. O valor máximo da dignidade da pessoa humana obriga, mais uma vez, o Estado a promover políticas públicas e a editar regras que punam discriminações de sexo, religião, idade, raça ou qualquer outra característica que lhe reduza a importância do ser humano no contexto social.

O Ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto, afirmou que “(...) ao apreciar o presente recurso, abre-se a possibilidade de manifestação explícita da Corte Suprema do país sobre as efetivas proporções alcançadas pelos avanços à proteção da dignidade humana, contribuindo

³⁹ LEWANDOWSKI, Ricardo Relat. – Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS, julgado em 13 de agosto de 2015. [Em linha]. [Consult. 24 Out. 2022] – Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336550/false>

⁴⁰ *Idem - Ibidem.*

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto Relat. - Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no Recurso Extraordinário n.º 845.779/SC, julgado em 13/11/2014. [Em linha]. [Consult. em 24 Out. 2022]. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral7101/false>.

⁴² *Idem - Ibidem.*

para inserção e aceitação das diferenças que naturalmente existem numa sociedade multicultural, (...).”⁴³.

Ao discorrer sobre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no artigo 3º da Constituição, Lenio Streck ensina que “(...)Tais valores substantivos fazem parte do núcleo político da Constituição, que aponta para o resgate das promessas de igualdade, justiça social, realização dos direitos fundamentais. Dito de outro modo, da materialidade do texto constitucional extraí-se que o Estado Democrático de Direito, na esteira do constitucionalismo do segundo pós-guerra, consagra o princípio da democracia econômica, social e cultural (...)”.⁴⁴

Tais direitos e valores precisam ser observados pelos integrantes da sociedade e pelo próprio Estado, sendo certo que sua concretização dependerá sempre de legislação infraconstitucional para regulá-lo. A se pensar o contrário, estar-se-ia a aceitar a estatização do direito privado, o que deve ser repudiado, sob pena de ocorrer violação direta ao princípio da autonomia da vontade, entre tantos outros que protegem o princípio da dignidade da pessoa humana. O legislador constitucional brasileiro, ao assentar na Constituição diversos direitos ligados aos atributos da pessoa humana, deu a dimensão da importância deles garantindo sua imutabilidade.

Conclui-se, portanto, que na Europa como no Brasil, a constitucionalização do Direito Civil serviu como um meio de garantir a eficácia dos direitos fundamentais, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana, como forma de promover o bem-estar da sociedade e respeito aos direitos individuais de cada um.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto Relat. - Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no Recurso Extraordinário n.º 845.779/SC, julgado em 13/11/2014. [Em linha]. [Consult. em 24 Out. 2022]. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral7101/false>.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz - **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, ISBN 8530919157, p.21.

CAPÍTULO II - O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.1. A dignidade humana como valor, princípio e direito fundamental.

A Constituição da República Portuguesa estabelece que “(...) Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.(...)”⁴⁵. A partir dessa definição, tem-se que o Estado Democrático de Direito é fundado na dignidade da pessoa humana, que deve ser observada por todos os componentes de uma sociedade que se quer justa e solidária. O abrigo constitucional impôs força jurídica a esse comando, de modo que qualquer desobediência a ele se revelará inconstitucional e incompatível com a ordem jurídica estabelecida.

Em assim sendo, verifica-se que o ordenamento jurídico português se revela uno, sistemático e coerente, quando se identifica a proteção da dignidade humana na Constituição Portuguesa, em leis e decretos esparsos, a exemplo do que dispõem os artigos 13º (princípio da igualdade), 26º, nº 2 e 3 (direitos pessoais), 67º (família), todos da Constituição da República Portuguesa; artigo 824, n.º 2 (compra de boa fé) e 1673 (residência da família), ambos do Código Civil Português; artigos 219 (bens a penhorar), 231 (formalidades de penhora de imóveis) e 244 (realização da venda) do Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de outubro (Código de Procedimento e Processo Tributário) e artigo 49º, n. 4º (prazo prescricional), alínea d, do Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro (Lei Geral Tributária), modificadas pela Lei n.º 13/2016, de 23 de maio.

Para a melhor compreensão do tema, alguns questionamentos são imprescindíveis, sendo o primeiro deles identificar quem é essa pessoa humana.

A origem da palavra “pessoa” não é clara, tendo alguns autores a vinculado ao termo “*prósopon*” derivado do teatro grego e que significa máscara e outros ao termo “*Phersu*”, este último indicativo do nome da divindade da mitologia greco-etrusca. Porém, não é clara a relação existente entre a palavra pessoa e os termos que supostamente seriam sua origem, remanescendo a palavra como um conceito em aberto. Fato é que se verifica, ao longo dos tempos, uma eterna tentativa de identificar a palavra pessoa ao ser humano, humanizando-a para todos os fins.

⁴⁵ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. Nº 86 (10-04-1976). [Consult. 28 de jun. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>.

Para o jurista Diogo Costa Gonçalves “(...) Surgindo no contexto do teatro, a palavra pessoa começa por designar a máscara utilizada pelos actores em cena. Rapidamente, a evolução semântica conduz à identificação do conceito de pessoa já com a máscara mas antes com a própria personagem representada. De personagem do teatro, “pessoa” passará a designar cada indivíduo humano que, no palco da vida e da *polis* grega, representa o seu papel.(...)”⁴⁶.

Sem olvidar os diversos significados de pessoa humana atribuídos pela Igreja, filosofia e demais ramos das ciências, o que nos interessa é a sua definição jurídica. Entretanto, o Direito não estabelece uma definição do que seja a pessoa humana, apenas lhe reconhece direitos e deveres, reafirmando a ideia de que a pessoa humana é o indivíduo, sujeito da situação jurídica. E assim o é porque o Direito não subsiste sem as pessoas, sendo correto afirmar que elas são o princípio e o fim do Direito.

O contexto histórico do desenvolvimento das sociedades ocidentais revela o abandono do individualismo e liberalismo puro por parte da maioria delas e o nascimento de um novo conceito de pessoa/indivíduo, agora como um ser social, totalmente conectado com os interesses da sociedade. Os desejos, individualmente considerados, cedem aos interesses da coletividade, na medida em que são remodelados e encaixados em uma sociedade que se quer mais justa e solidária.

Como exemplo, tem-se a relação travada pelo indivíduo com a propriedade que, outrora, era analisada pelo seu viés meramente particular e passou a ter uma função social, obrigando assim ao proprietário o exercício regular de seu património por essa ótica, sob pena de, entre outras sanções, perder o seu direito de usar, gozar e dispor dele.

Esse novo ser social passou a ser o epicentro do Direito que, no intuito de promover seu desenvolvimento, passou a tutelar os seus direitos fundamentais e a criar mecanismos de proteção deles.

Estabelece, então, a ordem jurídica portuguesa que a dignidade dessa pessoa humana/indivíduo é seu fundamento, norteando, assim, todas as demais relações e direitos dele decorrentes.

Ultrapassada a questão do significado jurídico de pessoa como sujeito de direitos, impõe-se questionar o que seria a ideia de sua dignidade para o Direito.

⁴⁶ GONÇALVES, Diogo Costa - **Pessoa e Direitos da Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela**. Coimbra: Edições Almedina, 2008. ISBN 978-9724032962, p. 20-21.

A tarefa é uma das mais difíceis, não só pela dificuldade de se definir o que seria a dignidade propriamente dita, bem como pela elasticidade que o conceito oferece dependendo de como se pretende a sua aplicação.

A dignidade é definida filosoficamente como o “(...) (lat, *dignitas* fato de ser digno, de merecer). Concepção segundo a qual a pessoa humana autônoma representa um fim em si, por oposição às coisas: aquilo que constitui a condição única permitindo que algo possua um fim em si não somente tem um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor intrínseco, ou seja, uma dignidade (Kant).”⁴⁷.

O dicionário de significados define a dignidade como “(...) 1. Qualidade de digno; 2. Função, título etc., que confere posição graduada; 3. Honestidade, honra; 4. V. brio(1)(...).”⁴⁸.

Como se pode observar, a tentativa de se ter uma definição estanque do que seria a dignidade, sobretudo aquela ligada diretamente à pessoa humana, mostrou-se falha e impossível de ser alcançada diretamente. E assim deve prosseguir, uma vez que a dignidade encerra um conceito aberto, o qual será sempre objeto de discussões, mutações e violações, de acordo com a evolução das sociedades.

Em seu artigo, Conor O’Mahony analisa com objetividade e tenta se aproximar do que seria o significado da dignidade humana presente na maioria das legislações ocidentais, sobretudo após a Segunda Grande Guerra. Segundo o autor do artigo, o termo dignidade é muitas vezes confundido com o termo autonomia e equiparado à igualdade, respeito e liberdade, valores que lhe dão substância. Por tal razão, a dignidade está intrinsecamente ligada aos direitos diretamente ligados à condição de ser humano, tornando odioso qualquer tipo de discriminação. A questão central do artigo se situa na problemática da definição do que seria a dignidade quando se é afirmado que “(...) *How is it, if most people can agree that human dignity is very important, that there is so little agreement on what the concept actually entails? The answer to this lies in part in the fact that the project of drafting universal human rights standards is one which naturally has to face up to almost insurmountable problems associated*

⁴⁷ JAPIASSÚ, Hilton, Danilo Marcondes – **Dicionário Básico de Filosofia**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2008. ISBN 978-85-7110-095-4, p.75.

⁴⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 6ª ed. revista e atualizada. Curitiba: Positivo, 2004. ISBN 978-85-7472-416-4, p. 318.

with cultural difference. (...)”⁴⁹, sem, no entanto, se chegar a um consenso sobre o seu real significado.

A questão quanto à (in)definição do conteúdo do que seja a dignidade da pessoa humana, ainda, gera distorções no campo das decisões judiciais. Isto porque a maioria dos juízes aplicam o conceito para justificar a proteção de direitos humanos, em processo dedutivo e casuístico, demonstrando forte apelo à manipulação judicial. O seu conceito, conforme já mencionado, ganhará significados variados, demonstrando a falta de base científica em seu estudo, ficando ao alvedrio do julgador o seu reconhecimento para proteger ou não determinados direitos. Essa possibilidade de variação conceitual torna-se um poderoso instrumento para a defesa dos direitos humanos, sem, contudo, ajudar na questão central da sua definição⁵⁰. Christopher Mccrudden aponta que, inicialmente,“(...) o conceito de *dignitas hominis* no pensamento romano clássico significava em grande parte “*status*”(…).”⁵¹, sendo ele, posteriormente, identificado como merecimento, respeito e, com a evolução das sociedades ganhou diversos outros contornos para, algumas vezes se tornar sinônimo de valores caros às sociedades onde é invocado e aplicado, restando demonstrada a amplitude admitida por esse conceito-valor-princípio.

Diante da ausência de uma definição objetiva e estanque do que seria a dignidade humana, é correto afirmar que não se pode partir de nenhuma corrente, quer seja ela filosófica, religiosa, jurídica para definir, de forma concreta, o que seria a dignidade. O que se deve perceber é que seu significado vai possuir diversas conotações de acordo com a cultura estabelecida em cada sociedade, e é este fator que vai garantir a preservação dos valores da igualdade, liberdade e respeito à condição humana.

Para a compreensão didática do tema, se revela necessária a distinção entre valor e princípio.

Antes de se estabelecer qualquer ordem jurídica, é necessário que se tenha consciência acerca daquilo que se pretende implementar, o que impõe a escolha de seus fundamentos, quais

⁴⁹ “Como é que, se a maioria das pessoas pode concordar que a dignidade humana é muito importante, há tão pouco acordo sobre o que o conceito realmente implica? A resposta a isso está em parte no fato de que o projeto de elaboração de normas universais de direitos humanos é um que naturalmente tem que enfrentar problemas quase intransponíveis associados à diferença cultural.”, em tradução livre.

⁵⁰ MCCRUDDEN, Christopher - Dignidade Humana e Interpretação judicial dos direitos humanos. **European Journal of International Law**. [Em linha]. Volume 19, Edição 4 (01/09/2008), P. 655–724. [Consult. 15 nov. 2022]. Disponível em <https://doi.org/10.1093/ejil/chn043>.

⁵¹ *Idem - Ibidem*.

sejam os valores e princípios a serem consagrados e que vão nortear a vida em sociedade. É um verdadeiro planejamento.

Segundo Paulo Nader, “(...)O ponto de partida para a composição de um ato legislativo deve ser o da seleção de valores e princípios que se quer consagrar, que se deseja infundir no ordenamento jurídico. Ciência que é, o Direito possui princípios estratificados pelo tempo e outros que vão se formando – *in fieri*. (...)”⁵².

Imperioso se faz demonstrar conceitualmente a diferença entre valor e princípio. Muito embora os dois sejam intimamente relacionados, eles não se confundem. Os estudiosos do Direito buscam categorizar os conceitos, de modo a tornar mais fácil a compreensão de qualquer tema proposto à análise.

Dessa forma, Von Wright⁵³ propõe definir valor e princípio a partir de uma tripartição dos conceitos práticos em deontológicos, axiológicos e antropológicos. Os conceitos deontológicos estão atrelados ao dever-ser; os axiológicos se referem ao que é bom; e, por fim, os antropológicos externam vontade, interesse e necessidade. Ao partir dessa categorização, conforme explica Robert Alexy, a diferenciação dos conceitos torna-se menos complexa, afirmando que “(...)Princípios são mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem eles ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico. (...)”⁵⁴.

O valor não subsiste isoladamente, sendo necessário que ele esteja atrelado a um processo cultural. O Estado, a partir da sua constituição e da sociedade que nasce em seu seio, elege quais valores lhe são caros e que vão nortear todo ordenamento jurídico, sendo eles sempre o fundamento das condutas estatais e individuais. Em última análise, os valores se revelam como fundamento da própria formação do Estado. Pode-se afirmar que ele é a causa principal da existência daquilo que se pretende realizar, como, por exemplo, para o Direito a justiça é o valor a ser realizado.

O princípio, por seu turno, se mostra como aquilo que dá início a algo, sendo a razão e direção do pensamento jurídico, exercendo papel importante tanto na elaboração das leis quanto na integração da interpretação jurídica diante da existência de lacunas no Direito Positivado.

⁵² NADER, *Op. Cit.* p.200.

⁵³ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. – Kiel: Suhrkamp Verlag, 1986. ISBN 978-85-392-00073-3, p. 145.

⁵⁴ *Idem* – **Ibidem**.

É certo afirmar que os princípios constroem o arcabouço jurídico de determinada sociedade e os valores dão-lhe sentido. O Direito, ao eleger a justiça como valor, deverá estabelecer princípios coerentes com este valor, sendo uns gerais e outros específicos ligados diretamente a determinado ramo do Direito, a fim de que as leis que deles decorram sejam com eles coerentes e regulem abstratamente as situações, de forma a preservar o valor máximo da justiça.

Definidos o que sejam o princípio e o valor para o Direito, necessário, então, passar-se à definição de direito fundamental.

O direito fundamental tem suas raízes no reconhecimento das liberdades individuais, entendidas estas frente ao poder político. E isto se dá porque a existência do Estado tem como justificativa última a pessoa humana. O Estado é constituído e estruturado em função de uma sociedade, que é composta por pessoas. Por isso, as Constituições devem reconhecer direitos que assegurem a autonomia, a liberdade, direitos sociais às pessoas que compõem o eixo central de sua regulação.

De acordo com Jorge Miranda “(...)Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas (...)”⁵⁵.

É relevante notar que os direitos fundamentais são inerentes à pessoa humana e diante disso não se pode afirmar ou reconhecer que apenas os direitos com assento constitucional são considerados fundamentais. Ao contrário, a evolução humana decorrente do avanço económico, tecnológico e das múltiplas formas de relacionamento interpessoal fazem nascer a todo momento direitos de natureza fundamental, que não guardam assento formal na Constituição, mas que por uma simples análise de seu conteúdo, autoriza a conclusão de ser ele imprescindível para o digno desenvolvimento da pessoa humana.

O fato de determinado direito fundamental não estar formalmente inserto na Constituição, não o desqualifica como tal nem o torna menos importante, apenas se reconhece sua existência em sentido material.

A própria Constituição Portuguesa, ao admitir em seu artigo 16º, nº 1, que os “(...) os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes

⁵⁵ MIRANDA, Jorge – **Direitos Fundamentais**. Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-687-1, p. 11.

das leis e das regras de direito internacional(...)”⁵⁶, assume que existem outros direitos fundamentais que não estão expressos em seu texto e nem por isso deixam de ter essa natureza jurídica. São os chamados direitos fundamentais em sentido material.

A importância da aceitação dos direitos fundamentais e de o Estado assentá-lo no texto constitucional reside no reconhecimento pelo Estado da pessoa humana com todos os seus atributos e na criação de mecanismos de proteção desses direitos na própria Constituição, que impedem a violação, a revisão e a exclusão deles, sob pena de fiscalização constitucional.

A questão seguinte a ser solvida é se no ordenamento jurídico português a dignidade da pessoa humana assume a posição jurídica de valor, princípio ou direito fundamental.

Em que pese a infinidade de exemplos que demonstrariam a elasticidade jurídica do conceito de dignidade, para o presente trabalho importa qual a definição jurídica será adotada para significá-la. Sem olvidar que, outrora, o termo se referia “(...)a honra, a privilégio, a estatuto ou elevação excepcional adquiridos ou merecidos (...)”⁵⁷ e, por esse ângulo, a dignidade poderia ser perdida desde que não mais subsistisse a causa de sua aquisição, tem-se que, hodiernamente, a dignidade é entendida como algo inerente à condição humana. Daí conclui-se que ela ganhou uma feição igualitária, perene, incondicional, inalienável, não sendo admissível que a pessoa humana a perca. Pode-se afirmar que a maioria dos ordenamentos jurídicos é fortalecida com regras que impedem a violação da dignidade.

Nessa linha de raciocínio, em que pesem as abalizadas opiniões contrárias ao reconhecimento de um direito à dignidade⁵⁸, tem-se que ela pode ser identificada com os direitos fundamentais e daí pode-se afirmar que, juridicamente, é um direito fundamental, bem como essa mesma dignidade pode ser invocada como fundamento dos direitos fundamentais e, neste contexto, seria ela identificada como um princípio que poderia ser aplicado em favor ou para restringir os direitos fundamentais.

Para Jorge Reis Novais⁵⁹, a dignidade pode assumir diferentes naturezas jurídicas dependendo de como é aplicada e interpretada. A vida real produz muitas situações que ensejam

⁵⁶ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. Nº 86 (10-04-1976). [Consult. 28 de jun. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ O'MAHONY, Conor – There is no such a thing as a right to dignity. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 10, p. 551–574. Publicado: 30 Mar 2012. [Em linha]. [Consult. 15 nov. 2022]. Disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mos010>.

⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais**. Vol.I. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6157-2, p. 14.

as múltiplas interpretações do conceito de dignidade, exemplificando o referido autor com a hipótese em que a confissão de um detido tenha sido obtida mediante tortura. Ora, esse suposto criminoso poderia invocar em seu favor a violação de sua dignidade, eis que teve sua integridade física e psíquica abalada com a prática da tortura. Nesse caso, teríamos a dignidade aplicada como direito fundamental e como eles identificada.

Entretanto, pode-se ter situações em que a dignidade da pessoa humana é utilizada como fundamento para restringir direitos fundamentais, fato que a coloca acima desses direitos, sendo nesses casos invocada como um princípio autorizador do cerceamento do exercício de direito fundamental. A exemplificar essa hipótese, tem-se aquela em que o Estado intervém para impedir o suicídio assistido por médicos, pois em nome da dignidade humana há que se proteger a vida daqueles que não a querem mais.

De acordo com Jorge Reis Novais, é necessária a fixação da concepção da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito como um princípio jurídico com assento constitucional, de modo que toda a ordem jurídica seja nele assentada, “(...)e, logo, com um conteúdo abrangente, inclusivo, aberto, assente num consenso constitucional em que as várias correntes e concepções próprias de um pluralismo razoável no nosso tempo se possam rever. (...).”⁶⁰

Portanto, considerando que o legislador constitucional escolheu, ao mesmo tempo, a dignidade humana como sentido e fundamento de toda a ordem jurídica, pode-se afirmar que é um valor, eis que dá sentido ao modelo de existência da pessoa humana, sendo, ao mesmo tempo, um princípio, na medida em que seu comando é irradiado por toda a ordem jurídica, determinando o dever-ser.

A força desse princípio-valor é imensa, pois sua posição constitucional não lhe confere apenas o *status* hierarquizado da superioridade, mas indica que a sociedade portuguesa o tem como ideal ético e se organiza para prestigiá-lo em qualquer circunstância. No dizer de Jorge Reis Novais, a dignidade da pessoa humana é reconhecida como “(...) princípio dos princípios. (...)”⁶¹.

Vale mencionar o entendimento externado no Acórdão nº 225/2018 do Tribunal Constitucional de Portugal, destacando que: “(...) Não é demais salientar a importância estruturante e a função legitimadora da dignidade humana enquanto base da República: esta é

⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis – **A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais**. Vol.I. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6157-2, p. 14.

⁶¹ *Idem- Ibidem*.

um Estado de direito democrático porque baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular (artigos 1.º e 2.º da Constituição). [...] A dignidade da pessoa é axiologicamente primordial e, por isso, a vontade popular está-lhe juridicamente subordinada – não é outro, aliás, o significado da prevalência dos direitos fundamentais sobre a lei» (assim, v. ANTÓNIO CORTÊS in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anot. III ao artigo 1.º, pp. 77-78; v., igualmente, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição*, cit., anot. VI ao artigo 1.º, p. 198, referindo-se à dignidade como “valor-limite”). Assim, a dignidade da pessoa humana é o «étimo fundante da República e dos direitos fundamentais» (Acórdão n.º 121/2010) e, por isso, «o sistema dos direitos fundamentais detém uma unidade de sentido, que se organiza em torno da ideia da dignidade das pessoas» (Acórdão n.º 465/2012).”⁶²

Evidenciou-se nesse Acórdão a proteção constitucional ao princípio/valor da dignidade da pessoa humana, pois quando da análise do contrato de gestação por substituição gratuito, o Tribunal Constitucional atestou a flagrante violação ao princípio da dignidade humana em relação à gestante porque “(...) esta coenvolve uma inaceitável exploração reprodutiva e a utilização do corpo da mulher.(...)”⁶³. Aqui se procura afastar a ideia de que a mulher, neste tipo de contrato, é uma simples incubadora, o que seria, de fato, deveras degradante para qualquer pessoa humana ser equiparada a um objeto, sobretudo por evidenciar que a própria existência dessa gestante seria um meio ao serviço dos beneficiários dessa gestação. Em última análise, a decisão conclui que “(...) a gestação de substituição implica um direito à utilização do outro contrário à dignidade da pessoa humana. (...)”⁶⁴ Importante salientar que o ordenamento jurídico português somente admite a gestação de substituição, em casos excepcionais, de modo subsidiário com a finalidade de assegurar a reprodução dos beneficiários que, por razões de saúde, restaram impossibilitados de exercer os direitos fundamentais de procriar e de constituir sua família.

Não bastasse a identificação da violação do princípio/valor fundante da República Portuguesa com relação à pessoa da gestante, a decisão judicial vai mais além para reconhecer, também, a infringência da dignidade do nascituro ao afirmar que “(...) A ideia de que a concepção de uma criança para ser posteriormente entregue a outrem consubstancia um inadmissível

⁶² MACHETE, Pedro Relat. - Acórdão do Tribunal Constitucional Português, com o nº 225/2018, de 24 de abril de 2018. [Em linha]. [Consult. 06 mar. 2022] – Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>

⁶³ *Idem - Ibidem.*

⁶⁴ *Idem - Ibidem.*

“direito a uma pessoa”, implicando, por conseguinte, a coisificação da criança e a sua transformação no objeto de um acordo celebrado entre adultos (...)”⁶⁵, o que é inadmissível no ordenamento jurídico português.

Impõe-se reconhecer que, como princípio/valor, a dignidade da pessoa humana concretiza-se, também, através de todos os direitos fundamentais insertos na Constituição da República Portuguesa, daí muitas vezes ser reconhecida a elasticidade de entendimento acerca da natureza jurídica da dignidade da pessoa humana.

2.2. A privacidade e o esquecimento como direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais inauguram uma nova fase e modelo do Estado de Direito, sendo pressupostos para a democracia, conforme disserta o jurista Norberto Bobbio em seu famoso livro de “A Era dos Direitos”⁶⁶.

O surgimento da ideia de constitucionalização das liberdades públicas se deu com a Petição dos Direitos de 1628 na Inglaterra, reconhecida como o primeiro documento em que se externou a defesa dos direitos dos cidadãos em face dos arbítrios cometidos pelo rei, que estava por violá-los injustamente a fim de preservar uma política abusiva imposta aos seus súditos. Esse exemplo de formalização de direitos foi seguido pelas demais sociedades americana e francesa e passou a ser prática recorrente em todo o Estado que pretende ser reconhecido como democrático de Direito.

Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁶⁷, de 26 de agosto de 1789, afirma em seu artigo 16º que “(...) Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.(...)”. Conclui-se, portanto, que os direitos fundamentais tem que ser assegurados por uma constituição, pois isto representa o reconhecimento pelo Estado das liberdades, direitos e garantias dos cidadãos em face do poder público, que não pode sob hipótese alguma infringi-los.

De acordo com Cristina Queiroz, a positivação constitucional dos direitos fundamentais do indivíduo traduzia-se, precipuamente, em uma obrigação de não fazer imposta aos poderes públicos. Segundo a autora, “(..) Sob esse ponto de vista, todas as disposições do *Bill of Rights*

⁶⁵ MACHETE, Pedro Relat. - Acórdão do Tribunal Constitucional Português, com o nº 225/2018, de 24 de abril de 2018. [Em linha]. [Consult. 06 mar. 2022] – Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 85-352-1561-1. p. 96.

⁶⁷ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão – [Em linha] [Consult em 04 de junho de 2022] - Disponível em <https://maisliberdade.pt/biblioteca/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao/>

britânico, de 1689, ou da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ou mesmo das Constituições Portuguesas de 1822 e 1838, não representavam senão uma enumeração mais ou menos exaustiva dos domínios em que a decisão dos poderes públicos não poderia penetrar.(...)”⁶⁸

Como já mencionado neste trabalho, o indivíduo, ao se tornar o centro das atenções jurídicas, impôs o reconhecimento de uma série de direitos no seio da constituição, que convergem para o fim último que é a realização de todos os seus atributos enquanto pessoa, da sua felicidade e consequente paz.

Por definição, os direitos fundamentais são aqueles que concretizam a dignidade, a liberdade, a solidariedade e a igualdade da pessoa humana, e objetivam propiciar a afirmação do indivíduo enquanto ser humano. São, em última análise, aqueles direitos que garantem o regular desenvolvimento da personalidade humana, de modo que, ao final, se alcance a plenitude da felicidade, segurança e paz.

A maioria dos ordenamentos jurídicos reconhecem os direitos fundamentais em suas Constituições, entretanto, cada qual dispensa-lhes a interpretação que melhor lhe convém considerando as diferenças culturais existentes. Por tal razão, é possível compreender porque algumas sociedades que abraçam os direitos fundamentais aceitam ou rejeitam institutos controvertidos como por exemplo a pena de morte, o aborto e a eutanásia, entre tantos outros.

Para Jorge Miranda, os direitos fundamentais devem ser estudados através de seus aspectos formal e material, por não ser possível essa dissociação para a compreensão integral de sua importância e posição jurídica. O citado jurista defende que só existem direitos fundamentais na medida em que se reconhece a autonomia da pessoa humana em face do poder político, através de uma Constituição única para todos que, por fim, proteja e respeite os direitos fundamentais da pessoa humana. Segundo Jorge Miranda, “(...)deve ter-se por direito fundamental toda a posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental.(...)”⁶⁹

Exatamente porque garantem o pleno exercício das liberdades do indivíduo, é que se pode reconhecer a existência de uma relação simbiótica entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que o concretizam, eis que estes “(...)são respostas político-

⁶⁸ QUEIROZ, Cristina M.M. – **Direitos Fundamentais: Teoria Geral** – 2ª ed. Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1824-4, p. 19.

⁶⁹ MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.* p. 13.

jurídicas à experiências concretas de opressão e de injustiça e daí, o seu carácter não apenas histórico e socialmente situado, como também de realização sempre inacabada.(...).”⁷⁰.

Para o bom desenvolvimento de sua personalidade, o indivíduo tem que exercer suas liberdades, de forma plena. Essas liberdades estão implícitas nos direitos fundamentais, entendidos eles como direitos subjetivos públicos, uma vez que são referentes à pessoa humana e impedem qualquer ação positiva ou omissiva estatal que os infrinja.

Os direitos fundamentais da personalidade foram, após as guerras, positivados nas Constituições, sem que isso fosse um impeditivo para o tratamento no campo infraconstitucional.

Segundo Carlos Alberto Bittar, “(...) Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos.(...).”⁷¹

Não há qualquer dúvida que os direitos da personalidade foram alçados à categoria de direitos fundamentais, em razão de a pessoa humana se encontrar no epicentro do já explicado processo de constitucionalização do direito civil. Conforme Pedro Trovão do Rosário, “(...)O reconhecimento de direitos humanos e a sua consagração constitucional, por fundamentalização, situam-nos desde logo em direitos como o direito à vida, o direito à integridade física e moral, o direito à liberdade e à reserva de intimidade da vida privada, a proteção de dados pessoais, à honra, à imagem, entre outros.(...).”⁷².

A personalidade é um atributo da pessoa humana e desta se irradia, devendo ser reconhecido um direito a ela atinente e mecanismos de sua proteção, a fim de propiciar o desenvolvimento do ator social através da realização de todos os seus atributos. Daí a necessidade de o Direito identificar e proteger os interesses do indivíduo.

A partir do reconhecimento de uma tutela geral do direito de personalidade, identifica-se que o legislador criou meios de proteção aos direitos fundamentais e destacou alguns,

⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.* p.71.

⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto - **Os direitos da personalidade**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 9788502208278. p. 29.

⁷² ROSÁRIO, Pedro Trovão do. O direito a ser esquecido. **Revista Do Direito**. [Em linha] Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, set./dez. 2017, p. 121. ISSN 1982-9957. [Consult. em 15 de junho de 2022]. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11367>.

fazendo-os constar expressamente na Constituição da República Portuguesa, em seu Título II, que dispõe sobre os Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais, sem prejuízo da existência de tantos outros na legislação infraconstitucional.

Ressalte-se, por oportuno, a existência de controvérsia sobre a aceitação de um direito geral de personalidade, situando-se a rejeição na afirmativa de que há uma impossibilidade lógica no seu reconhecimento, na medida em que a pessoa humana não pode ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto da situação jurídica da qual é o titular. Argumenta-se, ainda, com a inconveniência da amplitude desse direito, que poderia gerar interpretações e incongruências com o ordenamento jurídico posto.

Em que pesem os argumentos contrários à existência de um direito geral de personalidade, perfilha-se aqui ao entendimento do jurista Diogo Costa Gonçalves que defende ser perfeitamente cabível a existência dessa tutela a partir da análise de seu conteúdo, sustentando que “(...) O essencial da sua tutela é garantir a não intromissão, a total independência, individualismo máximo de quem se realiza em si e por si e para quem o outro é, fundamentalmente, um entrave à sua realização.(...).”⁷³

A partir desse raciocínio, pode-se afirmar que alguns direitos da personalidade são expressos na legislação e, portanto, considerados típicos, e outros que não gozam de definição juspositiva são tidos como atípicos. Essa classificação nasce de uma opção política, em que o legislador destaca aqueles que considerou de suma importância fazendo-os constar expressamente em seus códigos regentes. Tal conclusão, de modo algum, pode sugerir um escalonamento de direitos da personalidade, posto que alguns sequer podiam ser positivados, na medida em que não existiam. Afasta-se aqui qualquer possibilidade de hierarquização normativa dos direitos da personalidade, admitindo-se apenas uma hierquização axiológica quando houver qualquer confronto entre eles, identificada apenas e tão somente através do processo de ponderação dos interesses em jogo.

A evolução social impõe o advento de novos direitos fundamentais, sendo essa realidade inexorável. Cristina Queiroz aponta para o nascimento de um direito constitucional de personalidade, com o conteúdo bem mais abrangente do que o clássico direito geral da personalidade apresentava e exemplifica afirmando que “(...) a Revisão Constitucional de 1997,

⁷³ GONÇALVES, Diogo Costa, *Op. Cit.* p.85.

passou a reconhecer, para além de um “direito à identidade pessoal”, incluindo à “identidade genética”, um “direito ao desenvolvimento da personalidade”. (...)”⁷⁴.

Ressalte-se que não há qualquer colidência com a existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade o fato de haver expressamente na legislação portuguesa constitucional e infraconstitucional alguns dos direitos da personalidade. Muito ao contrário, essa classificação doutrinária dos direitos fundamentais da personalidade em típicos e atípicos decorre justamente da existência dessa tutela geral que abraça igualmente todos os direitos existentes da personalidade e aqueles que irão surgir decorrentes da evolução dos tempos e da consequente sobrevivência de novas necessidades e relações jurídicas, das quais a pessoa humana será sempre protagonista.

Se é verdade a afirmação da impossibilidade em tornar *numerus clausus* os direitos fundamentais da personalidade, não é menos verdade que os conceitos de pessoa, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana devem permanecer abertos, para que continuem sendo objeto de muita discussão, quer seja para evitar os excessos de interpretação caso se chegue a uma definição estanque, quer seja para possibilitar o reconhecimento de novos direitos que decorram diretamente desses conceitos. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “(...) Não há, desse modo, um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas. (...)”⁷⁵. O importante é que se confira ao Direito a possibilidade de sempre se adaptar aos tempos futuros com um novo olhar para esses conceitos, pois somente assim, talvez, possamos concretizar e nos aproximar do valor máximo que é a Justiça.

A reserva da intimidade da vida privada e familiar, doravante designado neste trabalho como privacidade é um direito fundamental típico previsto no artigo 26º da Constituição da República Portuguesa, e no artigo 80º do Código Civil Português, e tem por fundamento, conforme já salientado, a dignidade da pessoa humana. Ele se traduz no direito conferido à pessoa humana de proteção em relação à curiosidade alheia, garantindo-lhe liberdade para desenvolver, em toda plenitude, a sua vida. Tal proteção opera efeitos *erga omnes*, o que revela que, salvo hipóteses excepcionadas pela lei, todos devem respeitar a privacidade uns dos outros.

Esse direito nasce da necessidade do sujeito de isolar-se, de ter-se consigo mesmo sem a interferência alheia, buscando a intimidade como forma de preservação de um espaço que se

⁷⁴ QUEIROZ, Cristina M.M. *Op. Cit.* p.208.

⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de – **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. ISBN 978-857147-898-5, p.115.

contrapõe ao comum, à comunidade de pessoas. Essa nova necessidade revela a emancipação psicológica do indivíduo em face do coletivo, que resulta na afirmação de sua personalidade em contraponto às das demais pessoas.

A discussão acerca da existência de um direito à privacidade ganhou destaque com o trabalho “*The Right to Privacy*”⁷⁶, de Louis Brandeis e Samuel D. Warren, publicado em 15 de dezembro de 1890, no qual foi defendida a necessidade do reconhecimento da proteção da privacidade como uma das bases da liberdade individual. O artigo foi inspirado a partir da identificação de invasão jornalística nas vidas pessoais íntimas feita através de colunas sociais. Cientes de que os avanços da modernidade iriam interferir na esfera privada dos indivíduos, os juristas sustentaram a imprescindibilidade da criação de limites legais à eventual invasão na esfera íntima das pessoas particulares, trazendo para o contexto legal o direito de ser deixado sozinho - *the right to be let alone*. De acordo com Dorothy J. Glancy, em seu artigo “*The Invention of the Right to Privacy*”⁷⁷, ao analisar o direito à privacidade, ela sustenta que ele se traduz no poder que cada indivíduo deve ter de proteger sua integridade psicológica e de controlar a veiculação de toda a informação sobre si, eis que ambos, se violados, têm efeitos drásticos na personalidade individual.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷⁸, datada de 10 de dezembro de 1948, em seu preâmbulo, destaca a importância da observância dos valores da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como ressaltou o compromisso dos Estados-Membros em respeitar os direitos e liberdades fundamentais, estando assentado no artigo 12 da Declaração o direito à privacidade e à proteção que a lei deverá conferir a ele.

Baseada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁷⁹, em seu artigo 8º, estabeleceu o direito ao respeito pela vida privada e familiar, que somente poderá ser afastado mediante autorização legal para assegurar outros direitos, de igual forma, fundamentais. Neste particular, pode-se afirmar que estamos diante de uma ponderação legal de princípios, que autoriza a prevalência

⁷⁶ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis – **The Right to Privacy**. [Em linha]. [Consult. em 05 de junho de 2022] – Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>.

⁷⁷ GLANCY, Dorothy J. **The Invention of the Right to Privacy**. [Em linha]. [Consult. em 5 nov. 2022]. Disponível em <https://law.scu.edu/wp-content/uploads/Privacy.pdf>.

⁷⁸ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos – [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022] - Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

⁷⁹ CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem – [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022] – Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf.

de outros direitos fundamentais em detrimento do direito à privacidade, reafirmando nessa hipótese a inexistência de direitos fundamentais absolutos.

A constituição de um espaço na União Europeia, por concordância de todos os Estados-Membros que a integram, para defesa dos direitos e liberdades fundamentais, além de reforçar a necessidade da existência de um Estado Democrático de Direito, fez nascer a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸⁰, que reafirmou o compromisso com todos os valores e princípios existentes tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Os artigos 7º e 8º estabelecem que todas as pessoas tem direito ao respeito sobre sua vida privada, incluído neste conceito a vida familiar, o seu domicílio e suas comunicações, e à proteção de seus dados pessoais.

Pode-se perceber, portanto, a partir do arcabouço jurídico acima apontado, a importância do direito à privacidade e de sua proteção. Para melhor se compreender o conceito de privacidade sem se distanciar da concepção do direito de estar sozinho, faz-se importante analisá-la a partir de seus aspectos principais, quais sejam o espacial, o decisional e o informacional, tendo em conta aqui uma perspectiva mais contemporânea alinhada com uma sociedade dita de informação.

O aspecto espacial-físico revela a forma como determinada sociedade entende o direito dos seus cidadãos em se preservar e se desenvolver. A interpretação do que seja a privacidade, de acordo com esse aspecto, é influenciada pelos costumes e regras estabelecidos para melhor convivência entre os cidadãos dentro do seio da sociedade, em que se reconhece um espaço em que se possa estar à vontade para o desenvolvimento do indivíduo enquanto pessoa humana. Por exemplo, existem sociedades em que a individualidade do homem é mais marcada e respeitada, enquanto outras enxergam o grupamento de pessoas como um núcleo que deve ser observado como mais influente para o desenvolvimento dos atributos humanos.

James Whitman⁸¹ aponta com precisão a divergência de compreensão acerca do conceito de privacidade entre americanos e franceses, não se podendo concluir qual está correto em sua interpretação. Exemplifica o autor com a visão americana sobre privacidade que admite

⁸⁰ CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia – [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022] - Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

⁸¹ WHITMAN, James Q. - **The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty** – [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022] – Disponível em https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/5038/The_Two_Western_Cultures_of_Privacy_Dignity_versus_Liberty.pdf;jsessionid=368C0AAE81E1329516782FBE571A1902?sequence=2.

discussões e o conhecimento sobre salários uns dos outros, bem como sobre relatórios de crédito até dos consumidores que jamais deixaram de pagar suas contas. Tal fato é abominado pelos europeus que, em contrapartida, não veem qualquer violação à privacidade praticar a nudez em praias e parques, o que escandaliza americanos. Tais exemplos vem reforçar a ideia de que o conceito de privacidade é cultural e para sua real compreensão exige-se uma pesquisa profunda acerca dos fatores que influenciaram a formação de cada uma das sociedades. A diferenciação reside, na linha de raciocínio do autor, entre a distinção sobre a privacidade com enfoque na dignidade muito valorizada pelos europeus e a privacidade como parte integrante da liberdade difundida pelos americanos que visam diminuir a intromissão estatal em suas vidas privadas.

A outra característica é a decisional, que representa dizer como o indivíduo controla quem tem acesso ou não à sua vida, de modo a influenciar suas decisões. Aqui, o objetivo é que a pessoa humana tenha uma vida tranquila, devendo todos indivíduos da sociedade agir com tolerância, moderação, reserva e até indiferença em relação à vida uns dos outros.

Por fim, a última faceta que integra o conceito de privacidade é a informacional, que enfatiza, em tempos atuais, a proteção dos dados pessoais. Os chamados dados sensíveis são uma das maiores preocupações em uma sociedade de informação, devendo-se controlar as etapas do processamento dos dados, desde a sua coleta até a disseminação da informação. E neste particular, temos como legislação protetiva o Regulamento 679⁸² de 27 de abril de 2016, do Parlamento Europeu e do Conselho.

Da análise conjunta dessas características, pode-se afirmar que uma das vertentes do direito à privacidade nada mais é do que o direito de ser deixado em paz. A questão central deste direito é o relacionamento da pessoa com os outros, sendo muito difícil estabelecer graus entre intimidade e privacidade, na medida em que os outros podem ter uma relação mais próxima ou distante dependendo do grau de parentesco, amizade ou hierarquia funcional. Fato é que o indivíduo trava inúmeras relações com as demais pessoas e a proximidade, distanciamento ou hierarquia são muito voláteis ao longo da jornada da vida, sendo muito difícil nessa seara a estratificação em níveis de privacidade.

Segundo Pedro Trovão do Rosário, “(...)Esta nova era da hiperinformação, onde os cidadãos em qualquer lado através de um computador ou de um smartphone acedem, guardam e difundem dados pessoais atentarão facilmente contra os direitos fundamentais à intimidade,

⁸² REGULAMENTO Geral de Proteção de Dados n.º 2016/679. **Jornal Oficial da União Europeia** (04/05/16) – [Em linha]. [Consult. 30 Set. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:02016R0679-20160504>.

imagem, honra e vida privada. Assim, assume particular relevância o direito a ser esquecido (*“right to be forgotten”*)(...)⁸³.

No Brasil, o direito à privacidade encontra guarida no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição da República Brasileira⁸⁴, quando se estabelece expressamente a proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, prevendo, inclusive o direito à indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação. Não bastasse a proteção constitucional, encontra-se, também, proteção desse direito fundamental na legislação infraconstitucional brasileira, nomeadamente no artigo 21 do Código Civil⁸⁵, artigo 93 do Código Penal⁸⁶ e na Lei nº 9.296⁸⁷ que trata das interceptações de comunicações telefônicas.

Partindo-se da premissa de que o direito à privacidade é o direito de ser deixado em paz consigo mesmo, pode-se afirmar que o direito ao esquecimento se situa na esfera da privacidade, do direito à imagem e da honra, na medida em que a sua tutela protege os aspectos pessoais do ser humano, criando limitações para o conhecimento, manutenção ou republicação de informações referentes à determinada pessoa, em razão de sua falta de utilidade e atualidade.

Primeiramente invocado em casos envolvendo pessoas que foram condenadas criminalmente e que não desejavam mais sua vinculação à conduta delituosa, o direito ao esquecimento não se restringiu à seara criminal, tendo aplicação em outras áreas, como por exemplo na hipótese de pessoas que ostentaram notoriedade e que, decorrido algum tempo, não conseguiram afastar de si o interesse do público em geral.

⁸³ ROSÁRIO, Pedro Trovão do. O direito a ser esquecido. **Revista Do Direito**. [Em linha] Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, set./dez. 2017, p. 122. ISSN 1982-9957. [Consult. em 15 de junho de 2022]. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11367>.

⁸⁴ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União. Seção 1** (05/10/1988) – [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁸⁵ CÓDIGO Civil Brasileiro – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União, Seção 1** (11/1/2002), p. 1. – “(...)Art.21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma.(...) - [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022] Disponível em - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

⁸⁶ CÓDIGO Penal Brasileiro – Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. **Diário Oficial da União, Seção 1** (31/12/1940), p. 23911 – “(...)Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. (...) - [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022] – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

⁸⁷ LEI nº 9.296/1996. **Diário Oficial da União** (25-7-1996), p. 13757. [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022] - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm

Portanto, o direito ao esquecimento deve ser reconhecido como um direito autônomo da personalidade, eis que se baseia no valor máximo da dignidade da pessoa humana e tem como objetivo primordial evitar a violação do valor que lhe serve como fundamento.

A origem da ideia e menção ao direito ao esquecimento se deu em França, a partir da análise de uma decisão jurisprudencial. O *droit à l'oubli*⁸⁸ foi mencionado por Gerard Lyon-Caen ao analisar a decisão do caso DelleSegret vs. Soc Rome Film, em 1967, conhecido como o caso Landru, julgado improcedente pela Corte de Apelação de Paris⁸⁹, com fundamento na tese de que os dados históricos que se pretendia a preservação já haviam sido tornados públicos por ocasião da publicação do livro de memórias por parte da própria autora da demanda judicial, amante de Henri Landru, um assassino em série. Pretendia a autora evitar a veiculação de um documentário que relatava sua vida pregressa com menção ao seu nome atrelado a eventos por ela considerados traumáticos. Nesta hipótese, o julgamento não considerou que qualquer indivíduo tem o direito de se distanciar de um passado traumático, após determinado lapso temporal, para ter uma segunda chance de desenvolvimento de sua personalidade e autonomia sem qualquer estigma.

Foi, apenas em 1983, no caso Madame M. vs. Filipacchi et Cogedipresse, que a jurisprudência francesa reconheceu o direito ao esquecimento. O caso tratou da publicação, pela revista Paris Match, de matéria jornalística que continha a fotografia de uma mulher, classificando-a como a assassina da esposa e do filho de seu amante. Na decisão, o *Tribunal de Grande Instance de Paris* decidiu que a divulgação da foto e da matéria jornalística não poderiam violar o direito de privacidade da autora, pois continham suas informações pessoais ligadas a um evento traumático ocorrido há mais de 15 anos, não havendo boa-fé na divulgação. Reconheceu aí a Corte de Apelação a prevalência do direito à privacidade em detrimento ao direito à informação, sobretudo ante a inexistência de contemporaneidade dos fatos com o momento da veiculação da informação.

A noção do direito ao esquecimento foi, de igual forma, interpretada no §628, “a”, nº 1 do *Fair Credit Reporting Act*⁹⁰, que determina o descarte de toda informação do consumidor americano após o negócio realizado, extraindo-se a conclusão de que não há possibilidade de

⁸⁸ Direito ao esquecimento, em tradução livre.

⁸⁹ FRAJHOF, Isabella Z. – **O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias**. São Paulo: Edições Almedina, 2019. ISBN 978-85-8493-444-7, p. 988.

⁹⁰ FAIR Credit Reporting Act 15 U.S.C §1681. [Em linha]. [Consult em 17 de junho de 2022]. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/statutes/fair-credit-reporting-act/545a_fair-credit-reporting-act-0918.pdf.

manutenção de informação ou sua veiculação sem uma finalidade adequada. Portanto, após qualquer negociação, exitosa ou não, finda o interesse na manutenção das informações acerca das pessoas envolvidas no negócio, devendo tudo ser devidamente esquecido, salvo hipóteses autorizadas em lei ou no próprio contrato, devendo ser expressamente definida a razão pela qual devem ser armazenadas as informações.

Os primeiros julgados de Cortes Americanas que tratam, de forma indireta, do direito ao esquecimento foram identificados na Suprema Corte da Califórnia no caso *Melvin vs. Reid*⁹¹, Relator Justice John Bernard Marks, e na Corte Federal do Segundo Circuito de Nova York no caso *Sidis vs. F-R Publicshing Corporation*⁹², Relator Justice Clark.

Os dois casos não mencionaram diretamente a existência de um direito ao esquecimento, mas reconheceram proteção ao direito à privacidade. No primeiro caso, foi ajuizada ação indenizatória por força da veiculação do filme *Red Kimono* em que se retratava a vida pregressa de Gabrielle Darley, ex-prostituta que foi acusada de homicídio e inocentada. Gabrielle, que havia abandonado a vida de prostituição e constituído família, viu-se invadida em sua privacidade em razão da veiculação dos fatos pregressos através do filme e, segundo alegou, amargou prejuízos em razão da nova exposição de fatos, que já haviam ficado no passado. A Corte Californiana entendeu que o direito à privacidade deveria ser protegido e argumentou com o direito dela de ficar só, em paz para ser feliz, uma vez que ela já havia reconstituído sua vida e não podia ser estigmatizada e torturada com a lembrança de um passado do qual ela queria esquecer.

O segundo caso tratou da violação da privacidade de SIDIS, que por ser superdotado alcançou notoriedade a partir da publicização dada por seu pai. Muito tempo depois, foi alçado novamente aos holofotes, apesar de ter escolhido ter uma vida reclusa, em razão de um artigo no *New York Times* que retratou como viviam, naquele momento, pessoas notáveis. A matéria fazia uma análise crítica acerca do modo de vida escolhido por SIDIS, tornando-o alvo de críticas, mormente porque, apesar de ter uma mente brilhante, optou por ter uma vida simples sem utilizar seus dotes pessoais para auferir notoriedade. Ao julgar a demanda, a Corte Americana impôs limites ao direito à privacidade, na medida em que afirmou que não garantiria

⁹¹ MELVIN vs. REID – [Em linha]. [Consult. em 18 de junho de 2022] - Disponível em: <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>

⁹² SIDIS vs. F R PUBLICSHING CORPORATION – [Em linha]. [Consult em 18 de junho de 2022] – Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-sidis-v-f-r-pub-corp>

imunidade absoluta à vida privada da pessoa humana, razão pela qual as figuras públicas estão sujeitas ao interesse alheio, não sendo razoável a censura de informações a seu respeito.

Neste caso, muito embora a Corte Americana reconhecesse a importância do direito à privacidade, o julgamento se inclinou a proteger o direito à informação, inaugurando a grande discussão que perdura até os dias atuais sobre o confronto entre esses dois direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Alemão, em 1973, se pronunciou acerca do direito ao esquecimento, por ocasião do julgamento do conhecido Caso Lebach, ao impedir que a ZDF – *Zweites Deutsches Fernsehen*⁹³ transmitisse um documentário que tinha por conteúdo o assassinato de quatro soldados, ocorrido na cidade alemã de Lebach, enquanto guardavam um depósito de munição. Ocorre que a transmissão do documentário com todos os detalhes, fotos dos acusados se daria concomitante à soltura do terceiro acusado do crime, que buscou a tutela jurídica. Em sua decisão, o Tribunal Constitucional Alemão reformou a decisão das instâncias inferiores, para impedir a veiculação do programa ao argumento de que a personalidade do acusado deveria ser preservada, na medida em que a informação não era mais relevante ante a falta de contemporaneidade com a ocorrência dos fatos. Salientou, ainda, que a veiculação do programa atingiria a ressocialização do acusado e, em última análise, violaria seu direito de personalidade.

Após as diversas decisões que foram dadas ao longo do tempo, vê-se, claramente, a construção e aceitação de um novo direito, que surge como mais uma proteção ao desenvolvimento da personalidade humana, tendo em vista que muitas das vezes faz-se necessário esquecer fatos para se prosseguir na jornada da vida com êxito.

Para se defender a existência de um direito ao esquecimento nos dias atuais, deve-se encarar a ampliação de seu conceito para adequá-lo à evolução social impulsionada pelo avanço tecnológico, que fez com que houvesse a hipervalorização da informação. Esta passou a ser um bem valioso e cunhou a sociedade como uma “sociedade de informação”. Essa nova organização social utiliza-se, de forma intensa, da rede mundial de computadores para se desenvolver, e se alimenta cotidianamente do compartilhamento de dados.

A informação tornou-se a matéria prima e a rede mundial de computadores passou a ser o seu veículo, estabelecendo diversos padrões de propagação, surgindo a cada dia novas tecnologias e sistemas para transmitir a informação e facilitar as relações interpessoal e

⁹³ Segundo Canal Alemão, em tradução livre.

comercial. Diante desse cenário, viu-se um surgimento explosivo de redes sociais e sites comerciais, impulsionando a imediata adesão das pessoas à essa nova maneira de se relacionar. Sem dúvida alguma, houve uma otimização dos processos comerciais, o estreitamento dos relacionamentos daqueles que possuíam a distância geográfica como óbice para estar junto das pessoas queridas, o conhecimento de várias culturas, a unificação do mundo pela internet, uma vez que nesta inexistem limites.

A facilidade surgida com o advento do avanço tecnológico muda o comportamento da sociedade, e consigo traz mazelas, exigindo do Direito a tarefa de analisar o fenómeno e verificar onde e como se dará a tutela jurídica para evitar ou reparar a violação de direitos. É nesse contexto que, em contrapartida, o direito ao esquecimento amplia seu enfoque para, não apenas proteger as pessoas da desproporcional invasão da mídia em suas vidas privadas, e conferir, também, proteção à privacidade informacional através da proteção dos dados.

A jurista Isabella Frajhof sustenta que o direito ao esquecimento se distanciou de seu conceito e finalidade iniciais, pois sua compreensão estava diretamente ligada ao “(...)tradicional direito fundamental à privacidade, no eixo “pessoa-informação-segredo”(...)”⁹⁴, para proteger a privacidade, agora, informacional, através de mecanismos de controle do fluxo dos dados na internet.

Nesse novo cenário, a Comunidade Europeia criou mecanismos de tutela da privacidade informacional através da aprovação da Diretiva 95/46/EC⁹⁵, que teve por objetivo regulamentar o tratamento de dados pessoais e sua transmissão.

Em 2010, foi confeccionado pela Comissão Europeia um instrumento denominado *A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union*⁹⁶, o qual mencionou pela primeira vez o termo *the right to be forgotten*⁹⁷. Em boa hora, foi reconhecida a proteção de dados de todos os indivíduos, vinculando a manutenção das informações a um fim específico e proibindo que dados sejam objeto de processamento quando se revelarem inúteis ou sem finalidade apropriada.

⁹⁴FRAJHOF, Isabella Z. *Op. Cit.* p.1187.

⁹⁵ DIRETIVA 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia** (23/11/95) [Em linha]. [Consult. em 19 de junho de 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>

⁹⁶ A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union. [Em linha]. [Consult. em 19 de junho de 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0609:FIN:EN:PDF>

⁹⁷ Direito de ser esquecido, em tradução livre.

Em 2016, foi editado o Regulamento 679⁹⁸, do Parlamento Europeu e do Conselho, que se refere expressamente ao direito a ser esquecido, precisamente em seu artigo 17, quando trata do apagamento dos dados nas hipóteses elencadas em suas alíneas.

No ordenamento jurídico brasileiro, diversos institutos nos remetem ao direito ao esquecimento, quais sejam a prescrição, a decadência, a obrigatoriedade de prazo máximo de permanência dos dados negativos referentes aos consumidores em bancos de proteção ao crédito, entre tantos outros. O debatido direito extrai seus fundamentos dos artigos 1º, inciso III e 5º, inciso X, da Constituição Federal Brasileira de 1988⁹⁹, que tratam do princípio da dignidade humana e do direito à privacidade, respectivamente.

Relevante apontar que, a par dos dispositivos existentes no direito positivo brasileiro que aceitam o esquecimento, o tema é amplamente debatido pelos juristas no Brasil que, em Jornadas de Direito Civil, aprovaram os enunciados 531 e 576¹⁰⁰, que estabelecem que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento.” e “O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória.”.

Segundo Pedro Trovão do Rosário “(...) O ciberespaço onde transitam e são mantidos dados pessoais, aptos tanto a provocar sofrimento a cidadãos, como a cerceá-los da sua liberdade porque aptos a condicionar a sua vontade torna urgente a avaliação jurídica do tema e a percepção de que o mesmo é transfronteiriço, não se limitando a nenhum dos continentes, pelo que a sua necessária efectividade implica a existência de recursos normativos e jurisdicionais no mesmo domínio: sem quaisquer fronteiras físicas ou restrições territoriais.(...)”¹⁰¹.

O mundo virtual, como já assinalado, se desenvolve de forma frenética e a necessidade de proteção à privacidade da pessoa humana se revela imprescindível para uma salutar

⁹⁸ REGULAMENTO Geral de Proteção de Dados n.º 2016/679. **Jornal Oficial da União Europeia** (04/05/16) – [Em linha]. [Consult. 30 Set. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:02016R0679-20160504>.

⁹⁹ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Seção 1 (05/10/1988) – [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹⁰⁰ ENUNCIADOS nº 531 e 576 do Conselho da Justiça Federal. [Em linha]. [Consult. em 17 julho 2022]. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>.

¹⁰¹ ROSÁRIO, Pedro Trovão do. O direito a ser esquecido. **Revista Do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, set./dez. 2017, p. 137. ISSN 1982-9957. [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022]. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11367>.

convivência tanto no mundo físico quanto no virtual. A tendência mundial é que o direito ao esquecimento seja reconhecido expressamente como um direito fundamental autónomo na maioria dos ordenamentos jurídicos, a exemplo das normas editadas pela Comunidade Europeia.

2.3. Os direitos à liberdade de expressão e à informação e o direito ao esquecimento – aplicação do princípio da ponderação no confronto entre direitos fundamentais.

O indivíduo, como ser gregário que é, sente necessidade de estar em constante contato com seus semelhantes, expressando suas ideias, pensamentos e convicções, e para tanto precisa de liberdade, que pode ser exercida através de todos os meios de comunicação colocados à sua disposição e que foram potencializados pelo avanço tecnológico.

O objeto da expressão humana é o pensamento, estando na esfera íntima do indivíduo a decisão de externar o que pensa para terceiros ou se manter em silêncio. Em optando por manifestar suas ideias, estas podem ter como veículo não somente a fala, como também a atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação.

A formação do pensamento, a liberdade de sua expressão e o acesso à informação vêm sendo sedimentados e qualificados como direitos fundamentais da pessoa humana pela maioria das Constituições, sendo inadmissível suas violações, sob pena de se arruinar com um dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰², em seu artigo 19, estatui que “(...) Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.(...)”, e de igual forma, a Constituição da República Portuguesa¹⁰³ abriga, em seu artigo 37, o direito à liberdade de expressão e de informação, rejeitando qualquer tipo de censura a esse direito. Daí conclui-se que tanto a liberdade de expressão quanto o direito à informação são direitos humanos que se tornaram, também, fundamentais dentro do ordenamento jurídico português e de outros países, quando ganharam abrigo constitucional.

¹⁰² DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos – [Em linha]. [Consult. em 08 de julho de 2022] - Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

¹⁰³ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. Nº 86 (10-04-1976). [Consult. 28 de jun. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>.

O exercício da liberdade de expressão e do direito à informação servem como ferramentas indispensáveis para evitar ditaduras e práticas pouco ortodoxas nas relações dos Estados com seus cidadãos. A censura é sempre um fenómeno negativo, eis que, historicamente, foi utilizada para esconder fatos e condutas violadoras de direitos fundamentais, razão pela qual defende-se sempre a existência da liberdade de expressão e de informação.

Nesse diapasão, vale ressaltar o Tratado de Lisboa, que reestruturou a União Europeia, e reafirmou, em seu artigo 6.º que reconhece as liberdades enunciadas na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁰⁴.

A referida Carta, também em seu artigo 11º, nº 1, protege a liberdade de expressão e de informação, ao afirmar que todos tem direito à liberdade de expressão, sem que haja qualquer ingerência por parte do poder público¹⁰⁵.

O arcabouço jurídico de proteção a estes direitos inclui, também, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁰⁶ (artigo 19, alíneas a e b), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁰⁷ (artigo 13).

O ser humano é falível, portanto, o debate de ideias é fundamental para o crescimento da sociedade, o que somente ocorre em sociedades que protegem a liberdade de expressão contra a indevida censura.

A ideia deste debate consagrou a teoria denominada *The Marketplace of Ideas*¹⁰⁸, que foi mencionada pela primeira vez pelo juiz da Suprema Corte Americana, Oliver Wendell Holmes Jr., por ocasião do julgamento do processo *Abrams vs. United States*¹⁰⁹, em 1919, ao votar em defesa da liberdade de expressão afirmando que todo o cidadão tem o direito de discordar de atos do governo, em clara manifestação de seu pensamento. O caso envolveu imigrantes russos que, em 1918, panfletaram denunciando o envio de tropas americanas para a Rússia e pedindo que houvesse greve geral nas fábricas de munição para acabar com o esforço

¹⁰⁴ COMISSÃO de Assuntos Europeus da Assembléia Da República - Tratado de Lisboa - versão consolidada. Lisboa: Divisão de Edições da Assembléia da República, 2008. ISBN 978-972-556-467-7. p.20. [Em linha]. [Consult. 08 de julho de 2022]. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf

¹⁰⁵ CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01). [Em linha]. [Consult. 08 de julho de 2022]. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

¹⁰⁶ PACTO Internacional dos Direitos Civis e Políticos - [Em linha]. [Consult. em 08 de julho de 2022]. Disponível em: https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf

¹⁰⁷ CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos - [Em linha]. [Consult em 08 de julho de 2022]. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

¹⁰⁸ Mercado de Ideias, em tradução livre.

¹⁰⁹ ABRAMS vs. UNITED STATES - [Em linha]. [Consult. em 08 de julho de 2022]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616>.

de guerra dos Estados Unidos, tudo após tomarem conhecimento de que os Estados Unidos participaram de uma operação militar em solo russo contra a Alemanha depois que a Revolução Russa derrubou o regime czarista. O julgamento analisou a violação à Lei de Espionagem e o voto do juiz Holmes sustentou que toda e qualquer ideia deve ser submetida ao mercado de ideias, pois somente através do confronto de opiniões e de ideias, pode-se chegar à melhor solução, sendo prestigiada a defesa da liberdade de manifestação por parte dos cidadãos.

A partir de então, a liberdade de expressão esteve sempre no seio dos debates que envolveram a censura. O fato é que este direito ensina a conviver com o debate de pensamentos e a suportar uma sociedade plural que abriga visões de mundo distintas, afastando assim o silêncio. Como a liberdade de expressão é uma condição para autorrealização do indivíduo, ela emana diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e se revela fundamental para o desenvolvimento social.

Na Alemanha, o artigo 5º, I do GG (*GrundGesetz*)¹¹⁰ estabelece proteção à liberdade de comunicação, protegendo em um só artigo a liberdade de expressão do pensamento, informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia e a liberdade artística e científica, o que representa dizer que o referido artigo de lei protege uma única liberdade de comunicação em sua Constituição.

Impõe-se, novamente, mencionar, ante a sua inegável contribuição para o Direito, o julgamento do Tribunal Constitucional Alemão que, ao apreciar a Reclamação Constitucional¹¹¹ interposta por Erich Lüth, reformou a decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo que o condenou, em uma ação cominatória, por ter conclamado todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, a boicotar o filme lançado por Veit Harlan, que teria sido co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu. Neste caso, o Tribunal Constitucional Alemão estratificou as bases do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, prestigiando-o em detrimento de outros direitos fundamentais. Esta decisão ganhou destaque e importância, pois, pela primeira vez, os direitos fundamentais foram amplamente analisados, tendo sido, ainda, lançadas as bases da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de seus limites e da exigência de

¹¹⁰ GRUNDGESETZ – [Em linha]. [Consult. 15 nov. 2022]. Disponível em https://www.gesetze-im-internet-de.translate.google/gg/art_5.html?_x_tr_sl=de&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc.

¹¹¹ Reclamação Constitucional LÜTH-URTEIL – [Em linha] [Consult. em 17 de julho de 2022] – Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c0b3d47d-beba-eb55-0b11-df6c530ddf52&groupId=252038.

ponderação no caso concreto quando houver confronto entre dois ou mais direitos igualmente fundamentais.

Para que o indivíduo possa se expressar, é imperioso que haja um momento anterior e que se traduz na própria formação do pensamento. E para isso, é necessário que a pessoa humana seja informada dos acontecimentos, dos debates, das questões, tornando-a capaz de, através de um juízo crítico, formar opinião sobre si própria e sobre o mundo que a envolve.

É claro que esse momento é puramente subjetivo, não havendo possibilidade de o Direito se imiscuir nessa seara através de regulações, porém é possível a criação de condições adequadas para a formação dos cidadãos, de modo que as informações possam ser recebidas e interpretadas da melhor maneira e transmitidas adequadamente. Garantir de um modo geral a educação, a formação familiar, a alimentação, a saúde, o emprego, o acesso aos meios de comunicação, entre tantos outros direitos básicos, faz com que o Estado proporcione ao seu cidadão condições adequadas para formação de seu pensamento e, conseqüentemente, exercer os seus direito de liberdade de expressão e de informação.

O direito de informação tem dois aspectos que se complementam, quais sejam: o direito de informar e o direito a ser informado quanto aos assuntos que sejam relevantes, excepcionadas as hipóteses de sigilo expressamente definidas por lei ou quando, como por exemplo, se pretende impedir a violação de outros direitos, como se pode observar do comando inserto no artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos¹¹², que remete à lei a regulamentação das restrições ao exercício da liberdade de expressão e de informação, no intuito de impedir violações a outros direitos. Vale dizer que o cidadão assume uma postura ativa diante das duas facetas do direito à informação, de modo que é reconhecida a importância desse direito na formação histórica da própria sociedade. É através da livre expressão que conheceremos os pensamentos e opiniões dos cidadãos de determinada sociedade e, de igual forma, é através do direito de ser informado que esses mesmos cidadãos ficam ciosos dos debates e de seus direitos, especialmente em uma sociedade globalizada que, horizontalmente, interage e se integra transformando a história do mundo.

Diante de tantos direitos e liberdades no ordenamento jurídico, compete aos aplicadores do Direito a equalização do direito ao esquecimento com as liberdades de expressão e de informação, eis que o confronto entre direitos fundamentais não pode resultar em uma violação.

¹¹² CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem – [Em linha] [Consult. em 15 de junho de 2022] – Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf.

Em verdade, o resultado obtido, após a análise de eventual confronto entre direitos fundamentais, deve ser fruto da ponderação dos interesses em jogo, a fim de que a preponderância de um direito sobre o outro esteja em consonância com aquilo que se pretende como justo.

Há de se ter em mente a proporcionalidade, indagando-se acerca da utilidade de nova veiculação da informação sobre determinada pessoa ou fato que a envolva que, embora verídico no passado, na atualidade se encontra descontextualizado, bem como deve-se perquirir sobre a finalidade da informação. Os requisitos-chaves que se apresentam para a solução são a temporalidade e a finalidade, a fim de se alcançar um resultado adequado.

A construção das respostas a esses questionamentos, certamente, se pautará em três subprincípios, quais sejam o da adequação, o da necessidade e o da proibição de excesso. Esses subprincípios exigem a análise teleológica do sistema jurídico vigente para que se alcance uma aplicação justa.

O decurso do tempo, a inutilidade e a ausência de finalidade são requisitos que, avaliados no caso concreto, podem fazer prevalecer a aplicação do direito ao esquecimento em detrimento do direito à informação, proporcionando assim o melhor desenvolvimento da pessoa humana.

Outrossim, não se pode afirmar que o direito ao esquecimento prevalecerá sempre. É necessário que, diante do caso concreto, se proceda sempre a uma profunda análise a fim de que a justa ponderação demonstre qual direito fundamental deverá ter a prevalência.

Importante análise foi feita no notório caso envolvendo a Google Spain SL, Google Inc vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González¹¹³, em que este último requereu a exclusão de qualquer indexação do seu nome à uma dívida junto à Seguridad Social, que já havia sido paga.

Nesse emblemático caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia foi instado a se manifestar após a Suprema Corte Espanhola suspender o processo e lhe remeter o julgamento do recurso interposto pela Google Spain e a Google Inc., que restaram inconformadas com a determinação da Agência Espanhola de que adotassem as medidas necessárias no sentido de

¹¹³ ILESIC, Marko Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) no processo C-131/12, julgado em 13 de maio de 2014. [Em linha]. [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>.

excluir os dados pessoais do senhor Mario Costeja Gonzalez de seu sítio eletrônico e de impossibilitar o futuro acesso aos mesmos.

O julgamento foi extenso e abordou inúmeras questões, e no que diz respeito à análise deste trabalho, nos importa a conclusão do Tribunal de Justiça da União Europeia no sentido do alcance dos direitos da pessoa garantidos pela Diretiva 95/46, que foi o regramento jurídico que fundamentou a decisão.

No item 92 da decisão, verifica-se a aplicação da ponderação dos interesses em questão, a fim de se estabelecer qual direito deve prevalecer, quando o Tribunal afirmou reconhecer a aplicação do artigo 12º, alínea b, da Diretiva 95/46 ¹¹⁴ ao caso Gonzalez, por entender que o tratamento de dados feito pela Google se apresenta inadequado por não atender mais à sua finalidade, eis que houve a conservação dos dados durante um período de tempo superior ao necessário, não vislumbrando na hipótese que a conservação da informação obedeça à alguma finalidade histórica, estatística ou científica que a justifique. Nesse tocante, o julgamento reconhece que a temporalidade foi excessiva e que a manutenção da informação não mais se justificava, devendo ser ela desindexada, por estar incompatível com a Diretiva.

Ao entender que os dados do senhor Mario Costeja Gonzalez não deveriam mais estar disponíveis no site de busca do Google, o Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que os direitos insertos nos artigos 7º e 8º, nomeadamente o direito ao respeito pela vida privada e familiar e o direito à proteção de dados pessoais, todos constantes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹¹⁵, deveriam prevalecer sobre o direito à informação.

Reconheceu-se, no caso em comento, o direito ao apagamento dos dados e, via de consequência, a prevalência do direito a ser esquecido na rede mundial de computadores em detrimento ao direito à informação, após a verificação da ausência de adequada temporalidade e de finalidade da informação.

A aceitação do direito ao esquecimento varia de país para país, dependendo de como foram forjados a sociedade e os direitos abrigados na Constituição. Importante ressaltar que nos Estados Unidos da América há enorme resistência à aplicação do direito ao esquecimento em

¹¹⁴ DIRECTIVA 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia** (23/11/95) [Em linha]. [Consult. em 19 de junho de 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>

¹¹⁵ CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia – [Em linha] [Consult. em 09 de julho de 2022] – Disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

razão de sua Primeira Emenda Constitucional¹¹⁶, que estabelece a proibição de edição de qualquer lei que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro, em duas oportunidades, se manifestou profundamente sobre o direito ao esquecimento. No Recurso Especial nº 1.335.153/RJ¹¹⁷, debateu-se acerca da possibilidade de veiculação de um documentário sobre o assassinato de Aída Curi, que teve repercussão nacional 50 (cinquenta) anos após a ocorrência do crime. O cerne do debate situou-se na ausência de contemporaneidade dos fatos com a pretendida veiculação do documentário e na dolorosa lembrança do ocorrido, que os familiares da vítima queriam que permanecesse no passado, esquecido. A Turma julgadora firmou o entendimento de que os fatos que se pretendia o esquecimento possuíam relevância histórica para a sociedade brasileira, eis que tratou-se de um homicídio, conhecido como “Caso Aída Curi”, e que, apesar do não consentimento dos familiares da vítima, a veiculação de documentário não ofendia os direitos da personalidade da vítima e dos familiares dela, dada a historicidade do fato. A decisão ressaltou a impossibilidade da desvinculação do nome da vítima e que não havia, por parte da imprensa, uma exploração midiática, razões pelas quais foi autorizada a veiculação do documentário.

No referido caso, foi realizada a ponderação dos direitos fundamentais em colisão e, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a liberdade de expressão e de imprensa deveria prevalecer sobre os direitos ao esquecimento e à privacidade, tendo em conta que não houve qualquer ato abusivo na veiculação do documentário e que alguns delitos, dada a sua historicidade e importância para a sociedade, devem se sujeitar à ampla publicidade, à liberdade de imprensa.

Já na apreciação do Recurso Especial nº. 1.334.097/RJ¹¹⁸, a mesma Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu pela proibição de veiculação de documentário sobre os crimes conhecidos como a “Chacina da Candelária”. Trata-se de uma sequência de crimes ocorridos em frente à Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, treze anos antes da pretendida

¹¹⁶ CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos da América – [Em linha] [Consult. em 09 de julho de 2022] – Disponível em <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>

¹¹⁷ SALOMÃO, Luis Felipe Relat. – Acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro no Recurso Especial nº. 1.335.153/RJ, julgado em 28 maio 2013. [Em linha]. [Consult. em 17 julho 2022]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=31006938&nu_m_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF

¹¹⁸ SALOMÃO, Luis Felipe Relat. – Acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro no Recurso Especial nº. 1.334.097/RJ, julgado em 28 maio 2013. [Em linha]. [Consult. em 16 Abril 2022]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=31006510&nu_m_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF

veiculação do programa. Um dos indiciados nos crimes e que fora, posteriormente, absolvido, recorreu ao Superior Tribunal de Justiça a fim de impedir a veiculação do documentário, sob o argumento de que suportaria inúmeros constrangimentos e prejuízos se, novamente, sua imagem fosse associada ao tenebroso evento.

Na ponderação do aparente conflito entre a liberdade de informação e de expressão e o direito ao esquecimento, a turma julgadora entendeu que não havia contemporaneidade dos fatos e que a veiculação do programa poderia trazer prejuízo ao recorrente e reacender o juízo social sobre ele. No caso, concluíram os julgadores que deveria ser protegida a dignidade da pessoa humana e a ressocialização da pessoa, o que se configurava deveras importante já que o recorrente havia sido absolvido da alegação de prática dos homicídios em comento. Portanto, a liberdade de informação não poderia, via indireta, contribuir para ocorrência de violação de direitos da personalidade.

Da análise do resultado dos julgamentos da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, verifica-se que a solução da controvérsia foi diversa e pautada no princípio da proporcionalidade, onde por vezes se protege a pessoa do ofensor por considerar que a veiculação de informações a seu respeito impedirá sua ressocialização e, por outras vezes, tem-se que a notoriedade e historicidade do fato não pode ser apagada da memória da sociedade, reconhecendo-se aqui que o decurso do tempo não impede o novo debate sobre a matéria.

Diante de tantos debates acerca da aplicação dos direitos fundamentais e de suposta colisão desses direitos em determinados casos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em 11 de fevereiro de 2021, firmou a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.”¹¹⁹

A tese firmada demonstra que não é possível, no direito brasileiro, que se invoque um direito ao esquecimento, autonomamente, apenas para impedir a divulgação de fatos verídicos

¹¹⁹ Supremo Tribunal Federal. Tema 786 [Em linha] [Consult em 18 julho 2022] – Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786>

e que compõem o acervo histórico da sociedade, não podendo a falta de contemporaneidade dos fatos ser óbice para nova divulgação deles, sob pena de ferir a liberdade de expressão, de informação e de imprensa.

Contudo, na mesma tese se prevê a necessidade de proteger os direitos fundamentais da personalidade, o que impõe, casuísticamente, a aplicação da ponderação dos valores em questão, toda vez que houver um aparente confronto entre esses direitos.

Diante disso, é de se concluir que muito embora a tese firmada tenha sido explícita ao afastar a aplicação do direito ao esquecimento, fato é que toda vez que forem afastadas as liberdades de expressão, de informação e de imprensa, a tendência é o esquecimento daquilo que seria noticiado.

CAPÍTULO III - A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

3.1. O conceito de sociedade da informação e o mundo globalizado.

Antes de analisar o conceito de sociedade da informação, faz-se necessária a compreensão do processo evolutivo que fez o mundo ingressar, sem possibilidade de retorno, na era da informação.

A história das sociedades ensina que as crises, revoluções e guerras fabricam e impulsionam transformações nas condições e modo de vida dos homens, fazendo com que haja uma mudança na maneira de pensar, de viver e de se relacionar uns com os outros e com as instituições públicas. Surgem dúvidas e, ao mesmo tempo, o progresso traz consigo sempre a esperança por uma melhor qualidade de vida e um mundo mais justo.

O desenvolvimento do capitalismo, por exemplo, possibilitou o aprimoramento das técnicas de produção com a máquina substituindo a força humana e, com isso, houve o aumento da produtividade e uma maior eficiência dos meios de comunicação e de transporte. Importante ressaltar que toda transformação, por mais positiva que seja, traz consigo alguns problemas sérios que merecem ser analisados e equacionados, de modo que o avanço não se torne desastroso.

A revolução tecnológica trouxe a internet que alterou completamente o formato das sociedades de então, eis que veio acompanhada da globalização. Até então, o conhecimento e a informação eram produtos caros e acessíveis a apenas alguns. Com o avanço tecnológico em escala global, o consumo, o comércio e a comunicação foram acelerados de forma exponencial, fazendo com que todos tivessem acesso a tudo, sobretudo à informação, surgindo, diariamente, novas demandas. Segundo Patrícia Peck Pinheiro, “(...) ingressamos na era do tempo real, do deslocamento virtual dos negócios, da quebra de paradigmas. Essa nova era traz transformações em vários segmentos da sociedade – não apenas transformações tecnológicas, mas mudanças de conceitos, métodos de trabalho e estruturas. O Direito também é influenciado por essa nova realidade. A dinâmica da era da informação exige uma mudança mais profunda na própria forma como o Direito é exercido e pensado em sua prática cotidiana. (...)”¹²⁰.

A Internet é muito mais do que um meio eletrônico que propicia a conexão entre as pessoas e instituições. É, em verdade, uma rede, um espaço aberto a todos, democrático,

¹²⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck - **Direito Digital**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. ISBN9786555598438, p.17.

internacional, descentralizado, célere e mola propulsora de uma economia da informação, muito menos onerosa para seus operadores. Sem dúvida alguma, confere a sensação de ubiquidade que remete todos à noção de infinitude, termo aberto que é tão caro e debatido pelos indivíduos.

Nasce a sociedade da informação que ganha destaque no cenário mundial em razão da crença de que o intercâmbio de informações fomentaria o desenvolvimento da vida humana em seus diversos campos, como por exemplo na economia, na cultura, na arte, no trabalho e em tantas outras áreas que, de igual forma, mereceriam destaque aqui, mas que tornaria o rol extremamente extenso e cansativo.

O conceito de sociedade, puro e simples, se firma na noção de um grupo de pessoas que vivem em estado gregário, exurgindo um sentimento de agrupamento. Quando se inclui nessa noção instituições que exercem atividades, em uma mesma base territorial e submetidas a um mesmo regulamento, e defendem interesses comuns de seus membros, nos aproximamos do que, hoje, politicamente, entendemos por sociedade.

O elemento informação veio caracterizar a sociedade como um produto que é fornecido a todos após ser trabalhado por tecnologias que o transformam, incrementam ou distorcem, dependendo do interesse que impulsiona sua formatação, de forma que, hoje, a informação se tornou um produto extremamente caro.

Para José de Oliveira Ascensão, a sociedade da informação não passa de uma propaganda, não sendo um conceito técnico. Segundo o autor, “(...)melhor até sealaria em sociedade da comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda mensagem como informação(...)”¹²¹, na medida em que aquela estaria diretamente relacionada à informática, tais como programas de computador, bases de dados eletrônicos e tantos outros correlatos. O referido autor compreende a informação em sua acepção restrita, de comunicação social.

Entretanto, a denominada sociedade da informação é um processo que vai para além da mera comunicação social. A sua complexidade é evidenciada através da globalização de todas as áreas de atuação humana. Rompe-se, abruptamente, com o antigo paradigma da comunicação tradicional que se estabelecia através do rádio, da televisão e periódicos, onde eram divulgadas notícias e outras informações de interesse da coletividade, bem como superam-se os arcaicos sistemas financeiros e produtivos, para se aceitar o surgimento de formas mais rápidas de

¹²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito da Internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. ISBN 9788530915254, p.67.

contratação, com mínimas exigências, visando a aceleração do intercâmbio comercial, e propiciando o surgimento de novas formas de dinheiro, tais como as criptomoedas.

De acordo com Marcelo Guerra Martins, “(...)essa nova e dinâmica organização social apresenta duas características marcantes: 1) o aumento exponencial da criação, transmissão e circulação de conhecimento, informações e ideias/doutrinas; 2) a valorização econômica dos bens imateriais ligados ao conhecimento em níveis superiores aos bens materiais. (...)”¹²².

Patricia Peck Pinheiro, em *Direito Digital*, traz à baila o pensamento de Alvin Tofler sobre a sociedade derivada da informação, que relativizou a ideia de tempo. Segundo Tofler, o tempo virtual ou digital rompe diretamente com a noção de horas e dia, demonstrando que esse novo mundo autoriza que diversas atividades sejam realizadas simultaneamente e com a obtenção de informações em tempo real, sobrevivendo como vencedor aquele que assimilar tudo em melhor tempo para uma rápida tomada de decisão, exigindo-se cada vez mais um aumento na capacidade de resposta do indivíduo participante desse novo modelo digital.

A evolução foi sentida mundialmente, de forma muito cristalina, pois conforme a supramencionada autora “(...) A sociedade humana vive em constante mudança: mudamos da pedra talhada ao papel, da pena com tinta ao tipógrafo, do código Morse à locação por Global Positioning System (GPS), da carta ao e-mail, do telegrama à videoconferência. (...)”¹²³. Hoje, o mundo depara-se com a Era da Informação, a qual é caracterizada pela transmissão massificada de informações e dados, numa velocidade nunca antes vista, e pela descentralização da origem dessas informações, acentuando assim o caráter democrático do mundo virtual, que permite que todos possam participar de um verdadeiro jogo de interesses.

O avanço da internet, formada pela rede mundial de computadores, fez com que houvesse o rompimento de fronteiras e que os povos de todo o mundo passassem a interagir entre si, com diversas finalidades, como por exemplo para se informar, se distrair, comercializar, contratar e se expressar. Houve um incremento no intercâmbio de informações, de modo que, atualmente, é difícil definir o objetivo real das atividades que são desenvolvidas através da internet. É notório o acelerado desenvolvimento das atividades comerciais, educativas, de entretenimento, entre outras, ante a facilidade como a internet disponibilizou os acessos ao público. Hodiernamente, se faz desnecessária a aquisição de um computador para a obtenção de informações, haja vista que os smartphones e tablets possuem capacidade para

¹²² MARTINS, Marcelo Guerra - *Análise Econômica do Direito na Sociedade de Informação*. Em: **O Direito na Sociedade da Informação IV**. Coimbra: Edições Almedina, 2020. ISBN 9788584936229, p.162.

¹²³ PINHEIRO, Patricia Peck – *Op. Cit.* p.18.

transmiti-las, a qualquer hora e momento, através de sites próprios ou plataformas de streaming, bastando para tanto apenas um clique.

Portanto, afirma-se que a sociedade da informação se traduz em uma nova forma de organização social, política e econômica, que se utiliza intensamente da internet para obter informações. Essa captação de dados, por si só, não produz uma informação capaz de ser comercializada, sendo necessário seu tratamento. O processo de coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento molda a informação de maneira que ela se torna imprescindível para a realização de determinadas atividades, impactando assim nas atividades sociais e econômicas da sociedade, dando-lhes novas feições.

A globalização, que está umbilicalmente ligada ao avanço da internet, é um fenômeno que maximiza as relações e conexões entre as pessoas e entre elas, as instituições e o Estado, fortalecendo a inexistência de limitações espaciais e temáticas. Isto leva à conclusão que esse fenômeno alterou, de vez, a relação dos indivíduos com o espaço e com o tempo. A ausência de uma delimitação territorial, a conectividade em tempo real e o rápido intercâmbio das informações transformaram a forma como o indivíduo passou a enxergar suas potencialidades e seus direitos e a maneira como hoje encara o mundo virtualizado, com seus novos signos e imagens.

De acordo com Juliano Madalena, “(...) deve-se assentar que a sociedade global passa por um movimento geral de virtualização. A vida social está experimentando um espaço desconhecido, onde a circulação de valores e interações sociais acontecem com características particulares. (...)”¹²⁴.

O surgimento das redes sociais, de igual forma, alterou a forma como as pessoas se relacionam afetivamente. O conceito de amizade alargou-se de tal modo que, hoje, são consideradas amigas aquelas pessoas que participam das redes sociais umas das outras e que se manifestam sobre as suas publicações reciprocamente, muito embora sequer se conheçam fisicamente, modelo que em muito se distancia da escolha dos amigos que, outrora, era feita, destacando-se apenas alguns que eram autorizados a desfrutar de nossa casa e espaços mais reservados.

Os avanços impostos pela tecnologia foram tantos, que se pode afirmar que a livre atuação, através da internet, exercida por todos decorre diretamente do direito à liberdade de

¹²⁴ MADALENA, Juliano - Regulação das fronteiras da Internet: um primeiro passo para uma teoria geral do Direito Digital. Em: **Direito Digital – Direito Privado e Internet** – 2.^a ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. ISBN 9788582423479, p. 184.

expressão, um dos pilares da democracia, impondo-se o reconhecimento do nascimento de uma ciberdemocracia. Por óbvio, esse novo espaço demanda uma revolução no ordenamento jurídico com o estabelecimento de regras para essa nova realidade que se modifica diariamente.

A era digital, caracterizada pela ausência de barreiras, impõe a criação de mecanismos e regras que ajudem a preservar a ideia de soberania estatal. Para além disso, nasce, concomitantemente, a necessidade de proteção dos dados que são fornecidos tanto por aqueles que fabricam a informação quanto pelos consumidores dela, uma vez que todos são sujeitos consumidores da informação, que passou a ser a mercadoria mais valiosa da sociedade por ela caracterizada.

Manuel Castells¹²⁵, ao analisar a sociedade da informação, destaca que nessa versão social a informação é a matéria prima sobre a qual a tecnologia age e, com isso, os efeitos tecnológicos passam a moldar o atuar dos indivíduos, de modo que tudo se adequa e se readequa na rede, demonstrando a sua morfologia elástica e flexível. Destaca o autor, ainda, que não há espaço vazio entre as diversas tecnologias que, constantemente, se atualizam e convergem para um sistema altamente integrado.

Em assim sendo, é fato que a sociedade de informação impôs novas formas de enxergar a realidade e uma releitura dos direitos fundamentais, estando, atualmente, o desenvolvimento da personalidade humana intrinsecamente ligado à interação com a comunicação e com as informações instantâneas, transmitidas em escala global. Diante disso, vê-se um fortalecimento do direito da informação, com pretensões de alcançar um caráter absoluto, e o surgimento de intensos debates sobre o caráter permanente das informações produzidas por uma sociedade ávida por elas.

No passado recente, as informações encontravam limites nos veículos que as transmitiam, bem como sua permanência vivia no campo da mente humana. Entretanto, hoje, as informações, quer sejam públicas ou privadas, residem, também, na memória tecnológica.

A questão primordial é saber qual a durabilidade e o seu impacto, em uma sociedade informacional e globalizada, da permanência das informações e dados na memória tecnológica.

Partindo-se da premissa de que já estamos em uma nova era cunhada adequadamente de Era da Informação e que se tornou impossível criar barreiras para esse avanço, tornou-se imperioso para o estudioso do Direito analisar o processo de captação da informação e de sua

¹²⁵ CASTELLS, Manuel – **A sociedade em rede** – Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002. ISBN 8521903294, p. 108-109.

veiculação, para que se possa entender qual o papel de todos os atores envolvidos nesse processo e de suas limitações.

3.2. A informação e os meios de sua veiculação no passado e na atualidade e suas consequências.

O ser humano é social, gregário e a comunicação nasceu da necessidade de passar informação uns aos outros. A história registra que as primeiras formas de comunicação foram através de sinais, gestos e sons, evoluindo-se para a escrita identificada a partir das pinturas rupestres em cavernas datadas de 15.000 a.C, na África, e de hieróglifos encontrados no Egito.

Com a escrita, surgem as cartas, meio largamente utilizado para estabelecer a comunicação interpessoal, perdendo espaço com o surgimento do telégrafo e da telefonia, que estabeleceram formas de comunicação mais rápidas, o que demonstra a exigência de a comunicação estar sempre buscando meios de encurtar o tempo da transmissão da informação.

Os meios de comunicação tradicionais sofreram, ao longo das décadas, adaptações e transformações com o fim precípua de atender aos interesses pessoais, sociais e económicos. Verifica-se, com clareza, uma modificação na noção de tempo e espaço no que concerne à veiculação das informações. O encurtamento do tempo e espaço estabeleceu a compreensão do que seja a comunicação em tempo real e desenhou hoje o que entendemos por sociedade da informação e seu imediatismo. O ser humano vive ávido por informações instantâneas e oriundas de diversos lugares, pouco importando serem nacionais ou internacionais, uma vez que as barreiras territoriais não mais dificultam a troca de dados.

Anderson Schreiber, ao analisar a relação da tecnologia com os meios de comunicação, afirma ser espantosa a alteração de mentalidade e hábitos das pessoas decorrentes do avanço tecnológico. Segundo o autor, a modificação registrada “(...)expressa um sentimento de insuficiência em relação não apenas ao conteúdo, mas à própria estrutura unilateral dos meios tradicionais de comunicação em massa, preferindo-se meios que permitam aos indivíduos participar ativamente não apenas da seleção, mas da própria construção e difusão das informações que recebem. (...)”¹²⁶

O rádio, jornal e televisão, caracterizados como meios de comunicação em massa e propagadores dos acontecimentos políticos, científicos e literários, além de diversos outros fatos, já se revelam obsoletos, na medida em que o avanço da tecnologia apresentou ao mundo

¹²⁶ SCHREIBER, Anderson – **Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão**. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020. ISBN 9788582420308, p. 1.

formas mais céleres e interativas de comunicação, acessíveis a todos, tornando desinteressantes as vetustas maneiras de veiculação da informação, tão limitadas temporal e geograficamente.

Atualmente, utilizam-se e-mails, celulares inteligentes, tablets, notebooks, sites de buscas, plataformas de streaming, redes sociais, entre outros veículos que armazenam dados e transmitem informações individuais e em massa. Essa realidade, entretanto, somente se tornou possível com a criação do meio de comunicação que revolucionou o mundo: a internet. Essa rede integrou mundialmente os computadores, aproximou pessoas e reduziu consideravelmente o tempo de transmissão de uma informação.

A palavra pertencimento ganhou contornos mundiais e absolutamente todas as pessoas passaram a integrar, de maneira ativa, esse novo mundo que se descortina – o mundo tecnológico, virtual. A sociedade vivenciou a transformação da forma de se comunicar, enviando informações e trocando dados instantaneamente, e o modo de armazenamento desses elementos se perpetuou indefinidamente, mudando, também, a forma de esquecimento.

O interesse na conjugação das diversas informações coletadas e do armazenamento delas que, outrora se circunscrevia à mente e ponderação de cada pessoa, de acordo com o grau socioeconómico e de conhecimento individual, hoje obedece à lógica da rede, que ora se inclina para os interesses económicos e ora se curva a interesses mais medíocres, como o de prejudicar deliberadamente a imagem e o nome de alguém.

A identificação da pessoa humana numa sociedade de informação é uma obrigação. É necessário saber se reconhecer dentro da sociedade para que haja sua distinção das outras pessoas, sem o quê haverá verdadeira confusão pessoal e espacial.

O direito à identidade pessoal é um direito fundamental previsto na CRP em seu artigo 26.º, n.º I¹²⁷ que garante a todos a identificação individualizada, de forma autónoma e com historicidade pessoal. Dele depende o indivíduo para sua própria sobrevivência, sem o qual perde a sua noção de lugar no mundo, sendo um direito que particulariza e identifica as pessoas e as reconhece independentes e diferentes umas das outras.

Cada pessoa é um ser somente igual a si mesmo, e sua identificação reúne todas as suas características físicas, morais e éticas oponíveis a todos, obrigando seu reconhecimento e impedindo, com isso, a utilização ilícita de seus elementos.

¹²⁷ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. Nº 86 (10-04-1976). [Consult. 21 de set. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>.

Para além da defesa constitucional, a identidade pessoal encontra, ainda, guarida na cláusula geral prevista no artigo 70.º do Código Civil Português¹²⁸, que estatui que a lei protegerá integralmente a personalidade humana. Essa interpretação dá a exata magnitude desse direito que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Não há como conceber um ser humano social sem que haja sua individualização. O alcance do termo identidade é muito bem analisado por Capelo de Sousa¹²⁹ que entende que ele engloba não só a individualização das características físicas e da personalidade do indivíduo, mas recai, também, sobre a sua história pessoal, a reputação, o nome, o bom nome e o pseudônimo, bem como à sua filiação, estado civil, domicílio, religião professada, orientação sexual e, até, a ideologia política adotada.

Com tamanha amplitude sobre a pessoa humana, o direito à identidade pessoal garante a infungibilidade, a indivisibilidade e a irrepetibilidade de cada pessoa, estando relacionado diretamente ao direito a ser esquecido, funcionando este como uma forma de proteção dos elementos caracterizadores e da verdade pessoal do indivíduo.

A sociedade da informação, caracterizada pela multiplicidade dos meios de comunicação e de veiculação instantânea e em massa de dados, notícias, fatos e histórias que envolvem precipuamente a pessoa humana, seus feitos e opções, muitas das vezes assiste à colisão entre vários direitos, sobretudo do direito ao bom nome e à honra situados no âmbito do direito à identidade pessoal.

Fato é que o direito à identidade pessoal, embora seja essencial à garantia da existência humana, não possui caráter absoluto, cedendo diante de situações escusáveis, tais como as representações artísticas, literárias ou outras formas de arte que guardem coincidências com os atributos de determinada pessoa ou com o seu nome. De igual forma, esse direito fundamental poderá ceder diante de outro direito da mesma categoria, sem que se reconheça a ocorrência de violação. Isto porque no confronto entre direitos fundamentais, conforme já estudado, o resultado deverá obedecer à ponderação dos interesses em jogo, a fim de que prevaleça o que é justo no ordenamento jurídico.

Neste sentido, uma das conclusões do TJUE no processo C-101/01 foi no sentido de declarar que cabe às autoridades e aos órgãos jurisdicionais encarregados de aplicar a

¹²⁸ CÓDIGO Civil Português. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. Nº 274 (11-25-1966). [Consult. em 21 setembro 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>.

¹²⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 972-32-0677-3, p. 246-252.

regulamentação nacional dos Estados membros “ (...) assegurar um justo equilíbrio entre os direitos e interesses em causa, incluindo os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária. ”¹³⁰

À guisa de ilustração, traz-se à colação o Acórdão proferido no processo n.º. 1454/09¹³¹, do Supremo Tribunal de Justiça, no qual se discutiu profundamente sobre o confronto entre o direito à liberdade de expressão e o direito ao bom nome e à honra dos autores da ação de conhecimento.

Esse caso específico tratou de um pedido de indenização por danos morais, em razão da publicação de um livro em que se narrou o caso do desaparecimento de uma menor que estava veraneando com seus pais e irmãos no litoral português, não se tendo mais notícia de seu paradeiro, sob a ótica de um dos investigadores do caso, ora réu na demanda judicial. O livro apresentou opinião do autor sobre o caso a partir da investigação realizada, para concluir que houve a morte acidental da menor, tendo os genitores ocultado o cadáver, sendo descartada por completo a tese de sequestro da menina.

A questão analisada pelas instâncias judiciais, neste caso concreto, se resumiu a estabelecer se a veiculação da versão apresentada pelo investigador, através do meio de comunicação literário, foi capaz de violar a honra e o bom nome dos genitores da menor desaparecida, de modo a autorizar o ressarcimento pelo alegado dano moral. Note-se que para dirimir a controvérsia é preciso fixar como premissa básica que inexistente direito fundamental absoluto e que, no confronto entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e ao bom nome e à reputação, deve se chegar à uma solução de harmonização.

No supramencionado julgado foi aplicado o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da proibição do excesso, para se entender que não havia qualquer violação ao bom nome dos autores da ação, prestigiando-se, no caso concreto, a liberdade de expressão, seguindo-se aí a orientação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que desenvolveu uma doutrina de proteção reforçada da liberdade de expressão, nos termos do

¹³⁰ EDWARD, D. A. O. Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo C-101/01, julgado em 06 de novembro de 2003. [Em linha] [Consult. 16 nov. 2022] - Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48382&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=795110>.

¹³¹ NOGUEIRA, Roque Relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º 1454/09, julgado em 31 de janeiro de 2017. [Em linha]. [Consult. 21 set. 2022] - Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/86faf8fbfc94eda5802580b9004dc55d?OpenDocument>.

artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹³², por entender ser esse direito essencial para uma sociedade democrática. Nesse aspecto, o argumento de que a democracia é reforçada em uma sociedade na qual o direito à liberdade de expressão é devidamente protegido prevaleceu, de modo que se fixou a tese de que as opiniões nada mais são do que o livre exercício do pensamento e independem de comprovação, sob pena de, a se pensar em contrário, infringir o próprio direito à liberdade de expressão.

Em vários julgamentos, a Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH se pronunciou favoravelmente à proteção da liberdade de expressão quando esta confronta com outros direitos, destacando-se aqui os casos *Saliyev vs. Russia* (Application n.º. 35016/030)¹³³ e *Éditions Plon vs. France* (Application n.º.58148/00)¹³⁴.

No primeiro caso, o presidente de uma organização não governamental escreveu um artigo em um jornal de grande circulação em Moscou, criticando a aquisição de ações de uma empresa russa de produção de energia por um grupo de outras empresas com sede em Moscou, estando por trás dessa transação um dos líderes do partido político pró-governo. Entretanto, logo após a publicação do artigo, foi determinada, pelo proprietário do jornal, a retirada de circulação e destruição dos periódicos que veiculavam o artigo. O autor do artigo reclamou judicialmente contra a drástica medida, invocando em seu favor o direito à liberdade de expressão, sustentando a violação do artigo 10.º. da CEDH e a inaplicabilidade qualquer das limitações previstas no parágrafo 2.º. do referido artigo, sobretudo porque inexistiu ofensa à honra e ao bom nome dos transatores. O Tribunal Russo decidiu que a retirada de circulação do jornal foi uma decisão particular de cunho empresarial do dono da empresa, não havendo qualquer violação à liberdade de expressão. Na Corte Europeia de Direitos Humanos, a ponderação dos interesses em jogo analisou precipuamente se a crítica esposada no artigo extrapolou os limites impostos pelo artigo 10 da CEDH, obtendo-se um resultado negativo para eventual transgressão. O julgamento concluiu pela preservação da liberdade de expressão, sob o fundamento de que qualquer informação de interesse social, político e cultural deve ser preservada, não havendo no caso concreto qualquer violação à honra daqueles que participaram do negócio jurídico.

¹³² CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem – [Em linha] [Consult. em 15 de junho de 2022] – Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf.

¹³³ SALIYEV vs. RUSSIA (35016/030). [Em linha] [Consult. 22 setembro 2022] – Disponível em <https://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/jurisprudence/european/ECHR%20Saliyev%20v%20Russia.doc>.

¹³⁴ ÉDITIONS PLON vs. FRANCE (58148/00). [Em linha] [Consult. 22 setembro 2022] – Disponível em <https://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/jurisprudence/european/CASE%20OF%20C3%89DITIONS%20PLON%20v.%20FRANCE.doc>.

No segundo caso, a análise judicial tratou da proibição determinada pelo Tribunal francês de publicação de um livro intitulado *O Grande Segredo*, no qual o autor, o médico Dr. Gruber, revela a relação médico-paciente que manteve com seu paciente, o ex-presidente francês François Mitterrand, que foi diagnosticado com câncer logo após ser eleito presidente. Após o falecimento de seu paciente, o médico, Dr. Gruber, decidiu publicar o livro por entender que sua reputação estava sendo questionada pela sociedade francesa, haja vista as alegações de que o ex-presidente não tinha recebido o tratamento adequado para a moléstia da qual foi vítima. A família de Mitterrand ajuizou ação sob o fundamento de que a publicação do livro violaria o sigilo médico, a privacidade do falecido e ofenderia os sentimentos dos familiares em momento pesaroso. Os tribunais franceses acolheram os pedidos da família e proibiram a distribuição do livro, bem como o médico-autor foi condenado ao pagamento de indenização pelos danos que a família alegou ter sofrido com a publicação do livro. Mais uma vez, neste caso concreto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao receber a reclamação, aplicou o princípio da proporcionalidade, também entendido como princípio de proibição do excesso, para entender que inexistindo qualquer uma das limitações previstas no §2.º do artigo 10 da Convenção, não haveria como restringir o direito à liberdade de expressão e autorizou a veiculação do livro, bem como determinou que o médico fosse ressarcido pelos prejuízos sofridos com toda a situação.

A tendência mundial, na sociedade da informação, é prestigiar quase sempre a liberdade de expressão porque os indivíduos querem, cada vez mais, a livre circulação de ideias e de debates, aumentando com isso o nível informacional. De forma alguma, esse movimento global contribuiu para o reconhecimento de um caráter absoluto desse direito fundamental, apenas apontou para um fortalecimento do caráter democrático da sociedade.

As liberdades de informação, de expressão e de imprensa encontram limites no compromisso ético na veiculação da notícia e do fato, na preservação dos direitos da personalidade e na proibição do exercício da crítica com o espúrio interesse de caluniar, difamar e injuriar outrem, como vemos corriqueiramente ocorrer com a intensificação do chamado discurso de ódio na internet (online hate speech), o shaming¹³⁵ e o cyberbullying, sendo este último traduzido em uma forma de intimidar e hostilizar alguém através da rede mundial de computadores.

¹³⁵ “Ato de criticar e chamar atenção de alguém publicamente, especialmente na internet” – [Em linha] [Consult. 25 setembro 2022] – Disponível em <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/shaming>.

Nessa linha de raciocínio, ao ser identificada a transgressão desses limites, legitimada estará a intervenção judicial para determinar a reparação do direito da personalidade ofendido, afastando neste equilíbrio de forças o caráter absoluto de quaisquer dos direitos integrantes do aparente confronto.

Vale destacar trecho do acórdão proferido no processo C-345/17, no qual o TJUE destacou que “(...) para efetuar a ponderação entre o direito ao respeito pela vida privada e o direito à liberdade de expressão, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem desenvolveu uma série de critérios pertinentes que devem ser tomados em consideração, nomeadamente a contribuição para um debate de interesse público, o grau de notoriedade da pessoa afetada, o objeto da reportagem, o comportamento anterior da pessoa em causa, o conteúdo, forma e consequências da publicação, o modo e as circunstâncias em que as informações foram obtidas, bem como a sua veracidade (...)”.¹³⁶

De igual forma, no Brasil, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815¹³⁷ demonstrou o repúdio a qualquer forma de censura, sobretudo a censura judicial. O caso tratou do aparente conflito entre os direitos de liberdade de expressão e de informação e os direitos de intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas nas hipóteses de publicação de biografias sem autorização da pessoa biografada. A ação foi proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL visando o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil Brasileiro¹³⁸ que tratam do direito à privacidade e autorizam que os interessados proíbam a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, a exposição ou utilização da imagem, toda vez que tais atos lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade ou se destinarem a fins comerciais.

Ao julgar o caso, a ministra relatora Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, ressaltou que não se tratava de reconhecer a inconstitucionalidade e sim de buscar a harmonia das normas infraconstitucionais, artigos 20 e 21 do supramencionado Código Civil, com a Constituição da República Federativa do Brasil¹³⁹, em seus artigos 5.º, incisos IV, IX, X, XIV

¹³⁶ ROSAS. A. Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Segunda Secção) no processo C-345/17, julgado em 14 de fevereiro de 2019. [Em linha] [Consult. 16 nov. 2022] - Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210766&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=804587>

¹³⁷ LÚCIA, Carmen Relat. Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815/DF, julgado em 10 de junho de 2015. [Em linha] [Consult. 25 setembro 2022] – Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginaDorpub/paginaDor.jsp?docTP=TP&docID=10162709>.

¹³⁸ LEI nº 10.406/02. **Diário Oficial da União. Seção 1** (11/01/2002). [Em linha] [Consult. 25 setembro 2022] – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

¹³⁹ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União. Seção 1** (05/10/1988) – [Em linha] [Consult. em 15 de junho de 2022] - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

e 220 e seus parágrafos 1.º e 2.º. O entendimento judicial destacou que, no Brasil, há expressa proibição à censura e que o exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por qualquer particular, restando resguardado eventual direito à indenização, caso seja demonstrada a ofensa à direito subjetivo seu. Afirmou-se que a biografia é história e que condicionar a publicação de biografias à autorização prévia corresponderia ao reconhecimento de uma censura prévia, o que o ordenamento jurídico brasileiro repudia.

Deste julgamento extrai-se, mais uma vez, que a sociedade mundial não tolera a censura ou qualquer forma injustificada de cerceamento da liberdade de informar e ser informado. Em última análise, conhecer e informar são os núcleos preponderantes em uma sociedade de informação, que impõe a todo momento o equilíbrio no exercício de seus direitos. De acordo com o voto vencedor“(…) O direito admite técnicas de ponderação dos valores que demonstram que os arts. 20 e 21 do Código Civil, para os quais se pede interpretação conforme à Constituição da República, (...). (...) Há risco de abusos. Não apenas no dizer, mas também no escrever. Vida é experiência de riscos. Riscos há sempre e em tudo e para tudo. Mas o direito preconiza formas de serem reparados os abusos, por indenização a ser fixada segundo o que se tenha demonstrado como dano. O mais é censura. E censura é forma de “calar a boca”. Pior: calar a Constituição, amordaçar a liberdade, para se viver o faz de conta, deixar-se de ver o que ocorreu. (...)”¹⁴⁰

Na esteira dessa temática, vale trazer à colação os resultados dos julgamentos do Recurso Extraordinário n.º 1.382.650/DF¹⁴¹ e do Recurso Especial n.º 1.325.938/SE¹⁴², que, após a valoração dos interesses em jogo, concluíram pela preservação do direito à liberdade de expressão e liberdade de imprensa.

Da análise de todas as decisões colacionadas no presente estudo, extrai-se que, ao se prestigiar o direito à liberdade de expressão, via indireta, há um fortalecimento dos meios de comunicação, quer sejam eles clássicos ou modernos.

¹⁴⁰ LÚCIA, Carmen Relat. Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815/DF, julgada em 10 de junho de 2015. [Em linha] [Consult. 25 setembro 2022] – Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>.

¹⁴¹ WEBER, Rosa Relat. Acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no Recurso Extraordinário n.º 1.382.650/DF, julgado em 26 de Setembro de 2022. [Em linha]. [Consult. 29 setembro 2022] – Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur470354/false>.

¹⁴² ARAÚJO, Raul Relat. Acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro no Recurso Especial nº 1.325.938/SE, julgado em 23 de agosto de 2022. [Em linha]. [Consult. 29 setembro 2022] – Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=159495711&num_registro=201201110025&data=20220831&tipo=51&formato=PDF.

A frenética comunicação imposta pela sociedade da informação obriga o Direito, cada vez mais, a acompanhar esse novo modelo de viver em rede. A cultura da informação instantânea, que se desenvolve em ritmo acelerado, é fomentada pela tecnologia que, a cada dia, apresenta diversas novas formas de comunicação. Esse novo modo de viver informacional faz com que as pessoas, a partir de exigências sociais e económicas, insiram seus dados e imagens pessoais para contratarem, participarem de fóruns, comunidades e redes sociais, entre outros, e, com isso, vão moldando suas identidades digitais sem ter o exato controle para onde irão suas informações que, por vezes, são inseridas pelo próprio detentor delas, e, outras vezes, é autorizado o acesso a elas.

Os dados ganharam valor económico e viraram objeto de disputa comercial, sendo difundida largamente a ideia de que eles são o novo petróleo, como uma forma de demonstrar o seu grande valor na sociedade da informação. O surgimento dos inúmeros bancos de dados como os cadastros de consumidores, perfis nas redes sociais, entre outros, e a possibilidade de cruzamento dessas informações para atender aos interesses comerciais, políticos e económicos impuseram uma proteção à essa nova “moeda”.

Os dados são coletados e processados de acordo com os interesses daqueles que objetivam seu conhecimento e o avanço da tecnológico fez com que tornasse mais difícil identificar o tempo de armazenamento deles na memória digital.

A internet mudou o significado de finitude, tema tão caro ao indivíduo.

3.3. A proteção legal dos dados pessoais.

A necessidade da proteção dos dados surgiu a partir da análise da sua natureza jurídica. Firmou-se o entendimento de que esses dados são reflexos diretos dos direitos da personalidade e que, por serem tratados em grandes quantidades – *Big Data*, é imprescindível que sejam afastadas situações que coloquem os titulares dos dados em extrema vulnerabilidade.

Segundo Pedro Trovão do Rosário, “(...)A capacidade e facilidade de tratamento, armazenamento, recuperação e difusão de dados e informações com recurso aos meios informáticos colocaram numa escala planetária um problema que já não é novo: o direito ao esquecimento. (...)”¹⁴³.

¹⁴³ ROSÁRIO, Pedro Trovão do. O direito a ser esquecido. **Revista Do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, set./dez. 2017, p. 137. ISSN 1982-9957. [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022]. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11367>.

À guisa de exemplo da vulnerabilidade mencionada, tem-se o famoso caso envolvendo o Facebook e a Cambridge Analytica, que resultou na coleta de dados de 87 milhões de usuários da rede social que, ao responderem a um teste psicológico no Facebook, acabaram por entregar à referida empresa suas informações e as de inúmeros amigos de seus perfis¹⁴⁴. Ressalte-se que os usuários informaram voluntariamente seus dados, sendo certo que o acesso às informações dos usuários do Facebook teria sido comprado com a finalidade de criar um sistema que permitiria influenciar as escolhas dos eleitores nas urnas, na eleição que Donald Trump consagrou-se campeão.

A manipulação dos dados com a finalidade de utilização para fins políticos e económicos, sem o consentimento do seu titular, deve ser repudiada, devendo o Direito se ocupar de regular o seu tratamento, a fim de afastar a violação de direitos da personalidade.

Segundo Patrícia Cardoso Dias, “(...)O consentimento, enquanto derrogação ao regime jurídico especial de proteção de dados sensíveis, é nestes termos apenas considerado válido por força da conformação ao princípio da transparência (alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º e artigo 12.º do RGPD) que deverá encontrar-se na informação prévia que é disponibilizada ao utilizador, de forma a assegurar que a manifestação de vontade é esclarecida, livre, explícita e consciente relativamente ao tratamento de dados pessoais.(...)”¹⁴⁵.

Entretanto, não se pode apenas ter em mente a necessidade de regulação do atuar transgressor de empresas, ávidas por lucros, na rede. É imprescindível que os titulares dos dados sejam conscientizados das consequências da disponibilização de suas informações e interesses na internet.

Conforme afirma Têmis Limberger, “(...) No contexto atual da Internet, verifica-se a exposição constante e exacerbada das pessoas nas redes sociais. É a denominada sociedade do espetáculo. As informações e os fatos da vida são noticiados e ilustrados com fotos no

¹⁴⁴ Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. Portal G1, 2018. [Em linha] [Consult. 26 setembro 2022] – Disponível em <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>.

¹⁴⁵ DIAS, Patrícia Cardoso. Proteção de dados pessoais no contexto da pandemia provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2: aspetos ético-jurídicos relevantes da proteção de dados de saúde no âmbito da emergência de saúde pública. **Revista Julgar Online**. [Em linha]. [s.l], jan. 2021. ISSN 2183-3419. Disponível em <http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/>

Facebook. (...).”¹⁴⁶, não havendo qualquer preocupação por parte do titular dos dados de como serão utilizadas suas informações. Ao contrário, a satisfação com a intensa visibilidade e o acesso instantâneo às mais diversas informações, aos sites e às redes sociais superam qualquer outra preocupação que, somente, se faz presente quando o prejuízo efetivamente se apresenta.

O novo Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD EU 2016/679, entrou em vigor em 25 de maio de 2018 e tem como dois grandes propósitos o de defender o direito à proteção de dados e ao mesmo tempo garantir a livre circulação desses dados, sendo aplicável no âmbito da União Europeia, na forma do disposto em seu artigo 1.º. Importante ressaltar que a proteção se refere aos dados das pessoas singulares, não abrangendo essa proteção aos das pessoas jurídicas ou outros entes. Buscou-se equilibrar as relações entre os indivíduos, as pessoas jurídicas e o Estado, no sentido de extirpar as vulnerabilidades existentes.

Imprescindível ter em mente que o direito à proteção de dados pessoais não vem para ressignificar os direitos da personalidade, muito ao contrário, vêm agregar ao extenso rol deles. De acordo com António Menezes Cordeiro “(...) tanto numa perspectiva histórica, como numa perspectiva dogmática atual, a produção legislativa relativa aos dados pessoais justificou-se não para acautelar os interesses individuais dos titulares dos dados – esses seriam sempre protegidos através da invocação de normas gerais relativas aos direitos de personalidade – mas para regular seu tratamento. (...)”¹⁴⁷. Essa premissa é extraída da leitura atenta dos artigos 1.º. e 6.º. do RGPD, nos quais se verifica a ênfase na regulação e na licitude do tratamento dos dados pessoais.

Conquanto a regulação do tratamento dos dados seja objeto do Regulamento, não é menos verdade que o direito à proteção dos dados pessoais emergiu como um direito fundamental na sociedade da informação, conforme se observa da leitura do artigo 8.º, n.º1. da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁴⁸ e do artigo 16.º. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁴⁹.

¹⁴⁶ LIMBERGER, Têmis. Informação em Rede: uma comparação da Lei de Proteção de dados pessoais e o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu – In: **Direito Digital: Direito Privado e Internet** – 2.ª ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. ISBN 9788582423479, p. 254.

¹⁴⁷ CORDEIRO, António Menezes - **Direito da Proteção de Dados** – Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020. ISBN 9789724083049, p.33.

¹⁴⁸ CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia** (18/12/2000) [Em linha]. [Consult 29 setembro 2022]. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

¹⁴⁹ TRATADO sobre o Funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia** (07/06/2016) [Em linha]. [Consult 29 setembro 2022]. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF.

Isto porque a integração económica e social aliada ao avanço tecnológico provocou um aumento exponencial da transmissão de dados, de forma globalizada. Conforme já mencionado, a internet apagou do mundo a noção de fronteira e limite, fazendo com que milhões de contratações fossem firmadas ao mesmo tempo e aceleradamente, provocando o intercâmbio de dados entre os setores públicos e privados. A circulação de dados em larga escala exige a presença de uma legislação sólida que seja aplicada com rigor, para garantir aos contratantes, usuários e todo aquele que utiliza a rede para as mais diversas finalidades a segurança e confiança necessárias para promover o desenvolvimento da economia digital.

Em estudo feito pela Comissão Europeia¹⁵⁰, é possível se ter a noção da importância do advento do RGPD e da necessidade de seu fortalecimento através das decisões dos tribunais europeus e da adoção de soluções extrajudiciais para conflitos dessa natureza. De acordo com o relatório disponibilizado pela Comissão, desde a vigência do RGPD, houve 144.376 (cento e quarenta e quatro mil e trezentos e setenta e seis) reclamações apresentadas perante as autoridades que fiscalizam a proteção de dados, bem como foram reportadas 89.271 (oitenta e nove mil e duzentas e setenta e uma) violações de dados pessoais.

Ainda, de acordo com o relatório, a maioria das violações são feitas através dos serviços de telemarketing, e-mails promocionais e câmeras de vigilância, podendo as autoridades aplicar multa no percentual de 4% (quatro por cento) sobre o faturamento anual da empresa que violar as regras do Regulamento. Desde a vigência do RGPD, houve a aplicação de multa à uma rede social alemã no valor de 20.000 (vinte mil) euros por falha na segurança dos dados de seus usuários; a Google Francesa foi multada em 50.000.000 (cinquenta milhões) de euros por anunciar sem que houvesse consentimento do titular dos dados; uma empresa polonesa de corretagem pagou multa de 220.000 (duzentos e vinte mil) euros por não informar aos cidadãos que os dados estavam sendo tratados pela companhia, entre outros exemplos apontados no relatório.

Na análise do processo C-61/19, o TJUE declarou que tanto a Diretiva 95/46/CE como o posterior Regulamento 2016/679 “ (...) devem ser interpretados no sentido de que cabe ao responsável pelo tratamento dos dados demonstrar que a pessoa em causa manifestou, através de um comportamento ativo, o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais e obteve previamente uma informação a respeito de todas as circunstâncias relacionadas com esse tratamento, de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples, que lhe

¹⁵⁰ EUROPEAN Commission - **GDPR in numbers** – [Em linha]. [Consult 29 setembro 2022] – Disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/infographic-gdpr_in_numbers.pdf .

permitiu determinar facilmente as consequências desse consentimento, de modo a garantir que este foi dado com conhecimento de causa.(...)”¹⁵¹

Além disso, o mesmo órgão julgador apreciou o processo C-673/19¹⁵², oportunidade na qual também declarou que o consentimento não é validamente dado quando o armazenamento ou o acesso a informações são autorizados por intermédio de uma escolha já assinalada na qual o usuário deve desmarcar para recusar.

O tratamento dos dados deve ser realizado a partir do consentimento do indivíduo em exibir e autorizar o uso de seus dados pessoais. A autodeterminação informacional nada mais é do que a prerrogativa que detém os titulares dos dados pessoais sobre suas informações. O momento, a maneira e o local onde serão inseridas as informações devem ser definidos pelo detentor delas que, para além disso, deve ter a ciência de como será seu tratamento para que intervenha para sanar alguma incorreção.

Neste sentido, vale destacar que o acórdão nº 403/2015 proferido pelo Tribunal Constitucional de Portugal afirma que o direito à autodeterminação informativa é consagrado no artigo 35 da CRP para proteger as pessoas no tratamento de dados pessoais informatizados, destacando que através deste direito “(...) protege-se as informações pessoais recolhidas e tratadas por entidades públicas e privadas, cuja forma de tratamento e divulgação pode propiciar ofensas à privacidade das pessoas a que digam respeito.(...)”¹⁵³.

O direito à autodeterminação informativa surgiu na Alemanha, em 1983, e foi pela primeira vez mencionado no julgamento proferido pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso do recenseamento da população. O caso gravitou em torno da aplicação da Lei do Censo, promulgada em 25 de março de 1982, em que se determinou o recenseamento geral da população, com a coleta de inúmeras informações dos indivíduos tais como: profissão, moradia e local de trabalho, tudo para fins estatísticos. Se pretendia com a pesquisa conhecer a população através do seu estágio de crescimento, sua distribuição espacial, sua composição

¹⁵¹ DANWITZ, Thomas Von Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Segunda Secção) no processo C-61/19, julgado em 11 de novembro de 2020. [Em linha] [Consult. 16 nov. 2022] - Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=233544&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=806529>.

¹⁵² LYCOURGOS, Constantinos Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Secção) no processo C-673/19, julgado em 24 de fevereiro de 2021. [Em linha] [Consult. 16 nov. 2022] - Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238142&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=807676>.

¹⁵³ RIBEIRO, Lino Rodrigues Relat. - Acórdão do Tribunal Constitucional Português, com o nº 403/2015, de 27 de agosto de 2015. [Em linha]. [Consult. 16 nov. 2022] - Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html>.

demográfica e social e, ainda, saber qual a atividade económica preponderante. Ocorre que, colocado em prática o recenseamento, inúmeras reclamações foram apresentadas ao Tribunal Constitucional sob o fundamento de que alguns direitos fundamentais dos reclamantes teriam sido violados.

O Tribunal Constitucional alemão, ao julgar as reclamações, reconheceu a constitucionalidade da Lei do Censo, no entanto, declarou nulos os artigos que autorizavam a comparação e troca dos dados e o que dispunha sobre a competência para transmissão dos dados para atender à função administrativa, como por exemplo a tributação ou concessão de benefícios.

Extraí-se desse caso a preservação e fortalecimento do direito à autodeterminação informativa, reconhecendo-o como um direito fundamental e garantindo ao indivíduo o poder de decidir sobre o uso e destino de seus dados pessoais, que somente pode encontrar restrições em interesses da coletividade desde que eles estejam previstos em lei e produtos de uma análise ponderada dos interesses em questão, como deve sempre ser nas hipóteses de limitações de direitos, não podendo ser dispensada a transparência na finalidade da coleta e tratamento dos dados.

De acordo com Leonardo Martins “(...) Hoje, com a ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de uma pessoa determinada ou determinável (dados relativos à pessoa [cf. §2 I BDSG – Lei Federal de Proteção de Dados Pessoais]) podem ser, do ponto de vista técnico, ilimitadamente armazenadas e consultadas em qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. (...)”¹⁵⁴.

Ressalta, ainda, o referido autor que o problema se estende e ganha contornos mais sérios quando esses dados, de fácil acesso na web, são combinados com outras informações dentro de diversos bancos de dados produzindo, com isso, uma nova personalidade para o titular, sem que ele possa controlar a exatidão e o uso da informação que foi criada a partir da conexão viabilizada pela internet. Diante dessa realidade, caminha-se para o fortalecimento do direito à autodeterminação informacional através de regras garantidoras da liberdade de decisão acerca das ações a serem procedidas sobre os dados informados por seu titular.

E assim deve ser em uma ordem social e jurídica que prestigia o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. A se pensar o contrário, os cidadãos se tornariam

¹⁵⁴ MARTINS, Leonardo – **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. Volume 1. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2018. ISBN 978-85-7504-213-7, p.57.

totalmente inseguros de sua posição social, por não conseguir controlar a imagem que emergiria da combinação de seus dados.

Nessa linha de raciocínio, conclui-se que os dados isoladamente não expõem o seu devido potencial, entretanto, quando combinados entre si geram valor económico que alavanca de maneira substancial a economia digital. Portanto, o seu tratamento tem que ser o mais transparente possível, qualidade que somente será alcançada a partir do estabelecimento de regras claras e fortes que evitem a discriminação, erros e que, sobretudo, possibilitem a intervenção do titular dos dados para corrigir ou impedir a sua utilização equivocada.

Ana Frazão afirma que “(...) de acordo com a pesquisa empírica realizada por Chris Hoofnagle e outros, hoje se pode dizer que é impossível evitar o rastreamento digital (*on-line tracking*), em razão da utilização crescente de tecnologias e mecanismos que os usuários não tem nem mesmo como evitar.(...)”¹⁵⁵. Esse posicionamento expõe a efemeridade dos diversos tipos de tratamentos dispensados aos dados e clama pela atenção da sociedade mundial no sentido de se estabelecer normas bem assertivas para regular a coleta, o processamento e o armazenamento dos dados pessoais, eis que esses são, conforme já exaustivamente afirmado, uma extensão da personalidade humana.

Frank Pasquale¹⁵⁶ afirma com muita propriedade que não podemos viver em um mundo em que as informações determinem o destino das pessoas a partir de processamentos não transparentes, como por exemplo na formatação de pontuações duvidosas e no armazenamento de dados em bancos escusos, dos quais o titular sequer toma conhecimento que se apropriam de suas informações. Embora esteja se desenvolvendo muito rapidamente, o mundo virtual é, ainda, muito incipiente e clama por segurança, confiança e transparência. Do contrário, haverá uma regressão da economia digital, o que não se afigura razoável nem desejado pela população mundial.

A Federal Trade Commission americana apresentou um relatório¹⁵⁷ sobre a indústria dos dados e chegou a inúmeras conclusões, dentre as quais destacam-se aquelas que apontam para total falta de transparência do tratamento dos dados, de consentimento dos titulares no uso das

¹⁵⁵ FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato - **A lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda, 2019. ISBN 9786550654399, p. 26.

¹⁵⁶ PASQUALE, Frank - **The black box society: The secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p.16.

¹⁵⁷ FEDERAL Trade Commission – **Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability**. [Em linha] [Consult 30 setembro 2022] Disponível em <https://www.ftc.gov/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014>.

informações e de finalidade explicitada. Foi atestado no relatório que “(...) (v) parte expressiva da coleta de dados ocorre sem o conhecimento dos consumidores; (...) (viii) qualquer que seja a metodologia utilizada, os data brokers coletam mais informações do que usam; (ix) uma das maiores aplicações dos dados é o desenvolvimento de modelos complexos para prever o comportamento dos consumidores e para extrair inferências potencialmente sensíveis a respeito deles; (...)”.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD¹⁵⁸, alinhada com o cenário mundial, tem como papel fundamental o de reforçar a autodeterminação informacional dos titulares dos dados e o necessário controle que deve ser exercido sobre o uso e destino das informações. Os artigos 3.º e 4.º, todos da referida legislação, dispõem expressamente sobre a incidência da lei e as hipóteses de sua exclusão, respectivamente, haja vista que nenhum direito pode ter caráter absoluto.

A defesa do direito à proteção de dados pessoais já foi analisada pelos Tribunais brasileiros, valendo mencionar o julgamento proferido na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 6387¹⁵⁹, em que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, cautelarmente, a Medida Provisória n.º. 954/2020, por entender que, nos moldes em que foi editada, não ficou claro o interesse público e a finalidade no compartilhamento de dados pessoais dos usuários serviços telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

A hipótese em comento tratou de uma ação cautelar proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o inteiro teor da Medida Provisória n.º. 954, de 17 de abril de 2020, que dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de serviços telefônicos fixo e móvel com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, tendo por finalidade dar suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública decorrente do coronavírus – COVID 19. A ação baseou-se na alegação de violação de dados pessoais sigilosos e na ausência de finalidade específica do compartilhamento de dados, uma vez que o Instituto faz pesquisas presenciais junto a todos os brasileiros e, nesse caso, a estatística seria forjada em produção estatística não presencial, tornando o escopo da medida obscuro. Não bastasse isso, não houve transparência quanto ao tratamento dos dados que se pretendia obter.

¹⁵⁸ LEI n.º 13.709/2018. **Diário Oficial da União. Seção 1** (15/08/2018), p. 59. [Em linha] [Consult. 30 setembro 2022] – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

¹⁵⁹ WEBER, Rosa Relat. Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no referendo da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387/DF, julgada em 07 de maio de 2020. [Em linha]. [Consult. 25 setembro 2022] – Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436273/false>.

A ministra relatora Rosa Weber concedeu a cautela para obstar o compartilhamento dos dados pessoais dos usuários de telefonia entre as empresas pública e privada. Invocou como fundamento a necessidade de respeito aos direitos à privacidade e à autodeterminação informativa, positivados no artigo 2.º, incisos I e II, da Lei n.º. 13.709/2018 (LGPD), que são diretamente relacionados ao livre desenvolvimento da personalidade humana, haja vista a ausência de finalidade no compartilhamento.

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “(...) Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP n.º. 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, (...)”¹⁶⁰. Vê-se, portanto, que o tratamento dos dados é equiparado ao devido processo legal, que deve ser claro, preciso e teleológico. A proteção que o Tribunal Constitucional conferiu ao direito à proteção dos dados acompanha o movimento mundial de fortalecimento das legislações protetivas dos dados pessoais e, com isso, trouxe segurança jurídica e a paz social à sociedade brasileira.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º. 1.726.270-BA¹⁶¹, a Ministra Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça se manifestou favoravelmente à proteção do direito à autodeterminação informativa, ao reconhecer que o uso legítimo de dados pessoais somente ocorre com o consentimento informado de seu titular, que deve ser conscientizado sobre todas as fases de tratamento de seus dados, para, se necessário, impedir a circulação de seus dados.

O caso versou sobre a legalidade da manutenção de um banco de dados de consumo, denominado Cadastro de Consultas Anteriores, no qual são registradas pelos comerciantes informações dos consumidores que com eles tenham realizado tratativas ou solicitado informações gerais sobre condições de financiamento.

Na hipótese vertente, a Ministra considerou como ilegal a manutenção das informações dos consumidores no banco, por força da ausência de comunicação prévia aos consumidores de que seus dados seriam ali inseridos, sendo certo que, a partir disso, houve a formatação de perfis de consumidores com o objetivo de permitir ou negar acesso a produtos e serviços.

¹⁶⁰ WEBER, Rosa Relat. Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no referendo da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387/DF, julgada em 07 de maio de 2020. [Em linha]. [Consult. 25 setembro 2022] – Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436273/false>.

¹⁶¹ ANDRIGHI, Nancy Relat. Voto no Recurso Especial nº 1.726.270/BA, julgado em 27 de novembro de 2018. [Em linha] [Consult. 25 setembro 2022] – Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=86376636&num_registro=201703025040&data=20190207&tipo=91&formato=PDF.

No seu voto, a Ministra Nancy Andrighi concluiu que “(...)A disparidade de forças – a partir da qual os gestores da informação, senão regulados, possam, unilateralmente, manipular as qualidades e qualificações atribuíveis à parte hipossuficiente, tomando decisões importantes sobre a sua própria existência – torna sensivelmente necessário o respeito ao direito à autodeterminação informativa. (...)”¹⁶². Reconheceu-se, ainda, que a violação do direito à autodeterminação informativa decorreu, também, da impossibilidade de eventual correção ou exclusão do registro. Ora, a ausência de controle dos dados por parte de seu titular é fato não permitido pelo direito, eis que violador de direito fundamental.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a comunidade mundial, ciosa do irreversível processo de digitalização da vida humana, caminha para aumentar, cada vez mais, a proteção dos dados através de normas rígidas que impõem limites ao tratamento deles e com isso expande a proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Em uma sociedade da informação, a inserção e retirada dos dados da rede deve obedecer à vontade e análise da conveniência por parte de seus titulares, sob pena de, a se pensar em contrário, assistirmos a uma inversão de valores que resultará no esfacelamento da autonomia individual em benefício da economia digital.

3.4. O apagamento dos dados e a responsabilidade dos provedores de pesquisa.

A sociedade da informação pode, também, ser caracterizada como de vigilância na medida em que as empresas e poderes públicos objetivam a captura de dados, não apenas para ter o conhecimento puro e simples das informações, como para, também, realizar o cruzamento delas, de modo que se possa conhecer cada vez mais as predileções dos usuários da rede e os acompanhar por toda sua jornada digital, oferecendo-lhes tudo que seja compatível com seus perfis, e com isso atingir o objetivo de fomentar a economia digital.

Essa realidade, tão atual, impõe o questionamento sobre a possibilidade de defesa do direito ao esquecimento na sociedade da informação, considerando-se o fato de que os dados, uma vez inseridos em rede, podem ganhar contornos diversos e caminhar por locais jamais imaginados por seu titular.

Não se pode olvidar que as grandes empresas e o governo, hoje, contratam programadores para criarem algoritmos, que são ferramentas tecnológicas que compõem a base

¹⁶² ANDRIGHI, Nancy Relat. Voto no Recurso Especial nº 1.726.270/BA, julgado em 27 de novembro de 2018. [Em linha] [Consult. 25 setembro 2022] – Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=86376636&num_registro=201703025040&data=20190207&tipo=91&formato=PDF.

de desenvolvimento dos softwares, para, a partir do que cada indivíduo visualiza, gosta e compartilha, entender a maneira de viver dele e promover previsões futuras sobre como esse mesmo indivíduo vai se comportar no futuro.

Como bem salientou Ana Frazão, “(...) algoritmos são criados por seres humanos, com todos os seus vieses e falibilidades, bem como com todas as possibilidades de desvirtuamento, a fim de privilegiar os interesses daqueles para quem foram programados. No entanto, mesmo que os dados e o processamento sejam de qualidade, várias correlações podem não corresponder a relações de causalidade. (...)”¹⁶³. Daí se verifica que diversas conclusões e formações de perfis podem não corresponder à realidade dos titulares e esses dados, que primitivamente foram inseridos isoladamente – *raw data*¹⁶⁴, formam novas personalidades, ferindo frontalmente o direito à identidade do titular do dado e dificultando assim o caminho para o seu apagamento.

A questão ganha enorme complexidade quando vemos o avanço da tecnologia e o surgimento de novos algoritmos, mais apurados, e que irão, com certeza, produzir milhões de resultados envolvendo conceitos sobre gênero, raça e classe social, que podem ser tendenciosos e muitas das vezes discriminatórios, provocando, assim, a inclusão ou exclusão do cidadão de determinado meio social. Tal situação ocorrerá independente de qualquer ingerência do titular do dado sobre esse processo de formação de resultados, pois o indivíduo não terá conhecimento suficiente sobre as características do tratamento e, via de consequência, lhe será furtado o direito de se opor, no momento adequado, ao processamento de suas informações para evitar prejuízo aos direitos fundamentais decorrentes da sua personalidade.

Novamente, depara-se com a urgência de regulação mais intensa e específica para os novos e sofisticados processos de tratamento de dados, a fim de que, através da retificação e do apagamento dos dados, se preserve ao máximo a sua veracidade, a correlação de sua captação com a finalidade apresentada e, ainda, se fortaleça o tão debatido direito ao esquecimento.

A Comunidade Europeia, ciente de toda essa problemática, vem discutindo intensamente sobre o direito ao esquecimento, que, outrora, limitava sua análise e incidência às informações produzidas pelos meios tradicionais de comunicação e contava com as questões relativas à memória do indivíduo médio. Hoje, a aplicação e defesa do referido direito impõe o enfrentamento dos desafios da sociedade digital e do constante avanço tecnológico dela

¹⁶³ FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato – *Op. Cit.* p.33.

¹⁶⁴ Dados crus, em tradução livre.

decorrente. Na atualidade, inúmeras informações são produzidas e veiculadas, em larga escala, nos diversos sites, plataformas, redes sociais, vídeos, fotografias e comentários, muitas vezes constrangedores, que se perpetuam na internet, são compartilhados e armazenados por milhões de pessoas, que os acessam a todo momento que desejarem, de modo que se tem a sensação de infinitude desses dados.

O direito ao esquecimento, outrora atrelado a fatos pretéritos que, se invocados no presente, podem gerar situações constrangedoras desnecessárias, atualmente, possui o desafio de enfrentar a questão relativa aos dados inseridos na web e que nela se perpetuam e se renovam a cada visualização ou consulta, sem o menor compromisso com a temporalidade de sua inserção ou com a sua manutenção na rede.

Por tais razões, a Comunidade Europeia, no intuito de fortalecer a proteção a esse direito fundamental atípico, editou diversas Diretivas de cunho protetivo e, ao mesmo tempo, fomentador da circulação dos dados, sendo a primeira delas a Diretiva 95/46/EC¹⁶⁵, que em seu considerando 2 dispôs, de forma estruturada, que “(...)os sistemas de tratamento de dados estão ao serviço do Homem; que devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares independentemente da nacionalidade ou da sua residência, especialmente a vida privada, e contribuir para o progresso económico e social, o desenvolvimento do comércio e o bem-estar dos indivíduos; (...)”, e em seu artigo 12¹⁶⁶, alínea b, estabeleceu que os titulares dos dados tem o direito de exigir do responsável pelo tratamento dos dados, o seu apagamento.

Sobreveio, então, a Diretiva 2002/58/CE¹⁶⁷, que dispensa especial atenção ao direito à privacidade e ao tratamento dos dados pessoais referente às comunicações eletrônicas, devendo ser destacados o considerando 22 e o artigo 6.º, em seu item 1, que tratam da proibição de armazenamento de informações para além do tempo necessário para os fins a que se destinou a coleta.

Inclusive, a Diretiva 2006/24/CE, que alterava a Diretiva 2002/58/CE, foi declarada inválida pelo TJUE no processo C-293/12¹⁶⁸. Naquela oportunidade o Tribunal entendeu que o

¹⁶⁵ DIRETIVA 95/46/CE. **Jornal Oficial da União Europeia** (25/11/95) – [Em linha]. [Consult. 03 Out. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ DIRETIVA 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia** (31/07/02) [Em linha] [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32002L0058>.

¹⁶⁸ DANWITZ, Thomas Von Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos processos apensos C-293/12 e C-594/12, julgados em 8 de abril de 2014. [Em linha] [Consult. 16 Nov. 2022] - Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=808722>.

legislador da União excedeu os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade, pois a referida norma não previa garantias suficientes à segurança e à proteção dos dados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, já que não continha regras para garantir a plena integridade e confidencialidade dos dados.

Atualmente, conta-se com o Regulamento Geral de Proteção de Dados¹⁶⁹(RGPD) que dispõe, em seu artigo 17.º, sobre o direito ao apagamento dos dados e, de igual forma, este direito é reproduzido no artigo 19.º. do Regulamento 2018/1725¹⁷⁰do Parlamento Europeu e do Conselho, que regula a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União.

Este arcabouço jurídico demonstra a imensa preocupação da Comunidade Europeia com o tratamento dos dados, sobretudo com a sua retificação e apagamento quando requerido por seu titular. A responsabilização daqueles que produzem o conteúdo informativo não provoca qualquer perplexidade ou discussão acerca de sua possibilidade, havendo controvérsia quanto à obrigação dos denominados operadores dos motores de busca em promover exclusões da informação disponibilizada aos usuários da rede¹⁷¹.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já reconheceu inúmeras vezes a responsabilidade dos operadores de ferramentas de busca em excluir o conteúdo lesivo referente à pessoa que requereu o seu apagamento. O caso emblemático que deu ensejo à apreciação jurídica da questão foi o denominado Google Spain, Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González¹⁷², já estudado sob outro enfoque neste trabalho. Neste caso, TJUE entendeu que o operador de um motor de busca realiza tratamento de dados, por ter como atividade o recolhimento dos dados, o registro, a organização desses dados pelos seus programas de indexação e a conservação deles em seus servidores para, posteriormente, apresentar a informação devidamente otimizada aos seus utilizadores de acordo

¹⁶⁹ REGULAMENTO Geral de Proteção de Dados n.º 2016/679. **Jornal Oficial da União Europeia** (04/05/16) – [Em linha]. [Consult. 30 Set. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:02016R0679-20160504>.

¹⁷⁰ REGULAMENTO n.º. 2018/1725 do Parlamento Europeu e do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia** (23/10/18) – [Em linha]. [Consult. em 30 setembro 2022] – Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=CELEX:32018R1725>.

¹⁷¹ SILVESTRE, Gilberto F.; BENEVIDES, Nauani S. – O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento – Análise comparativa entre Brasil e Europa. **Revista de Direito Privado**. [sl]: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. Ano 17, n.º 70 (outubro 2016). ISSN 1517-6290. p. 101.

¹⁷² ILESIC, Marko Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) no processo C-131/12, julgado em 13 de maio de 2014. [Em linha] [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>.

com os parâmetros da pesquisa efetuada. Em assim sendo, decidiu o TJUE que “(...) é o operador do motor de busca que determina as finalidades e os meios dessa atividade e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua no contexto dessa atividade e que deve, consequentemente, ser considerado ‘responsável’ por esse tratamento por força do referido artigo 2.º, alínea d(...)”¹⁷³. Portanto, no âmbito da Comunidade Europeia inexistia qualquer dúvida acerca dessa responsabilização.

Após esse julgamento, verificou-se uma crescente demanda por parte dos usuários junto aos sites de busca disponibilizados na internet, nomeadamente o Google – mais importante site de pesquisa, para retirada de conteúdos lesivos aos direitos da personalidade dos indivíduos relacionados nas pesquisas, o que forçou o Google a disponibilizar um formulário para viabilizar esses pedidos e suas razões. As solicitações passam por uma avaliação, por parte da empresa, que analisa a existência de inadequação, imprecisão, irrelevância ou excesso, de modo a ocasionar a ofensa a direitos da personalidade, e, assim, viabilizar a retirada do conteúdo informativo. Em nome da transparência, o Google criou uma página que facilita a compreensão e orienta os usuários quanto ao exercício do direito a ser esquecido na rede, denominada Vista geral do direito ao esquecimento¹⁷⁴, onde esclarece como proceder o pedido e os fundamentos legais para tanto, quem são os legitimados para apresentar a solicitação, entre outras exigências que devem ser cumpridas para que a solicitação seja apreciada.

Essa demanda se encontra retratada no Relatório de Transparência¹⁷⁵ disponibilizado pelo Google, que apresenta um gráfico ascendente de pedidos de exclusão de dados e de URLs (*Uniform Resource Locator*)¹⁷⁶, entendidos estes últimos como os endereços eletrônicos que permitem que o site ou blog de cada pessoa possa ser encontrado na rede.

De acordo com o Relatório global, ao Google foram apresentadas 1.326.706 (um milhão, trezentos e vinte e seis mil e setecentos e seis) solicitações de exclusão da lista de pesquisa e foram requeridas 5.167.428 (cinco milhões, cento e sessenta e sete mil e quatrocentos e vinte e oito) exclusões de endereços eletrônicos do motor de busca. Desse total, foram aceitos e excluídos os dados de 50,8% dos pedidos formulados.

¹⁷³ ILESIC, Marko Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) no processo C-131/12, julgado em 13 de maio de 2014. [Em linha] [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>.

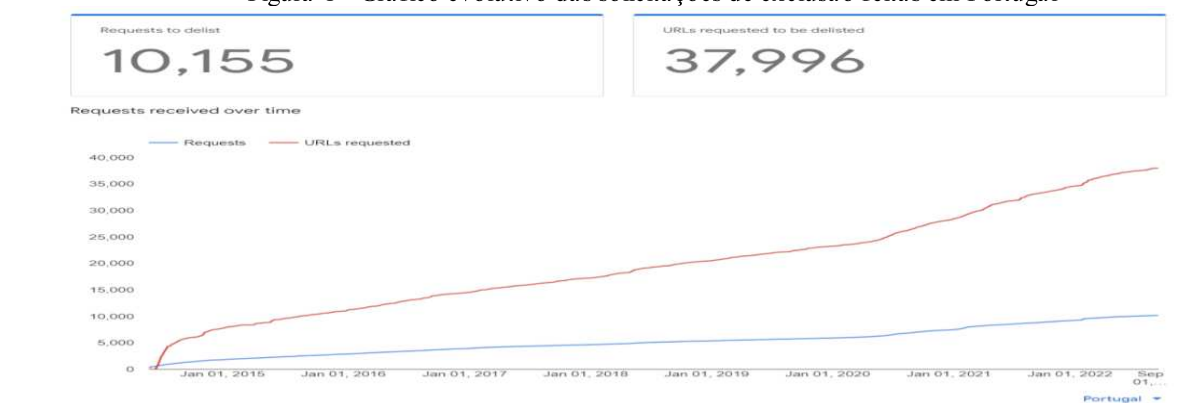
¹⁷⁴ Vista geral do direito ao esquecimento. [Em linha]. [Consult. 03 Out. 2022]. Disponível em <https://support.google.com/legal/answer/10769224?hl=pt>

¹⁷⁵ TRANSPARENCY Report – [Em linha] [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en>.

¹⁷⁶ Localizador Uniforme de Recursos, em tradução livre.

Ainda de acordo com o Relatório da Transparência, em Portugal foram apresentados aos operadores dos motores de busca 10.155 (dez mil, cento e cinquenta e cinco) pedidos de exclusão de dados e 37.996 (trinta e sete mil e novecentos e noventa e seis) solicitações de exclusão de URLs, conforme gráfico¹⁷⁷ abaixo:

Figura 1 - Gráfico evolutivo das solicitações de exclusão feitas em Portugal



Fonte dos dados: GOOGLE

Na esteira do caso Google Spain e Mario Costeja González, outros surgiram e seus julgamentos consolidaram, no âmbito da Comunidade Europeia, o entendimento no sentido de reconhecer a competência dos operadores de motores de busca em apagar ou retificar os dados contidos nos conteúdos informativos decorrentes de pesquisas em seus sites, destacando-se aqui o caso GC e outros vs. Comissão Nationale de L’Informatique e des Libertés-CNIL (Processo C-136/17)¹⁷⁸, no qual se afirmou que “(...) o operador de um motor de busca é obrigado a deferir um pedido de supressão de referências relativo a hiperligações que conduzem a páginas web, nas quais figuram essas informações, quando essas informações digam respeito a uma fase anterior do processo judicial em causa e já não correspondem, após o decurso deste, à situação atual, quando tenha sido constatado, no âmbito da verificação dos motivos de interesse público importante visados no artigo 8.º, n.º 4, da referida diretiva, que, atendendo a todas as circunstâncias do caso concreto, os direitos fundamentais da pessoa em causa, garantidos pelos artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, prevalecem sobre os

¹⁷⁷TRANSPARENCY Report – [Em linha] [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en&requests_over_time=country:PT&lu=requests_over_time.

¹⁷⁸ ILESIC, Marko Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) no processo C-136/17, julgado em 24 de setembro de 2019. [Em linha]. [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218106&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1156107>.

dos internautas potencialmente interessados, protegidos pelo artigo 11º da mesma Carta.(...)”¹⁷⁹. Esse posicionamento unânime aniquila, por completo, a alegação de que inexistente tratamento dos dados pelos operadores de busca.

Já no julgamento do processo C-507/17, o TJUE estipulou o âmbito territorial em que deve ser realizada a supressão pelo operador do motor de busca, com base na Diretiva 95/46/CE e no posterior Regulamento 2016/679. Nesta oportunidade, o Tribunal reconheceu que este direito pode não existir ou é tratado de forma diferente em diversos Estados terceiros que não são membros, motivo pelo qual não há como impor que seja efetuada a supressão em todas as versões do seu motor, declarando que “(...) quando aceita um pedido de supressão de referências ao abrigo destas disposições, o operador de um motor de busca não tem de efetuar essa supressão de referências em todas as versões do seu motor, devendo fazê-lo nas versões deste que correspondem a todos os Estados-Membros (...)”¹⁸⁰

Em posição diametralmente oposta, os Tribunais brasileiros vêm, reiteradamente, decidindo pela irresponsabilidade dos sites de busca no tocante aos dados por eles disponibilizados em rede.

No julgamento do Recurso Especial 1.771.911/SP¹⁸¹, foi decidido, por unanimidade, que os provedores de pesquisa não estão obrigados a desindexar dos resultados das buscas os conteúdos lesivos aos direitos da personalidade dos indivíduos ali mencionados. O fundamento para tal posicionamento reside na natureza jurídica dos provedores de pesquisa, tendo a Turma julgadora decidido que “(...) o provedor de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar

¹⁷⁹ ILESIC, Marko Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) no processo C-136/17, julgado em 24 de setembro de 2019. [Em linha]. [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218106&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1156107>.

¹⁸⁰ ILESIC, Marko Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) no processo C-507/17, julgado em 24 de setembro de 2019. [Em linha]. [Consult. 16 Nov. 2022]. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=809651>.

¹⁸¹ ANDRIGHI, Nancy Relat. – Acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro no Recurso Especial n.º 1.771.911/SP, julgado em 16 de março de 2021. [Em linha]. [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=122672094&nu_m_registro=201802611867&data=20210426&tipo=91&formato=PDF.

links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. (...)”¹⁸².

Igual entendimento foi proferido no julgamento do Recurso Especial n.º 1316921/RJ¹⁸³, interposto pelo Google Brasil Internet Ltda e tendo como requerida Xuxa Meneghel, famosa apresentadora no Brasil. A questão se circunscreve à indexação de um filme ao nome da recorrida que, à época de sua edição - 1982, não teve maiores repercussões nem acesso ante a dificuldade de se obter cópias dele, e que a apresentadora aparecia em cenas de sexo com um menor de idade. No entanto, a apresentadora se tornou famosa para o público infantil e esse filme passou a aparecer nas buscas de pesquisa indexado ao nome dela. Ainda por força do filme, o nome da apresentadora infantil aparecia relacionado aos conteúdos relativos à pedofilia, nos provedores de pesquisa. Por tais razões, a apresentadora ajuizou ação judicial com a finalidade de fazer cessar essas indexações, argumentando que estaria sofrendo prejuízos em sua esfera pessoal e profissional, uma vez ser inaceitável que uma “suposta pedófila” desenvolva sua carreira com sucesso junto ao público infantil. A questão foi resolvida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que afirmou que “(...) os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da URL da página onde este estiver inserido (...)”¹⁸⁴.

Em verdade, os julgamentos analisaram a atividade desenvolvida pelos provedores de pesquisa e entenderam que eles são apenas facilitadores das pesquisas feitas pelos internautas, eis que se limitam a indicar links, concluindo que eles não realizam qualquer tipo de tratamento de dados, e por tal motivo, não possuem a responsabilidade pela exclusão dos mesmo.

Em que pese esse entendimento, perfilha-se aqui o entendimento europeu de que os operadores dos motores de busca realizam verdadeiro tratamento dos dados. De acordo com a análise feita pelos juristas Gilberto Silvestre e Nauani Benevides, os provedores de pesquisa “(...) desempenham uma função essencial de organização da informação disponível na rede e de facilitar o acesso a ela. (...) Em regra, o sistema de funcionamento de um motor de busca,

¹⁸² ANDRIGHI, Nancy Relat. – Acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro no Recurso Especial n.º 1.771.911/SP, julgado em 16 de março de 2021. [Em linha]. [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=122672094&nu_m_registro=201802611867&data=20210426&tipo=91&formato=PDF.

¹⁸³ ANDRIGHI, Nancy Relat. – Acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro no Recurso Especial n.º 1.316.921/RJ, julgado em 26 de junho de 2012. [Em linha]. [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=23036842&nu_m_registro=201103079096&data=20120629&tipo=51&formato=PDF

¹⁸⁴ *Idem* – *Ibidem*.

assim como o Google, baseia-se em quatro etapas: recolha, armazenamento, indexação e ordenação, e apresentação. (...)”¹⁸⁵.

Ao percorrer essas quatro etapas, os dados ganham novos contornos ao serem indexados a outros conteúdos e, com isso, produzem informações novas. Esse caminho é realizado por algoritmos, especialmente formatados para a atividade de disponibilização da pesquisa, fato que demonstra a total ciência das empresas de pesquisa de que sua atividade proporciona a produção de conteúdos novos. Conclui-se, então, que nessa seara há efetivo tratamento de dados, não podendo os operadores de motores de pesquisa serem isentos de qualquer responsabilidade, até porque toda atividade empresarial proporciona um risco e, neste caso, ele reside na eventual violação de direitos da personalidade. Pode-se, então, afirmar ser dever do operador da pesquisa suprimir determinados dados que se afigurem ofensivos aos direitos da personalidade.

A se manter o posicionamento conservador em contrário, estar-se-ia negando proteção ao próprio direito ao esquecimento.

O direito de apagamento dos dados pessoais (*right to erasure*), previsto no artigo 17, 1 e 2¹⁸⁶ da RGPD, é muitas vezes tratado pelos juristas como o direito ao esquecimento na rede, entretanto o regulamento os trata de maneira distinta. Pode-se observar que, em seu n.º 1, há a regulamentação do direito ao apagamento dos dados propriamente dito, enquanto o n.º 2 trata de um suposto direito ao esquecimento.

O direito ao apagamento dos dados, segundo esta estrutura, pode ser definido como o direito que o titular tem de exigir do responsável pelo tratamento o apagamento de suas informações pessoais, toda vez que houver a incidência de um dos motivos elencados nas alíneas do referido artigo que, basicamente, protegem o consentimento, o interesse legítimo e a finalidade, na medida que a falta de um desses requisitos, por si só, é fundamento suficiente para a ensejar a exclusão dos dados.

De acordo com o n.º 2 do supramencionado dispositivo, verifica-se que o legislador entendeu o direito ao esquecimento a partir da incapacidade do responsável pelo tratamento originário de alcançar todos os locais virtuais que, eventualmente, o dado tenha circulado, e,

¹⁸⁵ SILVESTRE, Gilberto F.; BENEVIDES, Nauani S. – *Op. Cit.* p. 102.

¹⁸⁶ REGULAMENTO Geral de Proteção de Dados n.º 2016/679. **Jornal Oficial da União Europeia** (04/05/16) – [Em linha]. [Consult. 30 Set. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:02016R0679-20160504>.

por tal razão, autoriza que ele comunique aos outros responsáveis pelo tratamento que houve a solicitação de apagamento.

Segundo Menezes Cordeiro, “(...) O direito ao esquecimento surge como um reconhecimento da insuficiência do apagamento dos dados pelo responsável pelo tratamento originário, em face das especificidades da Internet. Como é notório, o simples facto de se apagar uma determinada informação de um sítio não significa que ele tenha sido apagado de toda a Internet. (...)”¹⁸⁷.

A definição legal contida na RGPD para o direito ao esquecimento revela a dificuldade que a sociedade da informação, em um mundo globalizado, impõe à regulamentação e efetivação deste direito. A velocidade como os dados são transmitidos pode, apesar da disposição legal, tornar difícil ou mesmo impossível o apagamento dos dados. Porém, não há como ignorar a necessidade de tutela desse direito ou pelo menos o esforço em tutelá-lo diante das inúmeras tecnologias que surgem, a cada minuto, para viabilizar a propagação de dados e a informação em tempo real.

Importante apontar que, da análise do dispositivo legal, verifica-se que somente compete ao responsável originário pelo tratamento dos dados promover o apagamento dos dados e comunicar aos demais responsáveis que houve essa solicitação por parte do titular, toda vez que ele tiver tornado público os dados de terceiros. Interessante notar que a norma não obriga o responsável originário a garantir o apagamento das informações pelos demais responsáveis pelo tratamento dos dados, em franco reconhecimento, ainda que implícito, da dificuldade que o mundo digital impõe ao esquecimento.

O apagamento e o esquecimento dos dados na rede exigem o enfrentamento de inúmeros desafios, estando muito incipiente o desenvolvimento do Direito neste campo. Os novos mecanismos, práticas, contratações, entre outros atos que podem emergir das necessidades digitais deverão ser observar, de igual forma, os princípios que já estão sendo adequados a um novo olhar: o da sociedade digital.

E assim deve ser, pois os dados são um prolongamento da personalidade humana no âmbito da internet e estão diretamente relacionados à autonomia individual, fato que autoriza o indivíduo a decidir sobre o que deve ou não ser disponibilizado a seu respeito na sociedade digital.

¹⁸⁷ CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Op. Cit.* p. 275.

CONCLUSÕES

A constitucionalização dos direitos da personalidade trouxe à baila a discussão acerca da existência de uma tutela geral da personalidade, como forma de abrigar direitos que não possuíam assento nas Constituições ou em leis infraconstitucionais, autorizando assim o reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito fundamental autónomo.

Primeiramente, entendido como uma faceta do direito à privacidade, hoje é amplamente reconhecida sua autonomia e importância para o regular desenvolvimento dos atributos do ser humano. É necessário que sejam esquecidos fatos ocorridos no passado pela ausência de influência na atualidade, merecendo serem ressaltados apenas aqueles fatos que compõem a história das sociedades pela estima que possuem na construção da memória social.

Sempre tendo em vista o desenvolvimento humano, a aceitação de um direito ao esquecimento passou por um amplo debate doutrinário e jurisprudencial que solveu aparente conflito entre ele e os direitos à liberdade de expressão e à informação, tão caros à sociedade que pretende viver em um Estado Democrático de Direito. Com isso, o estudado direito se firmou na maioria dos ordenamentos jurídicos existentes.

Da análise dos acórdãos colacionados nesse trabalho, verifica-se que as primeiras decisões tiveram como desfecho a proteção da privacidade e do esquecimento em detrimento de outros direitos de igual envergadura, como uma forma de evitar que a pessoa revivesse momentos ruins que residiam no passado e que não teriam qualquer utilidade no momento presente. A se pensar o contrário, as notícias desabonadoras poderiam causar outros prejuízos ao autor do fato pretérito. A conclusão a que se chega, a partir da jurisprudência firmada nesse tema, é que para uma jornada de vida saudável é imperioso que sejam esquecidos fatos passados desabonadores. Com isso, o indivíduo pode retomar o curso de sua trajetória para, em um processo dinâmico e fortalecido pelo reconhecimento de seus direitos fundamentais, alcançar a plenitude da vida justa.

No entanto, com a evolução dos meios de comunicação em massa, incrementada pelo avanço tecnológico contínuo, profundas mudanças ocorreram na forma de pensar e de se relacionar dos indivíduos, formando, assim, um novo modelo social.

O advento da internet alterou assustadoramente a realidade, tornando possível viajar sem sair de casa, conhecer novas culturas, reencontrar pessoas supostamente desaparecidas, amigos de infância e conhecidos, em uma velocidade incrível. Foi viabilizado saber da vida de todos através das redes sociais que proporcionam um “jornal” instantâneo denominado *feed* de

notícias. O jornal em papel, a carta, o telefone, o rádio perderam seu protagonismo para o jornal eletrônico e os *podcasts*, o *e-mail*, as mensagens instantâneas, os telefones celulares, entre tantos outros novos meios de comunicação que fazem chegar ao interessado o máximo de informação possível na hora solicitada. O indivíduo saiu da posição passiva e assume um importante protagonismo na formação de sua história pessoal, eis que passa a interagir diretamente com os meios de comunicação e a fornecer seus dados na rede, passando a integrar a sociedade digital. Não existe nada mais cobiçado, atualmente, como a informação em tempo real, tendo virado *slogan* a frase “Informação é Poder”.

A informação passou a ser o “novo petróleo” e a sociedade foi apelidada de sociedade da informação. Se é certo que com ela vieram muitas facilidades, é, de igual forma, necessário reconhecer algumas mazelas.

A preocupação com a informação e o seu tratamento passou a ser o eixo central de toda discussão jurídica, na medida em que dado cru (*data raw*) inserido em rede pouco valor possui, mas, ao ser combinado com outros dados, passa a ser matéria prima de muito valor para a economia digital: a informação. A preservação da autonomia da pessoa, em relação ao destino e a manutenção de suas informações na rede mundial de computadores, fez surgir sérias apreensões no que concerne ao efetivo apagamento dos dados quando de sua discordância e, via de consequência, questiona-se a existência e permanência de um direito ao esquecimento no ordenamento jurídico da maioria das sociedades ocidentais.

Por essa razão, a comunidade europeia editou Diretivas e, posteriormente, o RGPD, tendo o Brasil caminhado na mesma direção ao apresentar a LGPD. Esses diplomas legais nasceram com a finalidade precípua de regulamentar o tratamento de dados, tendo a previsão para o seu apagamento, fortalecendo assim a posição jurídica e subjetiva do titular no que concerne à defesa de seus direitos da personalidade e, de igual forma, mantém vivo o direito ao esquecimento numa sociedade globalizada.

Sem dúvida alguma, nessa nova era, a memória digital será o grande desafio para a concretização do direito ao esquecimento, pois a informação quando inserida em rede pode percorrer diversos caminhos e alcançar locais não imaginados pelo titular dos dados, o que dificulta seu apagamento, em que pesem as legislações protetivas e a evolução das decisões judiciais proferidas no âmbito dos países da comunidade europeia, que amplamente reconhecem a responsabilidade dos *sites* de busca pela desindexação de informações, por exemplo.

No Brasil, permanece vivo o debate quanto à essa questão, sendo que o entendimento predominante afasta qualquer responsabilização dos *sites* de busca pela veiculação de informações, por entenderem que tais empresas não promovem o tratamento de dados.

Esse entendimento enfraquece o reconhecimento e a aplicação do direito ao esquecimento na atualidade, o que deve ser objeto da atenção da comunidade jurídica, na medida em que qualquer retrocesso pode ocasionar eventual violação de direito fundamental da pessoa humana.

A era da informação e da revolução tecnológica/digital, no mundo globalizado, provocou uma revisão profunda em diversos conceitos, sobretudo nos referentes à memória, tempo e lugar, impondo uma modernização do Direito.

O direito ao esquecimento encontra guarida na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, no entanto, sua efetivação vem encontrando obstáculos na tecnologia que, ao avançar de modo exponencial, demonstra que a rede não esquece.

Se o mundo não puder mais falar de um direito ao esquecimento em razão de eventual incapacidade técnica e jurídica de lidar com a memória digital, deve-se, pelo menos, começar a falar de um direito ao recomeço. A pessoa merece; o mundo também.

FONTES DOCUMENTAIS

ABRAMS vs. UNITED STATES - [Em linha]. [Consult. em 08 de julho de 2022]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616>.

ANDRIGHI, Nancy Relat. – Acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro no Recurso Especial n.º 1.771.911/SP, julgado em 16 de março de 2021. [Em linha]. [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122672094&num_registro=201802611867&data=20210426&tipo=91&formato=PDF.

_____, Relat. – Acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro no Recurso Especial n.º 1.316.921/RJ, julgado em 26 de junho de 2012. [Em linha]. [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23036842&num_registro=201103079096&data=20120629&tipo=51&formato=PDF.

_____, Relat. - Voto no Recurso Especial n.º 1.726.270/BA, julgado em 27 de novembro de 2018. [Em linha] [Consult. 25 setembro 2022] – Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86376636&num_registro=201703025040&data=20190207&tipo=91&formato=PDF.

ARAÚJO, Raul Relat. Acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro no Recurso Especial n.º 1.325.938/SE, julgado em 23 de agosto de 2022. [Em linha]. [Consult. 29 setembro 2022] – Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=159495711&num_registro=201201110025&data=20220831&tipo=51&formato=PDF.

BARROSO, Luis Roberto Relat. - Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no Recurso Extraordinário n.º 845.779/SC, julgado em 13/11/2014. [Em linha]. [Consult. em 24 Out. 2022]. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral7101/false>.

BÜRGERLICHES GESETZBUCH. [Em linha] - [Consult. 06 mar. 2022] - Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3497.

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia – [Em linha] [Consult. em 15 de junho de 2022] - Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

CÓDIGO Civil Brasileiro – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Seção 1 (11/1/2002), p. 1. [Em linha] [Consult. em 15 de junho de 2022] - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

CÓDIGO Civil Português - Decreto-Lei nº 47344, de 25 de novembro de 1966. Diário da República, Série I. [Em linha]. Nº 274 (25/11/1966). [Consult. em 21 setembro 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>.

CÓDIGO Penal Brasileiro – Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Seção 1 (31/12/1940), p. 23911. [Em linha] [Consult. em 15 de junho de 2022] – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

COMISSÃO de Assuntos Europeus da Assembléia Da República - Tratado de Lisboa - versão consolidada. Lisboa: Divisão de Edições da Assembléia da República, 2008. ISBN 978-972-556-467-7. p.20. [Em linha]. [Consult. 08 de julho de 2022]. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf.

CONSELHO da Justiça Federal. [Em linha]. [Consult. em 17 julho 2022]. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>.

CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos da América – [Em linha] [Consult. em 09 de julho de 2022] – Disponível em <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Seção 1 (05/10/1988) – [Em linha] [Consult. em 15 de junho de 2022]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Diário da República, Série I. [Em linha]. Nº 86 (10-04-1976). [Consult. 28 de set. 2020]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos - [Em linha] [Consult. 08 de julho de 2022] Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem – [Em linha] [Consult. 15 de junho de 2022] – Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf.

COSTA, Joana Fernandes Relat. –Acórdão do Tribunal Constitucional Português, com o nº 151/2022, de 17 de fevereiro de 2022. [Em linha]. [Consult. 06 mar. 2022] – Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220151.html>.

DANWITZ, Thomas Von Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos processos apensos C-293/12 e C-594/12, julgados em 8 de abril de 2014. [Em linha] [Consult. 16 Nov. 2022] Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=808722>.

_____, Relat. - Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Segunda Secção) no processo C-61/19, julgado em 11 de novembro de 2020. [Em linha] [Consult. 16 nov. 2022] - Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=233544&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=806529>.

DECLARAÇÃO dos Direito do Homem e do Cidadão – [Em linha] [Consult em 04 de junho de 2022] - Disponível em <https://maisliberdade.pt/biblioteca/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao>.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos – [Em linha] [Consult. em 15 de junho de 2022] - Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

DIRECTIVA 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Jornal Oficial da União Europeia (23/11/95) [Em linha]. [Consult. em 19 de junho de 2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>.

DIRETIVA 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Jornal Oficial da União Europeia (31/07/02) [Em linha] [Consult 3 Out. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32002L0058>.

ÉDITIONS PLON vs. FRANCE (58148/00). [Em linha] [Consult. 22 setembro 2022] – Disponível em <https://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/jurisprudence/european/CASE%20OF%20C3%89DITIONS%20PLON%20v.%20FRANCE.doc>.

EDWARD, D. A. O. Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo C-101/01, julgado em 06 de novembro de 2003. [Em linha] [Consult. 16 nov. 2022] -

- Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48382&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=795110>.
- ENUNCIADOS nº 531 e 576 do Conselho da Justiça Federal. [Em linha]. [Consult. em 17 julho 2022]. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>.
- FAIR Credit Reporting Act 15 U.S.C §1681. [Em linha]. [Consult. em 17 de junho de 2022]. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/statutes/fair-credit-reporting-act/545a_fair-credit-reporting-act-0918.pdf.
- GRUNDGESETZ – [Em linha]. [Consult. 15 nov. 2022]. Disponível em https://www-gesetze-im-internet-de.translate.google.com/art_5.html?_x_tr_sl=de&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc.
- ILESIC, Marko Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) no processo C-507/17, julgado em 24 de setembro de 2019. [Em linha]. [Consult. 16 Nov. 2022]. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=809651>.
- _____, Relat. - Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) no processo C-136/17, julgado em 24 de setembro de 2019. [Em linha]. [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218106&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1156107>.
- _____, Relat. - Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) no processo C-131/12, julgado em 13 de maio de 2014. [Em linha]. [Consult. 3 Out. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>.
- LEI nº 9.296/1996. Diário Oficial da União (25/7/1996), p. 13757. [Em linha] [Consult. em 15 de junho de 2022] - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm.
- LEI nº 13.709/2018. Diário Oficial da União (15/08/2018), p. 59. [Em linha] [Consult. 30 setembro 2022] – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm.
- LEWANDOWSKI, Ricardo Relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6587, de 17 de Dezembro de 2020. [Em linha]. [Consult.

- 06 de mar. 2022] – Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=.pdf>.
- _____, Relat. - Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS, julgado em 13 de agosto de 2015. [Em linha]. [Consult. 24 Out. 2022] – Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336550/false>.
- LUCIA, Carmen Relat. Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4815/DF, julgado em 10 de junho de 2015. [Em linha] [Consult. 25 setembro 2022] – Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>.
- LYCOURGOS, Constantinos Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Secção) no processo C-673/19, julgado em 24 de fevereiro de 2021. [Em linha] [Consult. 16 nov. 2022] - Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238142&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=807676>.
- MACHETE, Pedro Relat. - Acórdão do Tribunal Constitucional Português, com o n.º 225/2018, de 24 de abril de 2018. [Em linha]. [Consult. 06 mar. 2022] – Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>.
- MELVIN vs. REID – [Em linha] [Consult. em 18 de junho de 2022] - Disponível em: <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>.
- NOGUEIRA, Roque Relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º 1454/09, julgado em 31 de janeiro de 2017. [Em linha]. [Consult. 21 set. 2022] - Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/86faf8fbfc94eda5802580b9004dc55d?OpenDocument>.
- PACTO Internacional dos Direitos Civis e Políticos - [Em linha]. [Consult. em 08 de julho de 2022]. Disponível em: https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf.
- ROSAS, A. Relat. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Segunda Secção) no processo C-345/17, julgado em 14 de fevereiro de 2019. [Em linha] [Consult. 16 nov. 2022] - Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210766&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=804587>

REGULAMENTO Geral de Proteção de Dados n.º 2016/679. Jornal Oficial da União Europeia (04/05/16) – [Em linha]. [Consult. 30 Set. 2022]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:02016R0679-20160504>.

REGULAMENTO n.º. 2018/1725 do Parlamento Europeu e do Conselho. Jornal Oficial da União Europeia (23/10/18) – [Em linha]. [Consult. em 30 setembro 2022] – Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=CELEX:32018R1725>.

RIBEIRO, Lino Rodrigues Relat. - Acórdão do Tribunal Constitucional Português, com o nº 403/2015, de 27 de agosto de 2015. [Em linha]. [Consult. 16 nov. 2022] – Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html>.

SALOMÃO, Luis Felipe Relat. – Acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro no Recurso Especial n.º 1.334.097/RJ, julgado em 28 maio 2013. [Em linha]. [Consult. em 16 Abril 2022]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF.

_____, Relat. - Acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro no Recurso Especial n.º 1.335.153/RJ, julgado em 28 maio 2013. [Em linha]. [Consult. em 17 julho 2022]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF.

SALIYEV vs. RUSSIA (35016/030). [Em linha] [Consult. 22 setembro 2022] – Disponível em <https://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/jurisprudence/european/ECHR%20Saliyev%20v%20Russia.doc>.

SIDIS vs. F R PUBLICSHING CORPORATION – [Em linha] [Consult em 18 de junho de 2022] – Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-sidis-v-f-r-pub-corp>.

TRATADO sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia (07/06/2016) [Em linha]. [Consult 29 setembro 2022]. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/D_OC_3&format=PDF.

WEBER, Rosa Relat. Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no referendo da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387/DF, julgada

em 07 de maio de 2020. [Em linha] [Consult. 25 setembro 2022] – Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436273/false>.

_____, Relat. - Acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no Recurso Extraordinário n.º 1.382.650/DF, julgado em 26 de Setembro de 2022. [Em linha]. [Consult. 29 setembro 2022] – Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur470354/false>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. – Kiel: Suhrkamp Verlag, 1986. ISBN 978-85-392-00073-3.
- _____- **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, ISBN 978-85-7420-872-5.
- ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito da Internet e da sociedade de informação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. ISBN 9788530915254.
- AQUINO, Rubim Santos Leão de - **História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais**. 51ª impressão. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2010. ISBN 978-85-99868-20-1.
- BARROSO, Luís Roberto - Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**. [Em linha]. Teresina, ano 10, nº 851, 1 nov. 2005, ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. [Consult. 10 mar. 2022].
- _____- O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto. **A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**. [Em linha]. Belém: ESPM-PA, Vol.1, n. 1, nov. 2008, ISSN: 1984-1035. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=837168> [Consult. 10 mar. 2022].
- BITTAR, Carlos Alberto - **Os direitos da personalidade**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 9788502208278.
- BOBBIO, Norberto – **A Era dos Direitos**. 20ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 85-352-1561-1.
- CASTELLS, Manuel – **A sociedade em rede** – Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002. ISBN 8521903294.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, ISBN 978-972-40-2106-5.
- CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil**. 4ª ed., reformulada e actualiz. Lisboa: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4776-8.

- _____. - **Direito da Proteção de Dados** – Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020. ISBN 9789724083049.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da - **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN 9788544213339.
- DIAS, Patrícia Cardoso. Proteção de dados pessoais no contexto da pandemia provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2: aspetos ético-jurídicos relevantes da proteção de dados de saúde no âmbito da emergência de saúde pública. **Revista Julgar Online**. [Em linha]. [sl], jan. 2021. ISSN 2183-3419. Disponível em <http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/>
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson - **Direito Civil. Teoria Geral**. 8ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. ISBN 9788537506387.
- FEDERAL Trade Commission – **Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability**. [Em linha] [Consult 30 setembro 2022] Disponível em <https://www.ftc.gov/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014>.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 6ªed. revista e atualizada. Curitiba:Positivo, 2004. ISBN 978-85-7472-416-4.
- FRAJHOF, Isabella Z. – **O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias**. São Paulo: Edições Almedina, 2019. ISBN 978-85-8493-444-7.
- FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato - **A lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda, 2019. ISBN 9786550654399.
- GLANCY, Dorothy J. **The Invention of the Right to Privacy**. [Em linha]. [Consult. em 5 nov. 2022]. Disponível em <https://law.scu.edu/wp-content/uploads/Privacy.pdf>
- GOMES, Orlando - **Introdução ao direito civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. ISBN 978-85-309-2582-6.
- GONÇALVES, Diogo Costa - **Pessoa e Direitos da Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela**. Coimbra: Edições Almedina, 2008. ISBN 978-9724032962.

- HESSE, Konrad - **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução do original alemão para o espanhol de Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Editorial Civitas, 1995, ISBN 8447006328.
- JAPIASSÚ, Hilton, Danilo Marcondes – **Dicionário Básico de Filosofia**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2008. ISBN 978-85-7110-095-4.
- LIMBERGER, Têmis. Informação em Rede: uma comparação da Lei de Proteção de dados pessoais e o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu – Em: **Direito Digital: Direito Privado e Internet** – 2.ª ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. ISBN 9788582423479.
- LÔBO, Paulo - **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 9788502626751.
- MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da Internet: um primeiro passo para uma teoria geral do Direito Digital. Em: **Direito Digital – Direito Privado e Internet** – 2.ª ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2019. ISBN 9788582423479.
- MARTINS, Leonardo – **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. Volume 1. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2018. ISBN 978-85-7504-213-7.
- MARTINS, Marcelo Guerra. Análise Econômica do Direito na Sociedade de Informação. Em: **O Direito na Sociedade da Informação IV**. Coimbra: Edições Almedina, 2020. ISBN 9788584936229.
- MCCRUIDDEN, Christopher - **Dignidade Humana e Interpretação judicial dos direitos humanos. European Journal of International Law**. [Em linha]. Volume 19, Edição 4 (01/09/2008), P. 655–724. [Consult. 15 nov. 2022]. Disponível em <https://doi.org/10.1093/ejil/chn043>.
- MIRANDA, Jorge – **Direitos Fundamentais**. Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-687-1
- _____. - **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo II, 6.ª edição, 2007, ISBN 978-972-32-2168-8.
- MIRANDA, Roberta Drehmer de - **Algumas notas sobre a ‘Constitucionalização’ do Direito Privado**. [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/7041/4257/31083>. [Consult. 08 mar. 2022].

- MORAES, Maria Celina Bodin de – **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. ISBN 978-857147-898-5.
- NADER, Paulo – **Introdução ao estudo do direito**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5204-4.
- NOVAIS, Jorge Reis – **A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais**. Vol.I. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6157-2.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano - **A cidadania social na Constituição de 1988. Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. ISBN 9788561996031.
- O'MAHONY, Conor – There is no such a thing as a right to dignity. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 10, p. 551–574. Publicado: 30 March 2012 . [Em linha]. [Consult. 15 nov. 2022]. Disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mos010>.
- PASQUALE, Frank - **The black box society: The secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015
- PERLINGIERI, Pietro - **Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**, tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª. ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002. ISBN 9788571476042.
- PINHEIRO, Patrícia Peck - **Direito Digital**. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. ISBN 9786555598438.
- QUEIROZ, Cristina M.M. – **Direitos Fundamentais: Teoria Geral** – 2ª ed. Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1824-4.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão do. O direito a ser esquecido. **Revista Do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, set./dez. 2017, p. 122. ISSN 1982-9957. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11367>.
- SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHREIBER, Anderson – **Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão**. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020. ISBN 9788582420308.
- SILVESTRE, Gilberto F.; BENEVIDES, Nauani S. – O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento – Análise comparativa entre Brasil e Europa. **Revista de Direito Privado**.

- [sl]: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. Ano 17, n.º 70 (outubro 2016). ISSN 1517-6290.
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 972-32-0677-3.
- STRECK, Lenio Luiz - **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, ISBN 8530919157.
- TEPEDINO, Gustavo - **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. ISBN 8571474273.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; coordenação Anderson Schreiber, Carlos Nelson Konder - **Direito Civil Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-85-970-0354-3.
- VALLADÃO, Haroldo – **História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro**. 4.^a ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1980.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis – **The Right to Privacy**. [Em linha] [Consult. em 05 de junho de 2022] – Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>.
- WHITMAN, James Q. - **The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty** – [Em linha]. [Consult. em 15 de junho de 2022] – Disponível em https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/5038/The_Two_Western_Cultures_of_Privacy___Dignity_versus_Liberty.pdf;jsessionid=368C0AAE81E1329516782FBE571A1902?sequence=2.