

DIREITO AO ESQUECIMENTO: uma Investigação sobre os Sistemas Jurídicos Português e Brasileiro

Daniel Blume Pereira de Almeida¹

RESUMO: abordaremos, neste artigo, o tema Direito ao Esquecimento. Como diriam os norte-americanos, “direito de ser deixado em paz”, bem como os direitos e garantias fundamentais, assim como os direitos da personalidade, entre eles, o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. Diante de uma sociedade de informação, como impedir que fatos passados pelos veículos de informação possam vir à tona a qualquer tempo? O Direito ao Esquecimento é um direito personalíssimo. Todo cidadão tem o direito de resguardar qualquer comportamento que lhe remeta a algum tipo de arrependimento. Decorre do Direito à privacidade, à intimidade. Porém a utilização do Direito ao Esquecimento tem que vir paralelamente ao uso do direito à informação, indispensável para o desenvolvimento da sociedade e do próprio homem. Com efeito, é mister ponderar tais valores, caso a caso, para que não haja conflito de direitos, mas sim a harmonização do sistema constitucional. Este tema será abordado sob o referencial teórico oriundo das ideias de Dotti (2009); Consalter (2017) que tratam mais diretamente do Direito ao Esquecimento. Analisaremos o tratamento legal do Brasil e de Portugal, para responder, parcialmente, neste artigo, se Portugal e Brasil levam em consideração o Direito ao Esquecimento relacionado ao princípio da dignidade e ao direito da personalidade e se, nesse tratamento, aplicam o princípio da Ponderação.

ABSTRACT: *we will address the Right to Forbearance theme, as the Americans would say "the right to be left alone", as well as the fundamental rights and guarantees, as well as the rights of the personality, including the right to privacy, privacy, honor and the image. In the face of an information society, how can we prevent the events of information vehicles from surfacing at any time? The Right to Forgetfulness is a very personal and unavailable right, every citizen has the right to protect any behavior that sends him some kind of repentance. It comes from the right to privacy, to intimacy. However, the use of the right to oblivion has to go hand in hand with the use of the right to information, which is indispensable for the development of society and of man himself. In fact, it is necessary to consider these values on a case-by-case basis so that there is no conflict with the use of rights, but with the harmonization of the constitutional system.*

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1-DIREITO AO ESQUECIMENTO; 2- A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA; 3- TRATAMENTO LEGAL EM PORTUGAL E NO BRASIL; 4 -A PONDERAÇÃO COMO ELEMENTO DA PROPORCIONALIDADE: CATEGORIA DE ANÁLISE DOS TRATAMENTOS LEGAIS EM PORTUGAL E NO BRASIL 5 – CASOS CONCRETOS DE APLICABILIDADE JURÍDICA: UM ESPAÇO PARA O COMPARATIVO ENTRE PORTUGAL E BRASIL 6. CONCLUSÃO; 7. REFERÊNCIAS.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Dignidade. Direito ao Esquecimento. Ponderação. Sistemas Jurídicos Português e Brasileiro.

¹ Advogado, Procurador do Estado do Maranhão, Membro do TRE-MA.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo delinear o Direito ao Esquecimento como garantia da dignidade da pessoa humana, assim como dos direitos da personalidade, sobretudo na sociedade mediada pelas tecnologias.

Bem pontua Zilda Mara Consalter que, nos dias atuais, vive-se em um mundo que suscita e provoca o resgate da memória a todo o tempo. Nele, os homens são submetidos a permanente exposição de fatos e atos pretéritos, dando-se a impressão de que é até pecaminoso esquecer algo². Exatamente nesta quadra da história que emerge a discussão acerca do Direito ao Esquecimento. Afinal, não somos nada além daquilo de que nos lembramos (Bobbio).

No Estado Democrático de Direito, sua aplicação deverá ter o cuidado necessário, haja vista o caso concreto, pois sua interpretação pode vir a colidir com a liberdade de informação e expressão. Outro ponto a ser levantado é a importância histórica do método de ponderação como elemento da proporcionalidade descrita pelo jurista Robert Alexy. O tema envolve também a defesa do cidadão contra a invasão de privacidade nas mídias sociais, no mundo virtual que se agiganta na sociedade atual.

Na primeira parte do trabalho, falaremos do Direito ao esquecimento e sua aplicabilidade como Direito da Personalidade, centrando a Dignidade como conceito desencadeador.

Na segunda parte do trabalho, o que entra em destaque é o Direito ao Esquecimento em si, seu conceito, seu aspecto legal e jurisprudencial.

Outro ponto importante é a abordagem do Direito ao Esquecimento versus a Liberdade de Informação e Expressão, vinculado a princípios orientadores da coletividade.

Nesse contexto, não podemos deixar de abordar a consagração da internet diante da sociedade globalizada.

Por fim, faremos um estudo comparado que ressalta o Direito ao Esquecimento em Portugal e no Brasil a partir de casos de repercussão e seus critérios de ponderação.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO

O Direito ao Esquecimento faz parte do Estado Democrático de Direito que incorpora, por ser Democrático, a ideia de pessoa e o direito da personalidade, fundamental à possibilidade de ressocialização, por exemplo, de um ex-presidiário. É uma esfera do Direito estritamente ligada à dignidade humana, cada vez mais discutida no mundo onde as tecnologias são estigmatizadoras das pessoas por grandes ou por pequenos delitos.

Os danos decorrentes das novas tecnologias de informação têm-se acumulado. O Direito ao Esquecimento possui sua gênese histórica/fática no âmbito das condenações criminais. Nasce como parte importante do direito do ex-presidiário à ressocialização. Assegura a discussão acerca do uso que é dado aos fatos pretéritos, no que tange especificamente ao modo/finalidade com que são lembrados. Tal raciocínio pode também ser aplicado quando, por exemplo, apesar de o Estado ter terminado a investigação do fato delituoso, o suspeito permanecer sofrendo consequências danosas advindas de informação jornalística mantida na rede mundial de computadores.

² CONSALTER, Zilda Mara – *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. p. 170.

Muito se discute acerca do Direito ao Esquecimento, seus conflitos, em especial quando está ligado à tutela da dignidade humana, o que exige a aplicação do juízo de ponderação em cada caso concreto.

As notícias ultrapassam fronteiras e o acesso às informações se torna instantâneo, em um mundo conectado e digital que incentiva e facilita o crescente consumo de informações. De qualquer forma, ainda que ampla e livre a expressão da atividade intelectual e a comunicação, os direitos da personalidade devem ser preservados, ou seja, a vida íntima, a honra, a identidade.³ Aqui nos deparamos com um dos grandes desafios deste século: compatibilizar internet, *smartphones*, redes sociais e informações instantâneas com vida íntima e privacidade. É justamente neste momento da história que se debate o Direito ao Esquecimento.

Pois bem. Segundo CAVALCANTE⁴, o Direito ao Esquecimento (*the right to be let alone* no direito norte-americano) é aquele que uma pessoa tem de não permitir que um fato – mesmo que verdadeiro – acontecido em determinado momento da sua vida, seja exposto ao público, causando-lhe transtornos e sofrimento. Frase atribuída ao escritor Machado de Assis diz que o maior pecado, depois do pecado, é a publicação do pecado.

O Direito ao Esquecimento é aquele que assiste aos indivíduos não serem lembrados por fatos havidos no passado, aos quais não desejam mais serem vinculados, pois provavelmente sequer seriam recordados se não existisse a internet e os potentes sites de busca. As pessoas têm o direito de serem esquecidas pela opinião pública e pela imprensa. O condenado, por exemplo, que já cumpriu pena, tem o direito de que os registros sobre aquele crime não sejam utilizados de forma permanente contra ele. Ou mesmo, tem o direito de, simplesmente, aqueles fatos não estarem disponíveis na internet e nas redes sociais para acesso irrestrito, fácil, amplo e perpétuo. Na espécie, o Direito ao Esquecimento não apenas abrange o condenado como também a vítima e seus familiares.

Notemos que, até uma pessoa afetada pela associação de seu nome a alguma notícia no campo de buscas, tem o direito de se resguardar. Conforme ensina Ivan Izquierdo, o processo de esquecimento produz o deixar de existir, ao passo que a lembrança carrega o potencial da existência, pois somos quem somos em função daquilo que lembramos, sendo exatamente isso que nos confere identidade e distinção. Por isso que, para Bobbio, não somos nada além do aquilo de que nos lembramos. Logo, também somos o que decidimos esquecer, na condição de indivíduos que vivem em sociedade, a qual necessita reprimir e extinguir para prosseguir.⁵

Zilda Mara Consalter pontua adequadamente que, no mundo, existe entre os juristas uma concepção tripartite do direito ao esquecimento. Primeiro, serviria para designar o direito reconhecido jurisdicionalmente para evitar que o passado administrativo, judicial ou criminal do indivíduo seja permanentemente resgatado. Segundo, significaria a possibilidade de apagamento ou remoção de informações pessoais, com fulcro no direito à intimidade. E terceiro, significaria a possibilidade de remoção de dados pessoais publicados na internet, ou a restrição de acesso a referidos dados por terceiros, através dos sites de pesquisa, como o Google, por ela denominados motores de busca⁶.

³Portal:http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16578&revista_caderno.

⁴CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e do STJ comentados*. Manaus: Dizer o Direito, 2014.

⁵IZQUIERDO, I. *A arte de esquecer*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2000.

⁶CONSALTER, Zilda Mara – *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. p. 181/183.

A doutrina moderna aponta no sentido de que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o Direito ao Esquecimento, *ex vi* do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil Brasileiro.

O Direito ao Esquecimento ficou explicitado na Europa em 2014, quando o Tribunal de Justiça Europeu apoiou uma decisão que permite que cidadãos possam controlar seus dados e que provedores de pesquisa possam remover dados pessoais inadequados, regulado como Diretiva 95/46. Este ato obriga a todos os Estados Membros à adoção de garantias semelhantes em todo o espaço da Comunidade Européia.

O caso concreto se deu na Espanha, o cidadão Mário Costeja González teve seu nome vinculado a um anúncio de leilão de seu imóvel no jornal La Vanguardia, em 1998, para pagamento de uma suposta dívida à seguridade social da Espanha, matéria essa que o divulgava como um dos devedores.

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

Em 2016, entra em vigor o novo Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu, revogando a Diretiva 95/46. Segundo a novel regulamentação, os princípios e os objetivos da diretiva continuam válidos, porém não evitaram a fragmentação da aplicação da proteção dos dados ao nível da União, nem a insegurança jurídica ou o sentimento generalizado da opinião pública de que subsistem riscos significativos para a proteção de pessoas singulares, nomeadamente no que diz respeito às atividades por via eletrônica. O regulamento aduz que as diferenças no nível de proteção dos direitos das pessoas singulares, nomeadamente do direito à proteção dos dados pessoais no contexto do tratamento desses dados nos Estados Membros da Comunidade Européia, podem impedir a livre circulação de dados pessoais na União. Essas diferenças podem, com efeito, constituir um obstáculo ao exercício das atividades econômicas em nível da União, além de distorcer a concorrência e impedir as autoridades de cumprirem as obrigações que lhes incumbem por força do direito da União. Essas diferenças entre os níveis de proteção devem-se à existência de disparidades na execução e na aplicação da aludida Diretiva 95/46/CE.⁷

Na França, o *droit à l'oubli* garante o direito a qualquer cidadão que tenha sido condenado por um crime e cumprido integralmente a sua pena. Tem o direito à reabilitação perante a sociedade e direito a não serem publicadas eternamente notícias sobre o fato que o condenou.

No entanto, nos Estados Unidos, o direito à publicação do registro criminal encontra-se protegido pela *First Amendment* da Constituição Americana. Então podemos dizer: o que foi feito e o que foi dito foi dito, ninguém pode apagar.

Na América Latina, países como Honduras, Venezuela e Brasil apresentam marco de proteção de dados pessoais, considerados limitados, sendo que Uruguai e Argentina são os dois únicos países a serem reconhecidos pela Comissão Européia como tendo um nível adequado de proteção de dados.⁸

Já na Colômbia, a Corte Constitucional Colombiana, no caso em que um artigo de jornal associava um cidadão à realização de atividade criminal, decidiu que o

⁷ Portal: <http://www.privacy-regulation.eu/pt/r9.htm>

⁸ Portal: www.accessnow.org

periódico fosse obrigado a utilizar técnicas para garantir que as páginas afetadas não fossem listadas pelos mecanismos de buscas. Ademais, entendeu a Corte que a responsabilidade é de quem publica a informação.⁹

Portanto, o Direito ao Esquecimento foi reconhecido tanto na doutrina, quanto na jurisprudência de vários países – embora seja um instituto sem ampla e textual explicitação legislativa. Em regra, é um direito constitucional implícito que decorre da privacidade e da dignidade da pessoa humana. Para aplicá-lo caso a caso, os julgadores se valem de técnicas de ponderação e proporcionalidade.

2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA

Hoje em dia, analisamos os direitos da personalidade de forma mais constitucionalizada, diante do fato de esses direitos advirem a partir do princípio da dignidade humana.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada humano que o faz merecedor de isonômico respeito/consideração por parte do Estado e da comunidade. Implica, nesta linha, um complexo de direitos e deveres fundamentais que resguardam as pessoas contra atos de cunho degradante/desumano. Garante as condições mínimas existenciais para uma vida saudável. Propicia e promove a participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais homens e mulheres.¹⁰

O art. 1º da Constituição Portuguesa diz que Portugal é uma república soberana baseada na dignidade da pessoa humana. Para Jorge Miranda, tal assertiva confere unidade de sentido e de valor ao sistema dos direitos fundamentais, na medida em que indica a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual os direitos fundamentais encontrariam sua fonte ética na dignidade da pessoa humana.¹¹ Na mesma linha, Canotilho, quando, ao discorrer sobre o princípio da universalidade no âmbito da titularidade dos direitos fundamentais, defende que o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos.¹² Portanto, os direitos fundamentais encontrariam sua fonte ética na dignidade da pessoa humana.

Acrescenta Jorge Miranda que o valor reconhecido a cada indivíduo é o fundamento da introdução na Constituição Portuguesa dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar, bem assim das garantias contra a utilização abusiva de informações relativas às pessoas e famílias.¹³

Com efeito, apesar de não se encontrar expressamente elencado no rol dos direitos fundamentais, o Direito ao Esquecimento é um direito fundamental. Constitui um princípio constitucional implícito decorrente da dignidade da pessoa humana, como no Brasil.

A dignidade humana se impõe como ferramenta de interpretação das normas jurídicas. Deve ser considerada a principal fonte de interpretação constitucional.

⁹ Portal: www.accessnow.org

¹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 60.

¹¹MIRANDA, Jorge – *Manual de direito constitucional*, tomo IV, p. 180.

¹²CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional*. p. 554.

¹³ Idem- *Ibidem*, p. 185.

Vincula a interpretação e a aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais de todas as espécies.

Bom nome, reputação, imagem, decoro, auto-estima e dignidade de qualquer pessoa merecem a proteção da lei e da Carta Magna, com o prestígio dos princípios éticos.¹⁴ As garantias constitucionais juntamente resguardam a efetivação dos direitos fundamentais.

Na visão kantiana do reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente. Por outro lado, quando uma coisa se acha acima de todo preço, compreende uma dignidade.¹⁵ É o caso da dignidade da pessoa humana. Tem valor, mas não possui preço.

3. TRATAMENTO LEGAL EM PORTUGAL E NO BRASIL

A Constituição da República Portuguesa garante a integridade moral das pessoas (art. 25º, 1), bem assim os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome, à reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação (art. 26º, 1). Também explicita que a lei deve estabelecer garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias (art. 26º, 2).

A Constituição da República de Portugal também diz, em seu art. 35º, que o cidadão possui direito de saber acerca dos fins destinados à utilização de seus dados individuais. A Lei 103/2015 cuida de proteção dos dados pessoais. Traz para o Sistema Jurídico Português a Diretiva n. 95/46 do Parlamento Europeu, que normatiza o tema no âmbito da UE. Um novo regulamento geral de proteção de danos (RGPD) passará a vigorar a partir de 25 de maio de 2018. Substituirá a atual diretiva e lei de proteção de dados pessoais. A nova norma prevê que o desrespeito à legislação, além das consequências cíveis e criminais, pode resultar em sanções acessórias aplicadas pela Comissão Nacional de Proteção de Dados, tais como a ampla publicação/divulgação de sentença condenatória, o que reflete diretamente na reputação da empresa condenada.¹⁶

O Código Civil Português estabeleceu a proteção geral aos direitos da personalidade em seu art. 70º. No art. 80º, cuida de forma ampla do direito à intimidade e à vida privada.

O Código Penal Português, por sua vez, tipifica os crimes contra a intimidade da vida privada a partir do art. 190º. O art. 192º e o art. 193º trazem, respectivamente, os crimes de devassa da vida privada (pena de prisão até um ano ou pena de multa até 240 dias) e devassa por meio da informática (pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias).

Alexandre Libório Dias Pereira anota que o Sistema Jurídico Português, no que tange à proteção de dados e, por conseguinte, ao Direito ao Esquecimento, limita-se à transposição da normatização da União Européia.¹⁷

¹⁴ STF: RE 356756/RJ, Decisão monocrática, Min. Britto, 18/12/2009.

¹⁵ KANT, Immanuel – *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 64/65.

¹⁶ Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/10_Medidas_para_preparar_RGPD_CNPD.pdf> [Consult. 10 Abr. 2017].

¹⁷ PEREIRA, Alexandre Libório Dias – O marco Civil da internet e seus reflexos no direito da união Europeia. p. 17. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/4/2016_04_0053_0106.pdf> [Consult. 9 Abr. 2017] (JLB, Ano 2 (2016), nº 4).

O nosso entendimento, porém, é no sentido de que o Direito ao Esquecimento constitui um princípio constitucional implícito no Ordenamento Jurídico Português, razão pela qual seria até redundante a sua explicitação na Constituição da República. Com efeito, mesmo que Portugal não integrasse a Comunidade Europeia e não tivesse aderido às respectivas diretivas quanto à temática – ainda assim – o Direito ao Esquecimento poderia ser invocado em Portugal, extraindo-lhe da CR, que destaca a dignidade da pessoa humana.

A temática do Direito ao Esquecimento foi ressaltada no cenário brasileiro diante do Enunciado 531 da Jornada de Direito Civil¹⁸. Foi promovida pelo Conselho da Justiça Federal. O texto dispõe o direito de ser esquecido entre os direitos da personalidade. Enfatiza que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o Direito ao Esquecimento.

Na justificativa do aludido enunciado, consta que os danos provocados pelas novas tecnologias de informação acumulam-se nos tempos atuais; que o Direito ao Esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais; que surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização; que não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história; que apenas assegura a possibilidade de discutir o uso dado aos fatos pretéritos, especialmente ao modo e à finalidade.¹⁹

Podemos afirmar que, em razão de ser considerada uma decorrência dos direitos da personalidade e da dignidade humana, o Direito ao Esquecimento está presente na Constituição Brasileira em seu art. 1º, III, que garante a dignidade da pessoa humana. O art. 5º, inciso X, prevê a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem. O respectivo inciso XIII garante o livre exercício de qualquer trabalho. Já o inciso XXXV garante o amplo acesso ao Judiciário em caso de qualquer dano ou ameaça de dano.

Como no Sistema Jurídico Português, no Brasil, o Direito ao Esquecimento é um princípio constitucional implícito. Desnecessária, pois, a sua explicitação no texto constitucional.

René Ariel Dotti²⁰ e Zilda Mara Consalter²¹ reconhecem o Direito ao Esquecimento como um direito fundamental, pois decorre dos direitos constitucionais à intimidade e privacidade, bem como da dignidade da pessoa humana.

O Código Civil brasileiro, em seus artigos 11 e 21, garante o Direito ao Esquecimento. Aduz que os direitos da personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis e insusceptíveis de limitação voluntária, além de que a vida privada da pessoa natural é inviolável, devendo o Judiciário, se provocado pelo interessado, adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar os atos lesivos.

No Brasil, os artigos 7º, 8º e 11º da Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet) asseguram proteção à intimidade e à vida privada. Garantem indenização por danos patrimoniais e morais. Asseguram ao usuário a exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas.

¹⁸ Tive a oportunidade de participar da referida Jornada de Direito Civil, na condição de representante da Ordem dos Advogados do Brasil, da qual fui conselheiro federal. Cada enunciado proposto foi amplamente discutido e votado, como em um parlamento jurídico-doutrinário.

¹⁹ Portal: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/124>.

²⁰ DOTTI, René Ariel – O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Habeas data*. p.372.

²¹ CONSALTER, Zilda Mara – *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. p. 275.

4. A PONDERAÇÃO COMO ELEMENTO DA PROPORCIONALIDADE: CATEGORIA DE ANÁLISE DOS TRATAMENTOS LEGAIS

Robert Alexy, filósofo e jurista alemão, elaborou sua teoria dos direitos fundamentais com esteio nos princípios e valores que se encontram além das codificações. O jurista destaca a importância da diferença entre normas do tipo regra e normas do tipo princípio. Enfatiza a importância da racionalidade dos juízos de ponderação entre os princípios jurídicos.

A ponderação descrita por Alexy foi uma relevante construção doutrinária. A questão dos princípios e dos valores foi essencial para a construção de sua teoria com esquite na colisão normativa.

Em sua obra *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Robert Alexy apresenta a Lei de Colisão para solucionar o tensionamento entre princípios. Utilizou um julgado do Tribunal Constitucional Alemão para ilustrar melhor sua pretensão, que diz respeito à não realização da audiência oral, tendo em vista a saúde delicada do acusado que sofria risco de infarto.²² Neste caso, há uma colisão entre o princípio da aplicação do direito penal com o princípio de proteção do direito à vida e à integridade do acusado.

É a partir desse momento que Robert Alexy passa a basear sua teoria na ponderação como elemento de proporcionalidade. Este modelo é adotado no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal e na Alemanha pelo Tribunal Constitucional Federal.

Para o referido autor, o ponto fulcral na diferenciação entre regras e princípios é que estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes²³.

Wálber Araújo Carneiro leciona que o referido modelo alexyano é adotado na prática do Tribunal Constitucional Federal Alemão quanto aos direitos fundamentais. Nesse modelo, as regras são normas que podem ser satisfeitas ou não. Ou seja, devem ser atendidas no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Presentes tais condições, exigem que sejam categoricamente respeitadas.

Já os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, o que os tornam mandamentos de otimização. Assim, há entre regras e princípios uma distinção qualitativa, a qual leva em consideração o distinto propósito de ambos.

Ainda segundo o referido autor, Alexy não assume o padrão *all or nothing* proposto por Dworkin em seu “Levando os Direitos a sério”, pois as regras constituem razões definitivas desde que presentes as condições fáticas e jurídicas para a sua aplicação. Ao contrário, Alexy admite a introdução da cláusula de exceção que se sustenta em princípios e que suspenderá algumas determinações contidas na regra.²⁴

Neste cotejo entre normas, são três os elementos da estrutura analítica da ponderação: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação.

Nas lições de Daniel Sarmiento, o equacionamento das tensões entre normas principiológicas apenas pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas de cada caso. Elas indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada princípio constitucional em confronto na espécie. Ou seja, é a técnica de decisão que atribui mais

²² Portal: http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras.

²³ ALEXY, 2008, p. 90.

²⁴ CARNEIRO, 2011, p. 163

relevância a determinado cânone, mitigando-se outro – o que Sarmento denomina de método de ponderação de bens.²⁵

Podemos ver no emblemático julgado da ADI 3.510 (STF, Brasil), que cuida da constitucionalidade de pesquisa científica com células-tronco embrionárias, a aplicação da referida ponderação.²⁶

Verificamos que, na espécie, ao ponderar a liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, o Supremo julgou ser constitucional a pesquisa com células-tronco embrionárias prevista na Lei 11.105/2005.

O acórdão da lavra do ministro Ayres Britto diz que o termo ciência integra o catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF), que a liberdade de expressão se afigura como um genuíno direito de personalidade, que a norma constitucional de que “o Estado promove e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” é de logo complementada com o preceito autorizador da edição de regras como a Lei de Biossegurança, que a compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão da ciência servem à melhoria das condições de vida dos indivíduos, e que a dignidade da pessoa humana não foi comprometida pelo bloco normativo inquinado de inconstitucionalidade.

Com efeito, é necessário que seja exercido um juízo de ponderação em cada caso concreto, tendo em atenção a dignidade da pessoa humana, na esteira da teoria do alemão Robert Alexy que busca um padrão de racionalidade e proporcionalidade para as decisões judiciais.

A colisão entre princípios é equacionada não em juízo de exclusão, mas de ponderação.

5. CASOS CONCRETOS DA APLICABILIDADE JURÍDICA: UM ESPAÇO PARA O COMPARATIVO ENTRE PORTUGAL E BRASIL

Um precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo bem resume o Direito ao Esquecimento em um caso concreto, no qual o autor foi preso legalmente com ampla repercussão na imprensa, vez que era suspeito de um crime. Tempos depois de sua libertação, sofria constrangimentos em razão da memória da internet. Obteve êxito²⁷.

Na espécie, o tribunal realizou um juízo de ponderação entre liberdade de imprensa e de informação versus direitos da personalidade. Prevaleceu o Direito ao Esquecimento do investigado, haja vista a inexistência de interesse público na permanência da notícia. Destacou a necessidade de estabilização dos fatos passados, bem assim a prevalência da proteção da dignidade da pessoa humana, razão pela qual determinou a exclusão da notícia impugnada da internet.

Vale destacar que, no caso, não houve dúvida de que a reportagem atendeu aos limites constitucionais da liberdade de informação. A questão era se existia (ou não) o direito de permanência da notícia por tempo indeterminado, em se tratando de matéria

²⁵ *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

²⁶ STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134.

²⁷ TJ-SP - APL: 00077661720118260650 SP 0007766-17.2011.8.26.0650, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 08/05/2014, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/05/2014.

relacionada a crimes passados, cuja investigação resultou em arquivamento da investigação policial ou improcedência da ação penal.

Sabemos que o direito à informação há de ser analisado em paralelo com a tutela da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. É nesse ponto que se levanta o Direito ao Esquecimento. Garante que os dados sobre determinada pessoa devem ser conservados no sentido de permitir a identificação do sujeito, apenas pelo tempo necessário para atendimento do fim a que se destina.

Sucedo que, para a sua localização, basta teclar nos provedores de pesquisa, como o Google, simples palavras relacionadas ao tema ou à pessoa alvo para encontrar as informações/notícias completas online.

Tal facilidade de acesso, potencializada pelos mecanismos de busca, torna impossível o esquecimento dos fatos pretéritos registrados no mundo virtual. Desta forma, os sites devem proceder à atualização de suas informações ou, se necessário, à exclusão total das informações danosas, como no caso de superveniente veredicto de inocência.

Como já dito, a Carta Magna de Portugal afirma em seu art. 35º que o cidadão tem o direito de saber sobre os fins destinados à utilização de seus dados.

Foi criada a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) como entidade administrativa independente, com autoridade para funcionar junto à Assembleia da República.

A Lei 67/98, de 26 de outubro foi alterada pela Lei 103/2015 de 24 de agosto – Lei de Proteção de Dados que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva nº 95/46, do Parlamento Europeu e do Conselho. Essa Lei de Proteção de Dados Pessoais diz respeito à proteção das pessoas singulares ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados. A Lei 103/2015 inseriu o art. 45º sobre dados falsos.

Como Portugal faz parte da União Européia, basta o cidadão preencher um formulário que o Google disponibiliza para ser analisado, havendo apenas dois endereços removidos por difamação. Em 2016, mais de 3.300 portugueses formalizaram pedido para deixarem de serem pesquisáveis nos campos de busca pela internet, sendo analisado cada caso concreto. No entanto, apesar da facilidade, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) informou que apenas 24% dos pedidos tem sua aprovação, demonstrando assim certa dificuldade de compatibilizar os seus pedidos com os fundamentos da decisão do Tribunal de Justiça Europeu.

Já o Direito ao Esquecimento no Brasil foi destaque no caso onde uma emissora de televisão restou acusada de violar o direito à paz e ao esquecimento de um homem, na exibição de um programa que o vinculou como um dos envolvidos na “Chacina da Candelária”. O Tribunal de Justiça (segundo grau de jurisdição) condenou a emissora de TV ao pagamento de danos morais por entender que a pessoa já tinha sido julgada e absolvida.

Em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o programa televisivo poderia ter sido exibido sem menção à pessoa já absolvida²⁸. Na oportunidade, o STJ pontuou que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo, que nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar futuramente os traços sociais, políticos ou culturais de determinada época, que a historicidade da notícia jornalística policial especialmente deve ser vista com cautela, que existe realmente crimes históricos, que tal pode ser artificial por obra da exploração midiática exacerbada, que é mister a aplicação do Direito ao Esquecimento com base

²⁸ REsp 1334097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10/09/2013.

nos direitos fundamentais, na dignidade da pessoa humana e no direito positivo infraconstitucional, que uma notícia lícita pode se transmutar em ilícita com o simples passar do tempo, e que no caso autorizar nova veiculação do fato com a indicação fidedigna do nome e imagem do autor seria ofensivo à sua dignidade.²⁹

Outro caso que também repercutiu no Brasil foi o de “Aída Curi”, quando a mesma emissora de televisão condenada no precedente da “Chacina da Candelária” restou, desta vez, absolvida no que tange ao pedido de indenização por exibição do programa “*Linha Direta*”, que rememora crimes antigos que chocaram a sociedade. A Justiça entendeu que no crime havia relevância histórica³⁰.

Conforme aludida decisão, na espécie, o Direito ao Esquecimento do ofensor – já condenado e penalizado – há de ser analisado com espeque na historicidade do fato narrado, que o crime teve repercussão nacional, que a vítima é elemento indissociável do delito, que a reportagem contra a qual se insurgem veio ao ar 50 anos depois da morte de “Aída Curi”, que *in casu* o acolhimento do direito ao esquecimento é desproporcional quando se pondera a liberdade de imprensa e o desconforto gerado pela lembrança, que a imagem da falecida não é utilizada de forma desrespeitosa ou degradante, e que não há o uso comercial indevido da imagem da vítima.³¹

Outro caso que ficou conhecido pelo mundo ocorreu na Alemanha: o “caso Lebach”. Motivo do conflito: uma TV alemã exibiu um documentário sobre um homicídio praticado pelo soldado Lebach. A ação foi ajuizada pelo soldado sob o argumento de que estava em busca de uma ressocialização. O Tribunal decidiu que o documentário poderia ser transmitido pela emissora desde que não mencionasse nominalmente o soldado.

O respectivo aresto diz que, na espécie, o interesse de informação da população merece prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso, que, porém, este deve ter preservados o nome e a foto, que não se admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado, que tal exposição ameaça sua reintegração à sociedade.³²

Destarte, há precedentes jurisprudenciais que delineiam o Direito ao Esquecimento no mundo globalizado atual.

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

6 CONCLUSÃO

O desenvolvimento da internet, acoplado à facilidade e disponibilidade no acesso de dados, trouxe grande apreensão jurídica, além da necessidade de regulamentação ao bem tutelado da dignidade da pessoa humana.

Há um conflito entre o indivíduo, que precisa de medidas que protejam sua honra e seu nome, e a imprensa que ultrapassa o direito de informar com notícias de cunho plausível. *Idem* no que tange às redes sociais.

²⁹ Portal: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-ao-esquecimento,49141.html>.

³⁰ REsp 1335153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10/09/2013.

³¹ Portal: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-ao-esquecimento,49141.html>.

³² Portal: Constitucional1.blogspot.com.br/2008/11/o-caso-lebach-o-sopesamento.html

O direito ao esquecimento é o que possui uma pessoa de não permitir que um fato, mesmo que verdadeiro ocorrido no passado, seja exposto ao público em geral, por lhe causar sofrimento ou transtornos.

O direito ao esquecimento ocupou, em um curto espaço de tempo, lugar de destaque nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. De qualquer forma, durante a pesquisa, foi possível verificar a necessidade de maior regulamentação da proteção de dados pessoais diante da tutela da intimidade e dignidade da pessoa humana.

No presente trabalho, ficou claro que o Direito ao Esquecimento não é absoluto. É preciso que seja exercido um juízo de ponderação em cada caso concreto, entre a liberdade de expressão e o direito a intimidade, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, na esteira da teoria do alemão Robert Alexy que garante um padrão de racionalidade e proporcionalidade para as decisões judiciais.

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

Com efeito, a ponderação pontual é a chave de acionamento do Direito ao Esquecimento, tão relevante na sociedade atual conectada e globalizada. Afinal, esquecer é tão importante quanto lembrar, na medida em que torna possível ao ser humano selecionar as informações, a fim de preservar apenas as úteis, significativas ou necessárias.³³

Há, sem dúvida, semelhanças e diferenças entre Portugal e Brasil no que tange ao tratamento legal do Direito ao Esquecimento. Quanto ao equilíbrio que baliza a liberdade de expressão e o direito à intimidade, tanto Portugal quanto o Brasil empregam o princípio da ponderação.

REFERÊNCIAS

a) Livros

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRANDÃO, C.R. *O jardim de todos*. Campinas: Autores Associados, 2004, ISBN: 978-85-7496-096-8

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, Editora Saraiva, 2013, ISBN: 978-85-7700-639-7

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 4ª Ed.* São Paulo: Saraiva. 2013, p. 365, ISBN: 978-85-021-9995-8

³³MARTINEZ, Pablo Domínguez. *Direito ao Esquecimento: A proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, pag.62

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade – 3ª Edição*. Ed. Forense Universitária. Pg. 10, ISBN:8521802447 (O ANO)

CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional*. 6ª Edição revista. Coimbra: Almedina, 1993.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e do STJ comentados*. Manaus: Dizer o Direito, 2014. ISBN: 978-85-67168-04-3

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

DOTTI, René Ariel – O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Habeas data*. São Paulo: Atlas, 2009. p.372

GONÇALVES, Carlos Roberto; LENZA, Pedro. *Direito civil I esquematizado: parte geral, obrigações, contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, ISBN: 978-85-02-11980-2

IZQUIERDO, I. *A arte de esquecer*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2000, ISBN:978-85-887-8275-4

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004. ISBN: 978-972-44-1439-3

LIMBERGER, Têmis. *Direito à Intimidade na Era da Informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. ISBN:857348463

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento: A proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014. ISBN:978-85-844-0105-5

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24.ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 53, ISBN: 978-85-224-8810-0

MIRANDA, Jorge – *Manual de direito constitucional, tomo IV, direitos fundamentais*. 3ª Edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-040935-7.

PAESANI, Liliana Minardi – *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. ISBN: 8573482486

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 33º ed. São Paulo: Malheiros, 2009, ISBN: 978-85-742-0996-8

b) Internet

Portal: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16578&revista_caderno

Portal: <https://fabiovieirafigueiredo.jusbrasil.com.br/artigos/112094444/direitos-da-personalidade-e-o-respeito-a-dignidade-da-pessoa-humana>

Portal: <http://www.academia.org.br/artigos/os-direitos-da-personalidade>

Portal: <https://johnrossadv.jusbrasil.com.br/artigos/313790253/direitos-da-personalidade>

Portal: <https://jus.com.br/artigos/32170/principios-e-valores-constitucionais-no-estado-democratico-de-direito>

Portal: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u62906.shtml>

Portal: Brasil: Internet: - Marco Civil da Internet - Ed. Quartier, pag. 545 - ISBN: 85-7674-752-9

Portal: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/02/12/quero-que-me-esquecam>

Portal: <http://www.privacy-regulation.eu/pt/r9.htm>

Portal: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-ao-esquecimento,49141.html>

Portal: WWW.accessnow.org

Portal: <http://www.dn.pt/portugal/interior/forgetia-uma-empresa-para-quem-quer-ser-esquecido-4474952.html>

Portal: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-ao-esquecimento,49141.html>

Portal: Constitucional1.blogspot.com.br/2008/11/o-caso-lebach-o-sopesamento.html

Portal: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/124>

c) Legislação

CONSTITUIÇÃO Federal, com a Emenda Constitucional n.º 91, de 18.12.2016, [Em linha] [Consult. 26 Fev. 2016] Disponível em www, em <URL <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/a-constituicao-federal>>;

_____. Conselho Federal de Justiça, *Enunciado n.º 531*. VI Jornada de Direito Civil. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

_____. _____. REsp n.º 1.335.153-RJ. 4ª Turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Acórdão. 28 de maio de 2013. Brasília, DF, 2013. Disponível em:. Acesso em: 25 ago. 2015.