

DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Bruno Martins Moutinho*

Recebimento em setembro de 2015.

Aprovação em dezembro de 2015.

Resumo: O direito ao esquecimento é o direito que o indivíduo tem de que um fato fique no passado e que não seja lembrado eternamente. Equivale a tornar realidade o poder de um indivíduo de dispor sobre toda a informação da qual é titular. Tal direito não está expresso na Constituição como um direito fundamental, porém isso não significa que o mesmo não possua uma dimensão de proteção individual incontestável, o que acaba por lhe caracterizar como um direito individual fundamental. O objetivo do presente artigo é um estudo do reconhecimento do mesmo como um direito fundamental com base na cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais, consagrada no art. 5º, § 2º, da Constituição.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Reconhecimento de Direitos Fundamentais. Direito ao Esquecimento como Direito Fundamental.

Abstract: The right to be forgotten is the right that a individual has that a fact stay in the past and that it is not eternally remembered. Equivalent to accomplish the power of an individual to order about all information which it holds. This right is not clear in the Constitution as a fundamental right, but that does not mean it does not possess an undeniable personal protection dimension, that ultimately characterize it as a fundamental individual right. The purpose of this paper is a study of the recognition of the right to be forgotten as a fundamental right, with base in the openness clause materials of fundamental rights, consecrated in the article 5º, § 2º, of the Constitution.

Keywords: Right to be Forgotten. Fundamental Rights Identification. Right to be Forgotten as a Fundamental Right.

* Professor de Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade da Amazônia (ICJ-UNAMA), Belém-PA, Brasil. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Mestre em Computação pelo Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo (IME-USP), São Paulo-SP, Brasil. Bacharel em Direito e Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia, Belém-PA; Brasil. Tecnólogo em Processamento de Dados pelo Centro de Ensino Superior do Pará (CESUPA), Belém-PA. Especialista em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Gama Filho (UGF), Rio de Janeiro-RJ. E-mail: bruno.moutinho@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O esquecimento é uma necessidade tão vital para o ser humano quanto a lembrança, permitindo selecionar as informações recebidas constantemente, preservando as que são significativas e descartando as demais, para Iván Izquierdo¹: “o aspecto mais notável da memória é o esquecimento, há mais esquecimento do que memória”.

Na história da humanidade, o esquecimento tem sido a regra e a lembrança exceção, não existe uma contradição entre lembrar e esquecer, pois ambos fazem parte do mesmo processo. Para Mayer-Schönberger²: “O esquecimento não é apenas um comportamento individual, mas também um comportamento de toda uma sociedade”.

Nesse sentido, a sociedade aceita que os indivíduos evoluam com o tempo, aprendendo com experiências passadas e ajustando seus novos comportamentos. Com o esquecimento, a sociedade oferece uma segunda chance ao indivíduo, como por exemplo, pela prescrição de crimes ou pela eliminação dos fatos criminosos de seus registros depois de um determinado tempo.

Nesse contexto, surge a ideia de um direito ao esquecimento, nascido a partir do direito à privacidade, tendo como base os mesmos fundamentos. É a ideia de que o ser humano “pode mudar e melhorar, acreditando que o mesmo não deva ser reduzido ao seu passado”³. Tal direito tem como premissa que ninguém poderá estar sujeito à submissão de pena perpétua por um fato que ocorreu em seu passado.

Constitui uma proteção do indivíduo em face do esquecimento de informações, consiste na faculdade que uma pessoa tem em não ser incomodada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. “Trata-se do reconhecimento jurídico que a proteção da vida pretérita pertence ao seu patrimônio moral”⁴.

Tal direito teve origem na esfera criminal⁵, mas com a expansão da internet, existe a necessidade de se definir uma nova dimensão do mesmo. A Internet trouxe consigo a reivindicação de direitos que não figuram expressamente na legislação brasileira, isso porque

1 IZQUIERDO, Ivan. A Arte de Esquecer: Cérebro, Memória e Esquecimento. 2 ed. Vieira & Lent. 2010. p. 20.

2 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press. 2009, p.15.

3 TERWANGNE, Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, Número 13, 2012, p. 53.

4 ELIAS, Paulo Sá. Contratos eletrônicos, Direito Bancário, Tecnologia e o Comércio Internacional. In: Jete Jane Fiorati; Valério de Oliveira Mazzuoli. (Org.). Novas Vertentes do Direito do Comércio Internacional. 1 ed. Barueri: Manole, 2003, v. 1, p. 132.

5 No direito penal esse direito é mais fácil de ser visualizado e existe há tempos. Por exemplo, um sujeito comete um crime, é julgado, condenado e cumpre sua pena. Nesse caso, o mesmo estaria justificado perante a sociedade? Após o cumprimento integral da pena, informações sobre a sua condenação poderiam ser apagadas dos arquivos, sejam eles digitais ou não?

a mesma mudou radicalmente o equilíbrio entre a necessidade de divulgação de informação pessoais e os vários aspectos da privacidade. Um desses aspectos é o chamado direito ao esquecimento, que defende a capacidade de um indivíduo apagar informações sobre si mesmo e desse modo preservar sua privacidade.

Portanto, até recentemente, lembrar era um pouco mais difícil do que esquecer, e tal fato ajudou os seres humanos a evitar uma questão fundamental: saber se de fato gostaríamos de lembrar tudo que pudéssemos. No entanto, por causa da internet, esta situação mudou. O esquecimento tornou-se a exceção e a memória regra. Nesse sentido, “podemos perder um direito fundamental: a capacidade humana para viver e agir firmemente no presente”⁶.

Na internet, as tecnologias digitais combinadas para captura, publicação, armazenamento, replicação, busca e disseminação de informações, criaram uma incapacidade de esquecer, criando uma verdadeira memória perfeita. Além disso, as informações podem ser facilmente disponibilizadas através dos sítios de busca, sendo que os mesmos não foram feitos para esquecer⁷, já que seu principal objetivo é sempre aumentar a quantidade de informação disponível, tornando-se muito difícil que um usuário consiga apagar informações a seu respeito, a tendência é que a informação disponibilizada fique eternamente disponível e acessível.

Nesse sentido, uma pessoa, no direito brasileiro, possui um direito ao esquecimento? Com base no ordenamento jurídico brasileiro, será que tal direito é realmente fundamental?, uma vez que tal direito não está enunciado expressamente no texto constitucional? É certo que esse tema envolve uma série de indagações, mas atualmente ainda são raras as decisões que enfrentaram o assunto⁸, razão pela qual ainda não se encontra uma orientação definitiva na jurisprudência⁹.

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é um estudo sobre o reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito fundamental com base na cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais, consagrada no art. 5º, § 2º, da Constituição. Tendo como base a noção de fundamentalidade material de um direito é possível o

6 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press. 2009, p.16.

7 O objetivo do serviço Gmail do Google é "livre de armazenamento de forma que você nunca mais vai precisar excluir outra mensagem." Na mesma linha o Yahoo! Mail “oferece contas de email aos seus usuários com espaço de armazenamento ilimitado”

8 A título de exemplo: TJERJ, 5ª C.C., Ag. Inst. nº 0051483-50.2012.8.19.0000, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, publ. em 25.10.2012; TRF-4ª Região, 4ª T, Ap. Civ., 2003.70.00.058151-6/PR, Rel. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler, j. em 06.05.2009.

9 SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Atlas, 2011, p. 164/165.

reconhecimento, no ordenamento jurídico pátrio, de direitos fundamentais não escritos no texto constitucional.

Para atingir esse objetivo o restante do artigo está dividido em quatro seções, a primeira seção discute os contornos do direito ao esquecimento, a segunda seção apresenta como um novo direito pode ser reconhecido como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, a terceira seção trata do reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito fundamental implícito com base nos critérios apresentados na segunda seção, e finalmente, a quarta e última seção apresenta as conclusões do trabalho.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento é definido por René Ariel Dotti¹⁰ como sendo: “a faculdade da pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público”. Tal direito surgiu na Alemanha “*recht auf vergessen*” e está diretamente ligado aos fatos praticados nas grandes Guerras Mundiais e foi evoluindo à medida que os tribunais pelo mundo reconheciam a sua existência, como por exemplo: Estados Unidos¹¹ e França¹².

É o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos. Ou seja, os atos que praticaram no passado distante não podem ecoar para sempre, como se fossem punições eternas. Para Artemi Rallo¹³, tal direito inclui “o cancelamento de um dado pessoal que foi obtido legitimamente para que seja retirado quando

10 DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidades e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 23.

11 Em 1931, o Tribunal de Apelação da Califórnia, no caso Melvin x Reid, reconheceu a existência de um direito à intimidade da vida passada em favor de Gabrielle Darley, uma ex-prostituta que no passado fora acusada de homicídio, porém absolvida em 1918, e desde então levava uma vida digna e honrada e merecendo a admiração e o bom conceito das pessoas conhecidas. Em 1925, um produtor de cinema fez um filme baseado na biografia daquela mulher, com destaque para as suas características sensuais e para o processo criminal a que respondera. Da análise do caso, o tribunal condenou o produtor a pagar uma indenização como forma de reparação, alegando a existência de um direito ao esquecimento da sua vida passada.

12 Decisão do Tribunal de Paris no caso Marlene Dietrich que reconheceu expressamente “as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las, mesmo sem a intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida”. O Tribunal de Paris reconheceu o direito ao esquecimento como sendo “uma das importantes manifestações da vida privada, estava então consagrado definitivamente pela jurisprudência, após lenta evolução que teve, por marco inicial, a frase lapidar pronunciada pelo advogado Pinard em 1858: ‘O homem célebre, senhores, tem o direito a morrer em paz!’”. DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidades e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 92.

13 RALLO, Artemi. No existe un derecho global a enlazar, se acepta por sus beneficios implícitos. 17 de Janeiro de 2011. Disponível em <<http://www.elmundo.es/elmundo/2011/01/17/navegante/1295284933.html>>. Acesso em 12 de jan de 2015.

se esgotar a finalidade para a qual foi obtido”. Vale ressaltar que quando um dado pessoal foi obtido de maneira ilegítima, não se deve falar em direito ao esquecimento e sim na divulgação indevida da informação, seja por acesso indevido, calúnia, etc.

Em suma, o direito ao esquecimento é o direito que o indivíduo tem de que um fato fique no passado e que não seja lembrado eternamente. Equivale a tornar realidade o poder de qualquer indivíduo dispor sobre a informação da qual é titular. Nesse contexto, a tese do direito ao esquecimento ganha força no Brasil. O Superior Tribunal de Justiça julgou dois recursos especiais que tratam do direito ao esquecimento: o caso da Chacina da Candelária (REsp 1.334.097)¹⁴ e o caso de Aída Curi (REsp 1.335.153)¹⁵, em que este direito foi levado em consideração. Ambos os julgados inauguraram o debate, no STJ, em torno do conflito entre direito ao esquecimento e a liberdade de informar, o qual já vem sendo enfrentado em Cortes inferiores¹⁶, na doutrina brasileira¹⁷ e nas Jornadas de Direito Civil (Enunciados 404¹⁸ e 531¹⁹).

O direito ao esquecimento tem três vertentes²⁰: aspectos criminais; proteção de dados pessoais e direito ao esquecimento na internet. A primeira vertente está relacionada aos aspectos criminais, é sua vertente clássica que inicialmente estava ligada apenas aos registros criminais, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. Os institutos da reabilitação criminal, art. 93 do Código Penal²¹ e o art. 748

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.334.097- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=P DF>. Acesso em: 20 janeiro 2015

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.335.153- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=P DF>. Acesso em: 20 janeiro 2015.

¹⁶ A título de exemplo: TJERJ, 5ª C.C., Ag. Inst. nº 0051483-50.2012.8.19.0000, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, publ. em 25.10.2012; TRF-4ª Região, 4ª T, Ap. Civ., 2003.70.00.058151-6/PR, Rel. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler, j. em 06.05.2009.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Atlas, 2011, p. 164/165. COSTA, André Brandão Nery. Direito ao Esquecimento na internet: a scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson. Direito e Mídia. São Paulo: Atlas, 2013, p. 192.

¹⁸ Enunciado 404: A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

¹⁹ Enunciado 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

²⁰ TERWANGNE, Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, Número 13, 2012, p.55.

²¹ Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

do Código de Processo Penal²², além do que está previsto no art. 202 da Lei de Execução Penal²³, são o fundamento dessa vertente do direito ao esquecimento, a partir do momento que versam sobre o dever de manter sigilo de quaisquer informações que digam respeito ao processo ou à condenação do apenado.

A segunda vertente do direito ao esquecimento é a proteção de dados pessoais, nesse contexto, a proteção se expande, sendo aplicável ao tratamento de quaisquer dados pessoais, não apenas ao registro criminal. Nessa vertente, os dados pessoais devem ser interpretados de maneira ampla, significando quaisquer informações relativas ao indivíduo. Nesse sentido, o indivíduo deve ter o controle sobre seus próprios dados pessoais, de modo a concretizar o direito à privacidade protegido constitucionalmente.

A terceira vertente é o direito ao esquecimento na internet, uma vez que nela existe um potencial infinito de acumulação de dados pessoais, além da facilidade de acesso, portanto, nossas palavras e ações podem ser julgadas não só por nossos pares no presente, mas também por qualquer pessoa no futuro.

Para Cécile de Terwangne²⁴: “A infalibilidade da memória da internet contrasta com os limites da memória humana”. Graças ao seu propósito eterno, a internet preserva os erros do passado. A internet tem a capacidade de reunir todos os dados em um só lugar, fazendo referências e cruzamento de dados, que ficam rapidamente acessíveis e permanentemente gravados. Ou seja, um erro que um indivíduo cometeu em seu passado, ou uma informação verdadeira que um indivíduo não queira mais que esteja associada ao seu nome, pode nunca mais sair desses bancos de dados e conseqüentemente essa informação pode estar disponível pela internet, podendo ser livremente consultada por qualquer pessoa.

O que se deve compreender é que está acontecendo uma mudança de paradigma, anteriormente a privacidade era a regra e a publicidade exceção, agora com a internet o público é a regra e a privacidade exceção. A dificuldade do esquecimento na internet se deve as características da mesma: memória infinita e eterna; eficiência dos sítios de busca; e possibilidade de cruzamento de informações.

Isso aconteceu principalmente por causa das redes sociais e sítios de busca, que tem como principal objetivo a busca, armazenamento e publicidade das informações, ou seja, tais sistemas não foram feitos para esquecer. O principal objetivo desses sistemas é sempre

²² Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

²³ Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

²⁴ TERWANGNE, Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, Número 13, 2012, p. 54.

umentar a quantidade de informação disponível, dessa forma, torna-se muito difícil que um usuário consiga apagar informações a seu respeito, portanto a tendência é que a informação disponibilizada fique eternamente disponível e acessível²⁵.

Nesse ambiente, o conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vêm sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas²⁶.

Nesse contexto, tal instituto vem ganhando contornos mais fortes em razão da facilidade de circulação e de manutenção de informação pela internet, capaz de proporcionar superexposição de boatos, fatos e notícias a qualquer momento, mesmo que decorrido muito tempo desde os atos que lhes deram origem, especialmente nas redes sociais²⁷. Ele em sido abordado na defesa dos cidadãos diante de invasões de privacidade pelas mídias sociais, blogs, provedores de conteúdo ou buscadores de informações.

Portanto, quais as consequências dessas características para a privacidade do indivíduo? Se a pessoa divulga algo na rede, teria ela o direito de suprimir após certo período? Quanto tempo uma informação pode ou deve ficar disponível? Que tipo de informação pode ser excluída? Se o mesmo tivesse a preocupação de que qualquer informação a seu respeito seria eternamente lembrada, o mesmo ainda seria capaz de expressar os seus pontos de vista sobre assuntos triviais, compartilhar experiências pessoais ou fazer comentários políticos? Será que a memória perfeita tem um efeito inibidor que pode alterar o comportamento individual, uma vez que todas as atividades passadas, transgressões ou não, estarão sempre presentes?

Em resumo, o direito ao esquecimento dispõe que nenhum indivíduo que não goze da condição de personalidade pública, nem seja objeto de um fato de relevância pública, deve permitir que seus dados pessoais circulem na rede. Nesse caso, se o mesmo considerar que tais dados estão infringindo a sua dignidade pessoal, o mesmo deve dispor de mecanismos

²⁵ Por exemplo, as redes sociais não fornecem opções reais de controle, ou quando oferecem são obscuras e pouco claras, em algumas redes sociais não é simples você excluir seus dados, o que acontece é que as informações não são suprimidas, elas ficam apenas inacessíveis, ou seja, o usuário não publica mais nenhuma informação, mas as redes sociais se recusam a apagar as anteriormente cadastradas, porque tais informações ainda são úteis, minimizando aos seus usuários controle sobre suas próprias informações. RIVEROLA, Emma. La hipermnesia y Facebook. 04 de Outubro de 2009. Disponível em < http://elpais.com/diario/2009/10/04/opinion/1254607205_850215.html>. Acesso em 16 de jan de 2015.

²⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 16-17.

²⁷ SOLOVE, Daniel. The future of reputation. Gossip, rumor, and privacy on the internet. 2007. New Haven & London. Yale University Press.

para solicitar o cancelamento dos dados, seja em sítios de busca, redes sociais ou registros de acessos.

2 – RECONHECIMENTO DE UM DIREITO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Para o reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito fundamental é importante analisar como um direito é considerado como fundamental, para isso deve existir uma justificação da fundamentalidade do mesmo. Portanto, o principal objetivo dessa seção é discutir como um direito pode ser definido como fundamental.

Nesse sentido, a fundamentalidade tem como consequência a atribuição de determinadas características que são peculiares aos direitos fundamentais e que fazem toda a diferença quando da sua proteção e concretização. Para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr.²⁸ existe um regime jurídico de proteção especial outorgado pela Constituição baseado em dois aspectos. O primeiro é o princípio da aplicabilidade imediata, disposto no art. 5º, §1º da Constituição²⁹. E o segundo aspecto é que os mesmos são considerados como cláusulas pétreas, de acordo com o Art. 60 §4º, inciso IV³⁰.

Sendo assim, é necessário se definir critérios rígidos com o máximo de cautela para que seja preservada a efetiva relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal³¹.

Vale ressaltar a advertência de Perez Luño, para o autor, o reconhecimento ilimitado e irrefletido de novos direitos fundamentais, vem junto com o risco da degradação dos mesmos, colocando em risco seu status jurídico e científico, bem como levando ao desprestígio da sua própria fundamentalidade³².

²⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 64

²⁹ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

³⁰ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Livraria do Advogado. 11 ed. 2012, p. 62.

³² LUÑO, A. E. Perez. Las generaciones de derechos humanos. in: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. n.10. Septiembre-diciembre.1991. p. 210

No mesmo sentido segue Otero³³, afirmando que é preciso muita cautela na enunciação dos direitos fundamentais por parte da doutrina, pois, há o sério risco de alargar indiscriminadamente o rol dos mesmos e, com isso, banalizá-los, fato que conduziria a uma redução e mesmo ao descrédito de sua fundamentalidade, pois, onde tudo é fundamental, nada é fundamental. Nas palavras de Otero:

“No limite, sabendo-se que não há uma elasticidade ilimitada de direitos fundamentais, um alargamento artificial de novos direitos fundamentais, especialmente através da “promoção” constitucional de realidades dotadas de uma diferente natureza ou da qualificação legal como tais por força do princípio da não-tipicidade, provocará uma diluição da ‘fundamentalidade’ e cada direito, restringindo a operatividade daqueles que são verdadeiramente fundamentais e, ao mesmo tempo, ampliando a esfera daqueles que carecem de tal ‘fundamentalidade’³⁴.

Portanto, buscando evitar o que o autor chama de alargamento artificial dos direitos fundamentais é que se devem buscar critérios rígidos para a definição de novos direitos fundamentais, a restante dessa seção busca definir tais critérios, iniciando com a possibilidade constitucional de se considerar novos direitos como fundamentais.

2.1. A CLÁUSULA DE ABERTURA MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O rol de direitos e garantias fundamentais definidos no Título II da Constituição, embora extenso, não é exaustivo. Nesse sentido, a Constituição em seu art. 5º, § 2º dispõe que: “os direitos expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Tal dispositivo é conhecido como cláusula de abertura constitucional a novos direitos fundamentais ou cláusula da não tipicidade.

Tal cláusula se mostra ampla, com diversas possibilidades de tratamento, o que por si só demonstra a sua complexidade e importância³⁵. O sentido imediato da cláusula é de reconhecer a existência de direitos fundamentais além do catálogo constitucional. Para Luis Roberto Barroso³⁶ o aumento do rol dos direitos fundamentais é um fenômeno decorrente do neoconstitucionalismo, seja pelo reconhecimento da existência de direitos fundamentais

³³ OTERO, P. A Democracia Totalitária: do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. Cascais: Princípia, 2001, p. 156.

³⁴ OTERO, P. A Democracia Totalitária: do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. Cascais: Princípia, 2001, p. 156.

³⁵ EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant et al. A Abertura Constitucional a Novos Direitos Fundamentais. Disponível em <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/Lilian.pdf>>. Acesso em 10 jan 2015

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva. 5 ed. 2015. Versão Digital, p. 76.

arrolados por toda a Constituição³⁷, seja pela ampliação hermenêutica ou implicitude de direitos, decorrente do pós-positivismo.

Portanto, tem se entendido, que não é necessária uma mudança no texto constitucional para a proteção de um bem tutelável como direito fundamental. O que ocorre é um acréscimo declarativo, desde que determinado direito seja considerado como materialmente fundamental, que por seu conteúdo e substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado³⁸.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a fundamentalidade pode se revelar de duas formas: a primeira chamada de formal, onde o que importa é a posição normativa, ou seja, tal direito tem que estar na Constituição; a segunda é conhecida como fundamentalidade material, nesse caso o que importa é o conteúdo do direito.

Para Robert Alexy³⁹, os direitos fundamentais são materialmente fundamentais porque com eles se tomam decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. No mesmo sentido segue Jorge Miranda⁴⁰, tais direitos são resultantes da concepção dominante de constituição e da ideia do direito, que dificilmente tornariam totalmente distanciados de um respeito pela dignidade do homem concreto.

Para J. J. Gomes Canotilho⁴¹, ao falar da abertura da constituição a outros direitos, afirma que a norma abrange, “para além das positivamente concretas, todas as possibilidades de ‘direitos’ que se propõem no horizonte da ação humana”, ou seja, direitos materialmente fundamentais. Na mesma linha de raciocínio segue Lilian Emerique⁴² “somente com a justificação da fundamentalidade material de um direito é que se pode afirmar com segurança que um novo direito reconhecido é um direito fundamental”.

Portanto, pela concepção da fundamentalidade material, os direitos que, apesar de se encontrarem fora do catálogo dos direitos fundamentais, mas que por seu conteúdo e importância puderem ser a estes equiparados, também serão considerados direitos

³⁷ Como exemplo, o Princípio da Anterioridade foi reconhecido como direito fundamental pelo STF ao analisar o art. 2º, § 3º, da Emenda Constitucional n. 3, de 17-03-1993, que desconsiderou o princípio da anterioridade tributária anual do IPMF, o STF entendeu que tal medida seria uma “violação à garantia individual do contribuinte”. (STF, ADI n. 939-7, rel. Min. Sydney Sanches, j. 15-12-1993)

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Livraria do Advogado. 11 ed. 2012, p. 78.

³⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2008, p. 325

⁴⁰ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 121.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 369.

⁴² EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant et al. A Abertura Constitucional a Novos Direitos Fundamentais. Disponível em <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/Lilian.pdf>>. Acesso em 10 jan 2015.

fundamentais, nesse sentido é importante tratar das possíveis espécies de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro com base na cláusula de abertura.

Para José Afonso da Silva⁴³, os direitos fundamentais são classificados em: expressos, implícitos e decorrentes. Os expressos são aqueles explicitamente enunciados na Constituição ou nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Os direitos implícitos seriam aqueles subentendidos dos direitos expressos. Por último, os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Flávia Piovesan⁴⁴ insere outro parâmetro nessa classificação, para a autora os direitos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil não devem ser equiparados aos direitos explicitamente enunciados na Constituição.

Nesse sentido, a autora propõe outra classificação: (i) direitos expressos na Constituição; (ii) direitos expressos em tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte; e, (iii) direitos implícitos, aqueles subentendidos nas regras de garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Para a autora, os direitos implícitos estão subentendidos, mas não de modo claro, formando um universo de direitos vago, impreciso, elástico e subjetivo, enquanto que os direitos expressos na Constituição e em tratados internacionais formariam um universo de direitos claro e preciso.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁵ apresenta uma classificação mais completa, que será utilizada como base nesse trabalho, para o autor, os direitos fundamentais são divididos em dois grandes grupos: (a) escritos ou expressamente positivados e (b) não escritos. O primeiro grupo é dividido em duas categorias: (a.1) os direitos previstos no catálogo constitucional; e, (a.2) os direitos fundamentais constantes dos tratados internacionais.

Para segundo grupo é imprescindível que os mesmos sejam materialmente fundamentais, se subdividindo em duas categorias: (b.1) os direitos fundamentais implícitos; e (b.2) os direitos decorrentes, é importante ressaltar que além da fundamentalidade material, tais direitos também são dotados de fundamentalidade formal.

Para o autor, os direitos implícitos abrangem os de direitos fundamentais escritos fora do catálogo (estejam ou não expressos na Constituição) são entendidos como direitos que

⁴³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores. 31 ed. 2008, p.112.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p.78-80.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Livraria do Advogado. 11 ed. 2012. p. 97.

resultam da redefinição do campo de incidência dos direitos fundamentais específicos já expressamente enumerados no catálogo constitucional, ou da dedução deles.

Por sua vez, os direitos decorrentes são aqueles que podem ser deduzidos através de ato interpretativo com base nos direitos constantes do catálogo bem como no regime e nos princípios fundamentais adotados pela nossa Constituição. Ainda segundo o autor os direitos decorrentes possibilitam a dedução de novos direitos fundamentais (no sentido de não expressa ou implicitamente previstos), com base no regime e nos princípios da Constituição, mediante o recurso da hermenêutica, cuidando-se da redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado.

Vale ressaltar que quanto à terminologia, Ingo Sarlet entende que a denominação ‘direitos não escritos’ ou ‘direitos não expressos’ constitui, em verdade, o gênero, que alberga, como espécies, os direitos implícitos e os direitos decorrentes. Para o presente trabalho, contudo, não será adotada a diferença terminológica acima reportada, entendendo-se como sinônimos os conceitos de direitos implícitos, decorrentes e não escritos.

Nesse contexto, deve-se buscar um tratamento adequado ao problema de reconhecimento de novos direitos fundamentais com base na cláusula de abertura, principalmente em saber como podem ser corretamente identificados outros direitos fundamentais. Se surgem situações novas nas quais passam a ser exigidos direitos até então não reconhecidos, é preciso examinar os critérios que tornam possível seu reconhecimento, de acordo com a Constituição.

2.2. CRITÉRIOS PARA RECONHECIMENTO DA FUNDAMENTALIDADE DE UM DIREITO

O art. 5º, §2º, da Constituição ao consagrar a cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais, possibilitou o reconhecimento de direitos não escritos, ratificando a ideia de que os direitos fundamentais não são apenas aqueles expressamente outorgados por normas constitucionais, mas também outros direitos quem têm sua fundamentalidade justificada.

Dessa forma, atribuir a um novo direito o título de fundamental não passa necessariamente pela alteração formal da Constituição, pode-se resultar de uma ampliação

hermenêutica, pois o próprio texto Constitucional permitiu fazê-lo⁴⁶, Porém, o mesmo não indicou qualquer critério para sua definição⁴⁷.

Nesse sentido, se um direito não se encontra expressamente enumerado no catálogo constitucional, sua identificação somente pode ser feita mediante uma fundamentação correta de sua fundamentalidade. Sendo justificada a sua identificação quando se demonstra que ela é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais, quando coerentemente reconstruído em face das circunstâncias de um caso problemático⁴⁸.

Portanto, nesse momento o que a importa é saber quais normas do sistema constitucional brasileiro são normas de direito fundamental. Com efeito, os direitos fundamentais são sempre manifestados por meio de normas morais ou jurídicas⁴⁹. Quando se está frente a um sistema constitucional como o brasileiro, os direitos fundamentais são garantidos por normas constitucionais, por normas jurídicas plenamente válidas, tais normas são válidas porque outorgam direitos fundamentais. O objetivo da presente seção é determinar critérios para fundamentar o reconhecimento de um novo direito como fundamental, seja o mesmo implícito ou decorrente.

No entender de Ingo Wolfgang Sarlet a fundamentalidade define um conteúdo básico e mínimo aos direitos, aquém do qual não se toleram contenções, nesse sentido, sempre que uma posição jurídica estiver relacionada e embasada na dignidade da pessoa humana deverá ser considerada uma norma de direito fundamental⁵⁰. Ainda segundo o autor, os ditames da dignidade da pessoa humana constituem o valor unificador de todos os direitos fundamentais, tendo a função de reconhecer os direitos fundamentais implícitos, revelando, desse modo, uma íntima relação com o art. 5º. §2º⁵¹.

No mesmo sentido, Ricardo Mauricio Freire Soares afirma que a dignidade da pessoa humana figura como um princípio ético-jurídico capaz de orientar, através de uma

⁴⁶ PARDO, David Wilson de Abreu. Direitos Fundamentais Não Enumerados – Justificação e Aplicação. Tese apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2005. Disponível em http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/tese___direitos_fundamentais_nao_enumerados___justificacao_e_aplicacao.pdf. Acesso 30 nov 2014, p. 145.

⁴⁷ Nesse sentido, Ingo Sarlet realça que a cláusula do artigo 5º, § 2º, da Constituição, tem uma “função preponderantemente didática”, já que “a dedução de direitos implícitos (subentendidos) e o desenvolvimento de direitos não-escritos com base nos princípios fundamentais da Constituição, em decorrência da força expansiva destes, podem ser considerados algo inerente ao sistema”. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Livraria do Advogado. 11 ed. 2012.

⁴⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. O reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, p. 59-71, v. 19, n. 3, mar. 2007.

⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2008, p.47.
⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Livraria do Advogado. 11 ed. 2012, p. 101.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Livraria do Advogado. 11 ed. 2012, p. 95.

interpretação teleológica da Constituição, o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos⁵².

Embora a dignidade da pessoa humana seja um critério importante para a definição da fundamentalidade material de um direito, acredito que tal critério é insuficiente, correndo o risco do reconhecimento ilimitado e irrefletido de novos direitos fundamentais, como advertiu Perez Luño⁵³. Portanto, deve-se continuar a busca por critérios mais específicos para justificar a fundamentalidade de um direito.

George Marmelstein entende que além da dignidade da pessoa humana, também são direitos fundamentais implícitos os que tenham vinculação com a limitação de poder⁵⁴. Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos amplia tal conceituação, segundo a autora para que um direito implícito seja considerado um direito fundamental, faz-se necessária a observância de alguns requisitos⁵⁵, a saber: a) vinculação com a dignidade da pessoa humana ou com a limitação de poder; b) origem no regime democrático e nos princípios contidos no Título I da Constituição; e c) equivalência aos direitos fundamentais elencados no Título II da Constituição, através dos critérios de relevância e substância.

O primeiro dos critérios apresentados pela autora já tinha sido definido por George Marmelstein e não merece maiores considerações. O segundo é ter como base o regime democrático, além de observar os fundamentos, objetivos e princípios fundamentais elencados na Constituição, tanto em nível interno quanto internacional.

Nesse sentido, a fundamentalidade material dos direitos fundamentais tem a ver exatamente com a importância e legitimidade do seu conteúdo. Portanto, a fundamentalidade material diz respeito aos objetos de regulação das normas jurídicas fundamentais; por meio delas, são tomadas as decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade⁵⁶.

O terceiro critério, é que a autora considera indispensável que os novos direitos guardem sintonia com os direitos fundamentais do catálogo, já que os mesmos correspondem

52 SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136

53 LUÑO, A. E. Perez. Las generaciones de derechos humanos. in: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. n.10. Septiembre-diciembre.1991. p. 210.

54 MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 191

55 SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça. O Reconhecimento do Direito à Verdade e à Memória como um Direito Fundamental Implícito no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94aef38441efa338>>. Acesso 30 nov 2014.

56 PARDO, David Wilson de Abreu. Direitos Fundamentais Não Enumerados – Justificação e Aplicação. Tese apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2005. Disponível em <http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/tese___direitos_fundamentais_nao_enumerados___justificacao_e_aplicacao.pdf>. Acesso 30 nov 2014, p. 34.

ao esforço do legislador constituinte originário de detalhar os sentidos das liberdades, formulando normas explícitas de direitos fundamentais específicos.

Nesse sentido, devem ser observados os critérios de relevância e substância. O critério da relevância está baseado na efetiva importância que aquele direito deve ter para a comunidade em determinado momento histórico, sendo que referido critério relaciona-se com a dimensão axiológica dos direitos fundamentais, ou seja, com a expressão valorativa consensualmente reconhecida no meio social⁵⁷.

Para David Pardo os critérios de relevância e substância são próprios do tema da interpretação constitucional⁵⁸. Tomando como base a experiência constitucional norte-americana, o autor afirma que a fonte de novos direitos fundamentais é a própria constituição, compreendida na sua tensão entre constituição formal e constituição material. Portanto, o reconhecimento de novos direitos fundamentais acontece quando se está frente a um caso problemático que se apresenta singularmente difícil e que, dessa forma, obriga a retomada de discursos de justificação, quando coerentemente reconstruído em face das circunstâncias do caso concreto, nos quais juízos de natureza moral desempenham um papel importante.

Nesse caso, como já tratado anteriormente, os direitos fundamentais implicam a existência de normas jurídicas válidas que os outorgam. Se tais normas puderem ser compreendidas como princípios, então os direitos fundamentais também poderão ser considerados princípios⁵⁹.

Portanto, um novo direito fundamental surge do esquema básico de princípios constitucionais, dele sendo uma exigência. Daí porque, inclusive, cada novo direito tem de coexistir com os demais, sem quebra de unidade. Dessa forma, a questão é sobre o que diz a Constituição como um todo, sendo necessário estudar o procedimento de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, na tentativa de encontrar um critério de ordem geral mediante o qual podem ser justificados e aplicados direitos não expressos na Constituição.

⁵⁷ SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça. O Reconhecimento do Direito à Verdade e à Memória como um Direito Fundamental Implícito no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94aef38441efa338> >. Acesso 30 nov 2014

⁵⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. Direitos Fundamentais Não Enumerados – Justificação e Aplicação. Tese apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2005. Disponível em < http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/tese___direitos_fundamentais_nao_enumerados___justificacao_e_aplicacao.pdf >. Acesso 30 nov 2014, p. 121.

⁵⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. O reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, p. 59-71, v. 19, n. 3, mar. 2007.

Para David Pardo⁶⁰, a teoria dos princípios fornece um critério geral para a justificação e aplicação dos direitos não escritos, pois permite a tomada de uma decisão baseada na ordem jurídica vigente e de acordo com regras e princípios legítimos. Na medida em que oferece critérios para justificar a fundamentalidade de certas pretensões normativas.

Nesse sentido, esse trabalho vai se utilizar da teoria dos princípios de Robert Alexy⁶¹ para justificar a fundamentalidade de um direito, tal teoria sustenta a tese de que princípios e regras são normas com base no argumento de que ambos expressam um dever ser. Para o autor, a diferença entre os dois não é de grau, mas, uma diferença qualitativa. A novidade da teoria localiza-se no conceito de princípio: uma norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios constituem o que Alexy denomina “mandados – ou mandamentos – de otimização”⁶², podendo se referir tanto a permissão quanto a proibição.

Para Alexy, os princípios “foram incorporados à constituição e, assim, ao direito positivo”. Na interpretação do direito constitucional positivo, portanto, os juízos morais desempenham um papel importante, notadamente em face da exigência de fundamentar-se uma resposta normativamente correta para um caso especialmente problemático. É que a pretensão de correção da resposta manifesta, em outro nível, a própria pretensão de legitimidade da ordem jurídica:

... A pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretende validade à luz de regras e princípios legítimos⁶³.

Na verdade, o próprio conceito de princípios leva à adoção de um procedimento de aplicação dos direitos no qual a justificação se processa por meio de um jogo de prós e contras. Na medida em que as normas de direito fundamental são aplicáveis apenas *prima facie*, o jogo permite o controle dos argumentos levantados no discurso de aplicação e a identificação da norma que aplicada ao caso o resolve corretamente.

Dworkin⁶⁴ também propõe uma teoria do direito baseada em princípios, que serve para enfrentar e defender a tese de uma resposta correta para os casos difíceis. Os princípios são definidos como *standards* que devem ser observados por se constituírem numa exigência

⁶⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. O reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, p. 59-71, v. 19, n. 3, mar. 2007, p. 255.

⁶¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2008, p. 114.

⁶² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2008, p. 121.

⁶³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2008, p. 112.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.115.

da justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, estando sua aplicação vinculada ao critério da importância ou peso relativo de cada um, na hipótese de conflito.

Com base no disposto acima, pode o direito ao esquecimento, mesmo não previsto textualmente, ser considerado integrante da Constituição em virtude de sua fundamentalidade? Sendo, portanto, considerado como um direito fundamental? Estando sujeito ao regime próprio dos direitos fundamentais? A próxima seção tem como objetivo responder tais perguntas com base nos critérios propostos na presente seção.

3 – RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição não inclui, no título reservado aos direitos e garantias fundamentais, dispositivos que tratam expressamente do direito ao esquecimento. Isso não significa que tal direito não possua uma dimensão de proteção individual incontestável, o que acaba por lhe caracterizar como um direito individual fundamental.

Para isso, é necessário mostrar que o mesmo se encaixa nos requisitos apresentados na seção anterior, ou seja: a) vinculação com a dignidade da pessoa humana ou com a limitação de poder; b) origem no regime democrático e nos princípios contidos no Título I da Constituição; e c) equivalência a outros direitos fundamentais. Além de tratar de possíveis conflitos com outros direitos fundamentais.

3.1 – VINCULAÇÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nessa seção serão tratados os dois primeiros requisitos para se considerar um novo direito como fundamental: vinculação com a dignidade da pessoa humana e origem no regime democrático e nos princípios contidos no Título I da Constituição. Com relação aos princípios é clara a relação com a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II), portanto cabe analisar a vinculação com a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, concretizada no art. 1º, inciso III, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana⁶⁵, além de ser o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, é um princípio norteador do direito ao esquecimento.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Livraria do Advogado. 11 ed. 2012. p.105.

Seria digno forçar uma pessoa a conviver com os erros do seu passado? Ou uma família com os erros dos seus antepassados? Essa é a ideia do direito ao esquecimento, justifica-se na expectativa de que todo ser humano tem a capacidade de mudar e melhorar, que uma vez pago o que era devido, a sociedade deve oferecer possibilidade de reabilitação, podendo começar uma nova vida sem ter que suportar o peso de seus erros passados, tal face do direito ao esquecimento “revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança”⁶⁶.

Atualmente, por mais insignificante que seja um fato, sob o ponto de vista social ou jornalístico, ele pode ser recuperado rapidamente através dos sites de busca na internet. E a informação volta a provocar na vítima angústia, dor, sofrimento, mágoa, de modo reiterado, continuado e, portanto, muito mais grave.

Fatos praticados na juventude, e até já esquecidos, podem ser resgatados, vindo a causar novos danos atuais, e até mais ruinosos, além daqueles já causados em época passada. Sendo assim, as informações veiculadas na internet, em regra, são eternizadas na mesma sem nenhuma regulamentação ou limitação, em alguns casos se tornam grave ameaça a dignidade da pessoa humana. Portanto, o indivíduo não pode ser tratado como “coisa”, ou seja, deve ter o direito de controlar as informações a seu respeito, um poder de determinar o uso dos seus dados pessoais.

Como bem observa Paulo José da Costa Júnior⁶⁷, hoje se aceita, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. Na Era da Informação, onde a velocidade de propagação das notícias torna praticamente impossível seu controle, os danos causados por uma ofensa podem ser irreversíveis:

É até possível que, com algumas ordens judiciais, as fotos sejam retiradas dos grandes sites e do Google. Os cacos maiores da xícara são facilmente encontrados no chão. A questão são os pequenos fragmentos que se misturam ao leite e estão por toda parte, as informações encontram-se não só espalhadas em pequenos sites e blogs, mas também nos computadores de inúmeros internautas que as viram e resolveram salvar uma cópia para acessá-las eventualmente no futuro. Em suma: tornaram-se públicas⁶⁸.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.334.097- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 20 janeiro 2015.

⁶⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 18.

⁶⁸ VIANA, Tulio. Caiu na Rede é Público. 2012. Disponível em < <http://tuliovianna.org/2012/09/06/caiu-na-rede-e-publico/>>. Acesso em 2 de Jane 2015.

Portanto, os abusos devem ser controlados o quanto antes, porém, como visto anteriormente nem sempre é simples excluir informações, isso acontece porque o modelo de negócios da internet funciona dessa forma, não existe serviço gratuito, quando um serviço na internet é dito gratuito, no fundo o serviço coleta informações pessoais como forma de pagamento, portanto não tem interesse na exclusão de tal informação, uma vez que com isso o serviço diminui o valor⁶⁹.

Nesse sentido, é imprescindível a existência de mecanismos de esquecimento na internet, com o objetivo de cancelar dados pessoais ou impedir a manutenção dos mesmos, tais mecanismos devem ser fornecidos prioritariamente pelas empresas privadas em que as informações estão disponíveis nos seus bancos de dados, como por exemplo, Google, Facebook, etc. O grande problema é poucas empresas fornecem mecanismos para esquecimento⁷⁰, ou os mecanismos não são efetivos⁷¹, dessa forma, o indivíduo tem que buscar no poder judiciário o esquecimento das informações⁷²⁷³, já que, mesmo com as medidas cautelares, o procedimento tende a ser mais lento do que os fornecidos pelas empresas.

⁶⁹ GROSSMANN, Luís Osvaldo. Serviços 'gratuitos' da Internet conflitam com a privacidade do usuário. 25 de abril de 2014. Disponível em <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infol=36586&sid=4#.VMAvIkfF-So>>. Acesso em 27 janeiro de 2015.

⁷⁰ “Quem quiser que o motor de busca da Google deixe de mostrar links para conteúdos "inadequados, irrelevantes ou excessivos" sobre a sua pessoa, já pode preencher um formulário e ficar à espera de uma decisão da empresa norte-americana. Se a resposta for negativa, há sempre a hipótese de se recorrer aos tribunais”. MARTINS, Alexandre. Google publica formulário para pedir "direito ao esquecimento". 30 de maio de 2014. Disponível em <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/google-publica-formulario-para-pedir-remocao-de-links-1638047>>. Acesso em 30 jan 2015.

⁷¹ Por exemplo, o atual mecanismo de exclusão de fotos do Facebook demora até 45 dias para remover totalmente a foto e existem casos em que uma foto removida há mais de três anos continua disponível na rede social. MORENO, João Brunelli. Fotos excluídas do Facebook não são verdadeiramente apagadas. 07 de Fevereiro de 2012. Disponível em <<http://tecnoblog.net/90724/facebook-nao-apaga-fotos/>>. Acesso em 16 jul 2015.

⁷² Por isso, quando se fala em direito ao esquecimento na internet é praticamente impossível que se retire da internet todas as páginas onde se encontram as informações, é mais simples e prático impedir a realização de buscas nos sítios especializados. Por exemplo, o jogador de futebol Diego Maradona entrou na Justiça procurando impedir que o Google e o Yahoo retornassem em suas buscas informações antigas suas, com o argumento que as notícias antigas não mais poderiam ser vinculadas, ou seja, o que eles querem é as informações passadas sejam esquecidas, não devendo mais estar associadas aos seus respectivos nomes. ATHENIENSE, Alexandre. Maradona proíbe Yahoo e Google de fazer buscas com seu nome. 01 de Dezembro de 2008. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/299799/maradona-proibe-yahoo-e-google-de-fazer-buscas-com-seu-nome>>. Acesso em 05 jan 2015.

⁷³ Mario Costeja um espanhol aparecia como inadimplente nos resultados de busca do Google, exigiu que o sítio de busca apagasse a informação. O Tribunal Europeu atendia a seu pedido o obrigou que o Google retirasse seu nome dos resultados das buscas. CALVAR, Andrea Nogueira. O “direito ao esquecimento” complica o Google. 6 de setembro de 2014. Disponível em <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/05/sociedad/1409950672_544898.html>. Acesso em 30 jan 2015.

Portanto, com o direito ao esquecimento evita-se que o indivíduo se transforme em um simples objeto de informações, na medida em que lhe atribui um poder positivo de dispor sobre as suas informações pessoais. Sendo assim, tal direito é derivado de um fundamento maior: a dignidade da pessoa humana, se fortalecendo como medida de proteção da privacidade, evitando que uma informação seja eterna, e que as mesmas possam gerar danos morais e psicológicos constantes aos envolvidos.

3.2 – EQUIVALÊNCIA A OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito ao esquecimento é o direito que o indivíduo tem de que um fato fique no passado e que não seja lembrado eternamente, ou seja, o indivíduo deve ter o poder de dispor sobre a informação da qual é titular. Portanto, para a efetividade do direito ora tratado, deve-se responder a seguinte pergunta: um indivíduo deve ter o controle sobre a informação que é disponibilizada a seu respeito?

A questão defendida é que ninguém é obrigado a conviver para sempre com erros passados, havendo uma clara relação entre o direito ao esquecimento e o direito à privacidade, mas, não existe consenso sobre sua proteção e quais os limites de seu exercício. Justamente em face desta relação é que se poderia defender a proteção constitucional ao esquecimento.

A Constituição declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X). Portanto, definiu expressamente tais valores como direitos individuais. Vale ressaltar que a o direito a intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito a privacidade⁷⁴, mas a constituição faz uma diferença entre intimidade, vida privada e honra e imagem, quando a maioria da doutrina considera os dois últimos como extensão do primeiro, nesse trabalho vamos utilizar a conceituação de José Afonso da Silva que utiliza a expressão direito a privacidade num sentido genérico e amplo, de forma a abarcar todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade⁷⁵.

Ao falar de privacidade, Celso Bastos e Ives Gandra Martins⁷⁶ afirmam que a mesma é “a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a sua privacidade”. No

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores. 31 ed. 2008, p 206. Para o autor “direito à privacidade é uma terminologia do direito anglo-americano (right of privacy), enquanto que no direito dos povos latinos é empregado o termo direito a intimidade”.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores. 31 ed. 2008, p 206.

⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2., p. 63.

mesmo sentido segue Tatiana Vieira⁷⁷, para a autora o direito à privacidade é um “direito subjetivo de toda pessoa, não apenas de constranger os outros a respeitarem sua esfera privada, mas também de controlar suas informações de caráter pessoal, sejam estas sensíveis ou não”.

Dessa forma, está claro pelos conceitos apresentados acima, que a privacidade inclui o controle dos seus dados pessoais, ou seja, um indivíduo pode controlar a informação que é disponibilizada a seu respeito. Sendo assim, o controle deve ter como fundamento a decisão de cada pessoa a respeito da utilização de suas próprias informações, preservando a sua autodeterminação.

Portanto, a privacidade deve ser encarada numa dupla perspectiva: subjetiva e objetiva⁷⁸. A dimensão subjetiva se manifesta através de atos negativos, sendo que os seus titulares gozam de posições jurídicas perante o Estado e particulares, a fim de se defenderem dos abusos quanto à utilização da informação pessoal, estando este direito ligado à proteção intencional e efetiva da disponibilidade de um bem ou de um espaço de autodeterminação individual.

Por sua vez, a dimensão objetiva constitui um direito a ações positivas, de guardar sigilo, de manter reserva e de não divulgar dados confidenciais dos quais se tenha acesso. Em complemento, Marcelo Pereira afirma que⁷⁹: “o poder das pessoas de controlar suas informações pessoais, as quais, ainda que não formem parte da vida privada das mesmas, possam revelar aspectos de sua personalidade”.

Sendo assim, o indivíduo pode requerer o esquecimento das informações a seu respeito. Ou seja, o indivíduo deve ter o direito de controlar até onde vai a penumbra que deseja que paire sobre as informações pessoais, construindo-se como um poder de determinar o uso dos seus dados pessoais, evitando que o indivíduo se transforme em um simples objeto de informações, ferindo a sua dignidade como tratado anteriormente.

Dessa forma, a necessidade de proteger os dados pessoais faz com que a tutela da privacidade ganhe um novo eixo de controle das informações pessoais, o que para Gilberto Jabur⁸⁰ se apresenta como um: “atributo da privacidade, a faculdade de se excluir do conhecimento de terceiros as informações que o titular quer preservar para si próprio”.

⁷⁷ VIEIRA, Tatiana Malta. O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília. Uni. 2007. p. 26.

⁷⁸ MELO, Gustavo Procópio Bandeira de. Prevalência da intimidade como corolário da dignidade humana. Consulex: Revista jurídica, Brasília, DF, ano XI, n. 255, p. 63-65, ago. 2007.

⁷⁹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. Direito à intimidade na internet. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 140.

⁸⁰ JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflito entre direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2000, p. 254.

Respondida a pergunta que um indivíduo pode ter o controle sobre a informação que é disponibilizada a seu respeito. Surgem novas perguntas: o indivíduo pode ter o controle de toda e qualquer informação a seu respeito? O direito ao esquecimento ganha contornos polêmicos quando se pondera com outros direitos consagrados como o direito de informar. Um indivíduo pode obrigar a retirada de uma notícia verdadeira, sob o argumento de que ocorreu há muitos anos e de que os envolvidos não querem que ela volte à tona? Tal fato não seria uma forma de censura? Não estaríamos atribuindo prazo prescricional à história? O tempo seria capaz de transformar uma notícia histórica lícita em ilícita? Aqui, surge uma colisão de princípios em do direito ao esquecimento e o direito de informar, tal conflito vai ser tratado em mais detalhes na próxima seção.

3.3 – COLISÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS

A ideia da colisão entre o direito ao esquecimento e o direito de informar⁸¹, é que, como tratado na seção anterior, um indivíduo deve ter o direito de controlar as suas informações, tal direito pode ser considerado como “um conjunto de ações, comportamentos, preferências, opiniões e comportamentos pessoais sobre os quais o interessado deseja manter um controle exclusivo”⁸², porém, tal controle não deve ser total, ou seja, não deve compreender um direito absoluto ou irrestrito sobre todos os seus dados, já que, outros indivíduos tem o direito de informar, que contrasta com o controle total das informações.

As oposições entre normas são chamadas de colisão de princípios e conflito de regras, tendo em comum o fato de que “duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, ou seja, a dois juízos contraditórios de dever ser jurídico”⁸³. Para Alexy, a solução de uma colisão de princípios ocorre na medida em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação desta relação consiste em que “tomando em conta

⁸¹ Nesse ponto, vale a pena ressaltar a diferença entre a liberdade de expressão e o direito de informar ou liberdade de informar. Para José Afonso da Silva a liberdade de expressão deriva de atos próprios, já a liberdade de informar pode derivar de atos ou fatos relacionados a terceiros, o ato de informar (normalmente) é para apenas divulgar, e a liberdade de expressão se relaciona a opiniões. O direito ao esquecimento deve estar ligado a fatos e não a opiniões, portanto falaremos do conflito entre o direito ao esquecimento e o direito de informar. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores. 31 ed. 2008, p. 214-215.

⁸² RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.102.

⁸³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2008, p. 87.

o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente”⁸⁴.

Portanto, a relação de precedência condicionada tratada por Alexy seria o controle da informação, tal controle sempre existiu, e permanece em tempos democráticos. Não há direito absoluto, então por que a direito de informar haveria de ser? Nesse sentido a própria Constituição em seu art. 220, dispõe que: “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, porém, cuida de explicitar alguns princípios norteadores dessa liberdade, como a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 220, § 1º).

Nesse contexto, a discussão quanto ao direito ora tratado envolve um conflito aparente entre a liberdade de informar e atributos individuais da pessoa humana, como a intimidade, privacidade, honra e a imagem. Dessa forma, a liberdade de informar pode ser limitada em razão da privacidade de um indivíduo. Nesse sentido vale a advertência de José Afonso da Silva:

“15.4 Liberdade de informação jornalística – É nesta que se centra a liberdade de informação, que assume características modernas, superadoras da velha liberdade de imprensa. Nela se concentra a **liberdade de informar, e é nela ou através dela que se realiza o direito coletivo à informação, isto é, a liberdade de ser informado. Por isso, é que a ordem jurídica que lhe confere um regime específico que lhe garanta a atuação e lhe coíba os abusos**⁸⁵. (grifos do autor)

Para se coibir os abusos, é fundamental que o indivíduo tenha controle da informação que foi disponibilizada de forma voluntária ou involuntária, vale ressaltar que essas informações podem ser tanto informações públicas quanto privadas, mas o interesse dessa informação não pode ser público, deve ser principalmente privado, assim, o direito ao esquecimento deve ser garantido com base na ausência de interesse público.

Com essa solução, o equilíbrio entre os direitos individuais não é injusto pra nenhum dos lados. Há quem tenha o interesse e o direito de lembrar, mas há também quem tenha o interesse em se fazer esquecido. O que vai legitimar a lembrança dos fatos é o seu interesse público, que deverão ser analisados caso a caso, sem que se possa falar em censura.

Nesse sentido, a definição do interesse público deve ser feita caso a caso, não existe ainda nenhum parâmetro para sua configuração, analisando algumas decisões no Brasil, percebe-se que o interesse público está ligado basicamente a historicidade dos fatos:

⁸⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2008, p. 92.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores. 31 ed. 2008, p. 215. Grifos do autor.

Como se sabe, o direito à intimidade – que representa importante manifestação dos direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada. (...) Por isso mesmo, a transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade, pois este, na abrangência de seu alcance, representa o ‘direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo ser da vida privada’⁸⁶.

Fatos históricos não podem ser esquecidos, o conhecimento da história é muito importante para não se cometer os mesmos erros do passado, sendo assim, não se pode privar a sociedade do conhecimento da sua própria história pelo argumento de que tal conhecimento fere o direito a privacidade de alguns indivíduos, nesse caso é mais importante o interesse público da coletividade de conhecer a sua própria história.

No Brasil, o assunto já chegou as Cortes Superiores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou dois recursos especiais: o caso da Chacina da Candelária (REsp 1.334.097) e o caso de Aída Curi (REsp 1.335.153). Onde foram analisados, basicamente, o conflito entre direito ao esquecimento e o direito de informar. O interessante é que num caso o STJ considerou o direito ao esquecimento com base na ausência do interesse público e no outro negou o direito ao esquecimento por considerar que a informação que se desejava esquecer tinha interesse público, mas não estabeleceu nenhum parâmetro para considerar uma informação como de interesse público.

Em relação REsp 1.334.097⁸⁷, a Quarta Turma do STJ reconheceu o direito ao esquecimento, entendendo que a ponderação entre a liberdade de informar e a proteção da vida privada deveria privilegiar o direito ao esquecimento como vertente do direito a privacidade:

Com efeito, penso que a historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. **Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato –, pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado**⁸⁸. (grifos do autor)

⁸⁶ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 23.669-DF (medida liminar), Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 17.04.2000, p. 04.

⁸⁷ O caso trata de um homem inocentado da acusação de envolvimento na chacina da Candelária e posteriormente retratado pelo programa Linha Direta, da TV Globo, anos depois de absolvido de todas as acusações, condenando a emissora ao pagamento de uma indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). O fundamento da decisão foi que o réu condenado ou absolvido pela prática de um crime tem o direito de ser esquecido.

⁸⁸ Recurso especial n. 1.334.097- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Grifos do autor.

No caso em tela, segundo o STJ, a doutrina não vacila em dar prevalência, em regra, ao direito ao esquecimento, ressalvando-se, a hipótese de crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.

Porém, no REsp 1.335.153⁸⁹, também julgado pela Quarta Turma do STJ, a turma não reconheceu o direito a indenização alegando que nesse caso o direito de informar deve prevalecer sobre o direito de esquecer, alegando o fato do crime ter sido histórico, sendo o mesmo considerado como de interesse público.

Porém, tal decisão não estabeleceu nenhum parâmetro para se considerar um caso como de interesse público, um caso ocorrido na década de 50 ainda tem a atualidade necessária para o direito de informar? A vítima não era uma pessoa conhecida na época, ficou conhecida apenas pelo crime, não era uma personalidade pública, se tornando conhecida apenas depois da sua morte.

Nessas circunstâncias, eternizar uma informação desprovida de interesse público histórico, viola a dignidade e respeito da vítima, nesse sentido vale a ressalva de Rodrigo Ienaco⁹⁰: “Não pode, pois, a justiça, tratá-la como expedientes que renovem a lesão ou inaugurem novos prejuízos (materiais ou psicológicos)”. Portanto, a família da vítima do crime deveria estar no esquecimento, na perspectiva do fato delituoso, podendo desfrutar da liberdade de não mais reviver memórias tristes, evitando com isso prejuízos psicológicos.

A vítima tem o direito de querer esquecer o caso, caso contrário a lembrança do mesmo pode deixar o esquecimento cada vez mais difícil, por exemplo, depois da apresentação do programa surgiram mais de 470.000 links a respeito do caso⁹¹. Fazendo com que a sociedade lembre um assunto que estava esquecido.

Um aspecto importante tratado nas decisões foi o tempo de divulgação das informações, qual o tempo necessário para que uma informação perca o interesse público? Nesse sentido, as mesmas limitações que existem para informar, devem existir para o tempo

⁸⁹ Os irmãos vivos de Aida Curi ajuizaram ação objetivando reparação de danos materiais e morais decorrentes de ato praticado pela TV Globo Ltda. Aida Curi foi vítima de homicídio ocorrido em 1958, que ficou nacionalmente conhecido, os autores buscaram a indenização pelo ilícito que apontavam haver sido cometido pela transmissora, configurado na reabertura de antigas feridas pela veiculação do programa Linha Direta-Justiça, o qual tratou novamente da vida, morte e do pós-morte de sua irmã. No mérito da causa, os autores alegaram o direito ao esquecimento acerca da tragédia familiar pela qual passaram na década de cinquenta do século passado, direito esse que foi violentado pela emissora ré, por ocasião da veiculação da reportagem não autorizada da morte da irmã dos autores, pedindo indenização por conta da dor de reviver o passado.

⁹⁰ IENNACO, Rodrigo. Da vítima no processo penal. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira e ARAÚJO, Fábio Roque (org). O Projeto do Novo Código de Processo Penal. JusPodivm. 2012. p. 178.

⁹¹ Recurso especial n. 1.335.153- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Voto da Ministra Maria Isabel Galotti.

que tais informações serão divulgadas. Para Daniel Bucar⁹², o direito ao esquecimento incorpora uma expressão do controle temporal de dados. Como já tratado por François Ost, que afirma a existência de um “direito a um esquecimento programado”:

Em outras hipóteses, ainda, o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído⁹³.

Sendo assim, o conflito entre direito ao esquecimento e o direito de informar deve levar em consideração o interesse público do fato a ser esquecido. A definição do que seria interesse público relacionado ao direito de informar ainda carece de parâmetros, o único parâmetro definido na jurisprudência é o fato histórico, que deve ser analisado caso a caso, verificando se a história foi contada de maneira mais próxima possível da realidade e se a mesma foi contada de maneira a preservar a privacidade dos envolvidos, ou seja, relatar apenas aqueles que são imprescindíveis para o fato histórico.

CONCLUSÕES

Em suma, o direito ao esquecimento é o direito que o indivíduo tem de que um fato fique no passado e que não seja lembrado eternamente. Equivale a tornar realidade o poder de qualquer indivíduo dispor sobre toda a informação da qual é titular. Tal direito tem três vertentes: aspectos criminais; proteção de dados e direito ao esquecimento na internet.

Tal direito não está expresso na Constituição como um direito fundamental, isso não significa que tal direito não possua uma dimensão de proteção individual incontestável, o que acaba por lhe caracterizar como um direito individual fundamental. Com base na cláusula de abertura constitucional a novos direitos fundamentais foi mostrado nesse trabalho que o mesmo é materialmente constitucional. Nesse sentido, foi mostrado que o mesmo se encaixa nos requisitos para o reconhecimento de um novo direito fundamental: a) vinculação com a dignidade da pessoa humana ou com a limitação de poder; b) origem no regime democrático e nos princípios contidos no Título I; e c) equivalência a outros direitos fundamentais.

⁹² BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, ano 2, n. 3, 2013. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em 14 jan 2015.

⁹³ OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005, pp. 160-161.

O importante aqui é reter o fato de que a fundamentação do direito ao esquecimento tem como base o argumento de que há uma provisão constitucional expressa protegendo a privacidade do indivíduo. Existe uma dimensão da privacidade, isto é, a autonomia individual, a capacidade para escolher, para tomar decisões, em manter o controle sobre diferentes aspectos da privacidade. Um desses aspectos é o direito ao esquecimento, que não é absoluto, devendo sempre ser ponderado juntamente com o direito de informar, tendo como pano de fundo dessa ponderação o interesse público.

Por mais que se queira controlar o direito à memória da sociedade, não se consegue parar a tecnologia, sendo assim, a mudança do equilíbrio entre a o esquecimento e a privacidade provocada pela internet é definitivo, dessa forma, é importante se ter mecanismos para que essa mudança leve em consideração o direito individual da privacidade e da proteção de dados pessoais, especialmente em relação ao esquecimento, porém, na ausência de mecanismos de esquecimento, quando um indivíduo quer ver seu direito reconhecido invariavelmente deve recorrer ao Poder Judiciário, que embora reconheça o direito ao esquecimento em algumas decisões, o entendimento ainda não é pacífico, tendo inclusive sido proferidas algumas decisões em sentido contrário, por isso, é fundamental uma interferência legislativa para que tal direito seja reconhecido pelos juízes e tribunais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ATHENIENSE, Alexandre. **Maradona proíbe Yahoo e Google de fazer buscas com seu nome**. 01 de Dezembro de 2008. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/299799/maradona-proibe-yahoo-e-google-de-fazer-buscas-com-seu-nome>>. Acesso em 05 jan 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 5 ed. 2015. Versão Digital, 576pp.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 jan 2014.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 18 jan 2014.

____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 18 jan 2014.

____. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 18 jan 2014.

____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 23.669-DF (medida liminar)**, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 17.04.2000.

____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.334.097- RJ.** Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 20 jan 2015.

____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.335.153- RJ.** Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 20 jan 2015.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento.** Civilistica.com, ano 2, n. 3, 2013. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em 14 jan 2015.

CALVAR, Andrea Nogueira. **O “direito ao esquecimento” complica o Google.** 6 setembro de 2014. Disponível em <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/05/sociedad/1409950672_544898.html>. Acesso em 30 jan 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade.** 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidades e limites.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, 299 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Paulo Sá. **Contratos eletrônicos, Direito Bancário, Tecnologia e o Comércio Internacional.** In: Jete Jane Fiorati; Valério de Oliveira Mazzuoli. (Org.). Novas Vertentes do Direito do Comércio Internacional. 1 ed. Barueri: Manole, 2003, v. 1, p. 131-143.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant et al. **A Abertura Constitucional a Novos Direitos Fundamentais.** Disponível em <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/Lilian.pdf>>. Acesso em 10 jan 2015.

GROSSMANN, Luís Osvaldo. **Serviços 'gratuitos' da Internet conflitam com a privacidade do usuário.** 25 de abril de 2014. Disponível em <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=36586&sid=4#.VMAvIkfF-So>>. Acesso em 27 jan de 2015.

IENNACO, Rodrigo. **Da vítima no processo penal.** In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira e ARAÚJO, Fábio Roque(org).O Projeto do Novo Código de Processo Penal. JusPodivm. 2012. p. 175-182.

- IZQUIERDO, Iván. **A Arte de Esquecer: Cérebro, Memória e Esquecimento**. 2 ed. Vieira & Lent. 2010. 136 p.
- JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflito entre direitos da personalidade**. São Paulo: RT, 2000.
- LUÑO, A. E. Perez. **Las generaciones de derechos humanos**. in: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. n.10. Septiembre-diciembre. 1991.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 191
- MARTINS, Alexandre. **Google publica formulário para pedir "direito ao esquecimento"**. 30 de maio de 2014. Disponível em < <http://www.publico.pt/mundo/noticia/google-publica-formulario-para-pedir-remocao-de-links-1638047> >. Acesso em 30 jan 2015.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age**. Princeton University Press. 2009. 256 p.
- MELO, Gustavo Procópio Bandeira de. **Prevalência da intimidade como corolário da dignidade humana**. Consulex: Revista jurídica, Brasília, DF, ano XI, n. 255, p. 63-65, ago. 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.
- MORENO, João Brunelli. **Fotos excluídas do Facebook não são verdadeiramente apagadas**. 07 de Fevereiro de 2012. Disponível em < <http://tecnoblog.net/90724/facebook-nao-apaga-fotos/>>. Acesso em 16 jul 2015.
- OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.
- OTERO, P. **A Democracia Totalitária: do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária**. Cascais: Princípia, 2001, p. 156.
- PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos Fundamentais Não Enumerados – Justificação e Aplicação**. Tese apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2005. Disponível em < http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/tese___direitos_fundamentais_nao_enumerados___justificacao_e_aplicacao.pdf>. Acesso 30 nov 2014
- _____, David Wilson de Abreu. **O reconhecimento judicial de novos direitos fundamentais**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, p. 59-71, v. 19, n. 3, mar. 2007.
- PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p.782.
- RALLO, Artemi. **No existe un derecho global a enlazar, se acepta por sus beneficios implícitos**. 17 de Janeiro de 2011. Disponível em <<http://www.elmundo.es/elmundo/2011/01/17/navegante/1295284933.html>>. Acesso em 12 jan 2015.
- RIVEROLA, Emma. **La hipermnesia y Facebook**. 04 de Outubro de 2009. Disponível em < http://elpais.com/diario/2009/10/04/opinion/1254607205_850215.html>. Acesso em 16 de jan de 2015.
- RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.381.
- SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça. **O Reconhecimento do Direito à Verdade e à Memória como um Direito Fundamental Implícito no Ordenamento Jurídico Brasileiro**.

Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94aef38441efa338> >. Acesso 30 nov 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Livraria do Advogado. 11 ed. 2012, versão digital.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores. 31 ed. 2008, p.926.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOLOVE, Daniel. **The future of reputation. Gossip, rumor, and privacy on the internet**. New Haven & London. Yale University Press, 2007.

TERWANGNE, Cécile. **Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido**. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, Número 13, 2012, p. 53-66.

VIANA, Tulio. **Caiu na Rede é Público**. 2012. Disponível em < <http://tuliovianna.org/2012/09/06/caiu-na-rede-e-publico/> >. Acesso em 2 de Jane 2015.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília. Uni. 2007. 297 p.