

O DIREITO FUNDAMENTAL AO ESQUECIMENTO SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS À PRIVACIDADE, IMAGEM, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA EM DETRIMENTO DA PUBLICIDADE PROCESSUAL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FOREGROUND UNDER THE CONSTITUTIONAL PRISM OF THE RIGHTS TO PRIVACY, IMAGE, PRIVACY AND PRIVATE LIFE IN THE DETRIMENT OF PROCEDURAL ADVERTISING

Gustavo Gomes Furlani¹
Louise Pirani Da Silva²
Tainá Júlia Tino Evangelista³

RESUMO: O presente trabalho analisa o contexto atual do direito à intimidade e à vida privada com o advento das novas tecnologias da informação, em especial a internet. A discussão sobre a temática mostra-se pertinente uma vez que muitos conflitos são gerados a partir da colisão entre o resguardo da intimidade e o direito de expressão e informação através do uso dos novos meios tecnológicos. Examinam-se diversas situações em que o mau uso de serviços e recursos disponibilizados através da internet pode acarretar lesões à privacidade do indivíduo. O estudo sustenta-se na análise doutrinária dos institutos jurídicos envolvidos, com suas evoluções históricas e teorias conexas, e na exposição e análise de casos concretos que foram apreciados pelo judiciário brasileiro. Conclui-se pela necessidade de uma inovação legislativa à nova realidade, que venha a tutelar a atual conjuntura do direito à intimidade e à vida privada em face das novas tecnologias.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direito Fundamental. Internet.

¹ Graduando do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga. Votuporanga-São Paulo. Brasil. E-mail: gustavog.13@hotmail.com.

² Graduanda do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga. Votuporanga-São Paulo. Brasil. E-mail: louise_pirani@hotmail.com

³ Graduanda do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga. Votuporanga-São Paulo. Brasil. Endereço eletrônico para contato: tainajuliatino@hotmail.com

ABSTRACT: This paper analyzes the current context of the right to privacy and privacy with the advent of new information technologies, especially the internet. The discussion on the subject is pertinent since many conflicts are generated from the collision between the shelter of intimacy and the right of expression and information through the use of new technological means. There are several situations in which misuse of services and resources made available through the Internet can lead to personal privacy. The study is based on the doctrinal analysis of the legal institutes involved, with their historical evolution and related theories, and on the presentation and analysis of concrete cases that were appreciated by the Brazilian judiciary. It concludes by the need for a legislative innovation to the new reality, which will protect the current situation of the right to privacy and privacy in the face of new technologies.

Key words: Right to forgetfulness. Fundamental Law. Internet.

INTRODUÇÃO

O direito à intimidade e à vida privada configuram-se como uma tutela assegurada ao indivíduo para esse que possa repelir a interferência de terceiros em sua esfera íntima de vida, bem como ter controle das informações sobre ele divulgadas.

Alçada ao núcleo de direitos basilares para o exercício pleno das liberdades individuais, a proteção à intimidade e à vida privada encontra-se amparada nas cartas constitucionais dos países que assentam a ordem jurídica em um estado democrático de direito. No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que tal direito encontra-se assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X.

A constitucionalização desse instituto jurídico surgiu como uma necessidade da própria vida moderna, uma vez que as grandes transformações tecnológicas geraram um estado de conflito entre a garantia à intimidade e a chamada

“sociedade da informação”, com vistas a evitar que o exercício da livre circulação de fatos noticiosos pudesse gerar danos à vida privada do indivíduo.

Contudo, o desafio quanto a essa questão ainda revela-se instigante, visto como o advento das novas tecnologias da informação, em especial a Internet, o acesso e a divulgação de dados e informações, ganharam uma dimensão pouco imaginável para os padrões tecnológicos de algumas décadas atrás. A interligação dos computadores através de uma rede mundial possibilitou grandes avanços no que se refere às comunicações e o surgimento de inúmeros serviços e recursos que antes não estavam inseridos no dia-a-dia da humanidade.

A inserção dessas novas tecnologias trouxe consigo também novos desafios para a sociedade, especialmente no que tange a proteção à intimidade e à vida privada. Sobre a presente temática Pereira aponta:

Dessa forma, os modernos computadores, com sua surpreendente capacidade de recolhimento (captura), armazenamento, tratamento e recuperação de informações, unidos à grande velocidade de transmissão de ditos dados por intermédio das distintas redes informáticas (incluídas obviamente a Internet), representam um perigo a mais para a intimidade dos indivíduos, máxime quando são utilizados para a elaboração de perfis pessoais dos usuários da Rede.

À medida que se amplia o número de usuários na Internet em razão da democratização das novas tecnologias, aumenta também a possibilidade de invasão na privacidade das pessoas. “A quantidade de informações que podem ser armazenadas e transmitidas é de tal magnitude que se exige o estabelecimento de soluções para os problemas que podem resultar da relação entre informática e intimidade”.

O alcance cada vez maior das informações e o incremento das possibilidades e dos recursos tecnológicos fazem da Internet um espaço peculiar, com problemáticas e situações novas a serem enfrentadas pelo homem moderno, lançando, portanto, perspectivas desafiadoras para a ciência do Direito.

Assim, em face das questões expostas, no presente trabalho far-se-á uma análise sobre os efeitos das novas tecnologias, em especial a Internet, sobre a seara do direito à intimidade e à privacidade, apontando-se também diretrizes para a harmonização do conflito surgido a partir da livre circulação de informações e a proteção à esfera de vida íntima de uma pessoa.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Conceito

O conceito da terminologia dada a direitos fundamentais difunde-se entre os grandes doutrinadores do Direito como “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, ou ainda “direitos do Homem”. Todavia, por se tratar de uma causa de essencialidade, faz-se necessário sedimentar uma adequada compreensão terminológica acerca deste conceito.

Portanto, considerar-se-á que, no direito interno, direitos fundamentais seja a nomenclatura mais acertada, haja vista que a Constituição Federal se utiliza dessa terminologia no Título II de seu texto (*Direitos e Garantias Fundamentais*). Além disso, esta nomenclatura é também a opinião de Dirley da Cunha Júnior, Paulo Gustavo Gonet Branco e Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins, renomados doutrinadores constitucionalistas.

Já no âmbito internacional, “direitos humanos” aplica-se de forma mais condizente.

Lado outro, “direitos do Homem” e “direitos da pessoa humana” são, concomitantemente, abstratos indefinidos e genéricos, haja vista a existência somente de direitos da pessoa.

Para José Gomes Canotilho (1993, p. 166) “direitos do homem são aqueles derivados da própria natureza humana”. *In literis*: “Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista).”

Em relação a “liberdades públicas” a terminologia encontra-se restringida, pois se refere apenas aos chamados direitos de primeira geração.

Por fim, para a consolidação deste tópico (Conceito de direitos fundamentais), definir-se-ão como direitos fundamentais aqueles direitos considerados basilares para qualquer ser humano, livres de quaisquer condições pessoais específicas, e que se encontram positivados nas Constituições, nas leis e Tratados Internacionais, limitados espaço-temporalmente, assim como lecionam Fábio Konder Comparato e Canotilho:

São os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos Tratados Internacionais. (COMPARATO, 2001, p. 56)

Direitos Fundamentais são os direitos do homem, juridicoinstitucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. (CANOTILHO, 1998, p. 359)

Sobretudo, para Gregório Peces-Barba Martínez, os direitos fundamentais devem ser observados sob a ótica moral e social das Constituições, dos Estados e dos anseios sociais:

Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad y igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista. (1999, p. 109)

1.2 Historicidade

Os direitos fundamentais estão fulcrados em uma construção humano-histórica naturalista atrelada à evolução filosófica dos chamados direitos humanos, o que permite inferir que a terminologia ou a interpretação dada a direitos fundamentais varia de época para época e de lugar para lugar dependendo das condições momentâneas e físicas sobre as quais o termo encontra-se aplicado positivamente.

A positivação de tais direitos fundamentalíssimos advém da construção histórica de uma nova sociedade humana e de um novo modo de organização da espécie *Homo sapiens* e seus interesses, ora baseados no comércio, ora na obscuridade e submissão do Estado, ora nos ideários de liberdade, igualdade e fraternidade, ora pela absolutização ou relativização dos poderes e de quem os detém, ora pela modificação das tutelas requeridas, ora pela contratualidade, ora pela carência de novos direitos, ora pelo anseio por novos ares de liberdade e governança.

A abertura à requisição por novas garantias legais, intitulada por direitos, inspiradas na liberdade do indivíduo, permitiu que os direitos fundamentais

clássicos, exigentes de uma mera omissão do Estado, evoluíssem ao patamar de direitos fundamentais de liberdade, forma de direito esta que demanda uma atuação positiva do Estado sobre assuntos de mérito individual e coletivo.

Para o renomado professor Norberto Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (1992, p. 5-19)

(...) os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – (...) – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências. (1992, p. 6)

Portanto, é imperioso ressaltar que a condição histórica pela qual se fez germe os direitos fundamentais não permite a absolutização de sua definição terminológica. Para Bobbio (1992, pp 5-19), “significa que primeiro vem o indivíduo [...], que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado”. Destarte, a dificuldade em harmonizar tantas concepções terminológicas.

A doutrina contemporânea classifica os direitos fundamentais como direitos de primeira, segunda e terceira gerações de acordo com o momento histórico cronológico em que passaram a ser reconhecidos e positivados pela sociedade. É por meio do reconhecimento positivado que se observa a evolução dos direitos fundamentais nas chamadas gerações ou dimensões.

A consagração dos direitos fundamentais de primeira geração foi resultado do movimento constitucionalista que pretendia a jurisdicionalização do regime absolutista, tanto no seu sentido econômico, quanto em seu aspecto político. O movimento queria que se assegurasse a separação dos poderes e que se proclamassem direitos individuais num documento constitucional como garantias da liberdade.

Os direitos fundamentais de segunda geração buscam assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais, tendo seu fundamento no princípio da

igualdade, e obrigam a prestações positivas por parte do Estado na realização da justiça social.

Entretanto, conforme sobreleva Paulo Bonavides, esses direitos fundamentais de segunda geração:

(...) atravessaram a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata (2016, p. 518).

Ao final do século XX, nascem, por sua vez, os direitos fundamentais de terceira geração, respaldados no princípio da solidariedade ou fraternidade e que se caracterizam pela titularidade difusa ou coletiva, ou seja, o titular desses direitos não é o homem isoladamente, mas a coletividade, e a extensão aos grupos sociais.

Sobretudo, é nesta geração, a terceira delas, que surgem notoriamente, advindos à difusão de diferentes interesses coletivos e pessoais emanados da sociedade, os conflitos entre princípios constitucionais referentes à aplicação principiológica de seus atributos legais em relação aos direitos fundamentais. Tais conflitos entre princípios também são conhecidos como antinomias (conflitos) – reais ou aparentes – e deverão ser resolvidos pelos métodos tradicionais de hermenêutica (interpretação) – a hierarquia, a cronologia e a especialidade das normas.

No caso em estudo neste trabalho, tangente ao conflito entre dois direitos tutelados constitucionalmente, informação (artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/88) *versus* privacidade (artigo 5º, inciso X, da CF/88), ver-se-á como se dá a resolução desta problemática, uma vez que todos os princípios têm o mesmo peso constitucional e histórico, valendo-se da formação dos direitos fundamentais, e como a contemporaneidade constitucional tem admitido o aparecimento do direito ao esquecimento atrelado a vida privada dos indivíduos.

1.3 Características

No subtítulo anterior observou-se que os direitos fundamentais encontram sua evolução na história por meio da historicidade dos elementos que o compõem e suas variações no tempo e no espaço. Todavia, não somente a historicidade caracteriza a abordagem jurídica acerca dos direitos fundamentais.

Elementos como a relatividade, a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a indisponibilidade (irrenunciabilidade), a indivisibilidade, a eficácia vertical e horizontal, a conflituosidade e a aplicação imediata regem as características delimitadoras do conceito estudado até aqui.

A relatividade caracteriza os direitos fundamentais por admitir que nenhum destes direitos é absoluto, isto porque podem, quanto às antinomias, entrar em conflito entre si – e, em uma situação como esta, não se estabelece a priori qual direito é vencedor do conflito, tendo em vista que a questão somente poderá ser analisada diante de cada caso concreto. Ademais, nenhum direito tido como fundamental poderá ser usado para a prática de atos ilícitos.

Como ressalta Paulo Gustavo Gonet Branco:

“(...) os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada” (2007, p. 230)

A imprescritibilidade figura-se pelo fato dos direitos fundamentais não serem perdidos pela falta de uso (prescrição). Trata-se de uma regra geral adotada no Direito Constitucional, contudo, não absolutizada, pois alguns direitos são passíveis de prescrição, como é o caso do de propriedade (usucapião).

Já a inalienabilidade diz respeito à não possibilidade que os direitos fundamentais têm de ser vendidos, doados, emprestados, etc. Isto porque possuem uma eficácia objetiva, isto é, não são meros direitos subjetivos (pessoais), mas são de interesse da coletividade.

Além disso, caracterizam tal variante de direitos, a indisponibilidade e a indivisibilidade. A primeira destas características observa que não se pode fazer com tais direitos o que se bem quer, uma vez que eles possuem eficácia objetiva – mas, em exceção, tem-se a disponibilidade da privacidade e da intimidade, quando o indivíduo, por exemplo, deseja fazer uso da divulgação de sua imagem ou contar a sua vida em um livro, periódico, *blog* ou em qualquer outro veículo de comunicação, voluntariamente. Mesmo assim, renunciar a direitos fundamentais somente será admitido de forma temporária, e desde que não comprometa a dignidade da pessoa humana. O segundo elemento caracterizador, a indivisibilidade, atem-se de que os

direitos fundamentais não podem ser analisados de forma isolada, separada, pois são um conjunto. Em sendo assim, o desrespeito a um deles é o desrespeito aos demais.

No que tange a eficácia vertical e horizontal pode-se inferir que os direitos fundamentais não se aplicam apenas nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares/cidadãos (eficácia horizontal).

Quanto à aplicabilidade imediata, o artigo 5º, §1º, determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isso, porém, não quer dizer – como ressaltam José Afonso da Silva e Paulo Gustavo Gonet Branco – que todos os direitos e garantias fundamentais venham sempre expressos em normas de eficácia plena ou contida. Não. Essa é a regra, mas há normas definidoras de direitos que são claramente de eficácia limitada, como o art. 5º, XXXII, o qual prevê que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Essas circunstâncias levam a doutrina a entrever no art. 5º, §1º, da Constituição Federal uma norma-princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio em tela valeria como indicador de aplicabilidade imediata na norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível. (BRANCO, 2007, p. 234)

E por fim, a conflituosidade (concorrência), característica de maior relevância para este trabalho, assevera que os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros. O direito à vida pode ser contraposto à liberdade de religião; e o direito à intimidade estar obtemperado à publicidade processual, por exemplo. Em casos em que os conflitos se encontrem estabelecidos, apenas analisado o caso concreto, com base no critério da proporcionalidade (cedência recíproca), é que será possível estabelecer qual direito deve prevalecer, não sacrificando totalmente nenhum dos direitos em conflito.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO

2.1. Do direito à informação

O inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assim dispõe :

“XIV – é assegurado a todos o acesso à **informação** e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;” (Grifo nosso)

O direito à informação é uma das fâcies do direito à liberdade. A liberdade, aqui, deve ser interpretada em *lato sensu*, vislumbrando, dentre todas as suas concepções terminológicas e legais, a liberdade de expressão, a liberdade de escolha profissional ou religiosa, a liberdade de locomoção, a liberdade de imprensa, entre outras.

Além de ser multifacetário, o direito à informação é uma garantia constitucional de todo ser humano e não se limita apenas aos profissionais do ramo jornalístico. Entretanto, embora preconize um regime total de liberdade, encontrará limitações quanto aos direitos da personalidade. A análise dessas limitações será feita nos subtítulos posteriores.

Em suma, para José Afonso da Silva (2004, p. 244), o entendimento que se faz da palavra informação designa o “conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões”.

2.2. O princípio da publicidade processual

O princípio da publicidade atrelado ao aspecto processual tem sua origem, segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra (2003, p. 252), relacionada com a Revolução Francesa (1789), quando o sistema judicial que visava a publicidade dos atos processuais se tornou uma das “maiores garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz”.

Entretanto, o princípio da publicidade do processo somente adquiriu relevância internacional ao ser tratado na Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1948, quando da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual determinava em seu artigo décimo, que toda pessoa tinha o direito a uma audiência justa e pública.

Em território nacional, ou seja, no Brasil, a primeira aparição do princípio mencionado se deu após a promulgação da Constituição Federal de 1988. A previsão constitucional da publicidade veio de forma expressa no texto da Carta

Magna Brasileira, figurando entre os direitos e garantias fundamentais, conforme dispõe o inciso LX, do art. 5º, da CF: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Ademais, o mesmo princípio constitucional pode ser observado no *caput* do artigo 37 da Constituição, no que concerne aos princípios que regem a Administração Pública.

Para o professor Rosemiro Pereira Leal (2011, p. 50), “a publicidade dos atos procedimentais e processuais coloca os sujeitos do processo em nível de igualdade, estando vinculado a outro princípio constitucional do processo: o da ampla defesa”.

Sobretudo, tem-se, ainda, que a publicidade dada aos processos não se limita às partes e aos seus procuradores. Estende-se, em regra, ao que se denomina por ampla publicidade – que é a possibilidade de que o público em geral tenha igualmente acesso aos atos judiciais.

Avança a ideia de que o provimento, como ato estatal, não se dirige apenas a autor e réu, mas a toda comunidade, que tem interesse na correta administração da justiça. A própria legitimação do provimento decorre da possibilidade de que outros possam trazer a juízo informações necessárias para a correta apreensão daquele trecho da realidade que é objeto de apreciação processual. O processo não é só procedimento e contraditório; é procedimento, contraditório e participação. (FERNANDES, 1999, p. 43)

Máxime, é na ampla publicidade que se estabelece a discussão temática do presente estudo.

Tendo em vista a veiculação de informações processuais destinadas a todos os cidadãos, sem qualquer distinção legal em relação a estes, pode-se perquirir se os profissionais da imprensa teriam prerrogativa de acesso preferencial em detrimento das pessoas comuns quanto à obtenção, manipulação e distribuição da notícia sobre o ato processualmente julgado.

Avalizar, em larga escala, a presença de um elevado número de jornalistas que detenham o poderio informacional sobre determinado processo, a ponto de inviabilizar o acesso do público em geral, acometeria a redução da noção de publicidade ao que se designa por “publicidade mediata” (possibilidade de conhecer apenas os fatos apreendidos e tal como traduzidos pela imprensa), colocando-se em

xeque o direito à informação todas as vezes que esta mesma informação for abatida pelo excesso ou falta de publicidade dos atos processuais.

A falta de publicidade dos atos processuais confere ao judiciário a característica de obscuridade, de não transparência. No entanto, a publicidade excessiva de processos em trâmite ou já transitados em julgado pode conferir ao réu uma espécie de sanção moral e social irreversível, haja vista que, na era do superinformativismo digital, a complexidade da influência jornalística exercida sobre uma sociedade tomada pelo caos é extrema e voraz, condicionando o acusado a penas morais cada vez mais rígidas e irreduzíveis.

Ademais, diferente da sanção estipulada pela norma escrita, a penalização sofrida pela demasia da publicidade nas ações judiciais perdura no tempo. O réu, ainda que tenha cumprido a pena prevista em lei, terá seu caso eternamente divulgado pela mídia; será sancionado cada vez que ouvir falar na ação proposta contra si; retrocederá no tempo ao rever o relato dos atos ilícitos praticados por si próprio; quedar-se-á atormentado ao saber que não foi perdoado pela sociedade, consumida pela vontade latente de punir; martirizado será, a cada segundo, por todos os delitos que cometeu. Ocorrerá, portanto, em casos como este, a colidência de princípios tangentes ao acesso à informação em detrimento da dignidade da pessoa humana cumulando-se, ainda, a necessidade que o réu tem de ser esquecido perante a sociedade.

Por fim, cabe analisar que a penalização imposta pela sociedade fere a concepção do *non bis in idem*, fenômeno característico do direito que consiste na não repetição de uma sanção sobre o mesmo fato (*in idem*). Embora não esteja expressamente estabelecido constitucionalmente, o fenômeno do *non bis in idem* tem sua presença afiançada no sistema jurídico-penal de um Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil.

2.3. A autodeterminação da informação

Diante das condições impostas pela modernidade das tecnologias informacionais, a garantia de autodeterminação sobre os dados intrínsecos ao cidadão, afiança o livre desenvolvimento da personalidade e proteção dos valores inatos a pessoa humana, tais como sua dignidade e personalidade.

Durante a Segunda Grande Guerra, a dignidade da pessoa humana viu seu sepulcro ser cavado pelas atrocidades ocorridas neste período sombrio da História. Foi somente após os anos de trevas e guerras (1939-1945), que a consciência da importância dos direitos relacionados a personalidade tornou-se notória para o mundo jurídico, tendo resguardadas suas observações e garantias promocionais na Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas. Sobretudo, foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH-1948) que os direitos da personalidade ganharam evidência.

Neste ponto do presente estudo faz-se importante ressaltar que a personalidade está intimamente ligada à dignidade dos indivíduos e, por isso, trata-se de característica inerente ao ser humano e não apenas uma simples forma de direito, já que pertence a própria condição de ser humano, motivo pelo qual deve ser protegida pelo Estado de Direito.

A autodeterminação da informação é o poder do indivíduo de decidir sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais. É a livre garantia que este tem sobre os dados referentes ao seu perfil pessoal de ser humano, membro de uma sociedade livre. É a forma pela qual fará a invocação dos direitos da personalidade para corrigir eventuais danos causados pela violação dos dados a ele pertencentes.

Para doutrinadores como Aline Aparecida Novais da Silva Lima e Sergio Tibiriça do Amaral:

Em relação ao poder de autodeterminação o Supremo Tribunal Alemão entendeu que diante das condições automáticas do processamento de dados, surge a necessidade de uma proteção efetiva ao livre direito da personalidade, uma vez que com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de determinada pessoa, podem ser ilimitadamente armazenados e consultados a qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. Além disso, com a estruturação de sistemas de informação interligados com outros bancos de dados, resulta na criação de um quadro de personalidade relativamente completo, sem que a pessoa atingida possa controlar sua exatidão e seu uso. Além disso, esses sistemas poderiam atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas. (2013).

Em referido julgamento sobre a autodeterminação, um dos maiores influentes nas decisões do Supremo Tribunal Brasileiro, o Tribunal Constitucional Alemão, acrescentou:

A autodeterminação individual pressupõe, porém – mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação, que ao indivíduo está garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem procedidas ou omitidas e, inclusive, a possibilidade de se comportar realmente conforme tal decisão. Quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, e quem não consegue avaliar mais ou menos o conhecimento de possíveis parceiros na comunicação, pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente, nas quais cidadãos não sabem mais quem, o que, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito de autodeterminação na informação. Quem estiver inseguro sobre se formas de comportamento divergentes são registradas o tempo todo e definitivamente armazenadas, utilizadas ou transmitidas, tentará não chamar a atenção através de tais comportamentos. Quem estiver contando que, por exemplo, a participação em uma assembleia ou em uma iniciativa popular pode ser registrada pelas autoridades, podendo lhe causar problemas (futuros), possivelmente desistirá de exercer seus respectivos direitos fundamentais (Art.8, 9 GG). Isso não prejudicaria apenas as chances de desenvolvimento individual do cidadão, mas também o bem comum, porque a autodeterminação é uma condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre, fundada na capacidade de ação e participação de seus cidadãos. (2016).

Portanto, o direito à autodeterminação é incipiente e funcional para toda e qualquer comunidade democrática livre. Permitir que a personalidade se desenvolva livremente garante aos sujeitos da relação democrática a proteção contra armazenagem, uso e transmissão integral das informações particulares. Apreciar o destino, a forma de armazenamento, os meios de publicação e a que fim se destinam eventuais dados angariados permitem ao indivíduo autodeterminar-se, optando entre compartilhar ou não a sua esfera privada.

2.4. O Habeas Data e a proteção da informação na Constituição Brasileira

Advém da conceituação de autodeterminação da informação a garantia impetrada pela Constituição Federal do Brasil de resguardar em seu arcabouço jurídico a garantia fundamental ao direito individual à privacidade e o direito

de entidades governamentais e de caráter público consolidarem e armazenarem dados pessoais cadastrais dos cidadãos. Sobretudo, quando salvaguarda, a priori, o direito que detêm os cidadãos de ter acesso às informações registradas a seu respeito.

Segundo dispõe o artigo 216, §2º da Carta Política nacional “cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitam”. Como se vê, o texto constitucional deixou aberto um vasto leque de questões que vinham se superpondo a partir da expansão evolutiva das tecnologias informáticas e da atuação de órgãos como o Serviço Nacional de Informações.

O inciso LXXII do artigo 50, alíneas “a” e “b”, respectivamente, “conceder-se-á o Habeas Data: para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” e “para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo” também deixam divagações interpretativas sobre o tipo de informação que pode ser armazenada sobre os indivíduos e quais são as entidades que venham a prestar ou prestem serviços referentes aos dados coletados.

Diante da abrangência interpretativa da lei e da falta de limitações legais acerca da temática incorre que, conforme observado no estudo realizado sobre princípio da publicidade processual e das garantias jurídico-fundamentais ligadas à autodeterminação da informação, há uma:

Necessidade de estabelecer limites para o armazenamento das informações e mecanismos capazes de possibilitar que qualquer pessoa possa apagar dados relativos à sua intimidade e privacidade. A alteração legislativa sobre o tema determinando um prazo para que informações fiquem disponíveis na rede e mecanismos que os interessados pudessem utilizar para informações que violem direitos fundamentais e que não seja de interesse público sem a necessidade de socorrer ao judiciário como ocorre atualmente seria capaz de garantir um mínimo de dignidade às pessoas que tiveram seus dados ou informações disponibilizados de maneira imperecível, ou que em casos concretos poderia configurar uma pena perpétua por fatos passados, o que deve ser inadmissível. (2013).

Isso posto, admite-se que por meio do *habeas data* o cidadão tenha a garantia do direito ao esquecimento, tendo em vista as múltiplas violações à privacidade, aos dados pessoais previamente cadastrados em bancos de dados, à

honra e à intimidade por ele sofridas, todas elas resultantes de proteção constitucional respaldada na dignidade da pessoa humana, haja vista que a nenhum indivíduo deve ser imposta a obrigação de conviver para sempre com o passado.

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À PERSONALIDADE

3.1. A intimidade e a privacidade sob a ótica da Constituição

Foi no conhecido Século das Luzes (século XVII), a partir da Revolução Francesa, que a dignidade humana começou a ter direitos personalíssimos constitucionalizados. O direito à vida, à integridade física, à intimidade, à honra e à privacidade são vitalícios e conaturais a espécie *Homo sapiens*, porquanto acompanham o homem desde a germinação enquanto ser vivo até a sua morte. Daí a decorrência de serem irrenunciáveis, imprescritíveis, indisponíveis, intransmissíveis e imprescritíveis.

A tutela dos direitos da personalidade elucubra, sobretudo, as lutas dos indivíduos que aspiram ver sua intimidade e vida privada regulamentados e resguardados pela Constituição Federal. Que anseiam pela sua dignidade, contrapondo o arbítrio e as opressões, na busca por liberdade e positivação de seus direitos tidos como personalíssimos.

Para Celso Ribeiro de Bastos o direito da personalidade:

Consiste ainda na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. (2000, p. 195)

No Brasil, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, definiu como sendo invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, tendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

3.1. Relação entre intimidade, vida privada e privacidade: das penas processuais que perduram no tempo

Intimidade, palavra derivada do latim, *intimus*, cuja procedência é o advérbio *intus*. Tem acepção baseada na interioridade, no que está no interior, no íntimo, no que está nas entranhas, oculto. Remete-se ao ideário de segredo, confiança. Possui, portanto, um sentido subjetivo, carregando consigo a imagem de confidencialidade. Tem em vista a interpessoalidade da vida privada.

Privacidade, termo conceitualmente mais amplo em relação à intimidade. Conglomera tudo o que não pode ser visto ou que não se possa ter conhecimento geral. Do latim, *privatus*, significa particular, privado, próprio. Sobreveste a privacidade a esfera da vida individual nucleada na ausência do público, repugnando qualquer intromissão alheia. Sinonimiza-se com o termo vida privada.

Para José Adércio Leite Sampaio (1998, p. 269) quando fala em “relações íntimas” e “relações privadas”, a primeira, traz a ideia de proximidade, de contato físico, de relações de natureza sexual; enquanto “relações privadas” pode ser traduzida por “relações entre iguais”.

A vida privada consiste em particularidades que dizem respeito, por exemplo, à família da pessoa, relações familiares, lembranças de parentescos, condições de saúde mental e física, conflitos envolvendo pessoas próximas, etc. É uma esfera íntima e inerente a cada indivíduo, cabendo a cada qual, no mesmo teor da autodeterminação da informação, partilhar esses dados pessoais com outros indivíduos que bem lhe convier.

Porém, surgiu aqui um dilema. Como já observado os direitos previstos na Magna Carta podem entrar em conflito uns com os outros, como bem explicitado na característica de colidência dos direitos fundamentais. Em sendo assim, como liquidar tais antinomias? Por meio dos métodos tradicionais de hermenêutica, fazendo uso da hierarquia, da cronologia e da especialidade das normas? Em regra, sim, conforme mencionado. Entretanto, para casos mais específicos e peculiares da lei, tais métodos não se aplicam incisivamente.

Vê-se, pois, o exemplo: supõe-se que um processo penal, já transitado em julgado, tenha estabelecido ao réu pena máxima de 20 (vinte) anos. O mesmo processo, por ter como característica a publicidade de seus atos, foi transmitido pela mídia televisiva no tempo da emissão da sentença que determinava

a execução da sanção legal. Acrescente, ainda, que a veiculação das informações relacionadas àquele auto tenha alcançado elevado clamor popular e a sociedade do caos. Tal sociedade, motivada pela publicidade mediata, não vê outra forma de tratar o caso concreto, senão pela frenética vontade de punir o réu – uma vez já condenado pela sentença do magistrado. Mais energizada ainda pela mídia, que divulga a quantidade de cálices de vinho consumidas durante o dia pelo penalizado, o estilo e custo das vestimentas, a prática de esportes “finos”, a habitualidade com que o culpado frequenta locais de requinte e sofisticação e os atos libidinosos (muitas vezes distorcidos ou agravados pelo sensacionalismo jornalístico), a caótica aglomeração social de indivíduos estipula por si só uma sanção, encontrada além da determinada pela norma: uma sanção moral e social exercida sobre o condenado. Tal forma de punição perdura no tempo e no espaço.

Em sendo assim, analisando-se a situação descrita acima, pode-se observar que ao se tratar de culminação de pena ter-se-á garantias fundamentais violadas. Na visão tradicionalista, admite-se apenas uma perspectiva de análise: a de que o réu é contraposto ao julgamento do juiz e da sociedade pelo fato de ter violado os direitos da vítima ou do Estado. Entretanto, sinalagmaticamente, se observadas as circunstâncias que levaram o incriminado à culpa diante do tribunal ver-se-á a mídia como agente violador de direitos fundamentais, uma vez que esta não salvaguardou os direitos à intimidade e à vida privada da parte condenada no processo. Isto porque até que ponto a marca da roupa, a prática de esportes de luxo e a alimentação de requinte podem influenciar a prática de um delito? Nada justifica o excesso de informações lançadas ao público por meio das matérias telejornalísticas.

Ademais, não é só na rede de jornais televisivos que a sentença social estará condicionada a ser aplicada. A Era da superinformação virtual garante que a publicidade processual se estenda a todos os veículos de comunicação e a rede mundial de computadores é um deles. Ter-se-á, novamente, a situação de *bis in idem*, agora, provocada pela sanção social que circula incessantemente pela internet.

Em casos como este, em que, por sinalagma, verifica-se a conflituosidade de direitos fundamentais, da qual seja resultante violação de um deles, como a extensão da pena de 20 anos para toda a eternidade cibernética ou até quando se mantiverem online os autos processuais, o Brasil tem adotado uma nova forma de direito fundamental, o direito ao esquecimento.

4 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Segundo a doutrina, a sociedade moderna vive um “superinformacionalismo” que nada mais é do que uma verdadeira massa de informações sobre tudo e sobre todos, queiram ou não estar naqueles conjuntos de dados ou informações.

Assim, diante das condições da moderna tecnologia da informação é inegável o conflito aparente entre a liberdade de expressão e de informação materializados na rede de computadores e a privacidade, intimidade e honra, pois ambos direitos são garantidos pela Constituição Federal.

Vê-se:

Art. 5º IV, V, IX, X e XIV e artigo. 220 da Constituição Federal de 1988:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de

comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Apesar de a Constituição deixar muito ampla a proteção ao direito de expressar-se, informar e ser informado, o importante é se perceber que há um limite à expressão e à informação. O limite é a tutela da dignidade da pessoa humana e a lei. Neste contexto, o direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira após a recente aprovação do Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal/STJ cujo teor ora se transcrevem: (outra letra)

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. **Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (Grifos nossos)**

O enunciado é uma orientação doutrinária que define a interpretação da norma. Neste caso, conforme o entendimento do enunciado, no artigo 11 do Código Civil o direito de ser esquecido está implícito entre um dos direitos da personalidade, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, assim como o direito inerente à pessoa à sua dignidade, honra, imagem, nome e a intimidade, previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

A questão defendida é que ninguém é obrigado a conviver para sempre com erros pretéritos (conforme elencado no estudo para o caso do condenado a 20 de prisão que teve sua pena postergada no tempo devido ao superinformativismo digital agregado ao retrocesso da sanção social). Desta forma, quem pretende judicialmente apagar informações negativas sobre seu passado já pode evocar o direito ao esquecimento como garantia de tutela à dignidade humana, como ocorreu recentemente em dois recursos especiais julgados pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. As decisões, unânimes, marcaram a primeira vez que uma Corte Superior discute o tema no Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se, assim, que o direito à intimidade e à vida privada encontra-se consagrado nas cartas constitucionais da maioria dos países que se sustentam numa ordem democrática, incluindo-se o Brasil, contudo, esses direitos têm sofrido contínuo desrespeito à medida que cresce o desenvolvimento de novas tecnologias da informação, especialmente a Internet.

Surge a partir dessa situação uma colisão de direitos fundamentais, uma vez que o direito à liberdade de expressão e de informação afronta-se

diretamente com a intimidade dos indivíduos, visto que as novas tecnologias apresentam caráter libertário, já que qualquer pessoa pode ser emissora ou receptora de informações.

A divulgação de dados pessoais e de informações que interferem diretamente na vida íntima das pessoas e até mesmo a veiculação de vídeos não autorizados são situações que se tornam cada vez mais comuns no chamado “espaço virtual”. Cabe ao Judiciário adequar-se a essas situações, aperfeiçoando o processo de ponderação de direitos a ser aplicado nos casos concretos a ele apresentados, a fim de se evitarem prejuízos excessivos às partes litigantes.

É fundamental se destacar que o advento das novas tecnologias requer uma mudança de comportamentos, inclusive dos próprios usuários da Internet, pois esses deverão ter precaução ao disponibilizar informações ou dados pessoais junto a serviços oferecidos na *web*, uma vez que o fim a que se destinam muitas vezes é incerto e pode trazer consequências gravosas à sua intimidade e vida privada.

No entanto, algo se mostra extremamente importante em todo o contexto apresentado é a necessidade de uma inovação legislativa com o fim de garantir ao cidadão o respeito a direitos fundamentais que são constantemente violados em face das novas tecnologias. O

Direito deve acompanhar a evolução social, tutelando situações que, se outrora pareciam pacificadas, hoje ganharam novos contornos e carecem, pois de uma proteção específica, como é caso da intimidade frente às novas tecnologias da informação.

Mesmo cercado de todos os cuidados possíveis, o cidadão ainda continua vulnerável a lesões, já que o processo informático encontra-se, hoje, amplamente utilizado nas relações sociais e profissionais. Muitos países já implementaram reformas em seu ordenamento jurídico no sentido de dar maior proteção aos dados e informações que circulam na Internet. O Direito à intimidade e à vida privada ganhou novos contornos e o Brasil não pode ficar alijado desse processo de modernização legislativa. Os institutos jurídicos existentes não são mais suficientes para dirimir os conflitos surgidos com as inúmeras inovações tecnológicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça/STJ. Enunciado n. 531, da VI Jornada de Direito Civil. Enunciados. Versão eletrônica, Brasília. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em 20 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://goo.gl/5NSNFd>>. Acesso em 12 dez. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CONPEDI. **A Colisão entre Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://goo.gl/TUaAfU>>. Acesso em 12 dez. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

FACULDADE MINEIRA DE DIREITO - PUC MINAS. **O Princípio Processual da Publicidade e os Direitos de Personalidade** Disponível em: <<http://goo.gl/X95ltY>> Acesso em 20 out. 2016.

JUSTIÇA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Notas sobre o princípio da publicidade processual no processo penal**. Disponível em: <<http://goo.gl/0A23Uz>> Acesso em 20 out. 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 11 ed. São Paulo: Forense, 2011.

LIMA, A. A. N.S.; AMARAL, S. T. **O Direito ao Esquecimento na Sociedade do Superinformacionismo**. ETIC (Encontro de Iniciação Científica) da Toledo – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Vol. 9, nº 9. Presidente Prudente, 2013.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

PUC-Rio. **Conflito de princípios – privacidade e informação (publicidade)**.

Disponível em: <<http://goo.gl/GDjqak>> Acesso em 20 out. 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**: Livre Desenvolvimento da Personalidade. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso em 20 out. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.