

DIREITO AO ESQUECIMENTO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DIREITO COMPARADO

Amanda Soares COLNAGO¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO: O presente estudo busca promover uma análise da origem histórica dos direitos fundamentais de manifestação do pensamento e dos direitos de intimidade e privacidade. Deste modo, são delineados os aspectos históricos de tais direitos, com enfoque no direito ao esquecimento, muito relevante no contexto sociocultural da atualidade. O direito ao esquecimento é abordado, ainda, no âmbito do direito comparado, sendo observadas as características de sua aplicação em outros países. Nesse sentido, são utilizados os métodos dedutivo e histórico no presente trabalho.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direitos de Personalidade. Aspectos Históricos. Direito ao esquecimento. Direito Comparado.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo buscou apresentar os aspectos históricos dos direitos de manifestação do pensamento, em especial a liberdade de expressão e a liberdade de informação, e dos direitos de personalidade ligados à intimidade e à privacidade, dentre eles incluído o direito ao esquecimento. Os direitos de manifestação do pensamento estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sendo considerados direitos fundamentais. Por sua vez, os direitos de personalidade encontram-se dispostos no Capítulo II do Código Civil de 2002.

A relevância do tema se verifica após uma análise da importância dos direitos que desde o Século XVIII ganharam o patamar de normas constitucionais relativos à livre manifestação do pensamento. Fazem parte esses direitos da luta contra o absolutismo e são uma das grandes conquistas históricas da humanidade. Também são direitos essenciais em um Estado Democrático de Direito, pois servem para fiscalizar o exercício dos poderes governamentais e ainda formar a opinião pública. Nas democracias, a opinião pública é importante para a escolha dos candidatos e definição daqueles que serão eleitos. Durante a Ditadura Militar no

¹ Discente do 8º termo do curso de Direito no Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. R.A.: 001.1.15.108. amanda_colnago@hotmail.com.

² Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília. Especialista em interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino. Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino. Professor do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Coordenador da graduação em Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. coord.direito@toledoprudente.edu.br. Orientador.

Brasil, os direitos de liberdade foram severamente aniquilados, e, após esse período, mostrou-se ser essencial a proteção de tais direitos.

Por outro lado, não há como negligenciar os direitos que buscam assegurar a proteção à intimidade e à privacidade, diretamente relacionados ao supraprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Deste modo, trata-se de tema extremamente relevante, sobretudo ao se considerar a dicotomia entre tais direitos, que estão em espectros opostos da tutela da pessoa humana.

É certo que, para entender o contexto atual de um instituto, é necessário acompanhar sua evolução histórica, pois ela auxilia na compreensão do referido instituto e sua aplicação na atualidade. Ademais, uma das características dos direitos fundamentais é justamente a sua historicidade.

Neste estudo, foi utilizado o método dedutivo, pois iniciou-se a partir de uma análise teórica, buscando amparo tanto na doutrina nacional como na estrangeira. Nos capítulos iniciais, destaca-se o método histórico, devido a importância desse tipo de análise, uma vez que há uma confrontação desses bens e direitos que não começa no constitucionalismo, o que fica demonstrado. As análises dos aspectos históricos dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade fazem parte do recorte desejado, sendo que as conclusões estão em capítulo próprio.

2 ORIGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Os direitos e garantias relativos à manifestação do pensamento são direitos fundamentais, incluídos no rol das liberdades individuais, mas também prestacionais, ou seja, incluem-se também entre os direitos sociais. Dentre eles, destacam-se, no contexto atual de ampliação do alcance das redes sociais, com o funcionamento da Internet. A liberdade de expressão e a liberdade de informação ganharam novas discussões e paradigmas que revelam questões jurídicas que serão enfatizados desde os aspectos históricos de ambos os direitos, extremamente relevantes, até alcançar os dias atuais.

No que tange ao desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, faz-se mister observar que guardam intrínseca relação com o chamado constitucionalismo, que nasceu no Século XVII com a Revolução norte-americana e

francesa. A respeito do tema, conceitua o doutrinador português Canotilho (2002, p. 51/52):

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade (...) fala-se em *constitucionalismo* moderno para designar o movimento político, cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome já indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores de seu poder.

Destarte, observa-se que o constitucionalismo é o movimento caracterizado pelo princípio do governo limitado, em que se buscou a proteção da democracia e dos direitos fundamentais por meio da promulgação de constituições nacionais que traziam direitos e garantias, em detrimento do absolutismo monárquico - sistema que vigorou durante séculos no continente europeu. Estas normas fundamentais restringiram o alcance do poder dos reis da época em favor de direitos e garantias mais abrangentes para o restante da população. Portanto, esse primeiro modelo constitucional trouxe além da limitação do poder por meio da separação dos poderes, uma carta de direitos nas ideias de John Locke no seu livro “Segundo Tratado do Governo Civil”.

O constitucionalismo, tanto em sua modalidade antiga quanto moderna, guarda intrínseca relação com o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, uma vez que eles encontram-se positivados nas diversas Constituições de diversos Estados democráticos. Na medida em que ocorria a evolução dos Estados que abandonaram gradualmente o Antigo Regime - caracterizado pelas monarquias absolutistas, com poder centralizado na figura do rei – e passaram a adotar regimes democráticos, pautados em Constituições que limitavam o poder dos monarcas.

Outrossim, com relação à relevância do estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais, dispõe Jorge Miranda (Tomo III, 1987, p. 227), apud Jorge Miranda (1993, p. 25):

A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais (...) acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos. Do

Estado liberal ao Estado social de Direito, o desenvolvimento dos direitos fundamentais faz-se no interior das instituições representativas e procurando, de maneiras bastante variadas, a harmonização entre direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesse sentido, nota-se que os direitos fundamentais passaram por complexa evolução histórica, sendo a historicidade uma de suas características. A compreensão mostra-se imprescindível para analisar o tratamento concedido aos direitos fundamentais atualmente, pois as ameaças contra as democracias com instalações de governos autoritários e ditatoriais acabam por prejudicar o exercício desses direitos.

O próprio Estado brasileiro é um grande exemplo dessa importância, tendo em vista que passou por uma Ditadura Militar dos anos de 1964 a 1985, período de intensa supressão dos direitos fundamentais, notadamente os direitos de liberdade, dentre os quais se destacam os de manifestação do pensamento.

A Constituição Federal vigente foi promulgada no ano de 1988, apenas três anos após o final do regime militar e trouxe a maior “declaração de direitos” no seu artigo 5º e também nos textos pela interpretação dos princípios e nos tratados de direitos humanos. Esse marco histórico se refletiu profundamente na elaboração da Lei Maior, que, após tão intenso cerceamento de liberdades, trouxe um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Por seu caráter absolutamente garantista de direitos, inclusive, recebeu a alcunha de “Constituição cidadã”.

Ademais, a Constituição brasileira ainda admite a possibilidade de outros direitos e garantias, mesmo que não presentes no rol. Trata-se de uma conquista histórica, alcançada após décadas de lutas contra a supressão das diversas formas de liberdade e manifestação do pensamento, ocorridas no território brasileiro.

Para melhor compreensão do que seriam os direitos de manifestação do pensamento, é necessário analisar primeiramente os direitos fundamentais e a importância, especialmente, dos direitos de liberdade. Para o autor Jorge Miranda (A Constituição de 1976- Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais, 1978, p. 303 e seguintes), apud Jorge Miranda (1993, p. 07/08),

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material- donde, direitos fundamentais em sentido formal e

direitos fundamentais em sentido material (...) Não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos em totalitarismo integral.

Assim, ao explanar que não existem direitos fundamentais em situações de totalitarismo, conclui-se que a liberdade não é apenas um desses direitos, é, além disso, um pressuposto para assegurar a aplicação efetiva deles. A liberdade é de tal modo importante que se mostra imprescindível para a garantia de efetividade de outros direitos, pois Estados totalitários, absolutistas, não guardam concretamente os direitos fundamentais.

Por tal motivo, os direitos de manifestação do pensamento são essenciais, uma vez que decorrem dos direitos de liberdade, intrínsecos ao ser humano. Por conseguinte, a censura a quaisquer maneiras de expressão da liberdade é uma violação grave de direitos fundamentais.

Dentre as formas de manifestação do pensamento, o autor Jonas Machado destaca a liberdade de expressão como essencial para o reconhecimento dos demais direitos fundamentais. A respeito do tema, afirma (2002, p. 61):

O direito à liberdade de expressão assume um lugar central no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais. Isto, em boa medida, graças à sua função instrumental relativamente à afirmação da liberdade individual de pensamento e de opinião e à garantia da autodeterminação democrática da comunidade política globalmente considerada.

Assim, faz-se mister analisar os direitos de manifestação do pensamento como imprescindíveis à construção e à manutenção de uma sociedade democrática, pois um Estado Democrático de Direito não subsiste sem respeitar e proteger tais direitos.

2.1 As Gerações ou Dimensões de Direitos

Os direitos de manifestação do pensamento estão dentre os direitos fundamentais de primeira dimensão, as liberdades públicas, individuais, os direitos civis e políticos, que nasceram na primeira etapa do constitucionalismo nos Estados Unidos da América do Norte e na França. Logo no início do constitucionalismo se fizeram presentes na Declaração Francesa e na Constituição Norte-Americana como

vedações ao Estado, ou seja, o povo poderia manifestar-se sobre os mais variados assuntos, sem sofrer algum tipo de punição e ainda sem censura. Na primeira constituição do mundo, depois do Segundo Congresso Continental da Filadélfia, os norte-americanos estabeleceram que o Congresso não poderia elaborar leis que violasse ou restringisse a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. Trata-se da primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.

Segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, os direitos que buscam assegurar a livre manifestação do pensamento, incluídos dentre os direitos fundamentais de primeira dimensão, são os seguintes: direito de comunicação, liberdade de cátedra (isto é, a liberdade de educação, de ensinar e aprender), liberdade de expressão, direito de resposta e réplica, liberdade religiosa, direito de antena, direito de informação jornalística e direito de informação. Para estes autores, os direitos fundamentais de primeira dimensão (2014, p. 157):

São direitos que surgiram com a ideia de Estado de Direito, submisso a uma Constituição. Longe da hegemonia de um soberano, cuja vontade era a lei, concebeu-se um Estado em que as funções do poder fossem atribuídas a órgãos distintos, impedindo a concentração de poderes e o arbítrio de uma ou de um grupo de pessoas. Congenitamente ao constitucionalismo, ao Estado de Direito, surgem esses direitos fundamentais de primeira geração, também denominados direitos civis, ou individuais, e políticos. São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado.

Portanto, são direitos negativos, ou seja, exigem que as pessoas não sejam prejudicadas por suas opiniões e votos. São aqueles que visam à proteção do indivíduo contra o poder estatal, sendo, por tal motivo, chamados de negativos: constituem defesas contra o Estado, diferentemente dos direitos fundamentais de segunda geração, que possuem uma natureza positiva, prestacional, de ação do Estado. Segundo Sahid Maluf (2010, p. 231):

São positivos os que consistem na faculdade de exigir e obter determinadas prestações assistenciais do Estado; e negativos os que efetivamente limitam o poder estatal impondo-lhe uma atitude de abstenção, de não intervenção. São estes os chamados direitos subjetivos do homem *contra o Estado*.

Dentre os direitos de segunda dimensão, destaca-se o direito de resposta, que recebe proteção constitucional, pois está previsto na Lei Maior, em seu artigo 5º, inciso V, o qual preceitua que: “é assegurado o direito de resposta,

proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Para Vital Moreira (1994, p. 23), apud Luiz Alberto David Araújo (2014, p. 196):

Todavia, bem vistas as coisas, o direito de resposta não constitui um limite da liberdade de opinião e de crítica, antes estabelece um direito ao contraditório por parte da pessoa visada, permitindo desse modo o contraste de opiniões.

Deste modo, embora seja um direito de manifestação do pensamento, não se inclui no rol das liberdades públicas, pois trata-se de um direito prestacional, concedido ao indivíduo para que este se defenda. Busca-se restabelecer a verdade ao fornecer uma informação verdadeira por parte da pessoa que foi vítima dos veículos de comunicação de massa.

A noção de dimensões de direitos foi mencionada pela primeira vez por Karel Vasak em um texto publicado no ano de 1977 e, posteriormente, em uma palestra proferida no ano de 1979, em uma conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos, na cidade de Estrasburgo, na França. É um conceito utilizado, também, pelo renomado filósofo italiano Norberto Bobbio em sua obra *A Era dos Direitos*, em que leciona (2004, p.20):

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente como autonomia — tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, gene ralizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclama dos os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências — podemos mesmo dizer, de novos valores —, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado.

São mencionadas três gerações ou dimensões de direitos, sendo preferível por diversos autores a terminologia “dimensões”, tendo em vista que a palavra “geração” possui uma conotação de algo que já passou e deu lugar ao novo. Não é este o caso dos direitos fundamentais, posto que a segunda dimensão não substitui a primeira, e a terceira não substitui a segunda, mas na verdade todas se “somam”, na busca pelo reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais em sua integralidade.

2.2 Aspectos Históricos Dos Direitos De Manifestação Do Pensamento

Os direitos de manifestação do pensamento, como supracitado, encontram-se em meio às liberdades individuais, isto é as liberdades civis e políticas, ou seja, fazem parte do núcleo duro denominado de “cláusulas pétreas”. Faz-se mister ressaltar que o direito de resposta ou réplica, previsto no artigo 5º, inciso da Constituição Federal, também se encontra incluído neste rol, sendo considerado um direito fundamental de segunda dimensão, essencial à proteção da livre manifestação do pensamento, pois é prestacional no que tange a participação do Estado, mas no viés da pessoa atingida, há um direito individual de buscar a informação verdadeira naquele veículo.

Segundo ensinamento de Sahid Maluf a respeito destes direitos (2010, p.230):

A doutrina dos direitos individuais, conquanto lance as suas mais distanciadas raízes nos *Dez Mandamentos da Lei de Deus* revelados a Moisés no Monte Sinai, há trinta e sete séculos, foi desconhecida nos tempos antigos e medievos, como limitadora do poder de governo. As primitivas repúblicas gregas e romanas formularam apenas princípios de *liberdade política*, estes mesmos como privilégios de cidadania (...). O *princípio da isonomia*, formulado por Aristóteles, permanecia no campo teórico e na esfera restrita das configurações políticas. É certo que se encontram os seus primeiros delineamentos na Inglaterra, no século XIII, com a luta sustentada pelos barões e prelados contra o Rei João Sem Terra, compelindo-o à promulgação da Magna Carta Libertatum, que continua 63 preceitos limitadores do poder monárquico. Eram preceitos típicos de liberdade civil (...). com as revoluções liberais da América do Norte e da França foi que a doutrina dos direitos individuais, uma espécie de Novo Evangelho, segundo a expressão de Esmein, firmou-se em bases jusnaturalistas, tornando-se eixo diretor das estruturas constitucionais. E a partir do século XIX, todas as Constituições Democráticas passaram a inserir em seu texto a Declaração dos Direitos do Homem, vazada nos moldes clássicos, com força de limitação do poder do Estado.

A ideia de liberdades individuais, as quais se caracterizam como direitos fundamentais, remonta a épocas remotas, tendo em vista que na Grécia Antiga, já havia a noção de Direito Natural, isto é, direitos intrínsecos e essenciais ao ser humano. A histórica Antígona, peça teatral escrita durante o mesmo período, destaca o direito de ser enterrado com dignidade como um aspecto fundamental do ser humano, isto é, um direito natural, inerente à própria condição de ser humano.

Dentre esses direitos, essenciais à proteção da pessoa humana, encontram-se os direitos de livre manifestação do pensamento.

Para Edilsom Farias, a respeito dos direitos de livre manifestação do pensamento (2004, p. 57/58):

A busca por reconhecimento e proteção à liberdade de expressão e comunicação, inseparável da infinda luta pelo desenvolvimento humano, remonta à cultura grega. Em Atenas, um dos direitos mais apreciados pelos cidadãos era a faculdade reconhecida a todos de igualmente usar a palavra nas assembleias públicas (...) A rigor, a afirmação da liberdade de expressão e comunicação como direito fundamental é de período histórico relativamente recente. A sua proclamação como direito subjetivo foi parte da estratégia de consolidação do Estado liberal contra o ancien régime. A Inglaterra foi o país pioneiro em prol da liberdade de expressão e comunicação, especialmente quando o Parlamento britânico, em 1695, resolveu não reiterar o Licensing Act, que estabelecia a censura prévia (apud FARIAS, op.cit., p. 160). Porém, antes dessa decisão histórica de o Parlamento proibir a censura prévia, a Inglaterra foi palco da luta renhida pela conquista da liberdade de expressão e comunicação.

Ademais, a proteção a tais direitos permaneceu evoluindo historicamente, passando, por exemplo, pelo advento do Cristianismo, religião que valoriza a dignidade humana e a ideia de livre-arbítrio, enfatizando a proteção a direitos fundamentais como o direito à vida e à liberdade.

Outro expoente da conquista dos direitos fundamentais ocorreu na Inglaterra absolutista do século XII. Trata-se da promulgação da Magna Carta, assinada pelo rei João Sem Terra, que limitou o seu poder político na época. Segundo Fábio Konder Comparato (1999, p. 59):

Na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o séc. XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem-Terra, a partir da abertura de uma disputa com um rival pelo trono e o ataque vitorioso do rei francês, Felipe Augusto, contra o ducado da Normandia, pertencente ao monarca inglês por herança dinástica. Tais eventos levaram o rei da Inglaterra a aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas. Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos.

A Magna Carta, ainda que assinada pelo rei sob coerção dos barões da época, que visavam justamente à limitação da soberania do monarca e não à efetivação de direitos, foi um grande marco histórico nesse sentido, pois trouxe uma série de direitos e garantias fundamentais, como a possibilidade de impetrar habeas

corpus para tutela da liberdade de locomoção, e o devido processo legal, entre outros, por meio da restrição dos poderes absolutistas.

Outrossim, no ano de 1689, ao final da Revolução Gloriosa, ocorrida na Inglaterra, foi promulgada a Bill of Rights. Trata-se, em português, da “Carta de Direitos” inglesa, um dos grandes marcos na luta pelo reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, por ter encerrado a vigência do regime absolutista na Inglaterra, iniciando uma monarquia parlamentarista, que vigora no país até o momento atual.

Entretanto, as ideias de liberdade não se restringiam apenas ao continente europeu. O Iluminismo, movimento que marcou o século XVIII, também conhecido como “época das luzes”, foi um movimento essencial à divulgação e enaltecimento das ideias de liberdade, pois surgiu em um período caracterizando por Estados monárquicos, e ambicionava, dentre outras conquistas, a colocar fim aos regimes absolutistas.

No ano de 1776, foi proclamada a independência dos Estados Unidos da América, na época constituído apenas pelas Treze Colônias, em relação à Inglaterra. Alguns anos depois, foi promulgada a sua Constituição, vigente até os dias atuais. As ideias de independência em relação à antiga colônia provinham dos ideais de liberdade supracitados, propagados ao redor do mundo durante o “século das luzes”.

Na sequência, os direitos de liberdade assumiram grande destaque, ainda, após a Revolução Francesa, cujo marco inicial foi a queda da Bastilha, em 1789. Seu lema, mundialmente reconhecido até os tempos atuais, foi “liberdade, igualdade e fraternidade”. Neste mesmo ano, foi criada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo artigo 11 dispõe que:

A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade, pelo qual deverá responder nos casos determinados por lei.

Trata-se de dispositivo importantíssimo na história das conquistas liberais, e ali já se previam limitações aos direitos de liberdade. É certo que tais direitos, apesar de sua grande relevância e amplitude, não são ilimitados, o que já era reconhecido historicamente.

Deste modo, nota-se a importância das ideias liberais, vigentes no período, em contraponto ao Antigo Regime, tanto no continente europeu quanto no continente americano, tendo como notáveis expoentes a Revolução Gloriosa Revolução Francesa e a Revolução Americana.

3 OS DIREITOS DE INTIMIDADE E PRIVACIDADE

Os direitos de intimidade e privacidade encontram-se no rol dos direitos de personalidade, estabelecidos pelo Código Civil de 2002 em seu Capítulo II, artigos 11 a 21, evidenciando a relevância conferida à proteção dos direitos extrapatrimoniais, algo inexistente no Código Civil de 1916, o qual tutelava sobremaneira os direitos patrimoniais. No entanto, a base é mesmo a Lei Maior desse espécie do gênero denominado direitos fundamentais internamente ou direitos humanos em nível internacional, embora possam ser chamados de liberdades públicas e direitos de primeira geração ou dimensão.

Dentre os direitos de personalidade, encontram-se, além da proteção à privacidade e à intimidade do ser humano, o direito à imagem e o direito ao nome, dentre outros que necessitam da proteção jurídica conferida pelo Código. Encontram-se, ainda, tutelados na Constituição Federal, no artigo 5º, denotando seu caráter de direito fundamental. Segundo conceito da civilista Maria Helena Diniz (2012, p. 135/136):

O direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc. é direito subjetivo (...) de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se da ação judicial.

Esses direitos ligados à pessoa foram uma construção histórica que nasceu nos Estados Unidos da América do Norte. É relevante ressaltar que, durante o século XVIII, os habitantes dos Estados Unidos, na época ainda Treze Colônias, eram, em sua maioria, ingleses protestantes que haviam sido vítimas de perseguição religiosa em seu país e buscaram abrigo e refúgio nas Américas. Ali, após uma série de conflitos armados, que culminaram na consolidação da independência em relação à metrópole Inglaterra, foi conquistada a autonomia das Treze Colônias.

3.1 Evolução Histórica dos Direitos de Personalidade

A evolução histórica dos direitos da personalidade confunde-se com a dos direitos de manifestação do pensamento, tendo em vista que também possuem caráter de essencialidade à proteção do ser humano. Os direitos de personalidade representam os direitos humanos (Direito Internacional), ou direitos fundamentais (Constituição Federal) no âmbito do Direito Civil. Portanto, dentro de um gênero, existe uma espécie denominada direitos da personalidade.

Embora ainda não denominados dessa forma, os direitos da personalidade são reconhecidos desde a Grécia Antiga, passando pelo conceito básico de Direito Natural, como evidenciado pela supracitada peça Antígona.

Ainda no período histórico denominado Antiguidade, nota-se a importância do Direito Romano para a construção do conceito de direitos da personalidade, tendo em vista que o Direito Romano influenciou diretamente o Direito Civil brasileiro em diversos temas. Segundo Maria Helena Diniz (2012, p. 132/133):

O reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, porém sua tutela jurídica já existia na Antiguidade, punindo ofensas físicas e morais à pessoa, através da *actio injuriarum*, em Roma, ou da *dike kakegorias*, na Grécia. Com o advento do Cristianismo houve um despertar para o reconhecimento daqueles direitos, tendo por parâmetro a ideia de fraternidade universal. Na era medieval, entendeu-se, embora implicitamente, que o homem constituía o fim do direito, pois a Carta Magna (séc. XIII), na Inglaterra, passou a admitir direitos próprios do ser humano. Mas foi a Declaração dos Direitos de 1789 que impulsionou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão. Após a Segunda Guerra Mundial, diante das agressões causadas pelos governos totalitários à dignidade humana, tomou-se consciência da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico, resguardando-os na Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas.

Deste modo, nota-se que apesar do reconhecimento dos direitos de personalidade ser relativamente recente, já eram tutelados desde a Idade Antiga, sob outras nomenclaturas, mas sempre com o objetivo de proteger e garantir a dignidade da pessoa humana e todos os seus desdobramentos.

A doutrinadora acrescenta, ainda (2012, p. 133):

A importância desses direitos e a posição privilegiada que vem ocupando na Lei Maior são tão grandes que sua ofensa constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável, provocando uma revolução na proteção jurídica pelo desenvolvimento de ações de responsabilidade civil e criminal; do mandado de segurança; do mandado de injunção; do habeas corpus; do habeas data etc. com isso, reconhece-se nos direitos da personalidade uma dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com o progresso tecnológico, p. ex., conciliando a liberdade individual com a social.

Assim como na evolução histórica dos direitos de liberdade e manifestação do pensamento, é imprescindível mencionar, ainda, a importância da consolidação dos Estados liberais frente ao Antigo Regime, marcado pelo poder absolutista, e a forte influência da filosofia iluminista, que trouxe a importância da valorização da pessoa humana. Por derradeiro, a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa foram também grandes marcos históricos, como já explanado, sendo expoentes da luta por direitos fundamentais.

3.2 Os Direitos à Intimidade, Privacidade e Imagem

Os direitos à intimidade, privacidade- ou vida privada- e imagem estão, como supracitado, incluídos no rol de direitos da personalidade, e por tal motivo têm ampla proteção jurídica, tanto na Lei Maior brasileira quanto nas leis infraconstitucionais, notadamente, o Código Civil de 2002, sendo que inclusive é atribuída a possibilidade de reparação de danos por sua violação. Conforme disposto no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Outrossim, o artigo 5º, inciso V, preceitua que: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”

Com relação aos direitos de intimidade e de privacidade, ou vida privada, alguns autores referem-se a ambos os termos praticamente como sinônimos. Dentre eles está Carlos Roberto Gonçalves que, ao discorrer sobre “a proteção à intimidade”, afirma que “a proteção à vida privada visa resguardar o direito das pessoas de intromissões indevidas em seu lar, em sua família, em sua correspondência, em sua economia etc” (2012, p. 205), tratando dos dois termos

sem aparentes distinções entre ambos. Entretanto, para Maria Helena Diniz, há diferenças essenciais entre ambos os direitos (2012, p. 150):

A privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela. Por isso a tratamos de modo diverso, apesar de a *privacidade* voltar-se a aspectos externos da existência humana- como recolhimento na própria residência sem ser molestado, escolha do modo de viver, hábitos, comunicação via epistolar ou telefônica etc. – e a intimidade dizer respeito a aspectos internos do viver da pessoa, como segredo pessoal, relacionamento amoroso, situação de pudor etc.

Portanto, podem ser observadas diferenças sutis entre ambos, na medida em que a intimidade se refere ao “eu interior” do indivíduo e como ele se comporta em seu aspecto intrapessoal, e a privacidade é caracterizada por situações em que estão presentes aspectos externos, isto é, refere-se às relações interpessoais do ser humano. De qualquer modo, ambos são direitos de personalidade e estão tutelados inclusive a nível constitucional. Por conseguinte, se ocorrer violação a qualquer um desses dois direitos, está prevista a possibilidade de reparação de danos.

O direito à intimidade e o direito à vida privada são objetos de proteção do Direito Constitucional e do Direito Civil e, conseqüentemente, são também objetos de proteção do direito ao esquecimento.

Por sua vez, o direito à imagem, também objeto de proteção do direito ao esquecimento, pode ser analisado sob dois aspectos: a imagem-retrato e a imagem-atributo. Para Maria Helena Diniz (2012, p. 146):

A imagem-retrato é a representação física da pessoa, como um todo ou em partes separadas do corpo (nariz, olhos, sorriso etc) desde que identificáveis, implicando o reconhecimento de seu titular, por meio de fotografia, escultura, desenho, pintura, interpretação dramática, cinematografia, televisão, sites etc., que requer autorização do retratado (CF, art. 5º, X). A imagem-atributo é o conjunto de caracteres ou qualidade cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente (CF, art. 5º, V), como habilidade, competência, lealdade, pontualidade etc.

Portanto, a imagem retrato é, como o próprio nome já explana, aquela presente em retratos, desenhos, fotografias, enquanto a imagem atributo é a forma como o indivíduo é visto socialmente, em outras palavras, é a sua “reputação”, a maneira como é considerada pelas pessoas ao seu redor. Por conseguinte, ambas as acepções de direito de imagem são objetos de proteção do direito ao

esquecimento, pois guardam relação direta com a tutela da pessoa humana em todos os seus aspectos.

3.3 O Direito ao Esquecimento e a Proteção dos Direitos de Personalidade

O direito ao esquecimento é uma tese que surgiu com a necessidade de proteção aos direitos de intimidade e privacidade; por conseguinte, estão diretamente relacionados, sobretudo no contexto socioeconômico e cultural atual, em que as redes sociais amplificam as possibilidades de violação a tais direitos.

O grande alcance da *Internet*, embora tenha levado a uma série de vantagens, trouxe problemas no que diz respeito à preservação da vida privada e da intimidade do ser humano. O hábito amplamente difundido de exibir fotografias e elaborar textos nas redes, e a amplitude do alcance de *sites* de pesquisas, pode levar a consequências drásticas no que tange a esses direitos. Quando algo é colocado na rede, repentinamente está disponível para que a população do mundo inteiro possa visualizar. Segundo Liliana Minardi Paesani (2008, p. 20/21):

A explosão da *Internet* determinou uma transformação qualitativa e quantitativa das informações e a possibilidade de comunicação imediata criou um novo domínio social do indivíduo: o *poder informático*. A *Internet* introduziu um outro elemento inovador: tornou a sociedade efetivamente transparente, possibilitando a qualquer pessoa o acesso a uma quantidade máxima de informações em relação a qualquer aspecto da vida social.

Portanto, no contexto social atual, é necessário atentar-se à magnitude do alcance da *Internet*, pois nela se encontram disponíveis grandes quantidades de informações a respeito dos usuários da rede; e há infinitas possibilidades de comunicação e disseminação de conteúdo sobre os mais variados temas. Apesar de isto sinalizar um grande avanço tecnológico, pode resultar em violações aos direitos de personalidade se não houver a devida cautela.

Nesse sentido, o direito ao esquecimento surge com o propósito de proteger tais direitos de personalidade, buscando resguardar a intimidade e a vida privada do indivíduo, sempre em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o direito ao esquecimento é um direito que nasceu para assegurar a proteção de outros direitos, sejam eles a intimidade, privacidade ou a imagem, dentre outros, a depender do caso concreto em análise.

4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO COMPARADO

O estudo do direito comparado possui alto grau de relevância, especialmente ao se levar em consideração o fenômeno da globalização na atualidade. Esse intenso diálogo entre nações, característica de tal fenômeno, torna essencial que sejam estudadas as formas como aquele instituto é tratado em outros lugares do mundo.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao longo da história, sempre foi influenciado por outros países. Como exemplo, pode-se citar o Direito Civil brasileiro, que possui uma série de dispositivos decorrentes do Direito Romano. Esta influência não infringe a soberania estatal brasileira, entretanto, há que se observar que ela é limitada, pois a legislação, doutrina e jurisprudência de outros Estados não podem ferir dispositivos constitucionais nem normas internas brasileiras.

4.1 Alemanha: A Origem da Tese do Direito ao Esquecimento

A tese do direito ao esquecimento originou-se no Direito Alemão, com o objetivo supracitado: proteger um indivíduo de eventuais erros cometidos e más escolhas realizadas no passado. Faz-se mister mencionar que o direito ao esquecimento não surgiu primeiramente na legislação nem na doutrina alemã, e sim em sua jurisprudência, como evidenciado pelo Caso Lebach, o qual foi julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão.

No ano de 1969, quatro soldados foram assassinados enquanto dormiam. Seus algozes foram processados e sentenciados à prisão perpétua. Alguns anos mais tarde, uma emissora de televisão alemã produziu uma reportagem a respeito do fato, inclusive mencionando os nomes dos autores do crime. Entretanto, um deles decidiu utilizar-se do meio judicial para impedir que a reportagem fosse divulgada. A primeira instância julgou improcedente a sua demanda, e após uso das vias recursais, o caso chegou ao Tribunal Constitucional Alemão.

O Tribunal Constitucional Alemão deu provimento ao recurso, considerando a ressocialização dos autores do crime mais importante do que o direito à informação naquele caso concreto e abrindo precedente para o reconhecimento da tese do direito ao esquecimento. O caso em tela foi solucionado por meio da aplicação do instituto da ponderação, isto é, da análise e sopesamento de ambos os direitos, com o escopo de decidir qual deles deveria prevalecer naquela situação, sendo certo que prevaleceu o direito ao esquecimento.

4.2 Estados Unidos: O Direito de Ser “Deixado em Paz”

Nos Estados Unidos da América, o direito ao esquecimento recebe a alcunha de “the right to be forgotten”, que possui o mesmo significado na língua portuguesa. É conhecido, ainda, como “the right to be let alone”, o que, em tradução livre, é o “direito de ser deixado em paz”. Tal conceito expressa muito sobre o objetivo da aplicação prática do direito ao esquecimento: é, simplesmente, o objetivo de “deixar o indivíduo em paz”, de não incomodá-lo com erros cometidos no passado, de não julgá-lo por escolhas das quais se arrepende. Uma das questões mais relevantes a respeito desse “right to be let alone” é o quão viável ele é, diante da sociedade atual, em que a informação é tão rapidamente divulgada, mas não tão facilmente esquecida.

Quanto à tratativa do direito ao esquecimento nos Estados Unidos, afirma Daniel Blume Pereira de Almeida (2017, p. 04), que “nos Estados Unidos, o direito à publicação do registro criminal encontra-se protegido pela First Amendment da Constituição Americana. Então podemos dizer: o que foi feito e o que foi dito foi dito, ninguém pode apagar.” Deste modo, ao menos no que tange ao direito penal, prevalece o direito de informação, em detrimento do direito ao esquecimento. Porém, deve ser realizada análise casuística do fato.

4.3 O Direito ao Esquecimento na América Latina

Ante à proximidade geográfica e às semelhanças socioeconômicas e culturais em relação ao Brasil, torna-se imprescindível a análise do tratamento dado ao direito ao esquecimento nos países latino-americanos.

A respeito do direito ao esquecimento no Chile, afirma Pierina Andrea Aimone Cabrera, com base na Sentencia Corte Suprema Chile - Rol: N° 22.243-2015. (2016):

No Chile o direito ao esquecimento foi desenvolvido pela primeira vez no direito penal. Em caso de conflito entre o direito ao esquecimento do passado judicial (à supressão da informação sobre antecedentes penais e condenações passadas) e o direito à informação (acesso a essa informação). O fator tempo é usado como um critério decisivo: se a informação considera-se de interesse jornalístico (pela atualidade de sua ocorrência), o direito à informação prevalece; senão o direito ao esquecimento prevalece sobre o direito à informação (ainda é possível ver a sentença, mas não se tem o nome dos implicados).

Destarte, nota-se que o Chile aceita a tese do direito ao esquecimento e a aplica com base no critério cronológico, considerando a relevância da informação em questão com base no decurso do tempo.

Segundo Daniel Blume Pereira de Almeida (2017, p. 04):

Na América Latina, países como Honduras, Venezuela e Brasil apresentam marco de proteção de dados pessoais, considerados limitados, sendo que Uruguai e Argentina são os dois únicos países a serem reconhecidos pela Comissão Européia como tendo um nível adequado de proteção de dados.⁸ Já na Colômbia, a Corte Constitucional Colombiana, no caso em que um artigo de jornal associava um cidadão à realização de atividade criminal, decidiu que o ⁷ Portal: <http://www.privacy-regulation.eu/pt/r9.htm> ⁸ Portal: www.accessnow.org periódico fosse obrigado a utilizar técnicas para garantir que as páginas afetadas não fossem listadas pelos mecanismos de buscas. Ademais, entendeu a Corte que a responsabilidade é de quem publica a informação.⁹ Portanto, o Direito ao Esquecimento foi reconhecido tanto na doutrina, quanto na jurisprudência de vários países – embora seja um instituto sem ampla e textual explicitação legislativa. Em regra, é um direito constitucional implícito que decorre da privacidade e da dignidade da pessoa humana. Para aplicá-lo caso a caso, os julgadores se valem de técnicas de ponderação e proporcionalidade.

Como exposto, o direito ao esquecimento já é amplamente reconhecido em diversos países da América, figurando como notáveis exemplos Uruguai, Argentina e Colômbia, que tutelam tal direito de maneira ampla, enquanto Honduras, Venezuela e Brasil reconhecem a sua importância, mas concedem uma proteção limitada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, demonstra-se essencial a análise histórica de um instituto, com o escopo de compreender seu funcionamento na atualidade. No caso

dos direitos de manifestação do pensamento e dos direitos de personalidade, com sua extensa evolução histórica, originada na Antiguidade e ainda em curso, faz-se especialmente importante observar os aspectos que levaram esses direitos a serem considerados da forma que o são na atualidade.

Os direitos de manifestação do pensamento e os direitos de personalidade possuem um só intento, qual seja, a proteção efetiva da pessoa humana, em todos os seus aspectos. Entretanto, tal objetivo pode conflitar entre a aplicação casuística de alguns desses direitos, justamente por ambos os espectros possuírem a mesma finalidade.

Esses direitos podem se confrontar, mas estão abrigados dentro da Lei Maior e foram construídos pela doutrina como essenciais para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Os direitos da personalidade visam à proteção diante da intromissão do Estado na sua vida íntima, na sua privacidade e no uso de sua imagem, isto é, buscam a proteção do ser humano em seus aspectos mais pessoais, que também devem ser tutelados pelo Direito.

Os direitos relativos à manifestação do pensamento, por sua vez, são igualmente importantes para esse Estado, pois servem como fiscais da atuação da classe política e do funcionamento da República. Por meio das notícias se acompanha a atuação de vereadores, prefeito, deputados, senadores, presidente, dentre outros, eleitos democraticamente e, portanto, representantes do povo, a quem deve ser resguardado o direito de informação sobre como seus candidatos estão atuando em seus respectivos cargos, por exemplo.

De um modo geral, os direitos e garantias relativos à manifestação do pensamento visam a assegurar a possibilidade de o ser humano expressar, comunicar, informar suas opiniões, inclusive sobre esta classe política, sem que sofra repreensões ou censuras por parte do Estado.

Mas, podem ocorrer confrontos entre esses dois direitos, como ficou constatado nessa pesquisa inicial. Ambos precisam ser tutelados juridicamente, pois possuem igual relevância, porém sob perspectivas diferentes, o que pode ensejar uma série de conflitos nos casos concretos.

Do mesmo modo, é essencial considerar os direitos supramencionados, notadamente o direito ao esquecimento, no direito comparado, isto é, como são analisados e aplicados em outros países. Não é mandatório que o Brasil lide com o direito ao esquecimento como o fazem os Estados Unidos, por

exemplo. Porém, é certo que em tempos de globalização exacerbada, a qual leva a contatos intensos com outras nações, não se pode ignorar a tratativa dada por outros países a institutos jurídicos de grande relevância internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Novo Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Ed. Saraiva, São Paulo, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Jonatas. **Liberdade de Expressão- Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra, Editora Coimbra, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV – Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

VAZAK, Karel. **For the third generation of human rights: The rights of solidarity. Inaugural Lecture to the Tenty Study Session of the Internation Institute of human righs, Strasbourg, 1979, and Karrel Vasak Pour les droits de l'homme**

de la troisième génération: les droits de solidarité, Revue des droits de l'Homme, 1979,3 "apud" BREMS, Eva. Human Rights: Universality and Diversity. Disponível em:

http://books.google.com/books?vid=ISBN9041116184&id=INlkqsHplFEC&pg=PA98&lpg=PA98&dq=Pour+les+droits+de+l%E2%80%99homme+de+la+troisi%C3%A8me+g%C3%A9n%C3%A9ration&sig=ssav9ASfKUo_cqgjkVxO1R4YCPS0&hl=pt-BR. Acesso em 18 de fevereiro de 2018, 17h40). Ver também VAZAK, Karel, **For the third generation of human rights: The rights of solidarity. Inaugural Lecture to the Tenty Study Session of the Internation Institute of human rights**, Strasbourg, 1979, "apud" SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 82.

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. **Direito ao esquecimento: uma investigação sobre os sistemas jurídicos português e brasileiro.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/11/art20171121-08.pdf> (acesso em 30 de abril de 2018, 16h35).

CABRERA, Pierina Andrea Aimone. **Direito ao esquecimento na internet: Uma comparação entre as legislações do Brasil e Chile.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf (acesso em 04 de maio de 2018, 20h48).