

Luã Silva Santos Vasconcelos

O DIREITO AO ESQUECIMENTO DA EMPRESA



Criação Editora

TÍTULO
O DIREITO AO ESQUECIMENTO DA EMPRESA

AUTOR
LUÃ SILVA SANTOS VASCONCELOS

ISBN
978-85-60102-87-7 (digital)
978-85-60102-94-5 (Impresso)

EDITORA CRIAÇÃO
CONSELHO EDITORIAL

Ana Maria de Menezes
Christina Bielinski Ramalho
Fábio Alves dos Santos
Jorge Carvalho do Nascimento
José Afonso do Nascimento
José Eduardo Franco
José Rodorval Ramalho
Justino Alves Lima
Luiz Eduardo Oliveira
Martin Hadsell do Nascimento
Rita de Cácia Santos Souza

O DIREITO AO ESQUECIMENTO DA EMPRESA

Luã Silva Santos Vasconcelos



Criação Editora
Aracaju | 2022

Copyright © 2022 by Luã Silva Santos Vasconcelos

Todos os direitos reservados - Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, com finalidade de comercialização ou aproveitamento de lucros ou vantagens, com observância da Lei em vigência. Poderá ser reproduzido texto, entre aspas, desde que haja expressa marcação do nome do autor, título da obra, editora, edição e paginação. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.619/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Projeto Gráfico e capa: Adilma Menezes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Tuxped Serviços Editoriais (São Paulo, SP)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes - CRB-8 8846

V331d Vasconcelos, Luã Silva Santos.

O Direito ao Esquecimento da Empresa / Luã Silva Santos Vasconcelos; Prefácio de Pedro Durão. – 1. ed. – Aracaju, SE : Criação Editora, 2022.

184 p.; il.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-60102-87-7 (digital)

ISBN 978-85-60102-94-5 (impresso)

1. Direito. 2. Direito da Personalidade. 3. Marco Civil da Internet. 4. STF Título. II. Assunto. III. Autor.

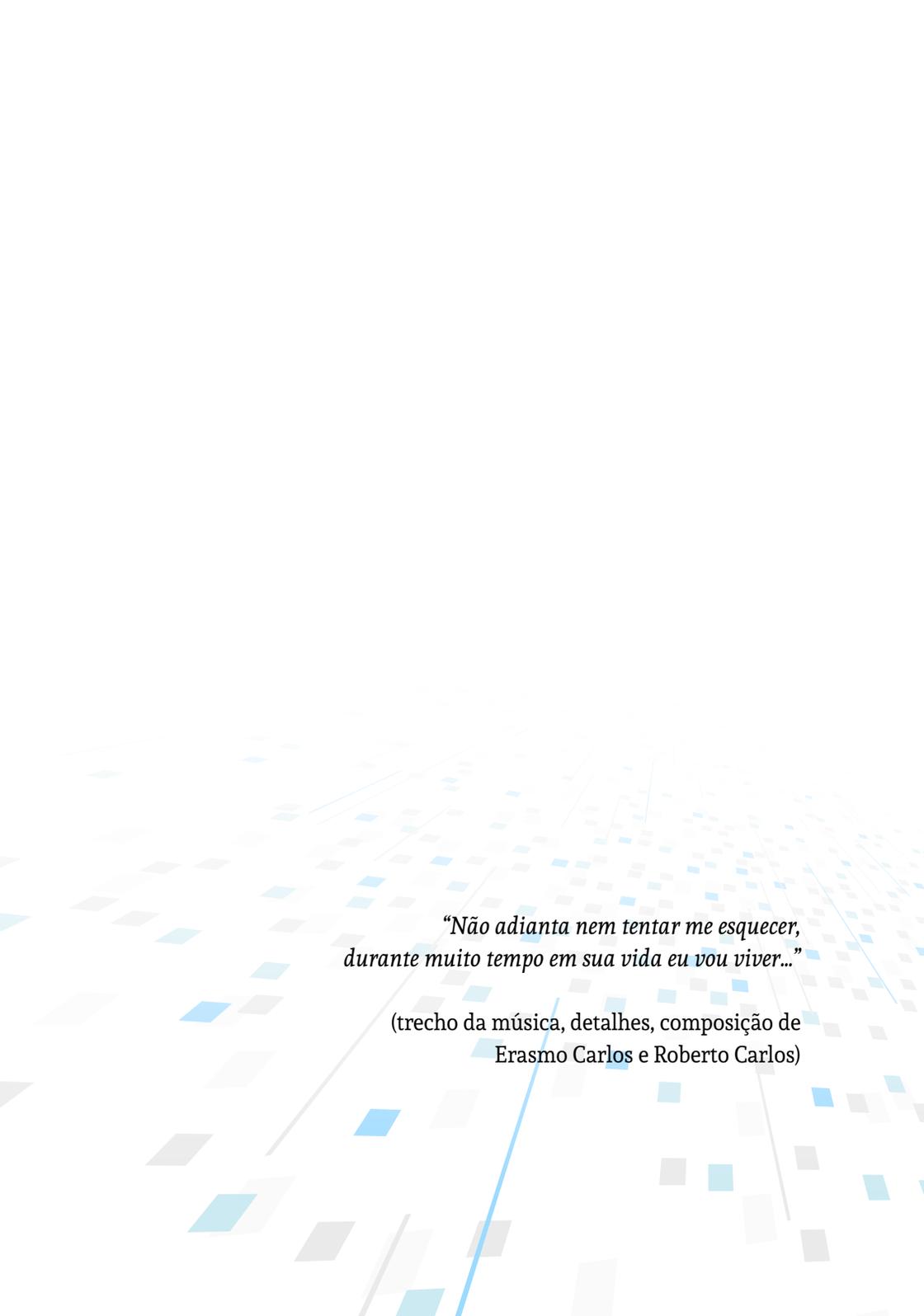
CDD 341.2

CDU 342 (81)

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Direito Público: Direito Constitucional.

2. Direito Constitucional (Brasil).



*“Não adianta nem tentar me esquecer,
durante muito tempo em sua vida eu vou viver...”*

(trecho da música, detalhes, composição de
ErasmO Carlos e Roberto Carlos)

AGRADECIMENTOS

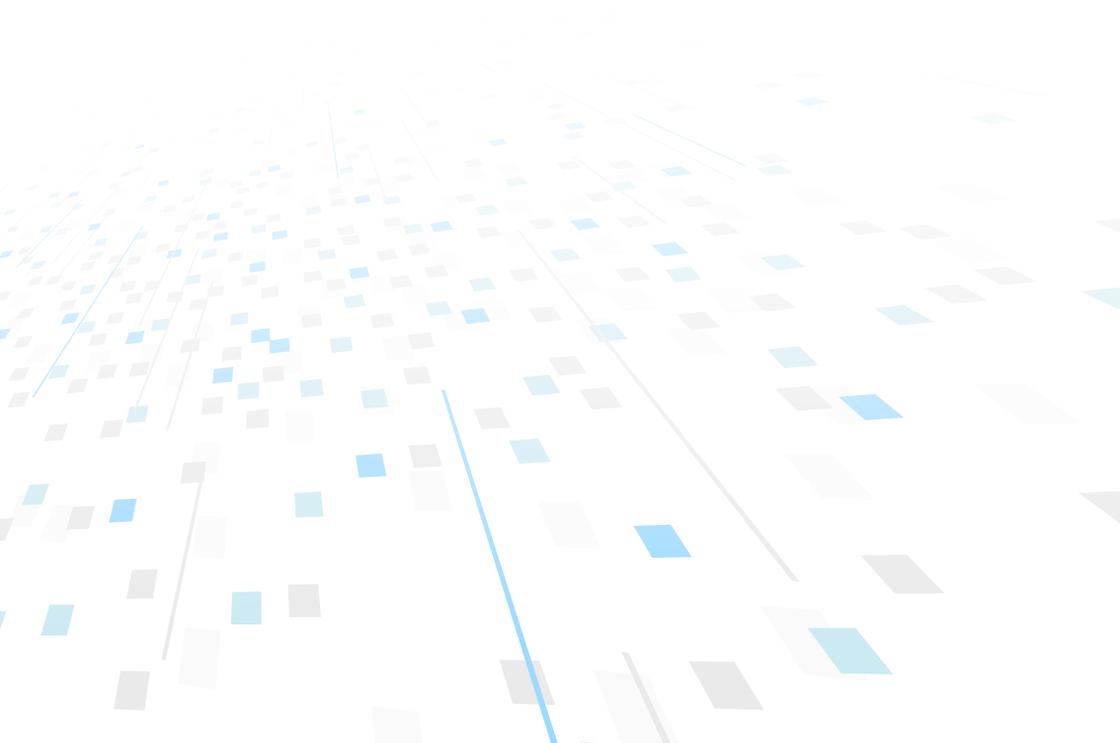
Nem todas as pessoas costumam utilizar em seu cotidiano o verbo AGRADECER, sei que nessa não tão simples missão de expressar em breves linhas o meu sentimento de gratidão posso cometer injustiças por algum lapso, mas levo no meu coração todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para que pudesse chegar nesse momento.

Agradeço primeiramente, sem a menor sombra de dúvidas a DEUS, grande criador, estando ao meu lado em todos os momentos da minha vida. Não posso deixar de citar algumas pessoas que marcaram e sempre estiveram presentes em minha vida, independente da distância geográfica.

A minha amada esposa, Anne Vasconcelos, grande amor da minha vida, meus sinceros agradecimentos, independente das horas que furti do nosso convívio, destinando-as aos estudos, você sempre estava ao meu lado para apoiar. Te amo!

Aos meus amados pais, Luis Carlos e Maria Anunciada, que me legaram bens tão preciosos à minha formação humana: honestidade, humildade, respeito ao próximo. Serei eternamente grato a vocês.

Não poderia deixar de mencionar a grande contribuição ao Professor e amigo, Dr. Pedro Durão, por quem nutro uma sincera admiração profissional e acadêmica. Na seara profissional, é o momento de agradecer ao meu amigo, Newton Silveira, pessoa de educação e inteligência ímpares, por todos ensinamentos recebidos ao longo dos últimos anos.



PREFÁCIO

Apraz-me, a convite do autor, prefaciara “O Direito ao Esquecimento da Empresa”, de forma que asseguro que esta obra, indubitavelmente, ficará marcada pela sua pioneira contribuição no desenvolvimento de um tema atual e até de certo modo pouco discutido. Certamente trata-se de um dos poucos, senão o único livro publicado no Brasil que se propõe a aprofundar a análise do direito ao esquecimento, sob o prisma da empresa, como possível titular de tal direito.

O livro desenvolve a análise, não tão simples, da possibilidade de ampliar a proteção do direito ao esquecimento, também, para as pessoas jurídicas empresárias. Para tanto, o autor analisa os pressupostos do direito ao esquecimento; busca demonstrar, fundamentadamente, que se entende o direito ao esquecimento tanto como um direito fundamental como um direito da personalidade; e, por fim, diante da nova dimensão constitucional da empresa suscita a aplicabilidade do direito ao esquecimento às empresas.

Destaca-se, ainda, a concatenação do raciocínio jurídico pelo autor para defender que a empresa pode ser titular de direitos fundamentais, não havendo óbice de titularizar, também, por conseguinte, o direito fundamental ao esquecimento.

Não se pode deixar de mencionar o fato que o tema ganhou novos contornos com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, que inadmitiu o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, essa decisão não tem o condão de afastar os debates que envolvem esse tema tão palpitante, até porque sua aceitação encontra notícia no direito comparado, bem como não se

pode desconsiderar que no futuro a posição atual do Guardião da Constituição pode ser revista.

Por isso, interessante é a proposta conclusiva da obra que sugere a aplicação ou não do direito ao esquecimento das empresas por meio da técnica da ponderação de interesses, indo além do óbvio e apresentando critérios ou parâmetros para auxiliar o aplicador no necessário processo de sopesamento do direito ao esquecimento com a liberdade de expressão.

Nessa vereda, Luã Vasconcelos, oferta para o meio profissional e acadêmico, após uma minuciosa pesquisa, uma obra inédita e de grande valia. Como qualquer atividade humana, esta pesquisa não pretende esgotar todas as questões abordadas. Pelo contrário, destina-se como um gatilho, aptas ao tirocínio do leitor.

Por fim, nota-se que com linguagem objetiva e de fácil compreensão este livro não descarta da profundidade técnico-jurídica que a temática requer, mostrando-se de indispensável leitura.

Prof. Dr. Pedro Durão

Pós-Doutor em Direito (Universidad de Salamanca - España).
Doutor e Mestre em Direito (UBA/UFPE). Procurador do Estado
(PGE/SE – Brasil). E-mail: pedro.durao@apese.org.br

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
----------	---

INTRODUÇÃO	13
------------	----

I A MEMÓRIA E O ESQUECIMENTO: REFLEXÕES PROPEDÊUTICAS SOBRE A TENSÃO ENTRE O SUPERINFORMACIONISMO E A PRIVACIDADE

1 A memória e o esquecimento sob a perspectiva filosófica: uma visão fenomenológica dessa dicotomia a partir das reflexões de Ricœur	17
--	----

2 O direito ao esquecimento	20
-----------------------------	----

3 O direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro	30
--	----

4 O Direito ao esquecimento na visão do Supremo Tribunal Federal: o Estado da arte e perspectivas a partir da análise do RE 1010606/ RJ	37
---	----

5 O direito ao esquecimento no plano internacional	42
--	----

5.1 Alguns precedentes no plano internacional	42
---	----

5.2 A aplicação do direito ao esquecimento no sistema europeu de direitos humanos	45
---	----

5.2.1 O Caso <i>Google Spain e Google Inc Vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja González</i>	48
---	----

5.2.2 O direito ao esquecimento (desindexação) no Sistema Europeu de Direitos Humanos (Tribunal de Justiça da União Europeia)	53
---	----

II O DIREITO FUNDAMENTAL E DA PERSONALIDADE AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

1 A era da sociedade de informação	59
------------------------------------	----

2 O direito ao esquecimento sob a perspectiva do constitucionalismo digital	63
---	----

3 O direito fundamental ao esquecimento	71
---	----

4 Os direitos da personalidade e o direito ao esquecimento	96
4.2 Direito ao esquecimento: um direito autônomo da personalidade?	99

III A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DA EMPRESA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

1 Teoria da empresa: noções e delimitação do conceito de empresa	105
2 A função social da empresas provedores de busca na internet e o direito ao esquecimento	112
3 A empresa como titular de direitos fundamentais e de direitos da personalidade	116

IV APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO À EMPRESA

1 O direito ao esquecimento da empresa	125
1.1 O direito ao esquecimento como direito da personalidade da empresa	132
2 O direito ao esquecimento da empresa considerada como pessoa jurídica: a impossibilidade da “eternização” de fatos desabonadores	137
3 Parâmetros para ponderação de interesses na aplicação do direito ao esquecimento às empresas	145
3.1 Rememorar informação vexatória, desabonadora, prejudicial ou inverídica de forma desproporcional.	153
3.2 Não Atualidade (ou não contemporaneidade) do fato rememorado	156
3.4 Fato que se busca o esquecimento não pode ser histórico	160
3.5 Empresas que implementaram um efetivo programa de compliance	162

CONSIDERAÇÕES FINAIS	165
----------------------	-----

REFERÊNCIAS	171
-------------	-----

Glossário	183
-----------	-----

INTRODUÇÃO

A construção da imagem de uma pessoa, seja ela física ou jurídica, passa certamente pela sensação de pertencimento a um determinado grupo e para tanto é imprescindível conhecer a sua história como meio de formação de uma memória. Ocorre, no entanto, que apesar da memória não poder ser apagada a perpetuação de fatos, mormente, os que afetem diretamente a privacidade das pessoas pode atingir significativamente seus direitos da personalidade e nesses casos exsurge em contraponto à memória o esquecimento.

O grande fluxo das informações no mundo globalizado fez surgir a denominada, sociedade da informação, provocando, de certa forma, uma supressão da linha limítrofe entre o domínio público e o domínio privado, uma vez que há uma verdadeira “publicização” da vida privada, em especial na internet e isso resulta na falsa impressão que, se está na “rede” tudo é permitido, ainda que se trate de publicações relativas à privacidade alheia.

A partir dessa perspectiva o chamado direito ao esquecimento, discutido pioneiramente na Europa tanto a nível legislativo quanto jurisdicional, tem o condão de provocar uma reflexão sobre a possibilidade de como efetivá-lo no atual estágio da sociedade, no qual a difusão da informação no meio virtual acontece em uma velocidade de difícil contenção. Ademais, acrescente-se a esse cenário a discussão quanto à compatibilização dos direitos fundamentais à privacidade (do qual decorre o direito ao esquecimento) e o direito à informação.

O vínculo existente entre o direito ao esquecimento e o direito à liberdade de informação é indubitavelmente correlacional. Isso não significa que tal relação seja harmoniosa, pelo contrário, a natureza anta-

gônica destes direitos fundamentais envolvidos, por si só, na maioria das situações comporta um conflito entre um direito decorrente da privacidade e o outro relativo à liberdade de informação.

Partindo dessa perspectiva, o presente estudo concentrar-se-á no desenvolvimento do seguinte problema: o direito ao esquecimento pode ser aplicado às empresas?

Assim, a pesquisa tentará desenvolver a análise, não tão simples, da possibilidade de ampliar a proteção do direito ao esquecimento, também, para as pessoas jurídicas empresárias.

Como objetivos específicos serão abordados: analisar quais os pressupostos do direito ao esquecimento, sob a perspectiva da dualidade entre o superinformacionismo e a privacidade; caracterizar o direito ao esquecimento tanto como um direito fundamental como um direito da personalidade; perquirir a dimensão constitucional da empresa sob a perspectiva do direito ao esquecimento e, por fim, suscitar a aplicabilidade do direito ao esquecimento às empresas.

Inobstante, a presente pesquisa tenha como ponto de partida a análise de aspectos relacionados à consolidação do direito ao esquecimento, percorrendo, para tanto, caminhos que passam pela sua construção filosófica, social e jurídica, o estudo a par do inevitável aprofundamento da temática não pretende a ele se restringir. Nesse sentido, a hipótese formulada a qual será objeto de apreciação neste estudo é: na atual sociedade cognominada, sociedade de informação, caracterizada pela ampla utilização da internet, é possível ampliar a proteção do direito ao esquecimento, marcadamente aplicável às pessoas naturais, também, para as pessoas jurídicas empresárias. Tal intento seria possível com a fixação de critérios levados em consideração em um processo de ponderação de interesses.

A pesquisa desenvolvida pretende contribuir para a comunidade acadêmica e profissional, no tocante ao aprofundamento em um tema, ainda, pouco discutido nestes ambientes e que apresenta uma relevância social, haja visto as implicações resultantes da adoção do direito ao

esquecimento das empresas em detrimento de outros direitos igualmente relevantes, como a liberdade de expressão. Ademais, talvez a grande importância da pesquisa resida na afirmação de uma base teórica para efetivar o direito de ser deixado em paz das empresas, temática esta objeto de poucos estudos doutrinários.

Inicialmente, é importante consignar como pressuposto do estudo a fixação do entendimento que, o direito ao esquecimento é considerado como a faculdade atribuída a pessoa de não ter fatos do seu passado rememorados, pelos inúmeros veículos de informações existentes, por tempo indefinido, em razão do interesse na informação não mais persistir com o decurso do tempo.

Logo, percebe-se que a ampla discussão que o tema remete revela a importância do estudo, especialmente considerando a colisão de interesses que envolvem o direito ao esquecimento, o superinformacionismo versus a privacidade.

No capítulo 1, serão analisados os fundamentos propedêuticos do chamado direito ao esquecimento, tais como uma abordagem sobre a memória e o esquecimento sob a perspectiva filosófica, os principais aspectos teóricos do direito ao esquecimento, bem como a sua aceitação no ordenamento jurídico brasileiro, e por fim apresentar o direito ao esquecimento no plano internacional.

Por sua vez, o capítulo 2 tratará do direito ao esquecimento na atual sociedade denominada da informação, iniciando com a caracterização da chamada sociedade da informação a fim de caracterizar o direito em análise tanto como um direito fundamental como um direito da personalidade. Pretende-se, também, demonstrar o direito ao esquecimento sob a perspectiva do constitucionalismo digital, avaliando se pode ser considerado como um novo direito emergente desta fase constitucional.

Já o capítulo 3 será feita uma contextualização da empresa e a sua dimensão constitucional, analisando aspectos acerca da: caracterização da teoria da empresa; perfil constitucional da empresa e a função social dos

provedores de busca na internet e, por fim, tratar das pessoas jurídicas empresárias como titulares de direitos fundamentais e da personalidade.

O capítulo 4 tentará investigar o problema apontado para a pesquisa, aplicabilidade do direito ao esquecimento à empresa, avaliando: o direito de ser deixado em paz como direito da personalidade da empresa; a impossibilidade da “eternização” de fatos desabonadores da atividade empresarial e sugerir critérios para aplicação deste direito às empresas.

O método de abordagem utilizado na pesquisa será o hipotético-dedutivo, que se caracteriza principalmente pelo seu aspecto lógico, partindo da hipótese acima aventada para através de um processo de dedução analisar se confirma ou não a aplicabilidade do direito ao esquecimento às empresas. Quanto ao método de procedimento será adotado, especialmente, o tipo de pesquisa bibliográfica exploratória e abordadas técnicas de pesquisa qualitativa, com base em dados teóricos. Logo, a pesquisa se valerá da análise de uma revisão da literatura sobre direito ao esquecimento, seja através de livros, artigos publicados em revistas nacionais ou estrangeiras, jurisprudência pátria e estrangeiras, bem como legislação comparada, ante a ausência de norma expressa no direito brasileiro que trate da matéria. Dessa forma, a revisão bibliográfica servirá de suporte para a construção da hipótese, já que o direito ao esquecimento para as pessoas físicas já encontrou aceitação no direito alienígena e em algumas decisões no direito pátrio, no entanto a extensão de tal direito às empresas não é objeto de consenso e sequer de estudos mais aprofundados.

Para desenvolver a hipótese da pesquisa será, inicialmente, direcionado o estudo para o campo da dogmática jurídica a fim de que se forneça subsídios para caracterizar o direito ao esquecimento como um direito fundamental. Fixada essa premissa, recorrer-se-á à teoria da proporcionalidade, em busca de uma solução para aplicação do direito ao esquecimento, ante a sempre presente colisão de direitos fundamentais, da liberdade de expressão e da privacidade, analisando a hipótese com base no referencial teórico propugnado.

A MEMÓRIA E O ESQUECIMENTO: REFLEXÕES PROPEDÊUTICAS SOBRE A TENSÃO ENTRE O SUPERINFORMACIONISMO E A PRIVACIDADE

1 A memória e o esquecimento sob a perspectiva filosófica: uma visão fenomenológica dessa dicotomia a partir das reflexões de Ricoeur

Inicialmente, convém estabelecer uma premissa acerca da abordagem que se pretende fazer neste tópico. Em relação aos fenômenos da memória e do esquecimento serão analisados sob o prisma filosófico, tendo como marco teórico o estudo realizado pelo filósofo francês, Paul Ricoeur, na obra “A memória, a história, o esquecimento”.

Assim sendo, partindo de uma análise filosófica desses dois fenômenos buscará angariar subsídios para adiante perquirir as consequências jurídicas advindas da assimetria entre a memória e o esquecimento.

A memória é definida por Ricoeur (2007, p. 424) como “luta contra o esquecimento”, ao passo que o esquecimento é considerado pelo mesmo autor como “um dano à confiabilidade da memória” (RICOEUR, 2007, p. 424). O autor elenca em um mesmo nível de importância os fenômenos da memória, da história e do esquecimento, destacando que:

De fato, esquecimento continua a ser a inquietante ameaça que se delineia no plano de fundo da fenomenologia da memória e da epistemologia da história. Sob esse aspecto, ele é o termo emblemático da condição histórica tomada como tema de nossa terceira parte, o emblema da vulnerabilidade dessa condição. Num outro sentido, o problema da memória é o mais vasto, visto que a eventual *ars oblivionis* se projeta como um duplo da *ars memoriae*, uma figura da memória feliz. (RICOEUR, 2007, p. 423)

A proposta filosófica esposada pelo autor francês conduz, apesar da assimetria existente os dois fenômenos, para a busca do perdão difícil, pois este constitui o horizonte comum daqueles, ou seja, essa representação do passado marcada pela memória só atingirá o esquecimento, quando alcançar o perdão este caracterizado como a última fase do percurso do esquecimento (RICOEUR, 2007, p. 493).

Em suma, só há que se falar em esquecimento se houver acontecido o perdão. Essa perspectiva serve de substrato filosófico para se defender a necessidade do corpo social compreender que o esquecimento à luz do perdão projeta a possibilidade de manter uma memória apaziguada em detrimento da utilização indevida do abuso da memória.

Nesse sentido, Ricoeur (2007, p. 462) adverte: “Se uma forma de esquecimento puder então ser legitimamente evocada, não será um dever calar o mal, mas dizê-lo num modo apaziguado, sem cólera. Essa dicção tampouco será a de um mandamento, de uma ordem, mas a de um desejo no modo optativo”.

A partir dessa ideia de memória e esquecimento é salutar destacar o ponto crucial apresentado por Ricoeur (2007, p. 17) como motivação pública para o estudo da memória, da história e do esquecimento, o incômodo que surge com o embate entre o excesso de memória de um lado, e o excesso de esquecimento de outro. Acrescente, ainda, a este cenário a influência na vida das pessoas quando dos erros de memória e de esquecimento. Por isso, considera um dos seus temas cívicos prediletos a exaltação de uma ideia de política de justa memória

E como forma de solução para tal problema o autor em questão sugere a adoção de políticas de justa memória.

Logo, a justa memória seria nada mais do que o meio termo entre esquecimento e memória à medida que tem seu limite através de uma mediação da análise fenomenológica (memória), epistemológica (a história) e hermenêutica (o esquecimento).

Dessa forma, Brandão (2001) adverte acerca da imprescindibilidade da adoção de uma política de justa memória “capaz de evitar tanto

a obsessão pelo passado, quanto as amnésias impostas, já que ambas eludem a função judicativa da história, impedindo a condenação e, por consequência, a possibilidade do perdão”.

Não se deve em uma sociedade extremamente complexa admitir a existência absoluta de um dever de memória¹ tampouco de um dever de esquecimento, visto que a adoção intransigente de um ou de outro violaria a justa memória. Desse modo, no tocante ao abuso da memória manipulada pela ideologia, tem-se que “essas sugestões convergem para a defesa de um uso comedido da rememoração – em nome de uma justa memória” (RICOEUR, 2007, p. 82)

Assim, diante da constatação que a dualidade, memória e esquecimento, pode conduzir a abusos tanto de um quanto do outro é mais indicado encontrar uma medida de equilíbrio, a fim de que ambos convivam harmoniosamente. Para endossar essa afirmação, importante mencionar quanto à ambivalência desses fenômenos a observação feita por Ricoeur (2007, p. 100): “dizer ‘você se lembrará’, também significa dizer ‘você não esquecerá’. Pode até ser que o dever de memória constitua ao mesmo tempo o cúmulo do bom uso e do abuso no exercício da memória”.

Quanto à imprescindibilidade da busca de um equilíbrio entre memória e esquecimento, precisas são as palavras de SEGALIN (2013, p. 7):

O fato de que é impossível que se lembre de tudo. Esquecemos a maior parte das coisas do nosso passado, e isso faz da problemática do esquecimento, uma contínua ameaça a fenomenologia da memória e da epistemologia da história. O dever de memória anuncia-se como uma exortação da idéia do não esquecer. O esquecimento muitas vezes é carregado por um caráter opressivo

1 Convém esclarecer a explicação que Ricoeur faz acerca do dever de memória, enunciando-o como “uma exortação a não esquecer. Porém, ao mesmo tempo, e no mesmo movimento espontâneo, afastamos o espectro de uma memória que nada esqueceria” (RICOEUR, 2007, p. 82).

e e tido com um dano à confiabilidade da memória. Mas seria desumana a lembrança de tudo o que ocorre, portanto, é necessário que a memória negocie com o esquecimento para manter um equilíbrio.

Portanto, a ambivalência entre memória e esquecimento deve ser refletida sob o prisma da justiça e não da exclusão.

Diante dessa conclusão, pode-se encontrar um ponto de diálogo da ideia de justiça defendida pelo citado filósofo francês com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação de interesses), que será sugerido mais adiante como forma de solução de colisão entre princípios que envolve o direito ao esquecimento. Tal ponto dialógico pode ser extraído da aversão que Ricoeur exprime no tocante ao abuso tanto da memória quanto do esquecimento propondo a adoção de um ponto de equilíbrio que seria a justa memória². Feitas tais considerações, a temática da ponderação de interesses será melhor detalhada momento posterior deste estudo.

2 O direito ao esquecimento

2.1 Noções introdutórias e conceituais

A proposição de uma expressão para caracterizar um instituto bem como sua consequente conceituação não são, de fato, tarefas das mais simples, porquanto deve exprimir, respectivamente, a ideia formativa e o objetivo do novo instituto valendo-se de um poder de síntese indispensável para tal atividade. Nessa difícil missão, não raramente, surgem expressões que inobstante não reflitam tecnicamente o instituto são empregadas em razão da sua grande aceitação e replicação.

2 “Uma história nascida da justa memória deve saber dosar um uso saudável de lembranças e de esquecimentos, para não sucumbir ao abuso das memórias totalitárias, que inviabilizam a diversidade”. (BRANDÃO, 2001)

Feitas tais considerações, tem-se que o direito ao esquecimento não destoa do cenário acima apresentado, tendo em vista que a compreensão vernacular - ato de esquecer - não corresponde à ideia que subjaz o “esquecimento”, evitar uma lembrança perene do passado das pessoas, conforme será melhor tratado em tópico específico. Nesse sentido, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto aduzem que:

Antes de mais nada, impõe-se reconhecer que a terminologia “direito ao esquecimento” deixa muito a desejar, sendo marcada por enorme imprecisão e confusão conceitual. O termo “esquecimento”, no caso, mostra-se equívoco por, ao menos, dois motivos: ele não deixa claro exatamente qual a pretensão jurídica tutelada e ele não denota com precisão a específica dimensão das relações humanas que serão reguladas por esse novo instituto (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 64).

Assim sendo, convém apontar expressões terminológicas atribuídas, também, ao direito ao esquecimento, tais como: “direito de ser deixado só”, “direito de ser deixado em paz”, “direito de ser esquecido” ou “direito de não ser forçado a lembrar”.

Importa mencionar a observação trazida por Bezerra Junior (2018, p. 70) que, o direito ao esquecimento, também conhecido como - direito de ser esquecido, deixado em paz - tem fundamento na necessidade das pessoas poderem fazer novos planos na sua vida, sem o receio de ser lembrado por um fato negativo do seu passado. Esse direito, ainda que não tenha sido utilizado com o nome hoje difundido, já foi objeto de proteção ao longo da história moderna, em situações que acontecimentos passados foram lembrados em detrimento da privacidade, bom nome e da reputação da vítima.

Quanto ao conceito de direito ao esquecimento faz-se necessário citar a conceituação construída por Lucas Gonçalves e Mariana Amaral no sentido que “o direito ao esquecimento, então, seria a faculdade que

a pessoa tem de não permitir que acontecimentos ocorridos no passado sejam expostos de maneira ampla e ilimitada na atualidade, sem qualquer controle dos envolvidos” (SILVA; CARVALHO, 2017, p.71).

Por sua vez, Dotti (1998, p. 436) conceitua como “a faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público”.

A civilista Maria Helena Diniz, traz seu próprio conceito para o instituto, definindo-o como:

O direito ao respeito a memória privada do próprio titular, ante o fato de o direito da personalidade ser um direito subjetivo *excludendi alios*, ou seja, o de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial, não para impor um dever de esquecer uma informação, mas para impedir que se a recorde, injustificadamente, mediante nova divulgação, que pode causar dano a um projeto de vida da pessoa e ao “livre desenvolvimento de sua personalidade” (DINIZ, 2017, p. 9).

Portanto quanto ao aspecto conceitual, o direito ao esquecimento em sentido amplo, pode ser conceituado como a aptidão atribuída às pessoas para exigir a vedação à veiculação de fatos, ainda, que verídicos, mas não contemporâneos relativos à sua vida privada, exposta para a coletividade em certo momento e cuja informação desatualizada gera ofensa a honra, a imagem e a vida privada.

2.2 Direito ao esquecimento versus direito à liberdade de expressão e informação

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada com um viés eminentemente democrático como uma resposta ao regime de exceção vivenciado no país, assegurando a liberdade de expressão como um direito fundamental.

Destarte, a despeito da falta de consenso quanto às classificações que envolvem liberdade de expressão e informação, entende-se neste estudo que a liberdade de comunicação deve ser tratada como gênero e sua concepção é extraída do artigo 5º, incisos IV, V, IX, XII e XIV, combinados com os artigos 220 a 224, todos da Constituição Federal de 1988.

A partir deste pressuposto, a liberdade de comunicação é subdividida em liberdade de expressão ou de manifestação de pensamento e liberdade de informação. A primeira trata-se da possibilidade da pessoa expressar-se da forma que melhor lhe convier ou ainda de manter seu pensamento enclausurado, em segredo. Por sua vez, a liberdade de informação diz respeito ao direito de informar e de ser informado (ARAÚJO, 2017, p. 66).

Assim, para Luis Roberto Barroso, a liberdade de expressão “destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano” (BARROSO, 2004, p. 18). Já, José Afonso da Silva compreende a liberdade de informação como “a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer” (SILVA, 2014, p. 248).

A discussão em torno da liberdade de comunicação ganhou mais relevância com o advento da internet representando marco revolucionário na sociedade, uma vez que colaborou com a comunicação entre as pessoas, encurtou distâncias, tornou-se um completo meio de transmissão da informação, ampliou o leque de possibilidades de negócios, entre outros.

Com a disseminação do uso da internet e mais recentemente das redes sociais surgiu a impressão de um suposto anonimato e irresponsabilidade na rede, fenômeno esse caracterizado pela naturalidade em que as pessoas manifestam suas opiniões sobre os mais variados assuntos, sem importar-se com as consequências de tais manifestações. Hoje, é possível afirmar que se vive uma época de “universalização das opiniões”.

Tal cenário, entretanto, possibilita a ocorrência de conflitos como ressalta Araújo (2017, p.44):

Contudo, ainda que seja possível usar a legislação vigente para a resolução dos conflitos que emergem do uso da internet e demais recursos tecnológicos, é fato que pela própria magnitude de direitos e garantias previstos e tutelados pela Carta Magna, é possível constatar um aumento significativo de situações que geram verdadeiras colisões de direitos, visto que, em uma primeira análise, os dois polos envolvidos no litígio estão protegidos por dispositivos constitucionais.

A atual sociedade, extremamente interligada à informação permite o surgimento de algumas situações relativas ao estabelecimento do alcance e limite de determinadas informações pretéritas divulgadas no presente por intermédio dos meios de comunicação, que atingem o direito fundamental da pessoa “de ser esquecida”.

Hodiernamente, não restam dúvidas que a internet se tornou o principal meio de difusão de informação em nível global e já há certo tempo o constitucionalista José Afonso da Silva prevendo a contraposição do direito à privacidade com o direito à informação, a partir da utilização expressiva da internet, aduzia que:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até mesmo sem seu conheci-

mento. A Constituição não descurou dessa ameaça. Tutela a privacidade das pessoas (SILVA, 2014, p. 209-210).

O *superinformacionismo* hoje vivenciado em nossa sociedade notabiliza-se principalmente pela grande difusão da *internet*, veículo de comunicação de alcance global e que traz consigo, especialmente no tocante ao direito ao esquecimento uma complexa questão: como excluir da internet informações nela inseridas e que se tornam quase perenes, haja vista a existência do denominado “resíduo informacional”?

Essa possível eternização de informações na internet revela no estágio atual de evolução social, mormente, com a massificação da internet, bem como das redes sociais o principal entrave de efetivação do direito ao esquecimento. A grande questão a ser desenvolvida, consiste em instrumentalizar como será possível retirar da internet vídeos, fotos, notícias nela inseridos.

Nesse sentido, interessante mencionar um trecho do voto do Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do REsp 1.334.097, citando que:

Em recente palestra proferida na Universidade de Nova York, o alto executivo da Google Eric Schmidt afirmou que a internet precisa de um botão de delete. Informações relativas ao passado distante de uma pessoa podem assombrá-la para sempre, causando entraves, inclusive, em sua vida profissional, como no exemplo dado na ocasião, de um jovem que cometeu um crime em relação ao qual as informações seriam expurgadas de seu registro na fase adulta, mas que o mencionado crime poderia permanecer on-line, impedindo a pessoa de conseguir emprego.

Esse cenário acima relatado é propício para a discussão dos limites que se pode impor ao direito fundamental à liberdade de expressão e informação ante à ofensa ao chamado direito ao esquecimento. Deve-se ter em mente que, o valor atribuído pela Constituição Federal à liberda-

de de comunicação e à privacidade é igualitário, ambos são direitos fundamentais, e não há como *a priori* estabelecer qual o mais importante, haja visto que somente no caso concreto será possível avaliar qual deles irá prevalecer ante as circunstâncias do caso³.

O interesse pela preservação da liberdade de expressão e informação é objeto de discussão há muito tempo. Considerados como uma forma de liberdade pública, buscam evitar a interferência indevida do Estado na atuação dos indivíduos. Assim, tais direitos são corolários da democracia. Necessariamente, um regime antidemocrático caracteriza-se pela restrição desses direitos, assim *a contrario sensu* é no regime democrático que a liberdade de expressão e informação encontram espaço para se desenvolverem.

2.3 Uma taxonomia para o direito ao esquecimento?

A utilização da expressão “direito ao esquecimento” se difundiu, sendo a mais utilizada para referir-se ao instituto, seja em nível internacional⁴ seja nacional⁵. Ocorre que, não obstante o termo ter ganhado

-
- 3 Nesse sentido, Sarlet e Ferreira Neto (2019, p. 77) concluem que: “Por isso, partindo-se dessa exegese constitucional, deve-se iniciar reconhecendo que os dois conjuntos de direitos fundamentais encontram-se, aprioristicamente, em pé de igualdade, na medida em que essas esferas protéticas visam a resguardar e proteger duas instâncias distintas de mensurável valor humano, nenhuma delas, porém, absoluta: uma, com propósito de viabilizar o pleno desenvolvimento espiritual e autônomo de cada indivíduo, no que tange à proteção do plano interno de sua consciência e dignidade, resguardando-o de uma exposição pública desnecessária ou estigmatizante, enquanto a outra visa a viabilizar o pleno desenvolvimento no plano externo não só de cada indivíduo, por meio da possibilidade de esse manifestar, publicamente, a sua visão de mundo, garantindo assim a sua autoexpressão – que também representa uma das dimensões da sua dignidade, como também, por meio do livre fluxo de ideias e opiniões, estabelecer e efetivar o próprio sistema democrático que a nossa Constituição estabelece, o qual não se desenvolve sem a possibilidade de externalização de um pluralismo de ideais”.
- 4 O termo direito ao esquecimento é utilizado de forma igual ou semelhante em diversos países: Na Espanha (*derecho al olvido*), na Itália (*diritto all'oblio*), na Alemanha (*recht auf vergessenwerden*), na França (*droit à l'oubli*), nos Estados Unidos (*right to be forgotten*) (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 61).
- 5 No Brasil a expressão foi utilizada a nível doutrinário na Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, através do Enunciado 531; Na seara jurisprudencial ganhou destaque com o julgamento, em 2013, no Superior Tribunal de Justiça no caso “chacina a candelária”.

usabilidade e destaque existem vozes ecoando quanto à sua imprecisão ou até mesmo inadequação técnica.

É importante destacar o fato que, não se pode negar a dificuldade de nominar um instituto jurídico, principalmente, na área jurídica cuja origem como uma ciência social a faz essencialmente dialética e em transformação, de acordo com as mudanças da sociedade.

A esse respeito é comum que a simples denominação ou conceituação de um fenômeno jurídico seja alvo de inúmeras críticas, bem como da atribuição de mais de uma concepção para caracterizá-lo⁶. Por isso, que se torna tão complicado o estabelecimento e definição de um termo, inobstante sejam aparentemente medidas simples.

Destarte, para a construção de uma nova terminologia jurídica deve-se observar basicamente três aspectos. O primeiro, tem-se que o termo deve apresentar uma correlação mínima com o fato que pretende regular, trata-se da dimensão ontológica das relações sociais. Já o segundo, exige uma identidade com o direito vigente, no sentido de verificar se a terminologia encontra correspondente no direito posto, sendo com este coerente e consistente. Por fim, o terceiro refere-se ao fato que a nova terminologia jurídica deve ser aceita pela comunidade jurídica, ou seja, a expressão deve ser utilizada pela doutrina, jurisprudência, meio acadêmico e pelos profissionais. Advirta-se que, esse uso consensual nem sempre revelará a precisão do termo, mas é inegável que sendo reiteradamente utilizada certamente levará à sua consolidação, mesmo não sendo esse o critério determinante para justificar a adoção do termo (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 57-58).

Ainda que a terminologia “direito ao esquecimento” seja a mais difundida, o instituto comporta categorias (espécies) que são pouco exploradas pela doutrina. Para Voss e Castets o direito ao esquecimento apresenta as seguintes espécies: direito à reabilitação; direito ao apa-

6 De igual forma, para exemplificar, a mesma situação ocorre como o conceito de empresa que será melhor tratado neste estudo e é objeto de profunda discussão, quanto à sua caracterização mais adequada.

gamento; direito à desindexação; direito à obscuridade e o direito ao esquecimento digital (VOSS; CASTETS, 2016, p. 298-299).

O direito à reabilitação é tratado como o direito ao esquecimento do passado judicial; o segundo, o direito ao apagamento, visa a assegurar o respeito à proteção de dados; Já o direito à desindexação está relacionado à exclusão de determinados resultados sobre a pessoa da lista de buscadores; A quarta espécie refere-se ao direito à obscuridade, neste as informações não são excluídas, e sim dificultado o acesso a elas; e por fim, o direito ao esquecimento digital de dados, espécie de esquecimento caracteristicamente inerente à sociedade de informação. Esclarecem Voss e Castets que os dois primeiros direitos listados não são recentes, mas não eram necessariamente tratados anteriormente como direito ao esquecimento e essencialmente não estão vinculados à era digital. Já os dois últimos direitos elencados são marcadamente ínsitos à era digital. E o terceiro, o direito à desindexação, é considerado uma decorrência do direito ao apagamento (VOSS; CASTETS, 2016, p. 298-299).

Assim, dentre as espécies de direito ao esquecimento acima apontadas àquelas classificadas como novas formas de ser “deixado em paz” relacionadas ao ambiente digital - o direito à desindexação, o direito à obscuridade e o direito ao esquecimento digital - resultam da vontade de permitir que as pessoas sejam elas físicas ou jurídicas (como será sustentado neste estudo) possam exercer a defesa de sua imagem e de sua reputação, considerando o intenso fluxo de informações que caracteriza a sociedade de informação.

O estudo conduzido por Voss e Castets é de suma importância para a construção do instituto jurídico em questão, apresentando uma classificação bastante relevante. No entanto, talvez o preciosismo e a divisão deste direito em outros cinco não seja a melhor alternativa em um momento de afirmação do instituto, em especial no Brasil. Não se quer aqui dizer que a taxonomia apresentada é equivocada, mas sim levantar à reflexão que ao fim tratam-se de espécies do mesmo instituto e alcançarão o mesmo fim.

Diante destes esclarecimentos é possível agora destacar que a utilização da expressão direito ao esquecimento por mais que seja alvo de críticas, voltadas à não correspondência literal com a realidade prática, a ampla aceitação deste termo milita a seu favor.

Nesse sentido, esclarecem Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto:

Não se pode também perder de vista que, em determinados casos, a convenção de Uma nomenclatura específica encontra-se tão arraigada no senso comum, é reproduzida de modo tão reiterado pela doutrina e é utilizada com tamanha frequência pelos tribunais que a tentativa de sua substituição por outros termos mesmo que sabidamente mais adequados e precisos- poderá ser inútil, excessiva e até arbitrária do termo (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 58).

Portanto, sem descurar da importância da linha doutrinária que classifica o direito aqui tratado em outras espécies ou categorias jurídicas menores o presente estudo alinha-se aos argumentos sustentados por Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto.

2.4 Um acordo semântico para este estudo

Sem olvidar a importância das classificações apresentadas segue-se neste estudo a linha de pensamento desenvolvida por Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto que, mesmo reconhecendo a imprecisão da expressão ponderam pela necessidade de seguir a tradição tanto internacional quanto interna que adotaram a nomenclatura “direito ao esquecimento”, como gênero, como resultado de um acordo semântico (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 68).

Apesar de ser uma terminologia, de certo modo recente, encontra-se consolidada na doutrina e jurisprudência da maioria dos países que tratam da matéria, razão pela qual não seria recomendável nessa fase

de desenvolvimento do instituto promover uma ruptura. Ressalte-se que não se quer defender que a par de criar uma uniformidade para um instituto jurídico deva-se alijar a sua evolução, não é isso. Trata-se, sim, de promover uma alteração, se for necessária, de maneira gradual e orgânica (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 63).

Igualmente aos autores acima referenciados adotar-se-á nesta obra, também, por um acordo semântico a denominação, direito ao esquecimento. Ainda que, em algum dos exemplos doravante apresentados possam ser enquadrados tecnicamente como “direito à desindexação”, não serão assim tratados visando a coerência sequencial do estudo, cuja finalidade é construir uma teorização da aplicação deste direito às empresas.

Adverte-se, que tal escolha semântica fundamenta-se na *práxis* jurídica que, convencionou tratar a espécie como se gênero fosse e, conquanto o direito ao esquecimento seja em muitas das vezes vindicado para buscar uma “deslistagem” de links nas pesquisas em motores de busca, coadunando-se mais propriamente com o chamado direito à desindexação, pelos motivos expostos serão tratados indistintamente.

Logo, objetivando não tergiversar no objeto do presente estudo, envidando esforços numa temática que não é o seu plano de fundo, convém para efeitos de um acordo semântico, mesmo com toda a controvérsia, adotar a expressão direito ao esquecimento ao logo desta obra.

3 O direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, insta mencionar que o conceito ou a caracterização do direito ao esquecimento não se encontra expressamente positivado no ordenamento jurídico pátrio. No entanto, em uma perspectiva jurídica-constitucional a inexistência de positivação de um direito não obsta o seu reconhecimento. Essa juridicidade é o que se pretende demonstrar no presente tópico.

A Constituição Federal de 1988 alçou a dignidade da pessoa humana⁷ como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CF/88) revelando seu nítido caráter protecionista dos direitos individuais, dentre os quais situa-se o direito à privacidade (art. 5º, X da CF/88).

O direito à privacidade é o instrumento explícito e estruturante do direito ao esquecimento, tendo em vista que este trata-se de uma das expressões daquele. Por tal razão, reside na norma constitucional insculpida no art. 5º, X da lei maior o lastro constitucional que fundamenta o direito ao esquecimento.

Acrescente-se que o rol de direitos e garantias fundamentais não é taxativo à guisa do disposto no próprio texto constitucional no art. 5º, §2º, não excluindo outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, razão pela qual sendo expressão da proteção da dignidade da pessoa humana e do direito à privacidade, o direito ao esquecimento revela-se como um nítido exemplo de um direito implícito, com supedâneo nesta norma constitucional. Na seara legal, a cláusula geral de proteção personalidade inscrita no art. 21 do Código Civil⁸ constitui outro marco de sustentação deste direito.

No Brasil, quanto ao reconhecimento do direito ao esquecimento ganha destaque a elaboração na VI Jornada de Direito Civil organizada pela CJF/STJ do enunciado 531⁹ que, embora não apresente caráter vinculante constitui fonte doutrinária de grande relevância para conside-

7 Para mais informações sobre o tema, consultar: JACINTHO, 2006.

8 “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

9 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 (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL).

rar o direito ao esquecimento como uma forma de tutelar a dignidade da pessoa humana.

É importante ressaltar, no entanto, que os enunciados do CJF não têm caráter normativo, ou seja, não inovam no ordenamento jurídico, em verdade, são expressões de entendimento doutrinário sobre temas relacionados, nesse caso, à área cível. Inobstante, seu aspecto não vinculante constitui importante fonte do direito e foi o ponto de partida para as discussões hoje mais sedimentadas acerca deste direito na realidade pátria.

Destarte, o enunciado 531 da Jornada de Direito Civil é uma importante fonte doutrinária para sustentar a aplicabilidade do direito ao esquecimento no sistema jurídico brasileiro. Sustenta que, a ofensa a este direito reflete na dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à privacidade merecendo ser tutelado pelo direito o modo e a finalidade em que são lembrados fatos passados que por sua natureza, alcance, visibilidade e historicidade não mais persista o interesse social da perpetuação do fato atribuído a determinadas pessoas.

A Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, representa importante mecanismo para entender o direito ao esquecimento de forma sistematizada. Apesar, desta lei reguladora do uso da internet no Brasil ter perdido a oportunidade de tratar expressamente sobre o tema em questão tem-se que alguns doutrinadores encontram nesse diploma normativo alguns dispositivos possíveis de serem utilizados como fundamento para aplicação do direito ao esquecimento, tendo em vista que o direito de ser deixado em paz é costumeiramente fundamento para embasar ações judiciais visando a retirada de conteúdo da rede mundial de computadores.

O marco civil da internet estabelece diretrizes para que determinados conteúdos sejam retirados da internet e, desde então, a retirada do conteúdo da rede mundial de computadores é possível, somente se, houver ordem judicial neste sentido.

Assim, inobstante a Lei do Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014) não trate explicitamente do direito ao esquecimento “contém importan-

tes diretrizes e regras concretas que podem ser reconstruídas para fins de se reconhecer a necessidade de acolhimento dessa pretensão jurídica individual em determinados casos[...]” (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 141). Essas diretrizes que podem auxiliar na proteção do direito ao esquecimento são extraídas, ainda que implicitamente dos art. 7º, X¹⁰ e 19¹¹ da citada lei, à medida que a exclusão de dados pessoais no âmbito da internet é uma faceta do direito ao esquecimento.

Na jurisprudência pátria, destacam-se 2 (dois) acórdãos do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2013, julgados por sua 4ª turma, em que se assentou que o sistema jurídico brasileiro protege o direito ao esquecimento (REsp 1.335.153-RJ e REsp 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgados em 28/5/2013).

O primeiro caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.334.097) dizia respeito a um dos acusados de participar da Chacina da Candelária (em 1993, no Rio de Janeiro) e que à época foi absolvido. No entanto, após alguns anos desta absolvição a rede Globo de televisão através do programa “Linha direta” retratou novamente o caso citando o nome do indivíduo como um dos autores do crime, no entanto esclarecendo que foi inocentado ao final do processo criminal. No STJ, a 4ª turma ao julgar este caso em que a questão de fundo se referia à aplicação ou não do direito ao esquecimento entendeu que o indivíduo tem o direito ao esquecimento e deve ser protegido contra o uso de sua imagem atrelado a fatos desabonadores à sua imagem. Consignou-se que, mesmo se tivesse sido condenado a própria legislação vigente garante

10 Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...] X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; (BRASIL, Lei 12.965, art. 7º, X)

11 “Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”. (BRASIL, Lei 12.965, art. 19)

o direito a reabilitação, sigilo da folha de antecedentes e a exclusão dos registros da condenação no instituto de identificação. Então, não assiste razão em permanecer com essa pecha a quem foi absolvido assegurado-se, dessa forma, o direito de ser esquecido¹².

Já o segundo caso posto à análise também da 4ª Turma do STJ (REsp. 1.335153) cingia-se a um pedido de indenização dos familiares de Aida Curi, a qual foi abusada sexualmente e morta no Rio de Janeiro em 1958. Novamente o programa televisivo “Linha direta” retratou o caso, razão pela qual os familiares da vítima invocaram o direito ao esquecimento, sob a alegação de que a veiculação do caso no programa traria à tona novamente os sentimentos de angústia, revolta e dor aos familiares. Pois bem, diversamente da decisão no caso anteriormente citado, o STJ não acatou o pedido de indenização ao argumento que apesar do ordenamento jurídico brasileiro agasalhar o direito ao esquecimento, no caso em apreço por ter sido um fato histórico de notoriedade e interesse público não seria possível para a imprensa dissociar o acontecimento da sua vítima (Aida Curi).

O direito ao esquecimento inobstante tenha surgido inicialmente com vistas a evitar a exposição perpetua de fatos relacionados à atuação do direito penal, o fundamento para sua aplicação não se restringe, apenas, a esta área. Atualmente, as discussões acerca do seu alcance transpassam para diversos acontecimentos da vida em sociedade que demandam uma proteção especial, e surgem em diversas áreas do direito situações em que se pode vindicar a sua aplicação, a exemplo do direi-

12 Para melhor compreensão, necessário se faz citar a ementa do acórdão: “Recurso Especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do superior tribunal de justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Sequência de homicídios conhecida como chacina da candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação in-consentida de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado”. (BRASIL, STJ, REsp 1.334.097)

to constitucional, penal, civil, consumerista, administrativo, trabalhista e como será sustentado, também, na área empresarial.

No âmbito constitucional, embora não se tenha previsão expressa do direito ao esquecimento na Constituição Federal de 1988, o *habeas data* é um importante sinal da preocupação do constituinte com a vida privada das pessoas. Ressalte-se que, tal remédio constitucional não pode ser confundido com direito ao esquecimento, no entanto, pode ser considerado mais um fundamento para sustentar a aplicação deste direito no nosso ordenamento jurídico¹³.

Do direito penal, é advindo o fundamento da reabilitação criminal¹⁴, instituto que em muito se assemelha à proposta do direito ao esquecimento¹⁵. O ordenamento jurídico-penal preocupou-se com a busca de evitar a perpetuação de uma condenação. A redação no Código Penal que trata da reabilitação data de 1984, ou seja, há muito tempo é tratada a essência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico, no sentido de vedar a manutenção por tempo indefinido dos registros das condenações evitando-se que, o indivíduo que já cumpriu sua pena seja estigmatizado como um condenado criminal. Um fato que, da sua ocorrência já transcorreu certo lapso temporal não pode ser permanentemente utilizado contra seus protagonistas, autor ou vítima.

No tocante à seara administrativa, destaca-se a corriqueira utilização de institutos como a temporariedade da declaração de inidoneida-

13 Nesse sentido LIMA (2020, p. 40) afirma: “o habeas data, regulado pela Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997, tampouco diz respeito, tecnicamente, ao direito ao esquecimento. Contudo, novamente, coloca em evidência uma preocupação com a proteção da vida privada, permitindo a retificação ou suspensão de informações particulares em banco de dados públicos”.

14 O Código Penal Brasileiro em seu artigo 93 previu o instituto da reabilitação garantido ao condenado, desde que preenchidos alguns requisitos, o sigilo do registro sobre o seu processo e condenação, *in verbis*: “Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação (BRASIL, CÓDIGO PENAL).

15 Nesse sentido, Martins (2019, p. 78-79) afirma que: “no âmbito do Direito Penal, a Reabilitação disciplinada pelos artigos 93 a 95 do Código Penal e prevista no artigo 748 do Código de Processo Penal consagra, implicitamente, o Direito ao Esquecimento”.

de de participar de licitação, possibilidade de um candidato condenado criminalmente, no entanto reabilitado que foi aprovado em concurso público, a depender do cargo¹⁶, assuma as suas funções, dentre outras previsões que prestigiam o direito à intimidade em face às condutas preteritas que, não mais persistem a conveniência de ser levada em consideração como impeditivas do exercício de certos direitos.

Na seara consumerista, não se pode olvidar a importância que a legislação atribuiu para a temporalidade de restrições em banco de dados e cadastro de consumidores, com a nítida intenção de não se perpetuar para o futuro fatos acontecidos no passado, conforme previsto no art. 43, parágrafo 1º e 5º do CDC¹⁷. Com este dispositivo de acordo com LIMA (2020, p. 40) tenta-se “impedir que a inadimplência passada de determinado consumidor influencie negativamente em seu acesso ao crédito, após certo lapso de tempo. Tudo isso de modo a evitar que fatos cuja relevância não se sustente, prejudiquem o futuro de alguém”.

Na área empresarial, é objeto de análise nesta obra a aplicação do direito ao esquecimento às empresas, estendendo o âmbito de proteção deste direito às pessoas jurídicas empresárias, ante a verificação que possuem direitos, igualmente, relevantes e passíveis de proteção pelo ordenamento jurídico como a honra objetiva, reputação, bom nome.

Posto esse cenário, vê-se que o direito de ser deixado em paz sustenta a necessidade de em determinados casos quando transcorrido certo lapso temporal não se trazer ao conhecimento público fatos, acontecimentos,

16 Ressalte-se que alguns cargos públicos por sua natureza admite-se a restrição a pessoas que apresentam uma vida pregressa desabonadora a assunção do cargo, como se pode citar as carreiras policiais, Magistratura, Ministério Público.

17 Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. [...] § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

condutas passadas, quando ausente o interesse dessa rememoração, seja ela relativa ao autor ou até mesmo à vítima da conduta desabonadora pretérita. Constata-se, ainda, que a invocação do direito ao esquecimento vem construindo a sua utilização como limite às relações privadas, principalmente na atual sociedade de informação, em que a informação pode servir como motivo para surgir um verdadeiro órgão acusador desprovido de respeito aos princípios constitucionais.

Portanto, à guisa do exposto infere-se que no Brasil o direito ao esquecimento possui assento constitucional e legal, cujo fundamento material pode ser extraído da proteção à vida privada (privacidade), intimidade e honra e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). No tocante ao amparo formal de tal direito constatou-se que a regra do art. 5º, §2º da CF/88 autoriza a conclusão que constitui um direito fundamental implícito decorrente do regime e dos princípios da própria Constituição.

4 O Direito ao esquecimento na visão do Supremo Tribunal Federal: o Estado da arte e perspectivas a partir da análise do RE 1010606/ RJ

A questão de fundo que envolve o direito ao esquecimento extrapolou o debate doutrinário e foi submetida à análise do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a relevante questão constitucional discutida, qual seja, se a Constituição Federal de 1988 alberga o denominado, direito ao esquecimento. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da temática, submetendo o caso recorrido paradigmático à julgamento sob o rito dos recursos com repercussão geral. O *leading case* em questão, justamente, trata-se de um recurso interposto pelos familiares de Aida Curi, em razão da decisão proferida pelo STJ, tendo como recorrido Globo comunicação e participações S/A

O Julgamento do RE 1010606/RJ foi finalizado no dia 11/02/21 e por decisão majoritária concluiu que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, fixando a seguinte tese:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

A decisão retro tornou-se paradigmática e estando submetida ao rito da repercussão geral possui o condão de ser obrigatoriamente observada pelos juízes e tribunais, conforme preceitua o art. 927, III do Código de Processo Civil:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de **recursos extraordinário** e especial repetitivos; (**grifo nosso**)

Todavia, essa obrigatoriedade de manutenção e observância de sua jurisprudência uniformizada e estável não cria uma vedação completa para a sua modificação, pois se assim fosse resultaria em um indesejável engessamento do Direito.

De fato, a jurisprudência em torno do direito ao esquecimento necessitava de uma estabilização, ao menos, para a fixação de parâmetros mínimos para sua aplicação. Ocorre que, conforme será defendido, a exclusão apriorística do instituto do ordenamento jurídico pátrio, data vênua, parece não ter sido a melhor decisão, explica-se.

A decisão referenciada apegou-se à análise de um caso como paradigma que se cingia a um fato relacionado à exibição de um programa televisivo, ou seja, não se tratava especificamente do direito ao esquecimento digital, talvez, o grande gargalo verificado a nível mundial de aplicabilidade do direito ao esquecimento. Tal dificuldade de compatibilização é potencializada no meio digital, tendo em vista a dificuldade que se impõe para apagar determinados fatos, quando já estão colocados em rede.

O STF definiu, *a priori*, abstratamente, pela inaplicabilidade do direito ao esquecimento que exige para sua aplicação a ponderação de interesses, ante a sempre presente colisão de interesses, o esquecimento extraído da privacidade e a liberdade de expressão e informação, direitos fundamentais em contraposição.

Isto posto, discordando da tese fixada pelo STF, em que pese não se possa negar seus efeitos imediatos de observância obrigatória pelos juízes e Tribunais pátrios aponta-se, a título de construção acadêmica os seguintes contrapontos que podem, futuramente, resultar em uma guinada deste entendimento, são eles – a mutação constitucional e a reação legislativa.

1- A mutação constitucional e a teoria dos precedentes: a via judicial

A interpretação constitucional precisa se modernizar para acompanhar os novos problemas e ofensas aos direitos fundamentais que acompanham a hodierna fase tecnológica.

Essa invocada modernização da interpretação constitucional, talvez, aconteça por meio do fenômeno da mutação constitucional, ou alteração informal da norma constitucional, conforme constatam Mendes, Coelho e Branco (p.220) que,

por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda,

sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.

Nesse sentido, de admissibilidade futura de uma possível mutação constitucional impede trazer ao conhecimento um trecho do voto do Ministro Nunes Marques no RE 1010606/ RJ: “*Estou, portanto, de acordo com o Relator quanto a não haver ainda, no Brasil, o chamado “direito ao esquecimento” como categoria jurídica individualizada e autônoma*”. (RE 1010606/ RJ, p.113). Denota que, não obstante o entendimento que o direito em questão não está agasalhado pelo manto da Constituição, nada impede, na linha desenvolvida pelo ministro, que em um momento posterior, seja por um processo formal ou informal de modificação da carta magna, passe a existir no Brasil como categoria autônoma, o direito ao esquecimento.

Desse modo, não se pode desprezar que a interpretação dada, atualmente, pelo pretório excelso ao direito ao esquecimento pode no futuro ser superada, por meio de uma mutação constitucional.

No que pertine a questão da superação de precedentes conforme previsto no novo Código de Processo Civil é imperioso destacar a técnica denominada *Overruling*¹⁸, consistente em apertada síntese na superação de um precedente. A razão de sua existência reside no fato que a jurisprudência estável não se mantém de forma eterna, em razão da evolução da sociedade e do próprio ordenamento jurídico.

18 “A técnica do *overruling* é um instrumento que permite uma resposta judicial ao desgaste da dupla coerência do precedente. Essa dupla coerência consiste em: (i) congruência social e (ii) consistência sistêmica. Assim, quando o precedente carecer de dupla coerência, ele estará violando os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* - a segurança jurídica e a igualdade - deixando de autorizar a sua replicabilidade. Nesse cenário, o precedente deverá ser superado. Ao teste de dupla coerência dá-se o nome de norma básica para superação de precedente (*basic overruling principle*)” (MITIDIERO, 2015, p. 379).

2- Inovação normativa: a concretização do direito ao esquecimento pela via legislativa

Sabe-se que o ordenamento jurídico constitucional comporta tanto direitos expressos quanto aqueles chamados de implícitos, decorrentes de regime e princípios adotados pela própria lei maior. E o direito ao esquecimento, para a corrente que defende sua existência encaixa-se, na atualidade, nesta última classificação, decorrente diretamente do direito à privacidade.

Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito impõe de certa forma uma pacificação de institutos e o meio tradicional para firmar uma regra no ordenamento jurídico seria com a sua positivação, já que o princípio como norma que o é prescinde de mediação legislativa.

E assim, vislumbra-se que o Poder legislativo pode ter um papel fundamental para a efetivação do direito ao esquecimento, através do reconhecimento como um direito, seja a nível constitucional seja a nível infraconstitucional, respectivamente como um direito fundamental e direito da personalidade.

Desse modo, a possibilidade de alteração formal seria um claro exemplo do que estudiosos denominaram reação legislativa ou efeito *backlash*. A decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 1010606/ RJ mostrou-se de certa forma com um viés liberal, na medida que se privilegiou a decisão mais consentânea com a liberdade de expressão, ou seja, ao não admitir a existência de um direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Interpretando de forma inversa o posicionamento da Suprema Corte vê-se que foi uma decisão liberal ao privilegiar um direito viés negativo, de não intervenção, como o é o direito à liberdade de expressão.

Logo, nada impede em razão da separação e independência dos Poderes que em outro momento o Congresso Nacional opte por uma propositura legislativa mais conservadora que vise a assegurar o direito ao esquecimento. Tratar-se-ia de uma reação conservadora a uma decisão liberal da Suprema Corte, ou seja, um exemplo de reação legislativa ou ativismo congressional.

5 O direito ao esquecimento no plano internacional

5.1 Alguns precedentes no plano internacional

De pronto, é importante ressaltar que o estudo do direito comparado pode aparentar a *priori* que não se reveste de tanta utilidade prática, entretanto no mundo globalizado de constantes transformações, surgimento de novos fatos sociais que não são restritos apenas a realidade de cada Estado Nacional surge a possibilidade de aperfeiçoar o direito pátrio com vistas à observância do direito estrangeiro.

O conhecimento da experiência e aplicação do direito ao esquecimento no direito comparado denota-se de suma importância para sua construção no direito pátrio à medida que é um meio de aprimoramento do direito nacional podendo dar margem à alteração legislativa interna de determinado país (PESSOA, 2009, p. 21).

A apresentação do direito ao esquecimento no plano jurídico estrangeiro é, por si só, uma tentativa ousada ante a complexidade de uma análise do direito comparado, que por mais cautelosa que se apresente, inevitavelmente não comporta um esgotamento na proposta que se busca apresentar neste trabalho. Ainda que de forma superficial pretende-se apresentar aspectos gerais do direito ao esquecimento na realidade jurídica de alguns países, que passam doravante a ser explicitados.

No entanto, cabe trazer a observação feita por Ingo Sarlet e Arthur Ferrreira Neto, quanto à consolidação do instituto na seara internacional:

Antes de adentra na análise crítica e de mérito acerca da terminologia “direito ao esquecimento” cabe reconhecer que ela, mesmo que tenha sido introduzida apenas em período bastante recente, já se encontra relativamente bem consolidada junto à doutrina internacional, o que se comprova pela adoção quase uniforme, na maioria dos países que já enfrentam questões dessa natureza, de expressões que representam traduções aproximadas dessa

mesma expressão. Não é por outro motivo que encontramos na língua inglesa o “right to be forgotten”, em espanhol, o “derecho al olvido”, em francês, o “droit à l’oubli”, em italiano, o “diritto all’oblio” e, em Alemão, o “recha uf vergessenwerden” (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 61).

Assim, passa-se a analisar o direito de ser deixado em paz em alguns países que já discutem a sua aplicabilidade há certo tempo.

José Afonso da Silva aponta que em meados do século XIX, nos Estados Unidos a Suprema Corte teve a oportunidade de reconhecer o direito de ser deixado em paz, vejamos:

A doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooly, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: *Right to be alone*. O right of privacy compreende, decidiu a corte Suprema dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada (SILVA, 2014, p. 206).

Nesse sentido, o *leading case* da Suprema Corte norte-americana, *Melvin VS Reid*, destaca bem o reconhecimento explícito do direito ao esquecimento como decorrência do direito à privacidade, em suma:

Figurava no litígio Gabrielle Darley, que havia se prostituído e acusada de homicídio no ano de 1918, posteriormente tendo sido inocentada. Gabrielle abandonara a vida licenciosa e constituiu família com Bernard Melvin, readquirindo novamente o prestígio social. Ocorre que, muitos anos depois, Doroty Davenport Reid produziu o filme chamado *Red Kimono*, no qual retratava com precisão vida pregressa de Gabrielle. O marido *Melvin*, então, buscou a reparação pela violação à vida privada da esposa, tendo a Corte californiana dado procedência ao pedido, enten-

dendo que uma pessoa que vive uma vida correta tem o direito à felicidade, no qual se inclui estar livre de desnecessários ataques a seu caráter, posição social ou reputação (DOTTI, René Ariel. *Op. cit.* pp. 90-91 apud STJ, RESP n° 1.334.097 - RJ).

Percebe-se que, ainda que não se possa afirmar que esta decisão abordou expressamente o direito ao esquecimento trata-se de importante paradigma no qual foi assentado que a sociedade deve prezar pela reabilitação das pessoas, de modo que a privacidade deve ser objeto de proteção.

Na França, François Ost aduz que o direito ao esquecimento foi inicialmente assegurado em um caso julgado pela última instância do Tribunal de Paris em 1983:

[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela (OST, 2005, p. 61).

Por sua vez, a experiência da jurisprudência Alemã relativa ao direito ao esquecimento remete a análise do caso *Lebach*, conforme se verifica do seguinte excerto:

[...] A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da

informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade. (Apud STJ, RESP nº 1.334.097 – RJ).

O caso *Lebach* é tratado pelo Direito alemão como paradigmático naquele país, pois na análise do caso concreto o Tribunal Constitucional Alemão prevaleceu a proteção da intimidade do ex-condenado de não ver o documentário apresentado, sob pena de ofender o seu direito de ressocialização.

5.2 A aplicação do direito ao esquecimento no sistema europeu de direitos humanos

O movimento de internacionalização dos direitos humanos é um fenômeno que não tem mais volta, consolidou-se e apresenta uma grande contribuição para a proteção dos direitos do homem: a formação do processo internacional de direitos humanos.

Assim, para André de Carvalho Ramos “o Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste no conjunto de direitos e faculdades que protege a dignidade do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas” (RAMOS, 2012, p. 33).

Neste estudo, para a consolidação do entendimento da formação do processo de internacionalização dos direitos humanos é importante tratar dos seus marcos históricos.

Inobstante, possa falar em alguns antecedentes ao que hoje se denomina de Direito Internacional dos Direitos Humanos, somente com a edição da Carta de São Francisco (1945), que criou a ONU e estabeleceu expressamente nos artigos 55 e 56 como um dever dos Estados signatários a promoção dos direitos humanos, foi possível se falar em internacionalização dos direitos humanos.

Em 1948 foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU sob a forma de Resolução a Declaração Universal de Direitos Humanos, que dentre

outras disposições aclarou o termo “direitos humanos” tratado pioneiramente na Carta de São Francisco.

O grande problema é que de acordo com as normas regulativas da ONU, uma Resolução da Assembleia Geral não tem caráter vinculante para os Estados membros. Isso levou posteriormente à edição de dois pactos, com caráter vinculante, pela Organização das Nações Unidas colocados à disposição dos Estados para ratificação, são eles: Pacto Internacional dos Direitos Civis e políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômico, Sociais e culturais.

Nessa evolução, destaque-se a realização da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, ocorrida em 1993 produzindo um documento internacional, a Convenção de Viena, que explicitou definitivamente a característica de indivisibilidade dos direitos humanos.

O direito internacional dos direitos humanos possui características próprias, especificamente é possível citar três, que por suas singularidades o distingue de outros direitos a nível internacional tidos como fragmentários, são elas:

- 1) Trata de direitos de todos, não importando a nacionalidade, credo, opção política, entre outras singularidades; 2) os Estados assumem deveres em prol dos indivíduos, sem a lógica da reciprocidade dos tratados tradicionais; 3) os indivíduos têm acesso a instâncias internacionais de supervisão e controle das obrigações dos Estados, sendo criado um conjunto de sofisticados processos internacionais de direitos humanos. (RAMOS, 2012, p. 34)

A Internacionalização dos Direitos Humanos redundou na atribuição de obrigações internacionais vinculantes aos Estados integrantes da comunidade internacional:

Assim sendo, a internacionalização dos direitos humanos é uma realidade incontornável. Graças a ela, temos obrigações interna-

cionais vinculantes na seara ora dominada pelas Constituições e leis locais. O descumprimento de uma obrigação internacional pelo Estado torna-o responsável pela reparação dos danos porventura causados (RAMOS, 2012, p. 39).

A atribuição de obrigações internacionais vinculantes confere a possibilidade de responsabilização dos Estados violadores, pois se assim não se proceder corre-se o risco de inefetividade dessas obrigações. Essa vinculação é importante para reafirmar a juridicidade das normas de proteção do indivíduo, já que sem a fixação de penalidade existiria uma superioridade do infrator em relação aos demais Estados que cumprem fielmente as regras a todos submetidos.

Logo, a aferição da violação de um direito humano ocorre, por meio de mecanismos de responsabilização, conforme conclui André de Carvalho Ramos:

Logo, são justamente os mecanismos internacionais de apuração das violações de direitos humanos que conferem uma carga de ineditismo e relevância aos diplomas normativos internacionais de direitos humanos[...] Sem tal vinculação entre os mecanismos de apuração de violação das obrigações internacionais e os direitos humanos, estaremos a um passo de afirmar o caráter de mero conselho ou exortação moral da proteção internacional dos direitos humanos (RAMOS, 2012, p. 40-41).

Foi com a internacionalização dos direitos humanos que se implantou formalmente o universalismo dos direitos humanos, que seria “a adoção pelos Estados do mesmo texto de direitos humanos imposto nos tratados ratificados” (RAMOS, 2012, p. 40).

Ocorre que, para a universalização é necessário também que se tenha uma mesma interpretação do texto. Por essa razão “o Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto por duas partes indisso-

ciáveis: o rol de direitos de um lado e os processos internacionais que interpretam o conteúdo desses direitos e zelam para que os Estados cumpram suas obrigações” (RAMOS, 2012, p. 41).

Logo, é indispensável que a análise da proteção internacional dos direitos humanos trate dos processos internacionais de direitos humanos, com o fito de conhecer os mecanismos através dos quais os órgãos internacionais de direitos humanos utilizam na aferição das violações supostamente perpetradas pelos Estados, a fim de atribuir uma interpretação internacionalista desses direitos.

5.2.1 O Caso *Google Spain e Google Inc Vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja González*

O mais emblemático caso julgado no sistema europeu de Direitos Humanos¹⁹ acerca do Direito à proteção de dados pessoais e à livre circulação desses dados, mais especificamente relacionado ao denominado direito ao esquecimento, refere-se ao processo C-131/12²⁰ julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 13 de maio de 2014, apresentando como partes, *Google Spain e Google INC vs. Agência espanhola de proteção de dados e Mario Costeja González*.

O Caso em apreço teve início em 5 de março de 2010, quando o cidadão espanhol Mario Costeja González apresentou uma reclamação na Agência Espanhola de Proteção de Dados em face do jornal *La Vanguardia*, da *Google Spain e da Google Inc.* pelo fato de que a pesquisa nos

19 Para aprofundar sobre o tema Sistemas Regionais de Direitos Humanos, consultar: DIAS, 2014.

20 Segue ementa do julgado: “Dados pessoais — Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados — Diretiva 95/46/CE — Artigos 2.º, 4.º, 12.º e 14.º — Âmbito de aplicação material e territorial — Motores de busca na Internet — Tratamento de dados contidos em sítios web — Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados — Responsabilidade do operador do motor de busca — Estabelecimento no território de um Estado-Membro — Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Artigos 7.º e 8.º.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA)

motores de buscas do Google com o nome do reclamante retornava com duas páginas do jornal *La Vanguardia* com uma notícia do ano de 1998, na qual constava um anúncio de uma venda de imóvel em hasta pública resultado de um arresto para pagar uma dívida, mencionando o nome do então devedor Mario Costeja González.

A reclamação possuía dois pedidos. O primeiro, que se determinasse ao jornal a suprimir ou alterar as citadas páginas, a fim de que a página da matéria que citava seu nome desaparecesse. Já o segundo, solicitava que fosse imposto ao *Google Spain* ou ao *Google Inc.* que suprimissem ou ocultassem os seus dados pessoais, quando da pesquisa nesse motor de busca.

A alegação do reclamante cingia-se ao fato que o processo que resultou no arresto ocorreu há vários anos, não havendo atualidade a justificar a perpetuação de tal fato ao alcance de qualquer pessoa que possa vir a pesquisar seus dados pessoais.

Ao analisar a reclamação, a Agência Espanhola de Proteção de Dados não deferiu o pedido relativo ao Jornal, mas por outro lado deferiu o pleito relacionado ao Google, sob o fundamento que considerou que os motores de busca estão sujeitos à legislação sobre proteção de dados, tendo em vista que na sua atividade ocorre um tratamento de dados, sendo por tal responsável.

Em face de tal decisão, tanto o *Google Spain* quanto o *Google Inc.*, interpuseram recurso para Audiência Nacional, Tribunal espanhol com jurisdição nacional, visando a reforma daquela decisão. A Audiência da Espanha, entendeu que para a resolução da questão fundamental do litígio era necessário definir a interpretação da Diretiva 95/46 do Parlamento Europeu, em relação ao direito ao esquecimento, razão pela qual suspendeu a instância e submeteu à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia.

No Tribunal de Justiça da União Europeia, a causa foi analisada sob o prisma da interpretação dos artigos 2.º, alíneas “b” e “d”, 4.º, n.º 1, alíneas “a” e “c”, 12, alínea “b”, e 14, parágrafo primeiro, alínea “a”, da

Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, que dizem respeito à proteção das pessoas singulares, relativamente ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, assim como no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Como preliminar o *Google Inc* arguiu que por ser sediada nos Estados Unidos não fazia parte da jurisdição do TJUE e, portanto, não poderia ser aplicada em seu desfavor a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. No mérito, argumentou que a atividade dos motores de busca não inclui o processamento de dados pessoais e, por fim, a omissão ou supressão de informações resultantes da busca nos motores não seria possível nos casos em que publicação tenha ocorrido de forma lícita.

Apreciados os fundamentos postos em juízo, o Tribunal de Justiça da União Europeia tendo como parâmetro a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, decidiu que:

1) O artigo 2.º, alíneas b) e d), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, a atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada de «tratamento de dados pessoais», na aceção do artigo 2.º, alínea b), quando essas informações contenham dados pessoais, e de que, por outro, o operador desse motor de busca deve ser considerado «responsável» pelo dito tratamento, na aceção do referido artigo 2.º, alínea d).

2) O artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que é efetuado um tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável por esse tratamento no território de um Estado-Membro, na aceção desta disposição, quando o operador de um motor de busca cria num Estado-Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado-Membro.

3) Os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, para respeitar os direitos previstos nestas disposições e desde que as condições por elas previstas estejam efetivamente satisfeitas, o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita.

4) Os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em

conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA)

Portanto, ao final do julgamento o Tribunal de Justiça da União Europeia consignou que, a atividade dos motores de busca pode ser qualificada como de “tratamento de dados pessoais”, e assim sendo submete-se aos ditames fixados pela Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, inclusive com a atribuição de responsabilidade aos motores de busca por tal tratamento; a sucursal ou filial de um motor de busca criado em um determinado Estado-membro da União Europeia, com fundamento na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, é responsável pelo tratamento dos dados; com base na multicitada Diretiva o motor de busca deve omitir ou suprimir dos resultados obtidos a partir da pesquisa de dados pessoais das pessoas, todas as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros contendo informações relativas a essa mesma pessoa, ainda que o teor da publicação seja lícita, mas extemporânea; é necessário avaliar se a pessoa que requer a desindexação tem o direito de que a informação não mais seja relacionada ao seu nome na lista de resultados de uma pesquisa em um motor de busca, exceto em casos especiais a exemplo da pessoa possuir um vida pública (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA).

5.2.2 O direito ao esquecimento (desindexação) no Sistema Europeu de Direitos Humanos (Tribunal de Justiça da União Europeia)

O direito ao esquecimento teve grande desenvolvimento na União Europeia, tanto por meio da produção legislativa do tema quanto pelas decisões judiciais pioneiramente oriundas do Tribunal de Justiça da União Europeia.

A regulamentação do direito ao esquecimento no sistema europeu, inicialmente, esteve adstrita à Diretiva 46 de 1995/CE que, no entanto, não o previa expressamente, mas que serviu de fundamento para a decisão paradigmática *Google Spain* já tratada neste trabalho.

Ocorre que, tal Diretiva publicada na década de 1990 mostrava-se insuficiente para acompanhar a revolução tecnológica oriunda da grande evolução da internet vivenciada nas últimas décadas. Assim, o Parlamento e o Conselho Europeus aprovaram em abril de 2016, a *general data protection regulation (Regulation EU 2016/679)* novo regulamento sobre proteção de dados da União Europeia, prevendo textualmente em seu art. 17²¹ o chamado direito ao esquecimento/apagamento, con-

21 Artigo 17º Direito ao apagamento dos dados («direito a ser esquecido») 1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos: a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6º, nº 1, alínea a), ou do artigo 9º, nº 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento; c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.º 2; d) Os dados pessoais foram tratados ilícitamente; e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1. 2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apaga-los nos termos do n.o 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou

siderando-o como o direito que o titular dos dados tem de exigir que os sites buscadores, responsáveis pelos tratamentos dos dados, apaguem seus dados pessoais, quando já houver atingido a finalidade da coleta ou quando ocorrer o não consentimento do titular sem que permaneça fundamento que autorize tal tratamento, a exemplo de razões de interesse público ou cumprimento de obrigação legal.

Por sua vez, na seara jurisdicional, Indubitavelmente, o direito ao esquecimento ganhou notoriedade no sistema europeu a partir do caso *Google Spain*, ressaltando-se, mais uma vez, que esse *leading case* foi produzido sob a égide da hoje revogada Diretiva 95/46. O litígio foi submetido à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia, através de irresignação da *Google Spain SL e da Google Inc.* em face de decisão da Agência Espanhola Proteção de Dados, que deferiu a reclamação proposta por Mario Costeja González no sentido de determinar que as referidas empresas excluíssem dados pessoais indexados e obtidos pelos motores de buscas do Google, a fim de impedir o futuro acesso de qualquer pessoa na rede mundial de computadores a esses dados.

Analisando no caso *Google Spain e Mario Costeja González*, sob a perspectiva do direito ao esquecimento, uma das questões prejudiciais submetidas à apreciação do TJUE revelou-se importante, sob o do apagamento de dados na internet. Trata-se da verificação se o direito ao esquecimento é fundamento para permitir que a pessoa solicite aos motores de busca na internet que não mais indexe informações relativas à sua

reproduções dos mesmos. 3. Os n.º 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário: a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação; b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento; c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9.º, n.º 3; d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89.º, n.º 1, na medida em que o direito referido no n.º 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial (tradução nossa).

pessoa publicadas em páginas da web, quando entenda que ela é prejudicial ou pelo decurso do tempo mereça ser esquecida, ainda que tais informações sejam lícitas.

Um fato que certamente influenciou a atuação jurisdicional das pessoas, inclusive nos casos que envolvem questionamentos sobre a aplicação do direito ao esquecimento, refere-se à personalidade jurídica de direito internacional que o Direito Internacional dos Direitos Humanos conferiu aos indivíduos, podendo a partir de então demandar direta e pessoalmente no sistema europeu. Assim, nesse sentido, André de Carvalho Ramos aponta que:

Foi justamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos que forneceu amparo à conquista pelo indivíduo da personalidade jurídica internacional [...] o indivíduo possui hoje personalidade jurídica internacional reconhecida, pois exerce e contrai obrigações diretamente do plano internacional (RAMOS, 2012, p. 59).

O aspecto mais relevante da decisão do TJUE reside no seu caráter paradigmático à medida que alcançou repercussão mundial:

seja quanto aos critérios de fixação da Jurisdição Europeia e do alcance da regulação protetiva de dados na União Europeia, mas em especial pelo reconhecimento, no caso concreto, de um direito subjetivo à desindexação dos mecanismos de busca ainda não legislativamente assegurados” (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 100).

Ademais, é importante ressaltar que:

A relevância do caso Mario Costeja González reside, justamente, na faculdade conferida a qualquer pessoa de valer-se do direito ao esquecimento para pleitear e obter que, seu nome e ocorrências de sua vida, não sejam passíveis de visualização em pesqui-

sas de Internet, bastando acionar diretamente as empresas de motor de busca, sem qualquer necessidade de intermediação de órgãos públicos ou de ajuizamento de medidas judiciais, e simplesmente alegar que tais dados são desatualizados, inexatos e desprovidos de qualquer interesse jornalístico ou público, o que permite espelhar sua pessoa e trajetória em pesquisas públicas tal como realizado em mídias sociais, como Facebook, na medida em que a escolha do que pode ou não ser publicado fica a bel prazer de cada um, dificultando, sobremaneira, um dos pilares das liberdades de informação, expressão e imprensa, mais especificamente, o acesso a dados e informações, com o máximo de detalhe e precisão (LEE, 2017, p. 141).

Assim, destaque-se que a partir da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no Caso Google Spain a referida multinacional passou a receber diretamente, através de um formulário por ela disponibilizado milhões de solicitações desindexação de conteúdos referentes a dados pessoais, sendo que o atendimento não ocorre na integralidade e sim de acordo com uma análise caso a caso, considerando os parâmetros estabelecidos pelo TJUE²².

A esse respeito é salutar destacar que a referida decisão não é isenta de críticas, principalmente relacionadas ao possível surgimento de uma justiça privada, ao atribuir ao Google o poder de decidir sobre os pedidos de desindexação feitos pelos usuários da rede mundial de computadores. Logo, conquanto não se negue a importância da decisão do TJUE para a garantia dos direitos fundamentais das pessoas é forçoso reconhecer que a forma de implementação pode não ter sido a melhor, uma vez transferiu para os provedores de busca o poder de decidir, den-

22 A esse respeito, em notícia jornalística publicada em editoria do site UOL, foi informado que no período compreendido entre o ano de 2014 a 2018 o google recebeu mais de 2,4 milhões de pedidos de direito ao esquecimento na União Europeia. Desse total de pedido a companhia aceitou 43% deles (MCKAY, 2018).

tro dos parâmetros fixados na decisão sobre a desindexação dos dados pessoais criando uma espécie de tribunal corporativo com o condão de poder legitimar a censura privada (FRAJHOF, 2019, p. 57).

Nesse sentido, o professor italiano Angelo Ferraro (2015, p. 195) apontando o risco de abuso por parte dos buscadores no exercício desse dever de exclusão dos links indesejados, sugere como proposta que, a desindexação pelos mecanismos de busca deveria ocorrer em relação a buscas genéricas sobre as pessoas, ao contrário poderia ser indexado quanto às pesquisas específicas²³.

Por fim, é importante destacar a conclusão que Valério Mazzuoli anota acerca dos reflexos da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia:

Crê-se que a sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia (de 13.05.2014) deverá reforçar, doravante, a jurisprudência dos Estados sobre o tema, permitindo cada vez mais um profícuo “diálogo intercortes”, capaz de coordenar os vários interesses em jogo, sopesá-los e, finalmente, garantir o “direito ao esquecimento” nas situações que justificarem a sua implementação (MAZZUOLI, 2018, p. 477).

Diante do exposto, restou demonstrado que o direito ao esquecimento é um instituto aplicável no contexto do Sistema Europeu dos Direitos Humanos, constatação essa advinda da análise da decisão paradigmática do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) relativa ao

23 “semberebbero, comunque, condivisibili le riflessioni proposte da chi, evidenziando che l’esigenza di balanceamento... potrebbe, in teoria, essere efficacemente perseguita facendo leva sulla differenza, própria di internet, tra ricerca specifica dela notizia e ricerca generica’, optando per ‘una soluzione che, ferma restando la possibilitá per chi nutre uma curiosità specifica ala notizia di ritrovarla cercandola direttamente sul sito sorgente (e cioè sul sito nel quale essa è istituzionalmente, o comunque originariamente, pubblicata), impedisca che la notizia sai offerta a chiunque cerca informazioni generiche sul protagonista dela stessa’ ” (FERRARO, 2015, p. 195).

caso *Google Spain vs. Agência Espanhola de proteção de dados e Mario Costeja González*, bem como baseado na nova diretiva sobre proteção de dados vigente na União Europeia.

É relevante destacar que, ao tratar aqui de uma decisão de um Tribunal integrante do Sistema Europeu dos Direitos Humanos não se quer defender o direito ao esquecimento, apenas como um direito humano. O julgamento de caso afeto a esta temática pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ocorreu dentro da estrutura do Sistema Judiciário da União Europeia para combater uma decisão da Agência Espanhola de Proteção de Dados. Advirta-se, por fim, que a ideia de apresentar neste estudo o emblemático caso em análise deve-se à pretensão de demonstrar que, o direito de ser esquecido encontra respaldo não só no âmbito do direito interno dos mais diversos países citados, como também foi reconhecido em um sistema regional, como o é o europeu, através de um controle de convencionalidade.

II

O DIREITO FUNDAMENTAL E DA PERSONALIDADE AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

1 A era da sociedade de informação

“Não adianta nem tentar me esquecer[...]” (CARLOS, 1971), inicia-se o desenvolvimento deste tópico com o trecho da letra de um consagrado sucesso da música popular brasileira visando, de pronto, provocar uma reflexão sobre a possibilidade de se efetivar o direito ao esquecimento no atual estágio da sociedade, no qual a difusão da informação no meio virtual acontece em uma velocidade de difícil contenção. É possível acrescenta-se, ainda, a esse cenário a impressão da perenidade das informações disponibilizadas na internet.

A sociedade atual é profundamente marcada pelo dinamismo característico de uma nova era, a da “sociedade da informação”, notadamente influenciada pelas novas tecnologias. Ela é marcadamente informacional e tecnológica o que denota que o corpo social encontra-se cada vez mais interligado, com a difusão das informações em uma velocidade sem precedentes.

A rede mundial de computadores tornou-se o maior meio de difusão da informação. Esse novo paradigma tecnológico certamente foi impulsionado pelo uso e difusão da internet. A esse respeito aponta, Castells (2004, p. 8):

A internet é o tecido das nossas vidas. Se a tecnologia da informação é hoje o que a eletricidade foi na Era Industrial, em nossa época a internet poderia ser equiparada tanto a rede elétrica quanto ao motor elétrico, em razão de sua capacidade de dis-

tribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana. Ademais, à medida que novas tecnologias de geração e distribuição e energia tornaram possível a fábrica e a grande corporação como os fundamentos organizacionais da sociedade industrial, a internet passou a ser a base tecnológica para a forma organizacional da era da informação: a rede.

A comparação entre os meios – eletricidade e internet- que impulsionaram a consolidação desses momentos históricos é salutar, tendo em vista que contextualiza a importância de cada uma para o movimento maior que lhes sucederam.

Assim, rede como forma organizacional da era da informação é considerada por Castells como um emaranhado de nós interconectados, tem aplicação atual como ferramenta de organização que permite a transferência de informações energizadas por meio da internet (CASTELLS, 2004, p. 8-9).

Essa nova forma de comunicação no meio social lastreada em uma rede busca unir recursos em prol de alcançar metas predefinidas, por meio da implementação de tarefas coordenadas em um sistema de comando vertical e racionalizado. Dessa forma, a natureza revolucionária das redes foi evidenciada com a interligação de mecanismos de comunicação e tecnologia, o que somente foi possível com a utilização de computadores e em especial da internet (CASTELLS, 2004, p. 10).

A partir desta introdução a respeito da utilização da ideia de redes é que se pode conceber o real significado, importância e alcance da internet, que nas palavras de Castells (2004, p. 11) “é um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global. [...]”.

Assim, o uso da internet como um meio de comunicação em rede disseminou-se de forma avassaladora e crescente. Em 1995, ano inaugural do seu uso estima-se que a existência de 16 milhões de usuários dessa rede de computador em todo o mundo. Por sua vez, em 2001 esse quantitativo aumentou significativamente para 400 milhões (CASTELLS, 2004,

p. 12). Na atualidade, levantamento realizado no ano de 2018 aponta que 4 bilhões de pessoas ao redor do mundo estão conectadas à internet (WE ARE SOCIAL, 2018).

Essa globalização da internet pode ser considerada como mola propulsora do desenvolvimento do contexto tecnológico atual, denominado de era ou sociedade da informação.

A sociedade de informação para Simões (2009, p. 1) é

[...] a Era da Informação, de maneira geral, constitui o novo momento histórico em que a base de todas as relações se estabelece através da informação e da sua capacidade de processamento e de geração de conhecimentos.

Bezerra Junior (2018, p. 24) aduz que:

A chamada sociedade de informação – ou das autoestradas da informação, tal como é nominada nos Estados Unidos – possibilitou uma verdadeira revolução nas formas sociais de apropriação da comunicação e da circulação de informações, com inegáveis reflexos nas relações econômicas e interpessoais.

O mesmo autor, a conceitua a sociedade de informação como “sendo aquela para cujo funcionamento se estaria a demandar, cada vez com maior frequência, o recurso às redes digitais de informação” (BEZERRA JUNIOR, 2018, p. 24-25).

Por sua vez Braun (2016, p. 1), destaca oportunamente que a Sociedade da Informação

[...] é um fenômeno da atualidade que está acarretando inúmeras transformações no contexto social-econômico; é decorrente das novas tecnologias de informação que facilitaram, e muito, a difusão do conhecimento.

Nesse sentido, a sociedade de informação apresenta basicamente duas principais características. A primeira consiste na inexistência de fronteiras, a internet não põe limites para difusão da informação. Já a segunda é a possibilidade de diferentes formas de se relacionar na rede (MARQUES; CRESPO, 2015, p. 123-130).

Destaque-se que, a utilização da rede mundial de computadores propiciou o desenvolvimento em pouco tempo de outras tecnologias baseadas em Inteligência Artificial (A.I). Uma das primeiras aplicações desta tecnologia foi a criação do Google desenvolvido em 1997 por dois alunos da Universidade de Stanford, Larry Page e Sergey Brin. Eles construíram um catálogo de classificações da web com base na frequência dos links recebidos. O mecanismo de pesquisa criado evoluiu com o chamado aprendizado de máquina (machine learning- ML), através da construção de um enorme banco de dados que armazena os links de pesquisa e assim, essa empresa denominada de “buscadora” se tornou uma das maiores empresas de inteligência artificial do mundo (MANHEIM; KAPLAN, 2019, p. 114).

Hoje, o Google é um ator fundamental no processo de controle da privacidade informacional, visto que como o maior motor de buscas da rede mundial de computadores pode auxiliar, até mesmo com a utilização de inteligência artificial no controle da utilização indevida, extemporânea e sem relevância para a atualidade de informação publicadas na rede mundial de computadores.

Desse modo, o estudo acerca do direito ao esquecimento na hodierna sociedade de informação se torna de grande relevância, considerando a discussão existente no tocante à conciliação entre os direitos fundamentais à privacidade e o acesso livre à informação. Em uma sociedade extremamente interconectada pela utilização da internet o conflito entre estes direitos ganha contornos que demandam uma análise especial, tendo em vista as peculiaridades que a utilização do meio virtual propicia.

Ademais, é preciso levar em consideração que na sociedade da informação a linha limítrofe entre a informação de domínio público e a

de domínio privado é bastante tênue, uma vez que atualmente há uma verdadeira “publicização” da vida privada na internet.

Uma conclusão preliminar é inevitável: a partir da “massificação” da utilização da internet, talvez a sociedade não esteja, ainda, preparada para lidar com os inúmeros desafios e incertezas por ela proporcionada.

A disseminação da informação na rede mundial de computadores trouxe infindáveis benefícios, isto é claro, mas também é inegável que situações complexas surgiram desse fato. Vive-se um momento de discussão de diversos temas, no contexto da internet, entre eles as *fake news*, os discursos de ódios, os limites da liberdade de expressão e, especialmente, quanto ao objeto deste livro, o direito ao esquecimento. Indubitavelmente, estas situações elencadas, a despeito de outra existentes são marcadamente relacionadas direta ou indiretamente à sociedade da informação.

2 O direito ao esquecimento sob a perspectiva do constitucionalismo digital

Deve-se de pronto destacar ao enfrentar o tema deste tópico, que historicamente o termo constitucionalismo é de uso de certa forma recente na seara jurídica e política da cultura ocidental, aproximadamente duzentos anos, e tem ligação com os processos revolucionários francês e americano. Não se deve olvidar, no entanto, que o âmago do seu conteúdo remete à Antiguidade Clássica, especificamente à *Polis* grega, por volta do século V a.C (BARROSO, 2018, p. 31)

O vocábulo constitucionalismo essencialmente remete a ideia de limitação de poder e supremacia da lei. Embora o termo gramaticalmente explicita a ideia de existência de uma Constituição, é possível que haja esse fenômeno sem a coexistência de uma Constituição escrita para regular a ordem jurídica, a exemplo do que ocorre com o Reino Unido. (BARROSO, 2018, p. 31-32)

Em contraposição crítica ao uso do constitucionalismo como novo paradigma da ciência jurídica, Lucas Gonçalves e Leonardo Nascimento, ponderam que:

Portanto, esse novo paradigma da ciência jurídica, para além das discordâncias de nomenclaturas (Neoconstitucionalismo, Constitucionalização do Direito ou Constitucionalismo Contemporâneo), precisa ter criticidade e rigoroso controle para ser validado enquanto método científico, dentro dos padrões da ciência jurídica enquanto conhecimento, muito além da prática decisionista forense” (SILVA; NASCIMENTO, 2015, p. 139)

A limitação do poder e proteção de direitos e garantias fundamentais que reflete a ideia de constitucionalismo contemporâneo ganhou uma nova vertente com o surgimento de um “braço” deste momento constitucional que é denominado de Constitucionalismo digital.

O constitucionalismo digital é um fenômeno inerente à era da sociedade de informação: “a intensificação do processo de globalização e a introdução das TIC surge uma nova vertente do constitucionalismo contemporâneo: o constitucionalismo digital” (TAKANO; SILVA, 2020, p.8).

Inicialmente, cumpre esclarecer que não é unívoca a conceituação de constitucionalismo digital. O termo foi usado com significados diversos e até mesmo conflitantes, não se delimitando qual a finalidade do fenômeno e sem definir muitas das vezes os instrumentos normativos que devem implementar seus valores. Assim, em razão de posições divergentes será feita uma revisão da literatura sobre o tema.

O desenvolvimento sem limites da tecnologia digital e seu impacto inovador estão causando um novo momento constitucional na sociedade contemporânea. Isso não quer dizer que estar-se vivendo uma situação de convulsão constitucional, de transição da democracia para tecnocracia. Mas, certamente é incontroverso que a tecnologia digital está atingindo os direitos existentes, fazendo surgir novos direitos ou

conferindo nova roupagem aos direitos existentes. Por isso, pode-se afirmar que nas últimas décadas a tecnologia digital afetou o equilíbrio do ecossistema constitucional (CELESTE, 2019, p. 2-3).

Partindo do pressuposto que o sistema constitucional não está imune aos avanços tecnológicos apresentam-se basicamente três alterações advindas dessa inter-relação. A primeira, seria a ampliação da possibilidade dos indivíduos exercerem seus direitos fundamentais; a segunda, refere-se ao fato da tecnologia digital ter o condão de ampliar o risco de ameaças aos direitos fundamentais; e por fim, pode afetar o equilíbrio de poderes no ecossistema constitucional (CELESTE, 2019, p. 3).

Assim sendo, para a temática deste estudo ganha relevância o aprofundamento da segunda alteração, os riscos que a tecnologia pode trazer para os direitos fundamentais. As trocas de informações, ínsitas ao uso das tecnologias faz com que o exercício dos direitos fundamentais, também possa se tornar uma fonte de ameaças, de forma que a liberdade de expressão e informação podem ser utilizadas de maneira abusiva, ofendendo direitos outros como a privacidade ou próprio direito ao esquecimento.

Nos ensinamentos de CELESTE para situações de alteração do equilíbrio constitucional, normalmente gera-se uma série de reações normativas consistente na integração ou na alteração do quadro normativo posto, a fim de restabelecer o equilíbrio do sistema constitucional. Vê-se, pois, um fenômeno de mão dupla combinando alterações e reações constitucionais (CELESTE, 2019, p. 4).

E, é neste ponto que se vislumbra a ofensa ao direito ao esquecimento digital como uma reação a um abuso da utilização de instrumentos digitais que ofendam a privacidade das pessoas, sem a devida necessidade, proporcionalidade ou atualidade.

A partir desta proposta de reação ao desequilíbrio constitucional causado pela exponencial avanço tecnológico que é possível defender a necessidade de adequação do constitucionalismo contemporâneo, por meio do que se convencionou chamar de constitucionalismo digital.

Para Celeste, o constitucionalismo digital, alçado como uma vertente do constitucionalismo contemporâneo, deve ser analisado e concebido sob dois aspectos, a necessidade de gerar reações normativas às alterações surgidas com o desequilíbrio constitucional produzido pelo advento da tecnologia digital e ao mesmo tempo construir ideais, valores e princípios para orientar essas mesmas reações (CELESTE, 2019, p. 6).

Por sua vez, Suzor entende que projeto do constitucionalismo digital passa pela necessidade de repensar como limitar o exercício do poder na era digital, para tal consecução conceitua este fenômeno como trabalho de articulação de limites ao exercício do poder na era da sociedade em rede. Destarte, conclui que o desafio primordial do constitucionalismo digital é identificar como os valores do tema podem ser protegidos na era digital (SUZOR, 2018, p. 4)

Os conceitos de constitucionalismo digital ainda que não uníssonos apresentam um contexto específico que os une, o ambiente digital, no qual atores privados surgem no mesmo patamar que os Estados com papel de atuação destacada neste cenário, tendo o condão de ao mesmo tempo praticar funções contraditórias, garantir e ser um potencial violador de direitos fundamentais. Essa particularidade do ambiente digital exige que o constitucionalismo se desgarre da até então exclusiva dimensão estatal para considerar os poderes que os atores privados assumem nesse novo cenário do momento constitucional contemporâneo (CELESTE, 2019, p. 13).

É a partir da constatação de que os atores privados ligados ao ambiente digital podem vir a violar direitos fundamentais que podemos contextualizar com o papel dos motores de busca na internet e mais particularmente do Google, empresa de pesquisa na internet, sendo a principal demandada para exclusão de informações indexadas em seu banco de dados capazes de ofender o direito ao esquecimento.

Reforça-se o entendimento que o constitucionalismo digital não é fenômeno próprio e indicado para definir respostas normativas aos desafios impostos pela tecnologia digital, deve sim ser considerado como

o conjunto de princípios e valores que podem vir a orientar as respostas aos questionamentos levantados, trata-se de um meio e não um fim em si mesmo.

O processo de concretização dos preceitos constitucionais não é de ocorrência imediata tampouco estática. Trata-se de um movimento que passa de maneira mais específica pelos aplicadores do direito, mas também a sociedade deve estar inserida, na condição de destinatária final da norma constitucional.

Essa consciência da importância dos preceitos constitucionais vem sendo paulatinamente adquirida pelos atores brasileiros desse processo, ainda que em fase embrionária.

Contudo, é inegável que a evolução constitucional do Brasil não acompanhou a de outras nações surgidas contemporaneamente. O sentimento constitucional, no sentido de buscar as respostas para problemas jurídicos diretamente na Constituição pode ser considerado tardio no Brasil. Por essa razão, valendo da teorização proposta pelo professor Manoel Jorge e Silva Neto, entende-se que o constitucionalismo brasileiro é tardio (SILVA NETO, 2016, p. 13).

Ao avançar no tema acima teorizado, deve-se de pronto estabelecer conceitos essenciais tais como, cultura constitucional e do próprio constitucionalismo tardio. Para entender este último necessário se faz compreender a ideia envolta àquele.

Para Silva Neto (2016, p. 19) cultura constitucional são

[...] os comportamentos e condutas, públicas ou privadas, tendentes a: I) preservar a ‘vontade de constituição’; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional.

Por sua vez a concepção de constitucionalismo tardio não pode ser simplificada à noção de adoção tardia temporalmente de uma constituição. Pode ser sintetizado como: “o fenômeno decorrente de causas

históricas, políticas e jurídicas, entre outras, da ausência de cultura constitucional nos Estados pós-modernos que são organizados formalmente por meio de uma constituição, o que conduz à ineficácia social dos textos constitucionais” (SILVA NETO, 2016, p. 13).

Enfim, o fenômeno do constitucionalismo tardio pode ser resumido como a ausência de uma cultura constitucional, resultando em uma norma constitucional sem eficácia social.

Dentre os vários efeitos que o constitucionalismo tardio resulta tem um especial que é relevante para o presente o estudo, a ofensa a direitos fundamentais pela ausência da cultura constitucional.

Nesse aspecto, e considerando o fenômeno do constitucionalismo na atualidade fazendo um paralelo com a espécie do constitucionalismo, denominado de digital, tem-se efetivamente constatado que neste momento alguns direitos fundamentais sofrem maiores violações na fase tecnológica e dentre eles estão justamente a proteção do direito fundamental à privacidade e mais especificamente o direito ao esquecimento.

Desta feita, pode-se inferir que se a cultura constitucional brasileira é tardia e que atualmente vivenciamos uma vertente do neoconstitucionalismo que é o constitucionalismo digital, também é tardio.

Ademais, quando se adapta os preceitos constitucionais à nova realidade tecnológica e os problemas jurídicos dela advindos chega-se ainda mais forte a conclusão que essa discussão é embrionária no Brasil.

Por essa razão, é verdadeira a constatação que o constitucionalismo digital no Brasil é tardio seja, por razões históricas, jurídicas e sociais que interferiram na formação do sentimento constitucional seja pelo fato que efetivamente a interpretação constitucional precisa se modernizar para acompanhar os novos problemas e ofensas aos direitos fundamentais que acompanham essa hodierna fase tecnológica.

Conforme já assentado, o Constitucionalismo Digital configura-se como uma das dimensões do constitucionalismo contemporâneo ou como alguns o denomina, neoconstitucionalismo. É importante destacar que o alcance do constitucionalismo digital abrange mais de uma

categoria de direitos, considerados como sustentáculos desta nova dimensão do neoconstitucionalismo:

O constitucionalismo digital pode ser subdividido em sete categorias, sendo elas os direitos e liberdade fundamentais, os limites impostos ao poder público, a governança e a participação civil na internet, os direitos de privacidade e vigilância, o acesso e a educação no ciberespaço, a abertura e a estabilidade na rede e, por fim, os direitos econômicos e suas responsabilidades (GILL; REDEKER; GASSER, 2015). Para os autores, tais categorias formariam a base estrutural sobre a qual se sustenta essa nova dimensão do constitucionalismo contemporâneo. (TAKANO; SILVA, 2020, p.8).

Assim, vê-se que dentre as sete categorias de direitos ramificadas do constitucionalismo digital, encontram-se os direitos de privacidade, incluindo-se neles a partir de uma interpretação ampliativa o direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento não só pode como deve ser considerado como um novo direito fundamental emergente oriundo do processo de construção do constitucionalismo digital.

A esse respeito Takano e Silva, elencam o direito ao esquecimento no rol de direitos emergentes:

Como exemplo, podemos vislumbrar diversas questões acerca dos direitos emergentes. Pode-se mencionar, por exemplo, a violação à intimidade e a proteção de dados na seara constitucional, o Marco Civil da Internet (Lei no 12.965/2014) e o **direito ao esquecimento no âmbito do direito civil**, os cibercrimes no direito penal, a interceptação de dados telemáticos dentro do direito processual penal, o teletrabalho na seara do direito trabalhista, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei no 13.709/2018) no âmbito do direito empresarial, dentre outros (grifo nosso). (TAKANO; SILVA, 2020, p.10-11).

No mesmo sentido, aduz Fernandes (2020):

A principal implicação dessa transformação é que o Constitucionalismo Digital passou a contribuir para identificação e construção de princípios constitucionais que podem ser empregados como parâmetro de controle de constitucionalidade de normas que eventualmente colidam com direitos fundamentais associados à heorizatio social no mundo digital. Alguns exemplos desses princípios podem estar associados à afirmação de um direito de acesso à internet, ao direito ao esquecimento, ao direito à neutralidade da rede e, é claro, ao próprio direito à proteção de dados.

Não se pode afirmar que o direito ao esquecimento é um direito surgido ou decorrente exclusivamente da era da informação. Sua invocação remete a época anterior até mesmo ao advento da internet. O que ocorre é que, quando se fala na atualidade em direito ao esquecimento a associação é imediata à defesa de um direito que em grande parte das situações é violado em meio virtual. Por isso, que se fala em espécies do direito de ser deixado em paz e dentre elas hodiernamente a que é mais notável refere-se ao direito à desindexação, relacionada aos motores de busca e o direito ao esquecimento digital.

Essa consagração de novos direitos, e como aqui pesquisado, especificamente do direito ao esquecimento digital, admitido em nível internacional e nacional (na seara jurisprudencial) não é de consecução tão simples. As incertezas que ainda rondam o futuro da sociedade digital impõem um sério risco, tendo em vista a dificuldade de a evolução normativa acompanhar o acelerado processo de transformação digital que traz consigo problemas jurídicos que precisam de uma resposta.

Por isso, deve-se apostar todas as fichas na construção de uma cultura constitucional para buscar as respostas dos novos problemas na própria Constituição, a fim de se construir preceitos normativos que re-

gulem efetivamente os direitos emergentes originários da sociedade da informação, como o é o direito ao esquecimento.

Neste sentido, o direito ao esquecimento digital como um direito emergente ínsito à era tecnológica precisa ser resguardado a fim de se concretizar umas das categorias próprias do constitucionalismo digital, a proteção aos direitos da privacidade.

Sugere-se, portanto, que o direito ao esquecimento seja analisado sob o prisma do constitucionalismo digital para buscando fundamento neste superar a lacuna normativa do direito de ser deixado em paz.

Por fim, indubitavelmente não há como não reconhecer que é tardia a construção de uma solução jurídica para o problema que circunda a aplicação do direito ao esquecimento na internet. A União Europeia trata do direito ao esquecimento e o papel das empresas de busca na internet já há muito tempo, inicialmente com a decisão paradigmática do Tribunal de Justiça da União Europeia e mais recentemente com a previsão normativa do direito ao esquecimento no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.

É forçoso reconhecer que não é um problema de fácil solução, pois evidentemente sempre envolverá o conflito de direitos fundamentais, no entanto não se pode na era da sociedade em rede ou sociedade de informação adiar uma solução jurídica para pacificar o tema, o que gera uma insegurança jurídica que em nada contribui para a formação de um “sentimento constitucional”.

3 O direito fundamental ao esquecimento

Um primeiro aspecto a ser analisado trata da imprescindibilidade para o presente estudo de fixar bases conceituais dos Direitos Fundamentais¹, a fim de que se possa mais adiante enfrentar a problemática proposta, a colisão de dois direitos fundamentais na relação entre particulares.

1 Para mais informações sobre o tema, consultar: Pessoa (2015).

Por vezes as expressões - direitos humanos² e direitos fundamentais - são utilizadas como sinônimas, muito influenciada, frise-se, pela ideia que os rodeia, a proteção dos direitos do homem. No entanto, torna-se imperioso neste estudo, desde já, destacar a existência de posição doutrinária defendendo que ambas expressões mesmo aparentemente similares, distanciam-se à medida que ocupam posições jurídicas diversas.

Os direitos humanos são aqueles previstos em âmbito internacional, por meio de tratados de direitos humanos e tem seu alcance destinado a todos os povos e por todo o tempo. Por outro lado, os direitos fundamentais são os direitos naturais e inalienáveis da pessoa, que estão devidamente positivados na Constituição, seriam aqueles direitos vigentes no ordenamento jurídico de cada Estado devidamente normatizado, através de uma posição jurídica de soberania e autodeterminação (CANOTILHO, 2002, p. 393).

A par da discussão travada por quem considera termos distintos, convém mencionar a posição intermediária trazida por Carlos Augusto Alcântara Machado que adota a terminologia direitos humanos fundamentais (MACHADO, 2017, p. 121).

No presente estudo, considerando a abordagem constitucional da temática central do estudo, será concebido os termos como distintos adotando, dessa forma, a terminologia, direitos fundamentais.

Especificamente quanto à classificação do direito ao esquecimento dentre uma dessas categorias fundamentais acima tratadas, destaque-se o entendimento de Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto que o compreende na sua dimensão jurídica igualmente como direito humano e direito fundamental (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 32). Nessa senda, esses mesmos autores concluem:

Com efeito, partindo-se dessa diferenciação, torna-se possível a identificação das searas em que o direito ao esquecimento deve

2 Ampliar em: Gordillo (2007).

ser tomado como m direito humano (*i.e.*, no que se refere ao seu reconhecimento no plano internacional) e deve ser afirmado e efetivado como direito fundamental (*i.e.*, a partir da positivação desse tipo de pretensão jurídica em um Constituição nacional).

Ressalte-se, todavia, que apresentadas tais posições terminológicas entende-se que a melhor opção a ser adotada nesta obra é a utilização da expressão direitos fundamentais, tendo em vista o objeto de análise-direito ao esquecimento- ser defendido como um direito fundamental implícito na ordem jurídica constitucional interna. Acrescente-se que, ao adotar a terminologia direitos humanos estar-se-ia restringindo o âmbito de proteção somente às pessoas físicas, posição essa que aqui entende-se como restritiva, vez que as pessoas jurídicas de direito privado podem ser titulares de direitos fundamentais e especificamente podem, inclusive, pleitear o seu direito ao esquecimento.

A construção de uma teoria dos direitos fundamentais passa necessariamente pela sua consagração doutrinária em gerações ou dimensões de direitos. Como dito, a sistematização tem viés doutrinário e justifica-se em razão do fato que estes direitos, hoje consagrados, não surgiram repentinamente, e sim foram frutos de uma evolução que acompanhou a necessidade de proteção de cada época.

Ainda quantos aos aspectos conceituais, há de se mencionar a existência de dissensão na doutrina no tocante à utilização do termo “geração”, uma vez que seu uso traduz uma concepção que o surgimento de uma nova geração implica na extinção da anterior, não se coadunando com âmago dos direitos fundamentais, por isso há uma prevalência na adoção do termo “dimensão”. Para efeitos deste estudo, feita a ressalva, os termos serão utilizados indistintamente.

Com efeito, diante da mutação histórica dos direitos fundamentais quanto às suas gerações encontram-se consolidadas a primeira, a segunda e a terceira, as quais serão tratadas mais adiante, apesar de haver alguns doutrinadores que defendem a existência de quarta e quinta dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram em meados do século XVII e XVIII em razão das revoluções burguesas e da guerra de independência dos Estados Unidos, momento em que se reivindicavam respeito às liberdades individuais, e consequente limitação da atuação estatal.

Assim, esse cenário propiciou o advento do chamado Estado Moderno Liberal, com base na necessidade de contraposição ao Estado absolutista, até então vigente. Dessa forma, a ascensão do Estado Liberal favoreceu a proeminência de um caráter ausenteísta do Estado, a quem caberia uma atuação negativa no sentido de garantir as liberdades do cidadão a partir da valorização de direitos civis- tais como vida, liberdade, segurança, propriedade- e direitos políticos, como a participação política no Estado. Por esse motivo, tais direitos também são conhecidos como os direitos da liberdade ou de defesa, já que se referem aos direitos e garantias individuais civis e políticos, cujo titular é o indivíduo e são opostos perante o Estado (BONAVIDES, 2018, p. 563).

No entanto, a desigualdade proporcionada pelo modelo imposto pelo liberalismo resultou, já no século XX, na evolução do Estado Liberal para o Estado Social, no qual demandou não apenas uma inação do Estado, como era no modelo anterior, e sim impôs uma atuação positiva do Estado como garantidor de novos direitos, agora de vieses prestacionais.

Assim, houve a absorção dos direitos sociais, econômicos e culturais no rol de direitos fundamentais de segunda dimensão, tendo como finalidade a expansão dos direitos de liberdade e a inserção de novos direitos com fulcro no princípio da igualdade.

Em relação aos direitos de segunda dimensão, tem-se que:

São os direitos econômicos, sociais e culturais, que exigem uma prestação positiva do Estado. São as liberdades positivas, reais ou concretas. Nessa esfera, não se exige do Estado uma abstenção como se verifica numa atitude negativa, mas a ação do Estado com o intuito de alcançar o bem comum. (SIQUEIRA JÚNIOR E OLIVEIRA, 2010, p. 77)

Verifica-se, que os direitos fundamentais de segunda geração têm como titulares grupos de indivíduos, e por isso são classificados como direitos coletivos e positivos, pois ao contrário dos direitos de primeira dimensão exigem que o Estado efetive os direitos sociais, econômicos e culturais.

As mudanças sociais ocorridas principalmente após a segunda guerra mundial impulsionaram a evolução para o Estado Constitucional ou Fraternal³, a partir da positivação na ordem jurídica de direitos fundamentais de terceira dimensão.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão diversamente das outras duas dimensões de direitos, não se destinam ao indivíduo de maneira isolada, nem tampouco a um grupo de indivíduos, e sim a toda a coletividade. Destaca-se aqui, a preocupação do homem como gênero, cujas necessidades são coletivas e não mais como parte de determinada categoria de pessoa, vinculada ou não a um Estado (SILVEIRA; ROCA-SOLANO, 2010, p. 177).

Logo, são reputados como direitos de fraternidade e solidariedade e por isso são extensivos aos direitos difusos, ou seja, são transindividuais e englobam a paz universal, o meio ambiente, o patrimônio comum da humanidade, à paz.

Diante da análise da essência e alcance das gerações dos direitos fundamentais chega-se à conclusão que o direito ao esquecimento, decorrente da proteção de atributos individuais da pessoa⁴ privacidade, imagem e honra, situa-se no âmbito dos direitos fundamentais de primeira geração.

3 À guisa dos ensinamentos de Carlos Augusto Alcântara Machado invocando a construção pioneira na doutrina pátria de Carlos Ayres Britto, adota-se, neste estudo, a denominação, desse terceiro modelo de Estado, como Estado Fraternal (MACHADO, 2017, p. 128).

4 Explica FREITAS (2007, p.120): “Um outro grupo dos direitos tidos como de defesa, tipicamente integrados à primeira dimensão dos direitos fundamentais, são aqueles cujas normas estabelecem para o Estado obrigações de não afetar propriedades ou situações do titular do direito. Os exemplos dados por Alexy são o direito à vida, direito à saúde, direito à inviolabilidade do domicílio; a esse rol também podem acrescentar o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem [...]” (grifo nosso)

3.1 O Direito ao esquecimento como um direito fundamental

De início é importante deixar consignado que através da leitura literal da Constituição Federal brasileira de 1988 não se encontra menção ao instituto do direito ao esquecimento, A construção que, ora, se defende é fruto de uma interpretação constitucional que o considera como um direito fundamental implícito.

Os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional de 1988 refletem a necessidade de salvaguardar certos direitos, que foram ao longo do tempo se notabilizando como essenciais para proteção dos direitos do homem. Nessa perspectiva, sofrendo um verdadeiro influxo do pós-regime militar o legislador constituinte de 1988 pretendendo assegurar direitos, muitos dos quais foram anteriormente suprimidos pela ordem vigente, apresentou um generoso rol de direitos fundamentais no título II - “Dos direitos e garantias fundamentais”, sem que tal sistematização obstasse a existência de outros direitos fundamentais ao longo do texto constitucional.

Nessa perspectiva, torna-se imperioso destacar a preocupação do legislador constituinte com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais à medida que prevê no art. 5º, parágrafos 1º e 2º, respectivamente, a aplicabilidade imediata e a previsão que os direitos e garantias expressos no próprio art. 5º e em outros ao longo do texto constitucional não excluem direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Tem-se que os direitos fundamentais não são um dado estático sem possibilidade de evolução. Viu-se que, uma de suas características é a possibilidade de classificá-los em gerações, ou seja, transmite-se uma ideia de evolução. E assim sendo, não se pode admitir a existência de tais direitos adstrita somente a positivação, pois a sua mutação natural pode fazer com que um direito surgido no presente não seja imediatamente positivado na ordem jurídico-constitucional ante a constatação que atuação legislativa nem sempre acompanha a velocidade das mudanças sociais.

A esse respeito, interessante é a observação feita por Rothemburgo (2014, p. 18), afirmando que:

Por isso, a parcimônia e o realismo com que se devem traduzir normativamente os direitos fundamentais não devem elidir uma dimensão prospectiva nem esmorecer a contínua luta pelo reconhecimento de novos direitos. A abertura e a inexauribilidade dos direitos fundamentais são, portanto, receptivas a novas espécies e a novos desdobramentos dos direitos fundamentais.

Por tais razões, passou-se admitir que o desrespeito ao direito ao esquecimento ofende reflexamente a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental da privacidade, entre outros, merecendo ser tutelado pelo direito o modo e a finalidade em que são lembrados fatos passados, os quais considerando a sua natureza, alcance, visibilidade e historicidade pode não mais persistir o interesse público de que seja perpetuada a informação desse fato.

Ressoando o entendimento de grande parte dos autores que se propuseram a aprofundar sobre o tema, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto, sustentam que o direito ao esquecimento é um direito fundamental implícito na ordem jurídico-constitucional brasileira:

Se o direito ao esquecimento já pode ser bem ancorado do ponto de vista de sua justificação e reconhecimento, como direito fundamental implícito à dignidade da pessoa humana e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tal justificação vai reforçada pela possível e necessária relação entre o direito ao “esquecimento” e alguns direitos especiais de personalidade, sejam expressa, sejam mesmo implicitamente positivados, com destaque para o direito à privacidade (e intimidade), os direitos à honra e a imagem, bem como os direitos à proteção de dados e à autodeterminação informativa e o direito à identidade pessoal (aqui considerado em sentido amplo) (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 126-127).

Corroborando esse posicionamento, Lima (2020, p123-124) aduz que o direito ao esquecimento

Pode ser tratado como um direito autônomo, pois, apesar de baseado na privacidade e na proteção de dados pessoais, possui contornos próprios, com hipóteses específicas de aplicação. É galgado na dignidade da pessoa humana, podendo ser considerado um direito fundamental implícito, como o considera, também, Ingo Sarlet.

Indo além, Dos Reis (2019, p.88) entende tratar-se de um direito fundamental de primeira geração/dimensão:

O direito ao esquecimento pode ser entendido como um direito de primeira geração/dimensão, uma vez que tem como destinatário o homem em si, com o intuito de proteção da privação arbitrária da liberdade. Nota-se que esse é um direito de defesa, pois tem o intuito de não fazer de terceiros, que seria o não relembrar dos fatos pretéritos que o indivíduo entende como desnecessários e que não condizem com a realidade atual.

Ante essas premissas é possível concluir que o direito de ser deixado em paz inclui-se no rol de direitos fundamentais, como um direito implícito⁵ umbilicalmente ligado e decorrente do direito à privacidade

5 Nesse sentido: “o direito ao esquecimento pode ser considerado um direito fundamental implícito que ao lado dos demais direitos da personalidade como imagem, honra e intimidade impede o reavivamento de fatos pretéritos indesejáveis pelo seu titular e que não tenham legítimo interesse público, protegendo a dignidade da pessoa humana contra exposições banais ou não que servem para o mero deleite do público. Tem efeito erga omnes, pois trata-se de abstenção de ingerência da sociedade e do Estado, portanto, de efeito horizontal e vertical. Isso significa que o direito ao esquecimento tem o direito de não ter a memória individual revirada a todo instante, por vontade de terceiros²⁸, consubstanciando um direito ao indivíduo de mudar seu comportamento, seus pensamentos e suas ideias ao longo de sua vida, permitindo que haja mudanças em sua história pessoal para que ele não fique preso ao seu passado” (DOS REIS; PIACENTIN, 2017, p. 80)

(intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas), bem como busca salvaguardar o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2 Teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais aplicável ao direito ao esquecimento

3.2.1 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Um primeiro aspecto a ser analisado trata da imprescindibilidade para o presente estudo de apresentar os principais fundamentos acerca da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁶, a fim de que se possa mais adiante enfrentar a problemática proposta, a colisão de dois direitos fundamentais na relação entre particulares.

A constitucionalização do direito remete à ideia central de irradiação dos efeitos das normas ou valores constitucionais para outras áreas do direito⁷. A principal consequência da constitucionalização reside na vinculação das relações entre particulares aos direitos fundamentais, o que se convencionou denominar de efeito ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁸, nomenclatura em contraposição àquela que designa a tradicional vinculação dos direitos fundamentais, relação Estado e cidadão, que em razão da verticalidade dos sujeitos relacionais é denominada de eficácia vertical dos direitos fundamentais (SILVA, 2014, p. 38).

6 Para aprofundar o tema, consultar: Silva (2017); Dias e Torres (2020) e Dias e Santiago (2015).

7 De igual forma, Daniel Sarmiento aponta que: “um fenômeno relativamente recente no país tem provocado uma profunda alteração em todos os ramos do Direito: a constitucionalização do ordenamento jurídico. É praticamente impossível encontrar hoje um processo judicial em qualquer área – civil, penal, trabalhista, etc- em que a Constituição não seja em algum momento invocada pelas partes do litígio e depois empregada pelo juiz ou tribunal na fundamentação da decisão” (SARMENTO, 2006, p. 167)

8 Apesar da terminologia eficácia (efeitos horizontais dos direitos fundamentais) ser bastante difundida na doutrina, Virgílio Afonso da Silva por sua vez, adota “os direitos fundamentais nas relações entre particulares”, no entanto aponta existem outras denominações, como: Relações privadas, interindividuais. Esta última o autor faz a crítica relativa à exclusão das pessoas jurídicas ao falar em relação entre indivíduos. A primeira, segundo ele peca por excluir as relações trabalhistas, que não relações privadas (SILVA, 2014, p. 54).

Nessa perspectiva, a constituição alemã adotou um modelo liberal de direitos fundamentais, no sentido que preconizou liberdades públicas aos cidadãos prevendo expressamente (art. 1, III) que os direitos fundamentais “vinculam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” (SILVA, 2014, p. 139).

Diversamente a Constituição brasileira de 1988, apesar de não constar dispositivo expreso quanto a quem vincularia os direitos fundamentais nela previstos, foi além do modelo Alemão e previu a proteção de outros direitos fundamentais, a saber: sociais, econômicos, dos trabalhadores, entre outros) “cuja razão de ser se encontra muito mais nas relações entre particulares do que na relação Estado-indivíduo” (SILVA, 2014, p. 139).

Assim, no âmbito do direito constitucional uma das principais mudanças de paradigma verificada foi a aceitação que não somente o Estado pode violar direitos fundamentais como também os próprios indivíduos nas relações entre si podem fazê-lo.

A partir dessa mudança, abriu-se a possibilidade de se discutir a constitucionalização do direito e a superação que os efeitos dos direitos fundamentais estariam adstritos, apenas nas relações entre Estado-particular (SILVA, 2014, p. 52).

Isto posto, valendo dos ensinamentos de Daniel Sarmento convencionou-se denominar eficácia horizontal dos direitos fundamentais a situação jurídica em que os direitos fundamentais “não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre Estado e cidadão, mas incidem também sobre as relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal” (SARMENTO, 2004, p. 5).

É preciso pontuar que apesar de não ser problemática a aceitação dessa vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares emerge dois problemas principais.

O primeiro, diz respeito à problemática conciliação entre direitos fundamentais e o direito privado, tendo em vista o aparente litígio dos pressupostos dessas duas categorias, àquele fundado em características

como a irrenunciabilidade e a inegociabilidade, enquanto este vigente sob o pálio da autonomia privada. Ou seja, a conformação de ambas categorias parte de pressupostos radicalmente inversos, consoante adverte Virgílio Afonso da Silva: “a relação entre direitos fundamentais e direito privado pode ser uma relação problemática e conflituosa. Isso porque ambas as categorias de direitos se fundam em premissas absolutamente diversas” (SILVA, 2014, p. 50).

O segundo problema a ser enfrenado cinge-se à forma (ou modelo) de vinculação dos particulares quando envolvido direitos fundamentais. E nesse aspecto, assim sintetiza Daniel Sarmiento: “mas, se parece hoje inquestionável a necessidade de extensão dos direitos fundamentais à arena das relações privadas, muito mais polêmica é a forma e a intensidade desta incidência” (SARMENTO, 2004, p. 5).

Assim sendo, especificamente quanto a essa segunda problemática acima introduzida será dedicada atenção no tópico seguinte, apresentando os modelos ou formas eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O problema que circunda a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não é de fácil solução, mormente diante da não tão fértil produção doutrinária. Acrescente-se, ainda, que daqueles que se dedicaram a tratar sobre o tema no Brasil apresentaram trabalhos cuja não uniformidade do modelo adotado é o que prevalece.

Isto posto, neste tópico, longe de esgotar o tema pretende-se fazer uma breve exposição dos modelos mais consensualmente aceitos para subsidiar a adoção de um desses modelos, a fim de que se possa contribuir para a construção de um cenário de defesa da aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação privada, quando presente o multicitado direito ao esquecimento.

a) Teorias da Negação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A primeira linha teórica a ser explicitada trata-se em verdade de uma não-teoria, uma vez que não admite a possibilidade de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Desde já, deve ser registrado que essas teorias não recebem grande respaldo na atualidade, principalmente, na doutrina brasileira. Virgílio Afonso da Silva aponta a existência de dois modelos de negação que merecem destaque, são eles: teoria da *state action* e de Schwabe, no entanto o citado autor faz a seguinte advertência sobre esses dois modelos:

Ambos têm uma característica comum, que reside no fato de negarem, à primeira vista, a possibilidade de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Mas essa negação, nos dois casos, apenas aparente, um artifício. Esse artifício consiste ou em imputar ao Estado a responsabilidade por atos privados ou em equiparar esses últimos aos atos estatais (SILVA, 2014, p. 98).

A primeira teoria é a da *state action*, eminentemente de caráter liberal, criada e praticamente unanimemente aceita pela doutrina e jurisprudência norte-americana, apregoa que os direitos fundamentais estabelecem limitações apenas para o Estado, não podendo ser atribuído para os particulares direitos que sejam vindicados frente a outros particulares (SARMENTO, 2004, p. 227).

Já a segunda teoria de origem alemã foi teorizada por Schwabe e defende que:

Ao contrário do que acontece na doutrina da *State action*, em que as ações privadas são equiparadas a ações estatais com o fim de vinculá-las às disposições de direitos fundamentais, a teoria de Schwabe “libera” o particular dessa vinculação e imputa seus atos diretamente ao Estado (SILVA, 2014, p. 104).

A conclusão alcançada é que a negação da vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, seguindo os ditames das teorias acima explicitadas resultaria nos mesmos efeitos que teria se se admitisse a

vinculação, ou seja, nesse caso há a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ainda que transversalmente.

b) Eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

O modelo de eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares adveio da doutrina alemã Gunter Durig e tornou-se até a atualidade a concepção dominante naquele país, tanto na doutrina quanto na jurisprudência (SARMENTO, 2004, p. 238).

A base desse modelo reside no fato de haver uma tendência de conflito entre os direitos fundamentais e a autonomia privada nas relações entre particulares, e visando evitar a prevalência de um sobre o outro a solução encontrada foi que a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas deve se dar através de uma mediação legislativa, oriunda do próprio direito privado (SILVA, 2014, p. 76).

Nessa senda, Daniel Sarmento explica que:

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição [...]. A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional (SARMENTO, 2004, p. 239).

Em suma, o modelo de efeitos indiretos (ou eficácia indireta ou mediata) sustenta que as normas de Direitos Fundamentais exercem uma influência na interpretação das normas infraconstitucionais. Para essa teoria, os direitos fundamentais produzem, sim, efeitos nas relações privadas, no entanto, esses são indiretos obtidos através de uma reinter-

pretação do direito infraconstitucional privado refutando-se, apenas, a aplicabilidade direta nessas relações.

c) Eficácia (ou aplicabilidade) direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

A teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais teve como seu idealizador e principal defensor o alemão Hans Carl Nipperdey, na década de 50 do século passado. Para esse autor, o modelo direto de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas seria a melhor opção a ser adotada, tendo em vista que os direitos fundamentais apresentam efeito absoluto⁹ e, portanto, independem de ação intermediária legislativa para que tenham aplicabilidade imediata em relações travadas apenas entre particulares (SILVA, 2014, p. 87).

Inobstante esta teoria não tenha encontrado adesão majoritária na Alemanha, sua aceitação é prevalente em países como Espanha e Portugal (SARMENTO, 2004, p. 246). No Brasil, a doutrina majoritária parece inclinar-se para a adesão a este modelo, a exemplo de Ingo Sarlet, Carlos Roberto Siqueira Castro, Daniel Sarmiento e Wilson Steinmetz.

Na linha de aplicabilidade direta de direitos fundamentais nas relações privadas, Ingo Sarlet entende que a própria Constituição Federal de 1988, através do art. 5º, §1º¹⁰, conferiu aplicabilidade direta e imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, desse modo, refutando a crítica a este modelo no sentido que a autonomia privada seria relegada pelo argumento de que no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada a solução advém de uma análise tópico-sistemática, com base nas circunstância do caso concreto (SARLET, 2009, p. 383).

9 Note-se que Virgílio Afonso da Silva apresentando a teoria desenvolvida por Nipperdey esclarece que o efeito “absoluto” defendido por Nipperdey não se refere à características dos direitos fundamentais como direitos absolutos (SILVA, 2014, p. 87).

10 Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Não obstante este posicionamento tenha ressonância em grande parte da doutrina brasileira, convém mencionar a crítica feita por Virgílio Afonso da Silva ao fundamento utilizado por Ingo Sarlet e por Leonardo Mattietto para sustentar a aplicabilidade direta. Afirma haver uma confusão desses dois autores entre eficácia dos direitos fundamentais, sua forma de produção de efeitos e seu âmbito de aplicação. Aduz que, o texto constitucional quando fala em aplicação imediata diz respeito à capacidade de produzir efeitos desde já (“aplicação imediata”) e não estabelece sobre quais relações jurídicas sofrerão seus efeitos, se somente entre Estado-indivíduo ou se ampliaria para as relações indivíduo-indivíduo (SILVA, 2014, p. 57).

Por todo o exposto, tem-se que ao sustentar o modelo direto, presuppõe-se que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e imediata às relações privadas, sendo dispensada, dessa forma, a necessidade de mediação legislativa.

d) Um modelo misto: a proposta de um modelo adequado na visão de Virgílio Afonso da Silva

A questão problemática da falta de uniformidade e definição do modelo de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares conduziu Virgílio Afonso da Silva a desenvolver como tese de livre docência na USP, uma “solução diferenciada”, um modelo flexível. Para tanto utilizando do chamado “empréstimo constitucional”¹¹ realizou devidas adaptações e propôs um modelo adequado para enfrentar a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (SILVA, 2014, p. 134-135).

11 Trata-se de uma: “influência constitucional entre diversos países” (SILVA, 2014, p. 135).

Para propor o seu modelo adequado Virgílio Afonso da Silva tem como ponto de partida o chamado modelo em três níveis¹² criado por Alexy. Para aquele autor, somente com a adoção de um modelo diferenciado seria possível enquadrar as diversas situações em que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares. O modelo é diferenciado por que apesar de partir daquele idealizado por Alexy o autor brasileiro aponta um aspecto distintivo que é “em boa parte dos casos, a escolha por efeitos indiretos ou por uma aplicação direta não depende exclusivamente de estratégias argumentativas, mas da existência ou não de mediação legislativa entre os direitos fundamentais e a relação entre particulares (SILVA, 2014, p. 145).

Feitas tais considerações passa-se à explicitação deste modelo adequado. Tal modelo, diversamente daquele proposto por Alexy não apresenta, em si, três níveis. Trata-se de uma teoria intermediária, composto por dois níveis¹³, apresentando-se a partir de uma ideia de subsidiariedade, ou seja, caso o primeiro nível não seja suficiente para a aplicação, passa-se para o próximo nível.

Este modelo idealizado por Virgílio Afonso da Silva tem como primeiro nível o dos efeitos indiretos, que seria a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, através da mediação legislativa e da interpretação do direito privado.

12 ALEXY parte da constatação que o problema dos modelos de explicação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares reside no fato que pretendem ser completos e satisfatório ao fenômeno. E segundo ele isoladamente nenhum dos modelos tem o condão de conseguir ser alçado como o correto. Para ele a resposta adequada tem que reunir todos os modelos, e assim seria necessário um modelo em três níveis, que seriam: (1) o do dever estatal; (2) o dos direitos em face do Estado; (3) o das relações jurídicas entre particulares (SILVA, 2014, p. 144).

13 Para a escolha de um dos níveis é importante a observação feita por Virgílio Afonso da Silva: “Mas, ao contrário do que Alexy sustenta, não é sempre um mero problema de conveniência e oportunidade na argumentação jurídica a opção por um dos níveis do modelo em três níveis. Há circunstâncias externas à argumentação, especialmente o material normativo disponível, que condicionam a opção por um dos níveis. Assim, em boa parte dos casos, a escolha por efeitos indiretos ou por uma aplicação direta não depende exclusivamente de estratégias argumentativas, mas da existência ou não de mediação legislativa entre os direitos fundamentais e a relação entre particulares” (SILVA, 2014, p. 145).

Não sendo o caso de se enquadrar no nível acima descrito, efeitos indiretos, quando não haja mediação de lei ou havendo a lei não seja suficiente adotar-se-ia a aplicabilidade direta. No entanto, é neste segundo nível que o seu idealizador mostra-se mais relutante quanto a adoção aduzindo que: “é na aplicabilidade direta, portanto, que os problemas se tornam mais agudos, pois nesses casos que os direitos fundamentais mais diretamente se chocam com a autonomia privada” (SILVA, 2014, p. 148).

Assim sendo, para balancear essa tensão entre aplicação direta dos direitos fundamentais e a autonomia privada o autor defende o estabelecimento de critérios, quais sejam: análise do grau de autonomia real das partes envolvidas no conflito e sequencialmente, caso primeiro critério não seja satisfeito, a precedência *prima facie* da autonomia privada frente a eventuais direitos fundamentais envolvidos (SILVA, 2014, p. 153-166).

Assim, conclui-se que o “modelo adequado”, nos moldes proposto por Virgílio Afonso da Silva refere-se, em verdade, a um modelo misto, em que há a prevalência da forma de efeitos indiretos e, somente se a aplicação deste não for possível que se adotaria a aplicabilidade direta, condicionada à observância de alguns critérios, conforme demonstrado. Ademais, entende-se que ante a excessiva preocupação com a preservação da autonomia privada, esposada pelo autor, este modelo adequado mais coaduna-se com a utilização em relações contratuais encerradas no âmbito privado.

Já para os casos de conflito entre direitos fundamentais nas relações entre particulares, embora o multicitado autor entenda ser também aplicável sua teoria, ousa-se aqui divergir, uma vez que não estaria presente o principal elemento que fundamenta as críticas do autor ao modelo da eficácia direta, que seria a autonomia privada. Nem todas as colisões de direitos fundamentais relações entre particulares é advinda da autonomia privada no âmbito de uma relação contratual, a exemplo de colisão entre os direitos fundamentais à honra e à liberdade de expressão, que na maioria das vezes acontece na relação cidadão-cidadão.

3.2.2 A aplicação do direito ao esquecimento nas relações privadas

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais preceitua que tais direitos devem ser respeitados, também, nas relações entre particulares. Nesse cenário, a aplicação dessa teoria pressupõe, em grande parte dos casos, a colisão de direitos em relações jurídicas não contratuais, tendo em vista que “os casos mais corriqueiros nesse sentido envolvem a liberdade de expressão e o direito à honra” (SILVA, 2014, P. 166).

Com efeito, o direito ao esquecimento aqui sustentado como um direito fundamental corolário do direito individual à privacidade, na maioria das vezes, revela para sua efetivação nas relações sociais a necessidade da aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tendo em vista a feição privada dos conflitos inerentes ao direito à privacidade e a liberdade de informação.

No Brasil, inobstante a incipiência do desenvolvimento do tema em sede doutrinária e, ainda, considerando a omissão do texto constitucional quanto à vinculação expressa dos particulares aos direitos fundamentais tem-se que a doutrina aceita tal aplicabilidade nas relações privadas, bem como o Supremo Tribunal Federal possui vários precedentes indicando essa tendência, considerando a preservação em última análise do princípio da dignidade da pessoa humana (NOVELINO, 2006, p. 85).

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal há mais de uma década vem entendendo que os direitos fundamentais previstos na Constituição não vinculam diretamente apenas o poder público, e sim pode ser extensível aos particulares. Firmou-se, então, esse entendimento em um precedente¹⁴ levado a julgamento da Suprema Corte, em que o sócio de uma associação sem fins lucrativos foi expulso da sociedade sem que

14 Registre-se para fins de conhecimento a ementa do julgamento mencionado: “SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁ-

lhe houvesse sido conferido o direito a ampla defesa. A Excelsa corte firmou a tese que a autonomia privada está limitada pela observância dos princípios constitucionais, mormente, aqueles que expressam a proteção de direitos fundamentais.

Vê-se, portanto, a partir do citado precedente que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se para a aplicação direta dos direitos fundamentais, também, nas relações entre particulares, o que fazem-

CIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e V, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO* (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 201819 RJ).

do as devidas adaptações tem reflexo na aplicação de normas de direito empresarial infraconstitucional, em especial aquelas relativas a direitos societários, que devem à luz do entendimento acima esposado estar em conformidade com os preceitos, princípios e valores constitucionais.

Dessa forma, o direito de ser deixado em paz, direito fundamental corolário do direito à privacidade, pode ser vindicado nas relações privadas, quando o exercício da liberdade de informação extrapola os limites, através da divulgação de fatos ou notícias pretéritas sem que se permaneça no presente o interesse dessa reprodução.

Portanto, a efetivação do direito ao esquecimento passa por uma colisão de direitos fundamentais na relação interprivada. Pode ocorrer a violação do direito ao esquecimento por empresas de comunicação, a exemplo de jornais, revista, sites de notícias, emissoras de televisão e rádio, entre outras, em casos em que não há uma relação jurídica anterior entre as partes envolvidas, ou seja, tratando-se de uma relação extracontratual.

Quando a reivindicação do direito ao esquecimento se dá no meio virtual, surge um novo agente que pode ser demandado para a satisfação deste direito, trata-se dos provedores de busca na internet, que podem remover, excluir, ocultar ou filtrar os conteúdos apontados pelo ofendido como violadores do seu direito de ser esquecido. São também chamados de sites buscadores, a exemplo do Google, Bing, Yahoo, entre outros e levando em consideração o decidido no paradigmático caso levado a julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia tem-se que são os responsáveis pela remoção (desindexação) de links, quando estiver presente um caso de direito ao esquecimento.

Logo, nessa situação pode-se afirmar a existência de uma dupla vinculação de direitos fundamentais no conflito entre o esquecimento e a liberdade de informação. Existe a produção de efeitos nesta relação entre particulares como uma via de mão dupla, vez que cada parte envolvida nesse conflito pode suscitar como fundamento para o direito que vindica, a proteção de um direito fundamental.

Portanto, trata-se de uma vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas por excelência, em razão desta dupla invocação de direitos fundamentais que, somente, pode ser resolvida pelo sopesamento de tais direitos pela lei da ponderação de interesses.

Conforme, já assentado, atualmente no Brasil é aceita quase forma consensual a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. No entanto, o ato consequente à essa vinculação diz respeito a forma desta incidência. Desse modo, partindo dos modelos de eficácia horizontal alhures apresentados, dentre os mais consensualmente aceitos, chega-se ao momento de apontar um desses modelos, que se apresente como mais consentâneo à defesa da aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação privada entre a pessoa (seja física ou jurídica) e os provedores de busca na internet e/ou empresas de comunicação, que defendem na sua atividade o direito à liberdade de informação.

O primeiro modelo, o não-modelo, não admite essa vinculação dos direitos fundamentais aos particulares devendo ser de pronto rechaçado, considerando que no atual momento do Estado constitucional não há como restringir a aplicação dos direitos fundamentais, apenas nas relações em que o Estado esteja presente. Indubitavelmente os particulares, também, violam direitos fundamentais nas suas relações. Ademais, a imputação ou a equiparação de atos particulares como se fossem estatais para sustentar a negação da eficácia horizontal não passa de um subterfúgio para se sustentar um modelo que finalisticamente resultaria nos mesmos efeitos, se admitisse a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Quanto ao modelo dos efeitos indiretos, ao inadmitir o ingresso dos direitos fundamentais no direito privado diretamente como um direito subjetivo necessitando de uma mediação legislativa peca por subjugar o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que tem especial aplicação na interpretação de direitos fundamentais. Acrescente-se, especificamente no tocante aos direitos fundamentais em colisão aqui tratados, não há sentido em defender a eficácia indire-

ta, tendo em vista que o principal argumento favorável à sua aplicação, a supressão da autonomia privada, não se aplicaria ao caso do direito à desindexação, pois não está presente, no caso, uma relação privada contratual, e sim uma nítida colisão de direitos fundamentais oriunda de relação não contratual como expressões de liberdades públicas. Logo, a discussão travada pelos defensores desta corrente não encontra ressonância na colisão dos direitos fundamentais ao esquecimento e da liberdade de informação ou comunicação.

No tocante ao modelo alternativo, nominado por Virgílio Afonso da Silva como um modelo adequado, também não seria a forma de aplicação mais conveniente para a colisão dos direitos em questão. Em primeiro lugar, o escalonamento de dois níveis para os modelos de aplicação, cujo primeiro nível seria a verificação de existência ou não de mediação legislativa reflete uma prevalência ao modelo indireto, cujas críticas já foram aqui especificadas. No segundo nível defendido, o de aplicabilidade direta, tem-se a não admissão da ponderação como forma de solução para a colisão dos princípios, diversamente do que a maioria da doutrina defende como solução para a colisão de princípios presente quando se trata de direito ao esquecimento. Em segundo lugar, a despeito da recorrente preocupação com a preservação da autonomia privada, externada pelo autor, o seu modelo adequado não é compatível em sua totalidade com as relações não contratuais, como se caracteriza o direito ao esquecimento, que envolve uma relação privada entre o provedor de internet e/ou empresa de comunicação de um lado e do outro a pessoa que teve sua privacidade violada.

Por fim, a eficácia (ou aplicabilidade) direta dos direitos fundamentais nas relações privadas mostra-se como o modelo mais adequado para aplicação no sistema jurídico-constitucional brasileiro pelas razões que se passa a expor. A aplicabilidade direta é a que mais se aproxima com os valores insertos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que expressa uma preocupação com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais e para tanto a hermenêutica constitucional

deve ser voltada à máxima efetividade das normas fundamentais, razão pela qual a aplicabilidade direta do direito ao esquecimento e do direito à liberdade de informação é a medida que se impõe neste cenário. A imposição de uma mediação legislativa para que se possa reivindicar a aplicação de um direito fundamental em uma realidade constitucional como a do Brasil poderia, certamente, inviabilizar tais direitos nas relações entre particulares, vez que nem sempre a atividade legislativa acompanha a velocidade das mudanças ou das necessidades sociais.

Ao comentar a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais em um precedente paradigmático do Supremo Tribunal Federal, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto observam que:

Muito embora uma eficácia direta não tenha sido limitada às situações em que se verifica um desequilíbrio de condições e entre as partes envolvidas no conflito, em virtude da existência de atores privados poderosos (que têm maior capacidade de influir mesmo o processo legislativo ou a ação estatal em geral) ou que exercem atividades que podem ser em parte equiparadas e reconduzidas ao Estado; no caso da Internet, esse fato assume uma relevância peculiar e que deve pautar o entendimento com relação ao tema (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 91).

Portanto, ante a presença de um desequilíbrio patente e da relevância da proteção do direito ao esquecimento, quando para sua efetivação encontra-se no outro lado da relação privada os provedores de internet e/ou empresas de comunicação, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, aqui especificamente referindo-se ao direito de ser deixado em paz e o direito à liberdade de informação torna-a ainda mais premente. A partir dessa pressuposição, utiliza-se a técnica de ponderação de interesses de modo que, com os critérios sugeridos neste estudo encontra-se no caso concreto o direito, cujo grau maior de necessidade de sua realização justifique a não realização do direito com ele colidente.

A defesa de um direito ao esquecimento, principalmente, no ambiente virtual pode gerar desconfiança quanto a sua efetividade. Daí pode surgir a indagação: a implementação efetiva do direito ao esquecimento diretamente pelos provedores de busca na internet constitui uma utopia?

Para a resposta dessa pergunta é necessário fixar algumas premissas.

A difusão na rede mundial de computadores de páginas contendo notícias, informações e conteúdos abusivos ou que afetam direito alheio é uma prática quase sem volta. Uma vez publicada na internet, a remoção, ocultação ou atribuição de filtros dessas informações depende da atuação de empresas provedoras de site de busca, a exemplo do Google, Yahoo, Bing, entre outros.

Na nossa atual sociedade cognominada, sociedade de informação, a internet destaca-se como um dos principais meios de comunicação. E com esse avanço tecnológico surgem problemas sociais que necessitam da intervenção do Direito para dirimir o conflito daí advindo.

É inegável o quanto pode ser prejudicial para uma pessoa ter contra si informações ou conteúdos que atinjam negativamente sua vida privada publicados na internet, principalmente, quando tal divulgação for realizada de forma extemporânea, reavivando informações pretéritas que atingem o direito da pessoa humana “de ser esquecida”.

A partir desse cenário, tem-se que a invocação do direito ao esquecimento (direito à desindexação) na internet depende para sua efetivação de uma atividade comissiva dos provedores de busca na internet.

No que pertine à efetiva instrumentalização da aplicação do direito ao esquecimento pode-se utilizar como fundamento para persuadir os *sites* buscadores que, sua atuação como ente empresarial deve estar pautada no respeito aos direitos fundamentais nas relações privadas como decorrência da constitucionalização do direito. Este fenômeno propiciou como um dos seus principais efeitos a construção de uma teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo essa pre-

tensão de irradiação de valores e normas constitucionais para os diversos ramos do direito nada mais do que uma utopia, conforme conclui Daniel Sarmento:

Em verdade, a teoria constitucional precisa da utopia porque as constituições também pretendem falar ao coração das pessoas, inspirando algum “sentimento constitucional” entre os cidadãos. E o que é a constitucionalização do Direito – esse projeto grandioso de remodelar toda a ordem jurídica para dar-lhe uma fisionomia compatível com os valores constitucionais de igualdade, liberdade, dignidade humana e solidariedade- senão uma bela utopia? (SARMENTO, 2006, p. 204)

Paulo Ferreira da Cunha aduz que no vernáculo utopia tem o significado de “sonho”, “quimera”, termo que usualmente tem uma conotação negativa entre as pessoas cétricas e, por outro lado, uma conotação positiva para os sonhadores. Fato é que, independente da conotação, trata-se de algo realizável, hoje pode não ter aceitação, mas amanhã pode tê-la e, portanto, não pode ser tratada apenas como uma quimera e sim como uma realidade apelativa que pode tornar concreto o que se reivindica (CUNHA, 1996, p. 69-78).

Por outro lado, Daniel Sarmento pondera que:

Porém é preciso também um certo cuidado com as utopias. As utopias acalentam o espírito e sinalizam caminhos, mas, em excesso, podem aprisionar ou tornarem-se verdadeiras distopias. Uma teoria constitucional que se oriente apenas à promoção de uma utopia, por mais inspiradora que esta seja, pode facilmente converter-se numa camisa-de-força. E a Constituição não é, nem deve ser, a tábua fundamental de uma religião civil, na qual estejam escritos para todo e sempre os caminhos que levam a salvação da nação. (SARMENTO, 2006, p. 205)

Para ilustrar essa visão utópica, Paulo Ferreira da Cunha salienta que:

Ao contrário dos que pensam que a utopia é uma espécie de visão do mundo futuro – encarado este, portanto, como um dado, um arquétipo que aos iluminados seria dado contemplar *a priori* -, consideramos que a grande vantagem da utopia está em influir sobre a história presente, e assim actuar sobre a constituição do futuro (CUNHA, 1996, p.98).

Assim, ainda que a utopia pareça “muito irreal e muito racional para ser real” (CUNHA, 1996, p.98), em resposta à indagação feita linhas acima pode-se afirmar que é sim utópica a pretensão de que as grandes corporações sites buscadores na internet adotem uma nova visão quanto ao direito à desindexação no meio virtual, para além de visar a sempre bem-vinda liberdade de informação, considerem também a importância da aceitação da aplicação privada do direito fundamental ao esquecimento como corolário da privacidade, tão necessária para uma manutenção benéfica das relações sociais.

A utopia não é algo irrealizável e para se alcançar algo grandioso nada melhor do que se começar por uma grande utopia. É o que se propõe.

4 Os direitos da personalidade e o direito ao esquecimento

4.1 Os Direitos da personalidade no Brasil

O ponto de partida para a pesquisa sobre direito da personalidade no Brasil deve ser o estabelecimento de um pressuposto: o estudo aprofundado sobre os direitos da personalidade na literatura nacional é reduzido, somente com o advento do Código Civil 2002 alguns autores começaram a dispensar atenção ao tema.

Isto posto, cumpre numa linha progressiva da explicitação dos direitos da personalidade iniciar a sua análise pela gênese de tal direito no país.

O Brasil foi descoberto em 1500 pelos portugueses, mas somente foi colonizado a partir de 1530, por uma expedição chefiada por Martin Afonso da Silva. Em 1531, na fase inicial da Brasil colônia vigia em Portugal as Ordenações Manuelinas e por consequência estas foram o primeiro estatuto jurídico do Brasil ao lado das cartas régias, cartas de foral e das cartas de doação (SZANIAWSKI, 2005, p. 130).

No Século XIII, influenciado por Justiniano, D. João I ordenou a codificação portuguesa que somente foi finalizada no reinado de D. Afonso V, em 1446, e por isso esse ordenamento ficou conhecido como Ordenações Afonsinas. As Ordenações Afonsinas utilizavam as regras de proteção da personalidade humana do direito romano de Justiniano, assim entrou no direito português a cláusula geral de direito da personalidade, a partir da *iniura* romana (SZANIAWSKI, 2005, p. 130-135).

Posteriormente, em 1521, estas fontes constituíram as Ordenações Manuelinas que, em si, tratou-se apenas de uma revisão e atualização das Ordenações Afonsinas, continuando a tratar da cláusula geral de personalidade, através da *iniurarium justiniana*. Com a chegada ao poder de D. Felipe II foi por este determinada a atualização das ordenações, basicamente, consistindo na reunião em um mesmo ordenamento das Ordenações Manuelinas, da coleção de Leis extravagantes de Duarte Nunes de Leão e das leis, dos decretos e cartas régias publicadas posteriormente às leis extravagantes que integravam as Ordenações Filipinas. Assim, as Ordenações Filipinas vigeram até o advento do Iluminismo e declínio das tradições romanas (SZANIAWSKI, 2005, p. 130-135).

Portanto, fixados tais marcos históricos vê-se que a tutela da personalidade no direito brasileiro teve sua gênese na *actio iniurarium* prevista nas ordenações do reino, cuja vigência no Brasil iniciou-se em 1532 estendendo-se até o advento do Código Civil de 1916.

O Código Civil de 1916 influenciado pela doutrina alemã que, não reconhecia a categoria de direitos da personalidade, também não previu em seu texto o tratamento dos direitos da personalidade. Tratando-se de um código eminentemente patrimonialista, individualista,

optou por tutelar o direito patrimonial e, por sua vez, os direitos de personalidade tiveram sua tutela transferida para a esfera penal (SZANIAWSKI, 2005, p.135).

Quanto à tutela da personalidade na Constituição Federal de 1988 é importante destacar a inexistência em todo o texto de uma cláusula geral expressa da personalidade. Contudo, é possível extrair a tutela da personalidade jurídica a partir do princípio da dignidade humana e prevalência dos direitos fundamentais do homem tratados como Princípios Fundamentais da República, no Título I da lei maior.

Dessa forma, a Constituição apesar de não ter expressamente inserido dispositivo para proteção da personalidade possui como cláusula geral dessa tutela, o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Elimar Szaniawski, tal lacuna foi uma opção do constituinte de construir um sistema de tutela da personalidade a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e outros princípios fundamentais espalhados pelo texto (SZANIAWSKI, 2005, p.136).

Com efeito, para tratar com mais detalhe sobre o princípio da dignidade da pessoa humana é relevante assentar que o seu conceito é de difícil sistematização, pois é fluido, por isso se confunde com o conceito de personalidade. Logo, juridicamente considerado um atributo da pessoa humana, a dignidade é o núcleo essencial dos direitos humanos. Trata-se de um “supraprincípio”, visto que é considerado o mais importante fundamento de todo o sistema constitucional brasileiro (SZANIAWSKI, 2005, p.141).

A partir do princípio matriz, dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 especializou alguns direitos de personalidade, previstos como garantias fundamentais do cidadão. Destaque para os direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

No âmbito infraconstitucional, a tutela da personalidade jurídica encontrou albergue no Direito Civil com a entrada do Código Civil de 2002, a partir do qual foi positivada normas que disciplinam o tema, em especial os artigos 11 a 21 daquele diploma legislativo.

O tratamento dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002 é casuístico, filiando-se à teoria tipificadora e fracionária do direito da personalidade (tipificações de direitos específicos da personalidade nos artigos 13 a 21). Destaque-se que, inobstante o avanço alcançado com este diploma, somente o art. 12 constitui uma verdadeira e elogiável cláusula geral, devendo o legislador ter previsto ao lado desta cláusula geral, direitos especiais de personalidade como cláusulas gerais menores (SZANIAWSKI, 2005, p.178-179).

4.2 Direito ao esquecimento: um direito autônomo da personalidade?

Os direitos da personalidade como decorrência dos direitos fundamentais da pessoa, em verdade constituem uma liberdade pública, ou seja, garantias das pessoas contra a indevida ingerência do Estado em seus direitos de liberdade. Com efeito, a tutela da personalidade jurídica é fundada no princípio da dignidade humana e prevalência dos direitos fundamentais do homem, tratados como Princípios Fundamentais da República.

Interessante é a perspectiva apontada por FERRIANI (2016, p. 212) em sua tese de doutorado que toma por pressuposto que os direitos da personalidade podem ser tidos como direito natural e por isso não apresentam um rol taxativo:

São direitos inerentes à pessoa humana, independentemente de posituação. A teoria do direito geral da personalidade reduz estes direitos a uma figura unitária, objeto de tutela jurídica geral, com base na quantidade de tipos de ofensas possíveis aos direitos da personalidade. Por isso, admite a inserção de novos conceitos, como o do direito ao esquecimento.

Especificamente, quanto ao direito ao esquecimento existe grande controvérsia na doutrina acerca da sua caracterização como um direito

autônomo da personalidade ou como um direito da personalidade derivado de outros como direito à privacidade.

A primeira corrente¹⁵, tida por majoritária, defende a autonomia do direito ao esquecimento, sendo, no entanto, corolário de outros direitos da personalidade, principalmente do direito à privacidade. Nesse sentido, Sarlet e Ferreira Neto (2019, p. 70) destacam que: “primeiramente, cabe ressaltar que o direito ao ‘esquecimento’ não deve ser compreendido como sendo uma simples especificação do direito à privacidade nem uma derivação do direito de proteção de dados, mesmo que com esses mantenha uma clara relação”. Igualmente, Maria Helena Diniz inclui o direito de ser deixado em paz no rol dos direitos à integridade moral, razão pela qual o considera como um direito da personalidade implícito (DINIZ, 2017, p. 9)

Por outro lado, há quem defenda que se trata de um direito da personalidade, mas não reconhece sua autonomia. É o caso de Bezerra Junior (2018, p. 95), afirmando que:

Com efeito, ainda que se reafirme a dispensa de um necessário enquadramento do bem jurídico da personalidade em figuras típicas previamente elencadas, de forma exaustiva, na legislação especial, admitir a simples alegação de ofensa a um direito geral ao esquecimento, como direito autônomo e de proporções imensuráveis, acarretaria o surgimento de um direito-surpresa, invocável em face de terceiros que sequer conseguiram identifi-

15 São partidários dessa corrente, entre outros: Dotti (1998) e Costa e Daneluzzi (2017, p. 443).

16 Nesse sentido, cumpre citar conclusões expendidas por FERRIANI (2016, p. 207): “Concluindo, o direito ao esquecimento pode ser invocado pelo particular para evitar a violação de direito da personalidade. O Código Civil, em seu artigo 11, proclama a não taxatividade dos direitos da personalidade, e o direito ao esquecimento se enquadra nesta categoria. Está, assim, elucidado que o direito ao esquecimento é uma forma de direito da personalidade que ainda não encontra norma expressa na legislação brasileira. Mas existem outros direitos da personalidade que também não foram ainda positivados e nem por isso perdem esta qualidade ou primazia. O aplicador do direito deve evitar a violação dos direitos da personalidade, quaisquer que sejam eles, tanto os positivados como os não positivados”.

car, com suficiente clareza, a forma de ofensa pessoal intangível a eles imputada no caso concreto, o que sacrifica, sobremaneira, qualquer meio de se contrapor, em defesa, aos argumentos do suposto lesado.

Assim, assentados os principais aspectos tanto dos direitos da personalidade quanto do direito ao esquecimento defende-se que este deve ser considerado um direito da personalidade autônomo, mas umbilicalmente ligado ao direito à privacidade, inserindo-se no rol não taxativo dos direitos da personalidade traduzindo uma proteção ao uso abusivo e não contemporâneo da imagem das pessoas, quando não mais subsiste o interesse social em perpetuá-la.

III

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DA EMPRESA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito empresarial à semelhança de outros ramos historicamente enquadrados no âmbito do direito privado necessitou sofrer uma profunda releitura, a partir dos preceitos axiológicos por ela estabelecidos. A Constituição, a partir de então assumiu o papel central no ordenamento jurídico e dela irradiam efeitos para as normas e valores de todos os ramos de direito, seja público ou privado. Nesse processo, o direito empresarial sofreu significativa influência.

Dessa forma, a releitura dos institutos deste ramo imposta pelos novos paradigmas axiológicos fixados pela lei maior, juntamente com a elevação ao texto constitucional de temas próprios da legislação infraconstitucional permitem conferir ao direito empresarial e mais especificamente, para os fins deste estudo, a atividade empresarial uma dimensão constitucional.

Esse viés constitucional que a atividade empresarial deve observar tem o condão de mudar um paradigma até então dominante relativo à aversão a institutos com caráter eminentemente publicistas, cuja aplicação na seara privada sempre foi motivo de críticas.

Essa separação historicamente teve motivo de existir em razão das posições muito bem definidas e até de certa forma contrapostas do direito público e privado. Ocorre que, com advento do fenômeno da constitucionalização do direito¹ adveio a necessidade de releitura, principal-

1 A constitucionalização do direito e especificamente a do privado tem o condão de transferir "para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter paribus*, o princípio da dignidade da pessoa humana" (FACCHINI NETO, 2003, p. 32).

mente do direito privado, que se viu diante de uma nova realidade, na qual os institutos desses ramos devem ser vistos sob a “lente” de valores existenciais em detrimento do tradicional caráter patrimonial conferido na análise e aplicação dos institutos desse ramo.

A partir da compreensão e aceitação da força normativa da Constituição como um postulado do neoconstitucionalismo foi possível observar um estreitamento da relação com o processo de constitucionalização do direito, mormente do direito privado que historicamente, diante do paradigma da codificação esteve alheio a essa tendência. Por mais que hoje possa parecer um “lugar comum” na dogmática jurídica contemporânea, esse processo sofreu bastante resistência da doutrina de direito privado, principalmente na Europa (SARMENTO, 2004).

A supremacia da constituição e principalmente a concepção que as normas constitucionais podem ser aplicadas às relações privadas, até mesmo sem a necessidade de mediação legislativa conferiram-na como novo centro do direito privado, isto quer dizer, que o sistema de direito privatista antes descentralizado e fragmentado na legislação ordinária passou a ser admitido como um sistema aberto, cujo norte deve ser sempre voltado para a Constituição como matriz de todo ordenamento jurídico (SARMENTO, 2004).

Nessa perspectiva, a atividade empresarial pode sofrer interferências dos preceitos e valores constitucionais que com ela mantenham relação. A nova feição atribuída à atividade empresarial diante do fenômeno da constitucionalização do direito empresarial é muito bem sintetizada por De Pietro (2013, p. 61), *in verbis*:

A atividade empresarial não pode estar dissociada da realidade social e deverá ser exercida em consonância com os interesses sociais e informada pelos princípios constitucionais, a partir de ajustes às distorções de uma vontade que não mais corresponde à visão tradicional dos ideais de uma sociedade individualista e liberal. Eis o reflexo da preocupação com a

reconstrução do ordenamento jurídico, mais sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea. Trata-se da constitucionalização do direito privado, que busca redelinear o direito na pós-modernidade, primando pela interpretação da legislação infraconstitucional sob a ótica das disposições constitucionais. Não se resume em consagrar normas públicas em regras de relações privadas.

Nesse contexto, convém citar no trecho abaixo o entendimento no tocante ao papel dos principais princípios nesse processo de irradiação de valores constitucionais no direito empresarial:

No ramo do direito empresarial é possível apontar como princípios gerais mais importantes a liberdade de iniciativa, a liberdade de competição e a função social da empresa. Por essa razão, referidos princípios assumem o papel de protagonistas na constitucionalização do objeto em estudo, tanto quando ocorrem conflitos entre princípios constitucionais, como quando proporcionam a sintonia entre eles. (VERONESE; OLIVEIRA, 2016, p. 204-205)

Assim sendo, no processo de constitucionalização do direito empresarial ganha destaque a importância da irradiação para a legislação empresarial e adaptação desta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa². Tais princípios são basilares para a nova interpretação que se deve conferir a esse ramo, são verdadeiros valores constitucionalmente atribuídos direta e indiretamente (o caso do princípio da dignidade da pessoa humana) ao direito empresarial.

2 Para mais informações sobre o tema, consultar: Silva (2013).

Desta forma, assentados os argumentos que consolidam essa nova dimensão da atividade empresarial, cumpre firmar, antes de tratar no próximo tópico da clássica teoria da empresa, que a empresa deve estar atenta a essa nova fase constitucional seja para reivindicar novos direitos em seu favor (como por exemplo, o direito ao esquecimento) seja para estar ciente que na atualidade pode lhe ser exigida uma nova postura empresarial, na qual a busca do lucro não pode estar dissociada do papel social que a empresa exerce na sociedade. Esta última função será contextualizada neste estudo, oportunamente, sob a perspectiva da aplicação do direito ao esquecimento pelas empresas provedoras de busca na internet como expressão do princípio da função social da empresa.

1 Teoria da empresa: noções e delimitação do conceito de empresa

O desenvolvimento do tema proposto neste estudo pressupõe fixar bases conceituais e delimitar o conceito de empresa, sob a perspectiva da denominada teoria da empresa. Como ponto de partida propõe-se analisar o seu antecedente histórico até chegar ao atual momento de consolidação desta teoria.

Inicialmente o tratamento da atividade comercial se deu através das chamadas Corporações de Ofício, na Idade Média, caracterizadas pela atuação dos comerciantes. No entanto, apesar de aparentemente o ofício de comerciante remeter a ideia do que hoje conhecemos como empresa, não se deve confundi-los. Destaca-se nesse período a elaboração das primeiras normas comerciais oriundas da própria classe, ante a inexistência de um direito próprio para regular essa atividade. Nessa época, o que definia quem era ou não comerciante era a inscrição na organização chamada, Corporações de Ofício (COELHO, 2019, p. 22-25).

Com o advento da Revolução Francesa, a definição de comerciante passou a ser mais aberta à medida que se admitia que o critério para

essa caracterização não deveria ser a inscrição em uma corporação e sim um critério objetivo que é o exercício de atos de comércio de forma habitual e profissional, conforme ficou preconizado no Código de Napoleão de 1807. Ato seguinte nessa linha histórica foi o surgimento da teoria da empresa, originada na Itália e que propunha a superação da teoria dos atos de comércio visando afastar uma lacuna existente nesta teoria que era a restrição do exercício comercial somente àqueles que exercessem atos de comércio, uma vez que esse conceito impunha restrição a outras atividades, como por exemplo a agricultura, prestação de serviços e etc (COELHO, 2019, p. 22-25).

Assim, a partir da Revolução Industrial, no século XIX saiu de cena no direito comercial a caracterização da atividade comercial, sob o aspecto objetivo que o relacionava aos chamados atos de comércio para dar lugar paulatinamente à teoria da empresa.

Por conseguinte, destaque-se que a globalização econômica vivenciada com maior impulsão a partir da segunda metade do século XX é um processo que não admite reversão. Nesse processo, a empresa sofreu um grande influxo que resultou em uma verdadeira mudança de paradigma em relação à empresa de outrora.

Passada essa fase histórica, ponto essencial no desenvolvimento da teoria da empresa chega-se ao momento de apresentar as principais discussões relacionadas ao conceito e à sua caracterização. É incontestável que as empresas desempenham um importante papel na sociedade atual, como verdadeiras indutoras do desenvolvimento econômico, comercialização e circulação de riquezas.

Foi então com a consolidação da Teoria da Empresa que, a caracterização de uma determinada atividade como empresa passou a ser verificada não pela inclusão em lista fechada de atividades (como o era na antiga teoria dos atos de comércio), e sim com a verificação da presença de determinadas características, tais como, atividade econômica com fins lucrativos, a habitualidade, a organização, a articulação dos fatores de produção e assunção de riscos. Tais requisitos integram o que se con-

vencionou chamar de conceito econômico de empresa, que mais adiante deu sustentação para a construção de um conceito jurídico³ de empresa.

E reside, justamente, no conceito jurídico de empresa uma das grandes controvérsias da área de direito empresarial, considerando a existência de mais de um conceito para caracterizá-lo.

Essa falta uniformidade seja na doutrina seja nos regimes jurídicos dos mais diversos países fez com que um dos maiores especialistas na área, o italiano Alberto Asquini, definisse que a empresa é poliédrica, podendo ser caracterizada em mais de um perfil, de acordo com os elementos que fazem parte da sua existência. Para Asquini (1996, p. 10), a empresa é “um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram”. Logo, conclui que “as definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado” (ASQUINI, 1996, p. 109-110).

Desse modo, a controvérsia acerca do conceito jurídico de empresa fez com que Alberto Asquini fixasse 4 perfis para ela, cada um deles levando em consideração um dos elementos caracterizadores dos conceitos predominantes de empresa: o subjetivo, o objetivo, o funcional e o corporativo.

Assim, para o jurista italiano no perfil subjetivo, a empresa não deve ser confundida com o empresário. O empresário é a pessoa física ou jurídica que exerce a empresa, ou seja, exerce profissionalmente uma atividade. Quanto ao perfil objetivo ou patrimonial, a empresa é considerada como patrimônio e estabelecimento. No terceiro perfil, o funcional, a empresa assume o papel de uma força em movimento, uma atividade empresarial voltada para uma finalidade produtiva. Por fim, no perfil corporativo, a empresa é tratada como instituição, orga-

3 Vg, o conceito de empresa elaborado por TOKARS (2006, p. 80): “organização dos fatores da produção pelo empresário, com vistas ao desenvolvimento de uma atividade profissional tendente à consecução de um resultado lucrativo”. Vê-se nesta conceituação a ênfase a finalidade lucrativa da empresa.

nização de pessoas voltadas para um fim comum (ASQUINI, 1996, p. 109-126)

A ideia fulcral da teoria sustentada por Alberto Asquini é que sob o ponto de vista jurídico não é possível de pronto estabelecer um conceito fechado para empresa, pois a depender do contexto em que estiver envolvida, a empresa pode assumir um perfil específico. Isso não quer dizer que um perfil exclua o outro, pelo contrário tendem a complementar-se.

No Brasil, o sistema jurídico adotou expressamente a teoria da empresa com o advento do Código Civil de 2002 que, apesar de não apresentar um conceito legal para empresa disciplinou o conceito de empresário no seu art. 966⁴, o que em linhas gerais pode ser o ponto de partida para uma interpretação que, contrário senso, alterando o sujeito (empresário), tratado nesta norma, para atividade (empresa), considerará empresa – a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Assim, apesar de ser possível afirmar que a teoria da empresa foi adotada no sistema jurídico brasileiro persiste certa divergência no tocante a definição do perfil de empresa que se refere o art. 966 do CC/02. A doutrina majoritária⁵ defende tratar-se do perfil funcional, a empresa como atividade empresarial. Diversamente, outros autores entendem que a leitura deste artigo leva a caracterizá-lo como expressão do perfil subjetivo, ao tratar empresário como titular da empresa, podendo ser pessoa física ou jurídica⁶.

4 “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL).

5 A exemplo de Coelho (2019); Santa Cruz (2019).

6 Defende Spercel (2005, p. 480): “[...] podemos elencar como exemplos de empresa sob o perfil subjetivo do empresário no Código Civil de 2002, os seguintes artigos, sem destaque nosso o original:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação

Em suma, o fato é que para o direito empresarial brasileiro não há um conceito legal de empresa, mas é possível afirmar que grande parte do sentido em que foi empregado o termo “empresa” na nova codificação civil utilizou-a na acepção de atividade empresarial⁷. Dessa forma, tem-se que a empresa é uma atividade que é exercida por um empresário. Se o empresário for uma pessoa física será denominado de empresário individual, por outro lado se o empresário for uma pessoa jurídica, será sociedade empresária.

Importa mencionar, que o Código Civil ao tratar de pessoas jurídicas elenca, em seu art.44, II como pessoa jurídica de direito privado, as sociedades. A respeito das sociedades cumpre esclarecer que:

[...] as sociedades podem ser simples ou empresárias a depender da complexidade e organização da atividade econômica. São cinco os tipos de sociedades empresárias: nome coletivo, comandita simples, comandita por ações, anônima e limitada (DURÃO; PINTO, 2020, p. 119).

Cada um dos tipos societários acima citados possui características próprias, no entanto para o que aqui se propõe, o aprofundamento delas fugiria à proposta.

Aponte-se, também, que o Código Civil de 2002 prevê, como pessoa jurídica de direito privado a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

Ocorre que, o exercício de empresa poderá ser titularizado por uma pessoa física, no caso o empresário individual. O empresário individual é a pessoa física que exerce a empresa sem a presença de sócios. Atua em nome próprio para desempenhar alguma atividade empresarial. Não age através de nenhuma pessoa jurídica, por isso a responsabilidade por toda a sua atividade empresarial é exclusivamente sua, res-

7 Por exemplo: artigos 974, 1085, 1155, 1172, 1178, 1184 todos do Código Civil de 2002.

pondendo, inclusive, com seus bens pessoais pelas dívidas contraídas pela empresa. Ressalte-se que, apesar de não ser pessoa jurídica para fins tributários o empresário individual, quando efetua o registro na Receita Federal, a ele é atribuído um CNPJ.

Logo, se empresário for pessoa jurídica ele será ou uma sociedade empresária ou uma EIRELI (empresa individual de responsabilidade limitada), já se o empresário for pessoa física estar-se-á diante de um empresário individual.

Assim, diante do tema proposto finaliza-se com a assertiva que na teoria da empresa, empresa e empresário são figuras que na mesma medida que se relacionam não podem ser confundidos. A empresa é atividade econômica organizada⁸, já empresário é a pessoa física ou jurídica que exerce uma empresa (atividade) profissionalmente.

Para o Direito Empresarial não é toda a atividade econômica que será uma empresa. Por exemplo, uma sociedade de médicos, advogados ou de dentistas apesar de ter finalidade lucrativa não são considerados empresa, pois são atividades intelectuais exercidas por profissionais liberais, sem organização empresarial⁹.

Destarte, pode-se afirmar que não são empresários: os profissionais intelectuais (ex: contador, fisioterapeuta, médico e etc); a sociedade simples (Exemplo: sociedade de médicos ou advogados); as sociedades cooperativas e os exercentes de atividade econômica rural.

Destaque-se, no entanto, que existem sociedades que a despeito de seu caráter associativo e finalidade lucrativa, não são personificadas, ou seja, não podem ser consideradas pessoas jurídicas de direito privado,

8 Nesse sentido, é o que defende a teoria funcional de empresa, conforme defendido por grande parte da doutrina empresarial pátria.

9 Nesse sentido, observe-se regra prevista no parágrafo único do art. 966 do CC/02: "Art. 966. [...] Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa" (BRASIL, CÓDIGO CIVIL).

na linha da previsão do art. 44, II do Código Civil de 2002. As Sociedades não personificadas são aquelas formadas por mais de uma pessoa, mas que por um motivo específico não foi levada a registro na junta comercial e, por isso, não estão regularmente constituídas como uma pessoa jurídica. Nesse sentido, elas podem ser de duas espécies: Sociedade em comum e Sociedade em conta de participação.

A Sociedade em comum, antigamente chamada de sociedade de fato ou irregular, é uma sociedade em formação, que já está em atuação, mas não foi formalizada. É considerada empresa pois exerce atividade empresarial, ainda que seja irregular. Por sua vez, a Sociedade em conta de participação é uma sociedade em que um ou mais sócios ficam em posição ostensiva (são conhecidos) e os outros em posição oculta (que são chamados de participantes). É um modelo de sociedade muito utilizado no ramo da Construção Civil, no qual o ostensivo é aquele que constrói o empreendimento e os participantes são aqueles que entram com o dinheiro para a realização da obra (DURÃO; PINTO, 2020, p. 137-141).

A intenção, neste estudo, fazendo essa digressão histórica, não se restringe apenas em apresentar uma revisão bibliográfica em relação aos perfis da empresa, ao estabelecimento do conceito e teorias de empresa adotadas no Brasil, e ainda de firmar a necessária e indispensável base teórica quando se trata da temática empresa. Revela-se, sim, outra pretensão.

O presente estudo finalisticamente está voltado à investigação da aplicação ou não do direito ao esquecimento às empresas. Logo, é imprescindível estabelecer qual o sentido de empresa que será empregado, já que existe como demonstrado mais de um perfil em que ela pode ser utilizada no campo jurídico.

Sem descuidar do tecnicismo jurídico e tendo no horizonte o perfil adotado no sistema jurídico brasileiro tem-se que o estudo da aplicabilidade do direito ao esquecimento às empresas está mais ínsito ao perfil subjetivo de empresa. Não se quer aqui dizer que o conceito funcional de empresa esteja equivocado, pelo contrário, trazendo as lições de ASQUINI (1996, p. 125):

[...]a técnica do direito não pode dominar o fenômeno econômico da empresa para dar uma completa disciplina jurídica, sem considerar distintamente os diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que nela existem.

Neste sentido, deixando de lado a questão do vocábulo, as diversas opiniões da doutrina sobre o tema da empresa acima examinados, não obstante discordantes, são destinadas não a contrapor-se, mas, em certos limites, a completar-se.

Pretende-se delimitar o perfil subjetivo como o adotado neste estudo, pois ao se perquirir a aplicação do direito ao esquecimento às empresas quer-se, precisamente, tratar como empresa o sujeito, pessoa física ou jurídica, que exerce atividade profissional, economicamente organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Portanto, adotando-se a teoria defendida por Alberto Asquini, da empresa como um fenômeno poliédrico, mostra-se mais adequado para aplicação neste estudo o conceito jurídico de empresa subjetivo e como tal, ao longo dele a menção a empresa se coadunará a este perfil. E, ainda, que este perfil não se alinhe com a doutrina majoritária, adverte-se que, pedindo vênica, o termo será utilizado ao longo do texto tratá-la, não só no perfil técnico, como atividade, e sim como um sujeito de direitos que como tal merece proteção.

2 A função social da empresas provedores de busca na internet e o direito ao esquecimento

Na atual sociedade, extremamente interligada à informação, ganha destaque a análise do alcance e limite da liberdade de expressão e da informação como uma liberdade pública, outrora direcionado apenas contra o Estado, mas que evoluiu para invocá-las, também, contra outro particular.

A velocidade e capilaridade que as informações e conteúdos difundem-se na internet tornam-na um meio de comunicação, em que o controle sobre sua correta utilização é um ato extremamente complexo.

Os provedores de busca também denominados de *sites* buscadores¹⁰ são empresas de atuação no ramo da tecnologia da informação que desempenham papel primordial para a efetivação do direito ao esquecimento, uma vez que são elas que podem remover, excluir, ocultar ou filtrar os conteúdos vindicados pelo ofendido.

Esses provedores utilizam mecanismo de busca que é:

Um conjunto de programas de computador que executa diversas tarefas com o objetivo de possibilitar a localização de arquivos e web sites que contenham ou guardem relação com a informação solicitada pelo usuário (LEONARDI, 2005, p. 11).

Ainda, quanto ao funcionamento dos buscadores tem-se que:

Seu funcionamento envolve a utilização de palavras-chave fornecidas pelo usuário, as quais são procuradas nos bilhões de páginas disponíveis na Internet e em índices de páginas já acessadas anteriormente. Ao encontrar tais palavras-chave em páginas ou arquivos, tais mecanismos de busca elaboram uma lista de links e a fornecem ao usuário para que este acesse as informações que foram encontradas conforme os termos da pesquisa especificada. Naturalmente, a eficiência da busca dependerá essencialmente do uso de palavras-chaves relacionadas à informação ou ao assunto desejado.

Para encontrar tais informações, os mecanismos de busca utilizam programas de computador conhecidos como *spiders* (ara-

10 “Site que funciona como um grande catálogo de endereços da Internet, oferecendo aos seus usuários o serviço de pesquisa para os mais diversos temas, por meio de palavras chaves. O mesmo que mecanismo de busca ou ferramenta de busca. Ex. Cadê, Yahoo! e AltaVista. Cf. Metabusador” (OAB).

nhas), os quais criam listas de palavras existentes em web sites e iniciam suas buscas em servidores com grande volume de tráfego e em páginas populares. (LEONARDI, 2005, p. 12)

A função social da empresa, tido por alguns doutrinadores como um princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro pode servir de fundamento para a solução de um dos problemas que circundam o direito ao esquecimento, a efetividade deste direito na internet.

Semanticamente as palavras “função” e “social”, respectivamente, expressam “cumprimento de algo” e “coletividade”. A união delas no contexto da empresa reflete a ideia de que a atividade econômica de produção e circulação de bens e serviços tem que estar em conformidade com o bem da coletividade.

Assim, a empresa é em si um agente social que tem o condão de interferir no meio social de forma significativa, razão pela qual neste contexto é relevante a observação trazida por Tokars:

Se as empresas se mostram como poderosíssimos agentes sociais, sua atuação não pode ser caracterizada pela mais absoluta liberdade para a tomada de decisões, devendo ser pautada não só pela busca desenfreada pelo lucro, mas também por princípios de ética social, surge materialmente, a noção de função social da empresa” (TOKARS, 2006, p. 80)

A função social da empresa, em linhas gerais, significa que a atividade econômica de produção e circulação de bens e serviços tem que estar em conformidade com o bem da coletividade.

E, assim sendo, sobre tal princípio discorre COELHO (2019, p. 81):

Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o **desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua**, de sua região ou do país,

adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com **estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social**; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal. (grifos nosso)

Por outro lado, a afirmação da função social da empresa não é uma produção, apenas doutrinária, tendo como supedâneos normativos, em nível infraconstitucional, os artigos 116, § único e 154 da Lei 6.404/76, recepcionados pela Constituição de 1988:

Art. 116.[...]

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

[...]

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa

Em nível constitucional, a promulgação da Constituição Federal de 1988 ratificou essa construção normativa da função social da empresa, no art. 170, ao vincular a livre iniciativa- como um princípio da ordem econômica- aos ditames da justiça social. Resulta dessa norma o seu fundamento constitucional.

Em suma, a função social da empresa induz a inclusão dentre os fins da empresa, o bem da coletividade, sendo inserido no papel de agente de transformação social, tendo em vista que é integrante da sociedade e como tal deve contribuir para a satisfação das necessidades de toda coletividade.

Superado o necessário estabelecimento de aspectos propedêuticos sobre a função social da empresa e o funcionamento dos provedores de busca na internet, verifica-se a presença de uma dualidade existente entre autonomia privada e função social da empresa sob a perspectiva da atuação privada-empresarial dos provedores de busca na internet.

O ponto central no tocante aos mecanismos de busca reside no fato que, independente da tecnologia empregada todos os buscadores utilizam palavras-chave para localizar as informações procuradas, trata-se da utilização da indexação como índice de busca por meio de palavras-chave. Por conseguinte, a desindexação da informação que afete o direito de ser esquecido é o escopo que se deve almejar para efetivar o esquecimento na internet, tendo em vista que os motores de busca são o principal meio de utilização de navegação na *word wide web* e, assim sendo, sem sua utilização é praticamente impossível localizar, com precisão, as informações pesquisadas. (LEONARDI, 2005, p. 11)

3 A empresa como titular de direitos fundamentais e de direitos da personalidade

Os direitos fundamentais, cujas bases foram delineadas sucintamente linhas acima, historicamente destinou sua titularidade às pessoas humanas, tendo em vista serem justificados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, a doutrina estrangeira e logo após a nacional passaram a admitir que tais direitos, também, podem ser titularizados pelas pessoas jurídicas, até mesmo as de direito privado como as empresas (GODOY; MELO, 2016, p. 99). Ressalte-se, de pronto, a existência de vasta jurisprudência, em especial do Supremo

Tribunal Federal admitindo que empresa pode ser titular de direitos fundamentais¹¹.

Na ordem jurídica constitucional brasileira não há menção expressa à extensão para pessoas jurídicas da titularidade dos direitos fundamentais. Mas, essa omissão não é sinônimo de vedação.

Assim, esclarecedoras são as palavras de Steinmetz e Pindur (2006, p. 283):

Na Constituição brasileira de 1988, não há referência genérica expressa à extensão da titularidade dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas, como o fazem as constituições alemã e portuguesa, nem tampouco referência específica a determinados direitos enunciados. Porém, também não há vedação, uma vez que, somente para exemplificar, no art. 5o, inciso LXX, é reconhecido um direito fundamental de exercício exclusivo das pessoas jurídicas.

Nesse sentido, tem-se que:

A pessoa jurídica não tem essência distinta, independente, a ponto de não necessitar da pessoa humana para concretamente existir. Pessoas jurídicas somente existem porque há pessoas humanas. Essa obviedade, também, se traduz na admissão de que pessoas jurídicas sejam detentoras de direitos fundamentais, exatamente, e na medida, em que são expressões da existência das pessoas humanas (GODOY; MELO, 2016, p. 100).

11 A exemplo do que apontam, Godoy e Melo (2016, p. 99): “A relação entre direitos fundamentais e pessoas jurídicas foi tratada, entre outros, i) em habeas corpus que tinha como pano de fundo a prerrogativa do uso do remédio, por parte de empresas, ii) em agravo regimental que cuidava da possibilidade do uso de assistência judiciária gratuita, também por parte de pessoas morais, iii) em mandado de injunção no qual Município enfrentava o Congresso Nacional e iv) em ação direta de inconstitucionalidade na qual se discutiu, entre vários tópicos, a possibilidade de pessoas jurídicas financiarem campanhas eleitorais. São assuntos distintos, nos quais há, de fato, uma sutil convergência de problemas jurídicos”.

Portanto, Steinmetz e Pindur (2006, p. 283) defendo a superação da concepção clássica desses direitos para permitir sua aplicação às pessoas jurídicas, defendem coerentemente que: “estender a titularidade dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas nada mais é que proteger a dignidade humana, mesmo que indiretamente, e promover os direitos fundamentais que dependem dos resultados econômicos e sociais da atuação dessas pessoas”.

O ordenamento jurídico brasileiro no tocante à tutela da personalidade, adota uma proteção tanto em relação às pessoas naturais quanto às jurídicas. Tal afirmação, contudo, no tocante a esta última não é objeto de unanimidade na doutrina.

O tratamento reservado à personalidade no Código Civil de 2002, topologicamente, foi previsto na seção destinada às pessoas naturais, razão pela qual corrente doutrinária entende que estes direitos não são aplicáveis às pessoas jurídicas.

Ocorre que, a discussão quanto a natureza jurídica da pessoa jurídica não é recente, não sendo suficiente o tratamento dado a matéria na atual lei civil brasileira. Ao longo do tempo firmaram-se, basicamente, duas vertentes para explicar a sua natureza, uma negativista e outra afirmativista.

A teoria que nega a existência à pessoa jurídica mostrou-se como uma corrente mais radical e apesar da envergadura intelectual de muitos de seus defensores¹², não prosperou. Sobre ela Beviláqua (1999, p. 142) afirma: “ser este gênero de pessoas mera aparência, excogitada para a facilidade das relações, sendo o verdadeiro sujeito dos direitos que se lhes atribuem, os indivíduos que a compõem ou em benefício dos quais elas foram criadas”.

Por outro lado, não prosperando a teoria negativista, ganhou fôlego as teorias afirmativistas, atribuindo personalidade jurídica para

12 A esse respeito Stolze e Gagliano (2017, p. 245), apontam como expoentes dessa corrente: BRINZ e BÉKKER; WIELAND e BARTHÉLEMY; BOLZE; DUGUIT; e por fim IHERING.

as pessoas jurídicas. No entanto, dentro dela surgiram ao menos três¹³ linhas explicativas dessa personalidade, as que mais se destacaram foram: teoria da ficção, a teoria da realidade objetiva ou organicista e a teoria da realidade técnica ou jurídica;

A teoria da ficção é aquela que “considera a pessoa jurídica mera criação legal, cuja existência so encontra explicação como ficção da lei, ou da doutrina” (PEREIRA, 2017, p.253). Logo, para esta concepção a pessoa jurídica seria fruto de uma criação jurídica artificial e, justamente por isso que seria uma ficção jurídica. O principal doutrinador expoente desta corrente foi *Savigny*.

A segunda teoria afirmativista, a da realidade objetiva, nega a ideia defendida pela primeira, admitindo que a pessoa jurídica tem sim existência própria e que inclusive não é apenas uma criação legal à medida que tem em verdade existência real, social, assim como as pessoas naturais (STOLZE; GAGLIANO, 2017, p. 245).

Por fim, a última das três teorias apontadas neste estudo é a teoria da realidade técnica ou jurídica, admitindo personalidade jurídica real. Dentre as teorias expostas a tendência da doutrina moderna é adotar a da realidade técnica ou jurídica. Caio Mário Pereira da Silva defensor desta afirma ser necessário admitir a personalidade sem manobras como propõe a teoria antecedente, podendo da mesma forma as pessoas jurídicas assumirem relações jurídicas per si:

Não há necessidade de criar artificios nem de buscar alhures a sede de sua capacidade de direito. Ao revés, a pessoa jurídica tem em si, como tal a sua própria personalidade, exprime a sua própria vontade, é titular de seus próprios direitos, e, portanto, é uma realidade no mundo jurídico. Mas é preciso notar que, ao

13 Advirta-se que essa classificação não é uniforme, Caio Mário Pereira apresenta outra classificação, afirmando que: “não obstante a enorme variedade, é possível agrupálas todas em quatro categorias: as teorias da ficção, a da propriedade coletiva, a da realidade e a institucional” (PEREIRA, 2017, p.253).

admitirmos a sua realidade jurídica, e ao assinalarmos a semelhança com a pessoa natural, não recorremos a uma personalização antropomórfica, pois que, já o dissemos, repudiamos a teoria da realidade objetiva. Atentamos, entretanto, em que, encarando a natureza da pessoa jurídica como realidade técnica, aceitamos e à sua personalidade sem qualquer artifício. E nem se poderá objetar que esta personalidade e capacidade são fictícias em razão de provirem da lei, porque ainda neste passo é de salientarse que a própria personalidade jurídica do ser humano é uma criação do direito e não da natureza, reconhecida quando a ordem legal a concede, e negada quando (escravos) o ordenamento jurídico a recusa (PEREIRA, 2017, p. 258-259).

Portanto, filiando-se a doutrina majoritária este estudo segue com as bases firmadas pela teoria da realidade jurídica, seja pelos argumentos alhures levantados pela doutrina especializada seja pelos próprios indícios que o legislador deixou no Código Civil de 2002. O legislador tratou expressamente, no art. 45¹⁴ CC/02, quando se começa a existência legal da pessoa jurídica, reconhecendo não só a sua personalidade jurídica como também que esta é oriunda da técnica jurídica.

Ultrapassada essa fase da afirmação da personalidade jurídica chega-se ao raciocínio que por possuí-la, a pessoa jurídica, seria titular de direitos da personalidade que foram cunhados historicamente para proteção da pessoa humana. A esse respeito, o Código Civil de 2002 admitindo a personalidade das pessoas jurídicas, no art. 52, outorgou-as, naquilo que couber, a mesma tutela dos direitos de personalidade atribuídas às pessoas naturais ao prescrever que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

14 Observe-se: “Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL).

Segundo Elimar Szaniawski (2005, p. 193), as pessoas jurídicas têm como momento aquisitivo de sua personalidade jurídica a inscrição de seu ato constitutivo no competente ofício de registro, sendo a partir de então conferida a mais ampla tutela no que diz respeito ao seu nome, às suas insígnias, à marca, à honra objetiva, aos segredos, à intimidade etc. Assim sendo, podem exigir que seja cessado qualquer atentado praticado contra a sua personalidade, inclusive pleitear a condenação ao pagamento de indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Ocorre que, inobstante esse posicionamento doutrinário que encontra ressonância na posição de outros estudiosos do tema deve-se ressaltar que, a aceitação de que a pessoa jurídica seja titular de direitos de personalidade não se trata de tema pacífico, vez que os direitos da personalidade seriam atributos inerentes à pessoa natural, este é o entendimento esposado por Anderson Schreiber (2013, p. 22) ao comentar o alcance do art. 52 do Código Civil brasileiro:

O dispositivo é perigoso. Os direitos da personalidade gravitam em torno da condição humana e, por isso mesmo, não têm qualquer relação com as pessoas jurídicas. As sociedades, associações, as fundações e todas as demais espécies de entes abstratos detêm personalidade em sentido subjetivo, ou seja, possuem aptidão para a aquisição de direitos e obrigações. Não gozam, apesar disso, da especial proteção que o ordenamento jurídico reserva ao núcleo essencial da condição humana. Assim, o legislador não poderia atrair para o âmbito da pessoa jurídica um sistema de tutela concebido, inspirado e desenvolvido sempre com os olhos voltados para o ser humano.

Seguindo essa linha, tem-se também o enunciado no 286¹⁵ da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

15 Enunciado n° 286: “Art. 52. Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos” (JORNADA DE DIREITO CIVIL).

De modo diverso, aceitando a personalidade jurídica dos entes morais ou coletivos, entendem Deborah Regina da Costa e Maria Helena Daneluzzi (2017, p. 443):

Repise-se: a pessoa jurídica é uma realidade (e não uma ficção) a quem o ordenamento jurídico confere personalidade jurídica, da qual emanam uma série de direitos e sobre a qual impõe outras tantas obrigações. Equipara-a à pessoa natural, com os recursos da analogia, não apenas pelo entendimento firmado pela doutrina, mas por força do permissivo constante no artigo 52 do CC/02.

E ainda acrescentam, as mesmas autoras:

Ao empregar o conceito vago – no que couber – abriu o diploma civil, verdadeiro leque de possibilidades para a tutela da pessoa jurídica. Isso porque pessoa – seja natural ou jurídica – é um centro de imputação de normas jurídicas a quem o Estado outorga proteção para alcançar a necessária segurança jurídica e paz social na consecução de suas finalidades. Assim não fosse, o homem não congregaria esforços para, em grupo, realizar atividades mais complexas que sozinho não poderia fazer (COSTA; DANELUZZI, 2017, p. 443).

Ousando discordar de Anderson Schreiber, entende-se a regra inserida no art. 52 como uma clara opção do legislador de estender a proteção da personalidade, também, para as pessoas jurídicas. Ainda que se conceba que, essencialmente tais direitos estejam voltados para a tutela da pessoa natural é plenamente possível no atual momento do mundo globalizado, marcadamente empresarial, admitir que os entes coletivos também tenham direitos passíveis de serem tutelados como ínsitos a sua personalidade. No entanto, resta cristalino, seguindo os ditames fixados pelo próprio art. 52 do CC/02 que não são todos os direitos da

personalidade que são extensíveis às pessoas jurídicas, mas somente aqueles adequados a sua estrutura inanimada. São aqueles decorrentes da privacidade, honra objetiva, marca, entre outros.

Ademais, é importante mencionar que em âmbito jurisprudencial já em 1999, antes da entrada em vigor do novo código civil, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, através da súmula 227¹⁶, endossando a tese de extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, ao admitir que estas podem sofrer dano moral.

É importante ter em mente que, a despeito de doutrinadores criticarem a exegese do art. 52 do CC/02, no sentido da intenção do legislador não seria ampliar para os entes coletivos a proteção da personalidade, a previsão inserta no multicitado artigo mostrou-se coerente com o entendimento pacificado no STJ que foi editado anteriormente à vigência do novo código civil.

Por fim, diante da crescente importância das normas, orientações e decisões dos sistemas protetivos de direitos humanos é importante trazer neste estudo o estado da arte acerca do reconhecimento dos direitos humanos (e aqui sem aprofundar as divergências já apontadas acerca da diferença entre direitos humanos e fundamentais) às pessoas jurídicas. Os dois principais sistemas regionais de proteção de direitos humanos, o europeu e o americano, têm apresentado alguma direção para a temática, embora em sentido opostos.

No sistema interamericano de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi instada a manifestar-se sobre a titularidade de direitos das pessoas jurídicas por meio da opinião consultiva OC- 22/16 de 26 de fevereiro de 2016 decidiu, a partir dos métodos de interpretação teleológico, sistemático e comparativo, que as pessoas jurídicas não são titulares dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos e, portanto, não podem ser consi-

16 Súmula 227 STJ: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

deradas sujeitos passivos nos processos contenciosos, com trâmite na referida Corte¹⁷.

Por outro lado, no sistema europeu de direitos humanos, a titularidade dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos do Homem para a pessoa jurídica ou moral foi definida expressamente neste documento. Através do Protocolo Adicional nº 1 à CEDH, foi previsto no seu artigo 1º¹⁸ que a pessoa coletiva tem direito ao respeito dos seus bens, com relação ao direito de propriedade. Dessa forma, a Convenção Europeia admitiu que as pessoas jurídicas podem ser titulares de alguns dos direitos elencados naquela carta.

Diante de todo o exposto, mostra-se mais coerente com o sistema normativo e social admitir que as pessoas jurídicas possuem direitos da personalidade que, no entanto, não podem ser taxativamente elencados aprioristicamente necessitando de uma análise casuística para apontar quais direitos da personalidade aplicam-se “no que couber” às pessoas jurídicas.

17 A conclusão sobre este item do julgamento da Opinião Consultiva ficou assim assentada: “Tendo utilizado de forma simultânea e conjunta os distintos critérios hermenêuticos estabelecidos nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena, a Corte conclui que de uma interpretação do artigo 1.2 da Convenção Americana, de boa-fé, em conformidade com o sentido natural dos termos utilizados na Convenção (supra parágrafos 37 a 39) e levando em conta o contexto (supra parágrafos 44 a 67) e o objeto e finalidade da mesma (supra parágrafos 40 a 43), conclui-se com clareza que as pessoas jurídicas não são titulares de direitos convencionais, razão pela qual não podem ser consideradas como vítimas presumidas no âmbito dos processos contenciosos perante o sistema interamericano”(tradução nossa). (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 27).

18 Art. 1º do Protocolo Adicional nº 1 à Convenção de proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (CEDH): “Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional” (grifo nosso). (CONSELHO DA EUROPA, p. 35)

IV

APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO À EMPRESA

1 O direito ao esquecimento da empresa

Ao longo deste estudo pretendeu-se apresentar uma revisão da literatura acerca de temas, cuja pré-compreensão é essencial para enfrentar neste momento a hipótese da pesquisa, a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento às empresas.

Para tanto, inicialmente analisou-se o direito ao esquecimento sob a perspectiva da dualidade entre o “superinformacionismo” e a privacidade, apresentando argumentos que possam caracterizá-lo tanto como um direito fundamental como um direito da personalidade das pessoas.

A questão que não se pode escamotear no estudo deste novo direito refere-se ao âmbito de aplicação quanto ao sujeito ativo do direito, já que normalmente as discussões legislativas, judiciais e até mesmo doutrinárias são restritas à aplicação, apenas para as pessoas físicas. São raras as discussões quanto à extensão para as pessoas jurídicas, em especial às empresas. Por essa razão, a importância de avaliar a dimensão constitucional da empresa, com o fim de caracterizar a empresa como titular de direitos fundamentais e da personalidade.

Feitas estas considerações, impõe neste momento enfrentar juridicamente a questão central da existência de um direito ao esquecimento da empresa.

No ordenamento jurídico brasileiro a aceitação do direito ao esquecimento das empresas passa por um duplo obstáculo, o primeiro cinge-se a falta de positivação deste direito, a sua falta de previsão normativa é elencada por conceituados especialistas como um óbice à apli-

cação. Uma segunda barreira, ainda que se venha admitir a juridicidade do direito de ser deixado em paz seria o fato que a automática correlação deste direito às pessoas naturais, faz com que sequer reflita-se o porquê da não aplicação também para as pessoas jurídicas empresárias.

Relativamente à falta de previsão legal, conforme já apontado neste estudo, defende-se que se trata de um direito implícito no sistema jurídico pátrio, à medida que decorre diretamente do princípio da privacidade. Ademais, em países cuja discussões do tema estão mais avançadas o direito em tela é elevado à condição de um direito fundamental. A ausência de norma infraconstitucional que o mencione não é óbice para seu reconhecimento, tendo em vista que é da interpretação constitucional que exsurge sua normatividade. Ademais, não se pode negar que essa lacuna normativa não vem impedindo que o judiciário se posicione em relação à temática que cada vez mais é judicializada, e em muitos casos vem sendo admitido.

O segundo obstáculo acima apontado deve ser objeto de análise mais acurada, tendo em vista a resistência que acompanha a tese de aplicação do direito ao esquecimento às pessoas jurídicas empresárias. Aqui, o vácuo legislativo, jurisprudencial e até mesmo doutrinário é mais perceptível.

Inobstante o tema seja efetivamente polêmico, o que não se pode é menosprezar a sua importância. A massificação da utilização de tecnologias comunicativas traz consigo pontos positivos e outros negativos. A ofensa a direitos ligados à privacidade é um reflexo deste último, mas que não atinge somente a pessoa natural, sendo muitas das vezes violado direitos de pessoas jurídicas quando, é claro, essa ofensa seja compatível com sua existência ideal.

Informações desatualizadas ou fora de contexto relacionadas a honra objetiva (reputação), nome, marca violam sim a personalidade das pessoas jurídicas e, assim sendo, reclama uma atuação seja do ator privado (Google, por exemplo) ou estatal (Poder Judiciário) para fazer cessar a ofensa ao direito ao esquecimento.

A esse respeito SARLET (2015) destaca que o direito ao esquecimento é uma pretensão atribuída tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas para que exijam que as notícias, fatos e informações que lhes digam respeito não sejam divulgadas por prazo indeterminado, com a finalidade de que a informação não fique perenemente à disposição da sociedade. A partir do ensinamento do referido autor, um dos maiores especialistas do tema no direito brasileiro, resta claro que as pessoas jurídicas podem exercer essa pretensão, é claro, com as devidas adaptações, que no caso da pessoa física será para tutelar direitos da personalidade diretamente extraídos da dignidade da pessoa humana. Já, para as pessoas jurídicas a proteção recairá na proteção da sua imagem, bom nome e marca¹.

Nesse sentido, destaque a ressalva trazida por Medeiros (2020, p. 58):

[...] não se busca usar o direito ao esquecimento como censura, as pessoas possuem sim direito à informação. No entanto, não existe direito absoluto, se fatos desonrosos ultrapassados, desnecessários começarem a ser usados para difamar a personalidade jurídica, pode ocorrer uma concorrência desleal, desumana”.

Essa pretendida estabilização do passado é essencial para o regular desenvolvimento da personalidade jurídica das empresas à medida que a eternização de informações desabonadoras, sem relevância pública ou desatualizadas atingem frontalmente os direitos à imagem e reputação (bom nome).

1 De forma similar: “De maneira geral, o direito ao esquecimento, como os demais direitos da personalidade, tem como titular a pessoa natural. No entanto, conforme exposto em capítulo anterior, o seu reconhecimento também se estende às pessoas jurídicas, especialmente na hipótese em que o esquecimento diz respeito a certas qualidades, como a reputação, a imagem ou a honra da pessoa jurídica” (FERRIANI, 2016, p. 138).

Inobstante tais posicionamentos favoráveis à aplicação do direito ao esquecimento à empresa é importante para a construção completa do cenário, apresentar visões divergentes².

Primeiramente, mencionando novamente a decisão paradigmática proferida pelo Tribunal de Justiça União Europeia no caso, *Google Spain vs. Mário Costeja González*, que reconheceu a aplicação direito ao esquecimento e a responsabilidade dos motores de busca no tratamento dos dados, tem-se que a partir deste precedente, no ano de 2014, o Google foi compelido a analisar pedidos de direito ao esquecimento.

Ocorre, no entanto, que a decisão se circunscreveu às pessoas físicas, tendo em vista que o ato normativo sobre proteção de dados vigente à época, Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, dizia respeito à proteção das pessoas singulares, relativamente ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Em relatório publicado no ano de 2017 o Google informou que no período de 2014 a 2017 foram apresentados 2,4 milhões de requerimentos de desindexação de resultados de busca na União Europeia. Em relação aos requerentes, apontou-se que 89% dos pedidos partiram de pessoas físicas, os 11% restantes foram divididos entre requerimentos de menores (40%), entidades corporativas (21%), políticos (21%), pessoas públicas (14%), entre outros (4%). Desse modo, fazendo os cálculos dos números obtidos neste estudo chega-se à conclusão que cerca 55.440

2 Em nível doutrinário no Brasil, Henrique Cunha Lima coloca que ainda que se possa considerar como correta a corrente que defende a pessoa jurídica como titular de direitos da personalidade, ressalva que: "Contudo, o direito ao esquecimento possui raízes ainda mais profundas, sendo galgado no princípio da dignidade da pessoa humana. Sabe-se que o princípio da dignidade é, muitas vezes, utilizado de maneira atécnica e vazia, como reforço argumentativo coringa, que serve para qualquer fim. Apesar disso, é imprescindível considerá-lo aqui, eis que fundamento para o direito ao esquecimento, mesmo que, no caso concreto, a análise deve levá-lo em consideração em conjunto com os demais elementos fáticos, sem que sirva como argumento de autoridade para a concessão da tutela pleiteada. Nesse sentido, parece incongruente estender o direito ao esquecimento às pessoas jurídicas, quanto às quais não se pode usar a dignidade da pessoa humana como fundamento de outros direitos" (LIMA, 2020, p. 166-167).

empresas solicitam o seu direito ao esquecimento no âmbito territorial da União Europeia, no período de 2014 a 2017 (GOOGLE, 2017).

Dessa forma, percebe-se que mesmo com a impossibilidade de ser atendido o requerimento quando oriundo de empresas no âmbito da União Europeia, o percentual de um pouco mais 2% dos pedidos administrativos dirigidos ao Google partiram de entidades corporativas, o que denota a necessidade de adequação da legislação para estender a elas também este direito, na medida do que puder ser por elas exercido.

Acrescente-se, ainda, que este cenário restritivo não se alterou com o advento da nova Diretiva da União Europeia sobre proteção de dados pessoais, editada em 2016, o Regulamento (UE) 2016/679, que revogou a Diretiva 95/46/CE. No novo regulamento, que entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018, permanece com o âmbito de aplicação da normativa restrito às pessoas físicas³. E, conforme já demonstrado, o novo regulamento previu o chamado direito ao esquecimento, diversamente da normativa anterior por ele revogada. Assim, no âmbito dos países integrantes do bloco da União Europeia não há que se falar em direito ao esquecimento da empresa.

No entanto, impõe-se analisar criticamente a restrição do regulamento proteção de dados europeu às empresas. A normativa em questão estabelece regras destinadas à proteção das pessoas singulares relativas ao tratamento de dados pessoais e regras relativas à livre circulação de dados pessoais⁴, o que não obsta de quando não se tratar de tema restrito a dados pessoais relativos as outras espécies do direito de ser deixado em paz, as empresas pleitearem judicialmente o direito ao esquecimento, a exemplo de rememoração de notícias de crimes tributários cometidos pela pessoa jurídica desprovidas de atualidade ou interesse público, publicadas em jornais impressos ou na mídia televisiva.

3 O artigo 1º. Item 2 do Regulamento 2016/679 UE determina que o regulamento protege os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares e, em particular, o seu direito à proteção dos dados pessoais (BRASIL, LGPD).

4 Conforme previsto no art. 1º, item 1 do Regulamento 2016/679 EU.

Em relação ao direito brasileiro, a norma que mais se assemelha ao Regulamento 2016/679 UE é a Lei Geral de Proteção de Dados pessoais-LGPD (lei 13.709/18), que entrou em vigor recentemente, e na mesma esteira da legislação alienígena, excluiu as pessoas jurídicas do seu âmbito de proteção⁵. Entretanto, a legislação pátria, em sentido contrário, não fez menção a existência do direito ao esquecimento no contexto da proteção de dados pessoais.

Portanto, o ponto em comum das legislações em comento, e que interessa para o presente estudo, é o fato delas afastarem as pessoas jurídicas do âmbito de proteção de dados pessoais. E aqui, reside mais um ponto que merece crítica. As empresas, como pessoas jurídicas de direito privado possuem dados relevantes essenciais para o livre desenvolvimento de suas atividades, por exemplo dados fiscais, processuais, comerciais, trabalhistas. Essas informações das pessoas jurídicas não deixam de expressar a sua identidade, a forma como atua, seu histórico, a reputação perante o corpo social. Não há razão para que esses dados não sejam protegidos pela simples condição do sujeito passivo ser um ente de existência ideal e não real.

Logo, as empresas são titulares de dados pessoais e assim sendo podem demandar o direito ao esquecimento na internet, quando estes forem violados e ofenderem o direito fundamental/personalidade de ser deixado em paz.

Na linha do que se defende acima a lei uruguaia de proteção de dados pessoais, lei 18331/08, estende o seu espectro de proteção também para as pessoas jurídicas, conforme previsto no seu art. 2^o.

Em um estudo aprofundado sobre o direito ao esquecimento TORRES MANRIQUE (2017, p. 224) trata do direito ao esquecimento nas pessoas jurídicas (DERECHO AL OLVIDO EN PERSONAS MORALES), e

5 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento; (BRASIL, LGPD)

6 "Artículo 2- Ambito subjetivo.- El derecho a la protección de los datos personales se aplicará por extensión a las personas jurídicas, en cuanto corresponda" (URUGUAI, LEI 18331/08).

constrói logicamente seu raciocínio partindo do pressuposto que as pessoas jurídicas são possuidoras de direitos fundamentais, citando um precedente do Tribunal Constitucional Peruano⁷. Como conclusão, afirma que:

De lo descrito, se colige que es perfectamente posible que por ejemplo, una persona jurídica vea vulnerados sus derechos fundamentales (a la autodeterminación informativa y a la buena reputación), al tomar conocimiento que una noticia de hace una década en la que se le sancionó por haber atentado al derecho a la salud de los consumidores o estafa y que en ese mismo año cumplió con la sanción y subsanó debidamente las observaciones (mas aun, en el caso que se haya demostrado en instancia final y definitiva, la falsedad del derecho supuestamente atentado), y que sin embargo a la fecha continúe figurando en los buscadores de internet. Ante lo cual, como persona jurídica (esto es, su representante legal), podría invocar la tutela procesal efectiva de su derecho fundamental al olvido (TORRES MANRIQUE, 2017, p. 225).

Deste modo, na esteira das conclusões acima destacada além de juridicamente possível, como vem sendo demonstrado ao longo dest livro, é medida imperiosa sob o aspecto lógico a invocação do direito de ser esquecido pela pessoa jurídica, quando violado seus direitos fundamentais ligados à autodeterminação informativa e boa reputação.

Além de argumento lógicos, dedutivos, jurídicos levantados ao lon-

7 “Ante todo, en el caso de las personas jurídicas (también denominadas, morales), conviene precisar que también son poseedoras de derechos fundamentales, tal como lo establece el Tribunal Constitucional peruano, en el Fundamento 4., de la Sentencia del Exp. N° 00605-2008-PA/TC, que juridiza: “Como premisa debe considerarse que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales; sin embargo, ello no significa que dicha titularidad pueda predicarse de manera general respecto a todos los derechos, ya que ello estará condicionado a que así lo permita la naturaleza del bien protegido por el derecho en cuestión(...)” (TORRES MANRIQUE, 2017, p. 224-225),

go do texto, convém acrescentar mais um que se apresenta sob outro prisma, o econômico. De acordo com Medeiros (2020, p. 59):

A proteção dada pelo direito ao esquecimento no âmbito da pessoa jurídica é a proteção de um ciclo maior do que somente a personalidade, ao protegermos esta, protegemos sua reputação, sua viabilidade econômica, geramos emprego, renda, mais fatos geradores tributáveis surgem, a economia do país aumenta. Em tempos de crise econômica, fatores que valorizam o crescimento são necessários.

Na sociedade de informação a reputação da uma empresa é essencial para sua manutenção e cada vez mais reflete nos seus resultados comerciais. A imposição, quase como uma pena perpetua de eternização de erros do passado, no sentido de permitir que sejam rememorados a qualquer momento sem justa razão para isso, não pode e não deve prevalecer em uma sociedade, cujo capitalismo predomina como sistema econômico.

As decisões judiciais e normas que já admitem a existência do direito fundamental ao esquecimento constituem um grande avanço. Entretanto, é preciso avançar ainda mais e abrir o horizonte deste direito, também, para as pessoas jurídicas em especial as empresárias.

1.1 O direito ao esquecimento como direito da personalidade da empresa

A compreensão dos direitos da personalidade teve seu alicerce firmado em momento anterior ao que agora se desenvolve e conforme destacado a tutela da personalidade no Brasil não teve o melhor tratamento, especialmente no que se refere à abordagem dada a disciplina no Código Civil de 2002, que é objeto de críticas por duas questões.

A primeira, diz respeito ao tratamento liberal patrimonialista dado na codificação do tema, à medida que foi preterida a opção por um

modelo que privilegiasse valores existenciais em detrimento de valores patrimoniais, com a previsão de valores existenciais na forma de instrumentos subjetivos (PAGANINI, 2001, p. 15-16).

O segundo aspecto crítico levantado refere-se ao modelo de tipificação casuística dos direitos da personalidade pelo legislador de 2002, desvalorizando a opção pelo estabelecimento de cláusulas gerais que se mostra mais consentâneas com o tratamento de direitos existenciais. Nesse sentido, Elimar Szaniawski aduz:

À exceção do art. 12, que revela elogiável inovação, em consonância e harmonia com os princípios inseridos na Constituição, pode-se afirmar que o novo Código Civil, em matéria de direitos da personalidade, é casuista, contrariando a moderna doutrina que admite, ao lado da cláusula geral, direitos especiais de personalidade que se revelam em forma de cláusulas gerais menores (SZANIAWSKI, 2005, p.178-179).

Igualmente, nesse diapasão, PAGANINI (2001, p. 27), conclui que:

A pretensão de exaurimento da complexidade imanente à personalidade humana mediante tipificação de categorias jurídicas estanques (também encampada pelo Código Civil Brasileiro), não guarda harmonia com o propósito de tutela integral da pessoa humana e de seus interesses subjetivos de índole existencial, estabelecida pela cláusula de proteção à dignidade humana (CF, art.1º, inc. III).

A segunda crítica guarda mais relação com a temática tratada neste estudo, uma vez que ampliando a previsão desses direitos a não somente aqueles tipificados no Código Civil, o direito ao esquecimento pode ser considerado como um direito da personalidade.

Indo além, o presente estudo envereda na tentativa de investigar se o direito ao esquecimento tido como um direito da personalidade pode

ser extensível às pessoas jurídicas empresárias. É o que se abordará nas linhas seguintes.

Primeiramente, é necessário delimitar a que tipo de pessoa jurídica o estudo ficará adstrito, considerando que estas são divididas em de direito público e de direito privado. Como a pesquisa parte de um problema que envolve o direito ao esquecimento das empresas, de pronto, impõe-se excluir desta análise as pessoas jurídicas de direito público, que pela sua natureza eminentemente pública seria inadmissível pleitear o direito em questão.

Dessa forma, restando-se as pessoas jurídicas de direito privado tem-se que estas, de acordo com o art. 44 do Código Civil podem se constituir na forma de: associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada. Dentre este rol, o estudo se deterá sobre as empresas, constituídas na forma de sociedades empresárias e EIRELI, e sua correlação com a invocação de um direito de ser esquecido.

Feita essa delimitação quanto à pessoa jurídica passa-se à caracterização do direito ao esquecimento como um direito da personalidade, para somente então verificar se tal direito é atribuído às pessoas jurídicas empresárias.

Em momento anterior foi explicitado em tópicos apartados, os direitos da personalidade e o direito ao esquecimento. A partir da fixação de seus principais aspectos, mormente, aqueles que se entrelaçam com o objetivo deste estudo chega-se ao momento de concebê-los um como parte integrante do outro.

Assim, Costa e Daneluzzi (2017, p. 443) reconhecem o direito ao esquecimento como “um direito da personalidade autônomo, recebe proteção constitucional e infraconstitucional, abarcando tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica”.

Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto entendendo que o direito de ser esquecido corresponde a um direito da personalidade, esclarecem que:

[...] é possível acompanhar o entendimento que se vem formando no direito brasileiro e estrangeiro, no sentido de que aquilo que passou a se designar de um direito ao esquecimento corresponde à necessidade de reconhecimento e proteção qualificada de dimensão específica da dignidade da pessoa humana e dos correspondentes direitos de personalidade, de modo particular de um direito geral da personalidade ou, como preferem alguns de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 47-48).

Logo, surge importante aspecto para o desenvolvimento de um direito ao esquecimento, sob o ponto de vista de enquadramento no sistema jurídico de proteção da pessoa. Trata-se de compreender o direito ao esquecimento como um direito da personalidade. E essa conclusão pode ser obtida sob dois prismas, um material e outro formal. Quanto ao material é relevante destacar que o conteúdo do direito ao esquecimento é eminentemente voltado à proteção da pessoa, no sentido de respeito à sua vida privada. Por outro lado, o quesito formal também está presente tendo em vista a característica inerente aos direitos da personalidade, qual seja, a não taxatividade.

Nesse sentido, é o entendimento de Calasans e Damásio (2016, p. 84):

Importante citar que a positivação dos direitos da personalidade não possui o condão de limitá-los. Isto porque, enquanto instrumento de defesa da dignidade da pessoa humana, podem se deparar com situações inéditas, inerentes à complexidade humana, devendo mesmo assim preservar cada uma delas. Dessa forma, tomando como exemplo nosso ordenamento jurídico, temos tanto no Código Civil quanto na Constituição, um rol destes direitos, mas que não é taxativo.

Por fim, diante de todos os argumentos assentados linhas acima, chega-se ao ponto de culminância, perquirir a extensão do sujeito passi-

vo do direito de ser esquecido, também, para as pessoas jurídicas empresárias ou como mais corriqueiramente são tratadas, as empresas.

Ao admitir que o direito ao esquecimento é agasalhado por um dado sistema jurídico, a caracterização da pessoa natural como sujeito passivo deste direito não é objeto de divergência. No entanto, recentemente, ainda de forma bastante tímida e esparsa na doutrina especializada, levantou-se um questionamento acerca da possibilidade de extensão deste direito, igualmente, para as pessoas jurídicas.

Em artigo científico inovador sobre o tema, Deborah Regina da Costa e Maria Helena Daneluzzi (2017, p. 443), concluem que:

Por conseguinte, a pessoa jurídica é titular do direito ao esquecimento, sendo que o vilipêndio de sua imagem, honra-objetiva, credibilidade e privacidade na internet e outros veículos de comunicação, encontra tutela específica para sua proteção, de modo a assegurar a concretude de suas funções, e não dos membros que a compõem.

Nesta situação, mesmo admitindo ser plausível a extensão do direito ao esquecimento para as pessoas jurídicas, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Filho entendem ser premente o aprofundamento de estudos em nível doutrinário, considerando tratar-se de um ponto tormentoso a ser melhor afrentado, já que até para os estrangeiros pode ser admitida a atribuição desta titularidade,

o mesmo, contudo, não se poderá aplicar automaticamente às pessoas jurídicas porquanto a literatura e a jurisprudência brasileiras limitam a titularidade nesse caso a situações que digam respeito à pessoa jurídica como tal e que com essa condição sejam compatíveis. No caso do direito ao “esquecimento”, contudo soa ao menos plausível que, estando em causa o seu bom nome comercial, eventuais segredos industriais e mesmo (nos

termos da jurisprudência do STJ) a sua honra objetiva, poderia ser reconhecida a possibilidade de sua invocação pelas pessoas jurídicas. De qualquer sorte trata-se de problema em aberto e que aqui não temos como aprofundar (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 47-48).

Portanto, levando em consideração que com fundamento no art. 52 Código Civil de 2002, as pessoas jurídicas podem ser titulares de direitos da personalidade, e ainda que o mesmo dispositivo não elencou em um rol taxativo os direitos da personalidade da pessoa jurídica, é plenamente admissível que o direito ao esquecimento, reconhecido como um direito da personalidade, também possa ter como titular as pessoas jurídicas, especialmente as empresárias, vez que casuisticamente é plenamente possível vislumbrar que a ofensa a um direito de esquecido que atinja uma empresa, por exemplo, ofenda valores ínsitos a personalidade do ente coletivo, tais como o nome, a honra objetiva, o direito ao segredo, entre outros com ela compatíveis.

2 O direito ao esquecimento da empresa considerada como pessoa jurídica: a impossibilidade da “eternização” de fatos desabonadores

O direito ao esquecimento foi detidamente tratado ao longo deste estudo, discorrendo-se, também, sobre a empresa e suas principais perspectivas numa dimensão constitucional.

A ideia que se pretendeu desenvolver é, justamente, demonstrar juridicamente que, a partir da afirmação deste instituto como um direito da personalidade sua aplicação às empresas se torna possível ante a regra de extensão do art. 52 do Código Civil de 2002, que determina a aplicação no que couber dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas.

Desse modo, conforme já assentado o estudo circunscreve-se à investigação da aplicação do direito fundamental/da personalidade às empresas, cuja natureza jurídica é de pessoa jurídica, quando constituí-

da na forma de sociedade empresária, EIRELI ou de empresário individual (quando conduzida por pessoa física).

Logo, sem olvidar que a empresa tem uma existência ideal, ou seja, fruto da técnica jurídica, não se pode negar que a mesma apresenta uma atuação social relevante, o que indica uma prevalência no direito pátrio da teoria afirmativista da realidade técnica ou jurídica da pessoa jurídica.

É forçoso reconhecer que a extensão de direitos da personalidade às pessoas jurídicas ou mais especificamente às empresas passa necessariamente pela verificação de qual teoria da natureza jurídica foi adotada. Sendo adotada a teoria da realidade técnica ou jurídica, prevalente no Brasil, é consequência afirmar que os direitos personalíssimos integram o patrimônio jurídicos delas.

Além, mas ainda partindo desse fundamento jurídico tem que ser levado em consideração que a atividade empresarial é essencial para a sociedade, já que sob um prisma econômico é um meio de produção e circulação de riquezas. Noutra vértice, pelo aspecto jurídico é sempre bom lembrar à guisa do que foi explicitado que, a atribuição de personalidade jurídica para entidades possuidoras de existência ideal objetiva conferir liberdade para que a empresa desenvolva suas atividades, por si, facilitando suas relações jurídicas negociais.

Não por menos, que abalizada doutrina atribui à personalidade “uma suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas” (DE CUPIS, 2008, p. 19).

Por isso, “soaria” contraditório reconhecer a sua personalidade jurídica quando convém, no sentido de imputar obrigações, mas na hora de lhes conferir direitos impor restrições desarrazoadas, sob o argumento de que determinado direito não é compatível com a existência ideal da pessoa jurídica/empresa, simplesmente por ainda estar-se arraigada uma concepção estritamente patrimonial de empresa, que se confunde com o próprio conceito técnico de estabelecimento empresarial.

A menção à aquisição e o posterior exercício de direitos pelas empresas tem o condão neste estudo de referir-se ao seu tema central, direito ao esquecimento. É certo que, nem todos os direitos pessoais ou fundamentais poderão ser exercidos pelas empresas pela falta de compatibilidade psíquica ou física, mas aqueles direitos que possam ser destinados e exercidos por elas certamente devem ser assegurados.

Deve-se mencionar que um movimento iniciado nos países desenvolvidos passa a exigir uma postura mais responsável das empresas. Cada vez mais constata-se que das grandes corporações, possuidoras de um rígido programa de controle interno, até as pequenas empresas, atualmente na era da sociedade de informação, atuam sob constante vigilância externa para que no desenvolvimento de suas atividades respeitem, assegurem e promovam os direitos humanos, trata-se do movimento denominado, Direitos Humanos na Empresa.

O fato é que vem ganhando projeção no cenário internacional essa ideia de “direitos humanos e empresas”, movimento destinado às empresas e que visa a estabelecer uma nova cultura organizacional de respeito aos direitos humanos. É, por isso, que multinacionais cada vez mais tentam definir processos internos de controle para evitar a ocorrência de violação a tais direitos. Verifica-se isso, por exemplo, com a preocupação delas em respeitar normas ambientais, regras mínimas para o trabalho digno dos seus colaboradores, entre outros.

Mas, quando a empresa está do outro lado, não mais sendo exigida no cumprimento de obrigações e sim da aquisição e exercício de seus próprios direitos será que a proteção jurídica lhe é assegurada da mesma forma?

A pretensão desta indagação não é transmitir uma imagem de “vitimização”, pelo contrário. Quer sim propor a reflexão: se o sistema jurídico está assegurando às empresas o tratamento que é devido, quando tem violado um direito seu, na mesma medida que é assegurada proteção quando se trata das pessoas naturais.

A esse respeito, citando a característica autônoma que lhe é atribuída, Caio Mario da Silva Pereira defende a capacidade civil das pessoas jurídicas⁸, afirmando que

[...] diante de todos os fatores de sua autonomização, o jurista e o ordenamento jurídico não podem fugir da verdade inafastável: as pessoas jurídicas existem no mundo do direito e existem como seres dotados de vida própria, de uma vida real (PEREIRA, 2017, p.259).

É importante ter em mente que a malversação de uma empresa em um dado período não pode ser indefinidamente marcada como uma nódoa na sua vida empresarial. Quando se admite a aplicação do direito ao esquecimento às pessoas naturais para preservação da sua autodeterminação informativa não menos legítimo seria a invocação de tais direitos pelas empresas, seja ela pessoa jurídica ou física (empresário individual). E, quanto a esta última um aspecto deve ser levado em consideração, trata-se de pessoa física que exerce atividade empresarial e em tese estaria apta a invocação do direito em questão.

Se ainda não se admitir a extensão de tal direito à pessoa jurídica empresária surgirá a situação em que o empresário individual, que é pessoa natural (física) exercente de atividade empresarial, poderá ter seu direito ao esquecimento concedido e a sociedade empresária não o terá, sendo que a empresa é exercida tanto por um quanto pelo outro.

Já foi explicitado em capítulo próprio neste estudo, que o exercício de empresa poderá ser titularizado por uma pessoa física, que é o empresário individual. Desempenha atividade empresarial em nome

8 No mesmo sentido, admitindo a capacidade jurídica da pessoa jurídica e possibilidade de exercer direitos fundamentais ou da personalidade, Martins (2019, p. 43), aduz: “em nível infraconstitucional, são garantidos os direitos patrimoniais imprescindíveis à realização dos fins justificadores de sua existência e os direitos de ordem extrapatrimonial, direitos da personalidade, sempre que satisfeito o suporte fático-jurídico necessário, conforme previsto na cláusula geral inserta no artigo 52 do Código Civil. Vale dizer, a pessoa jurídica titulariza e exerce direitos compatíveis com sua essência transindividual”.

próprio, de forma individual, assumindo pessoalmente com seus bens o risco do negócio.

Excetuando a característica da pessoalidade, chega-se à constatação que finalisticamente a atividade desempenhada é a mesma, empresária. E, então para a mesma situação a solução jurídica será diversa? Se isso ocorrer a razoabilidade e a proteção dos direitos fundamentais da pessoa jurídica serão mitigados.

Acrescente aos argumentos aqui expendidos mais um, a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica. É sabido que a Constituição Federal de 1988 inseriu na ordem constitucional pátria previsões acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, no art. 173, parágrafo 5^o e mais diretamente no art. 225, parágrafo 3^o¹⁰ tratando, respectivamente, de atos praticados contra a ordem econômica e financeira e de infrações ao meio ambiente.

Sob a égide do Estado de Direito as pessoas estão submetidas ao regramento legal, seja para adquirir direitos seja para contrair obrigações. Portanto, restando evidenciado que a pessoa jurídica pode ser, inclusive, sujeito ativo de crime, o que em um primeiro momento pode soar estranho e até mesmo de alcance limitado ante a impossibilidade de cumprimento de determinadas espécies de pena (por exemplo, penas privativas de liberdade) não é razoável que o direito que possa decorrer no futuro de não ser “eternizada” uma condenação possa ser vindicado somente pelas pessoas físicas.

Sem olvidar das discussões inerentes à (im)possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, Martins (2019, p. 122) admitin-

9 Aduz: “§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

10 Veja-se: “§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

do a extensão do direito ao esquecimento às pessoas jurídicas¹¹ e, mais especificamente às empresárias, assevera que:

De qualquer forma, se considerada autora do fato criminoso ou vítima dele, porque instrumentalizada para a prática por quem agia em seu nome, pela razão da existência, por seu titular de direitos patrimoniais e de personalidade, bem como dotada de dignidade, lhe é aplicável o Direito ao Esquecimento, entendido como o direito à autodeterminação informativa, que confere a cada uma das pessoas um real poder sobre suas próprias informações e dados. Assim, justifica-se vedar a exploração midiática de fatos penalmente relevantes, exigindo que não sejam divulgados – logo sejam esquecidos – quando desprovidos de atualidade. Reconhecido para a pessoa natural, não há motivos concretos para que o exercício desse direito, que abrange a reabilitação penal e a concessão de indenização cível, possa ser estendido à pessoa jurídica.

Quer dizer, a pessoa jurídica empresária está sujeita às obrigações de todos os matizes, mas quanto a sua plêiade de direitos, mesmo aqueles compatíveis com o seu exercício, seria indevidamente limitada. Tal situação não encontra amparo legal (como já demonstrado ao longo do estudo) nem sustentação axiológica.

A esse respeito precisas são as palavras de OST (2005, p. 160-161): “[...] o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida com a sociedade e tentam reinserir-se nela”.

11 “Por essa concepção, a pessoa jurídica, por que dotada de dignidade e detentora de direitos da personalidade, também merece ser titular do Direito ao Esquecimento tanto nos ordenamentos em que considerada criminosa quanto naqueles que inadmitem sua responsabilidade penal, pois instrumentalizada para a prática de crimes cometidos por quem age em seu nome torna-se vítima das manifestações públicas de hostilidade” (MARTINS, 2019, p. 80)

Não se quer aqui afirmar que se a pessoa jurídica possui obrigações correlatas a sua existência técnica, necessariamente o sistema jurídico deva conceder-lhe todos os direitos que são essencialmente humanos. Não é isso! Propõe-se uma visão ressignificada da pessoa jurídica para considerá-la não apenas como um sujeito fictício, e sim como um sujeito de direitos suscetível de tutela de direitos próprios da personalidade, por exemplo, como o nome empresarial, a honra objetiva, e o que é objeto deste estudo, o direito ao esquecimento.

Esse necessário reposicionamento da pessoa jurídica, mais especificamente da empresa, na atual sociedade informacional garante uma isonomia existencial e jurídica. Não se pode mais continuar com a percepção que sempre as empresas estarão no lado mais favorável das relações jurídicas e, por isso, delas devem ser exigidas obrigações ao passo que seus direitos da personalidade devam ser limitados, independente da natureza.

Em um ordenamento jurídico como o brasileiro que considera a livre iniciativa ao mesmo tempo um fundamento da República Federativa e fundamento da ordem econômica não se pode alijar direitos plenamente aplicáveis às empresas.

Nesta linha argumentativa relacionada à efetivação do direito ao esquecimento da empresa como uma forma de proteção da ordem econômica, interessante é o posicionamento trazido por Martins (2019, p.123) admitindo-o sob o aspecto dos impactos mercadológicos, tendo em vista as repercussões que a ofensa a reputação¹² da empresa pode gerar para a preservação da empresa economicamente viável:

12 Martins (2019, p. 118) destaca ser: “imprescindível empreender esforços para a preservação tanto da empresa economicamente viável, enquanto atividade produtiva, quanto da reputação corporativa, já que estudos realizados pela Universidade de Oxford em 2002 apontaram que a reputação da uma sociedade empresária corresponde a 40% de seu valor de mercado”.

Assim, da colisão entre os dois direitos fundamentais, conclui-se que o tempo – atualidade da informação – serve como parâmetro decisório para regular o uso que se faz de informações sobre fatos criminosos, por tratar-se de um fator comum. Mas, se pelas peculiaridades do caso concreto não for possível a harmonização do Direito ao esquecimento e do Direito à Memória, conclui-se que a ponderação constitucional deve privilegiar a aplicação do primeiro em detrimento do segundo. A relevância sócio-econômica da atividade empresarial justifica a preservação da pessoa jurídica e de sua atividade. Inclusive, o Estado, enquanto ator de não-mercado, deve implementar o Direito ao Esquecimento como política pública mantendo a economia nacional sadia pela competitividade e permanência no mercado interno, bem como estimulando o ingresso, também, no mercado externo.

Ademais, é preciso acrescentar que o âmago do direito ao esquecimento é evitar uma eternização de fatos desabonadores da “vida” pretérita das pessoas. Tal direito, segundo Dotti (1998, p. 300), é a “faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público”.

Nesse sentido, e não atrelando o direito ao esquecimento apenas ao direito à privacidade entendem, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto, que aquele direito mais se relaciona com o direito à identidade, esclarecendo que “é precisamente dentro desse escopo de preservação da identidade manifestada no presente relativamente aos fatos ocorridos no passado que se pode estruturar o conteúdo essencial do direito ao esquecimento” (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 73).

Tais posicionamentos doutrinários reforçam a tese de aplicação do direito ao esquecimento às empresas, pois trata-se de um direito fundamental e essencial para o livre desenvolvimento da personalidade, que é um atributo, também, da pessoa jurídica.

São vários os argumentos que embasam a aplicabilidade do direito ao esquecimento às empresas conforme demonstrado neste tópico, mas por fim é relevante registrar que a característica da mutação é ínsita às pessoas e aqui pode ser incluída às jurídicas. A pessoa de hoje não necessariamente é aquela do passado e, por isso, deve ser assegurado o direito de mudar suas posições, atitudes, ações no decorrer da existência. Sendo de fato verificada tal mudança não há razão para que a sua imagem fique acorrentada ao passado, sob pena de aplicar às empresas uma pena que no nosso ordenamento não é admitido sequer para crimes capitais, a pena perpétua.

3 Parâmetros para ponderação de interesses na aplicação do direito ao esquecimento às empresas

O estudo da ponderação de interesses como forma de solucionar o conflito existente entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão ou informação deve ser antecedido da análise do princípio da proporcionalidade e para tal consecução é indispensável, inicialmente, situar os princípios dentro do sistema jurídico.

Tal intento foi pretendido, no primeiro momento, por Dworkin a partir da construção de uma teoria dos princípios, motivado por sua marcante crítica ao positivismo, passando a considerar que os princípios eram também norma jurídica ao lado das regras.

Os princípios para Dworkin (2007, p. 42) “possuem uma dimensão que as regras não têm- a dimensão do peso ou da importância” de forma que o conflito de princípios será resolvido a partir do exame da força relativa de cada um, já que suas consequências jurídicas não são obtidas de maneira automática, quando as condições são dadas (DWORKIN, 2007, p. 42).

Sintetizando o pensamento de Dworkin, no aspecto relacionado às regras e princípios, Humberto Ávila (2005, p. 28), assim, leciona:

Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma

regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.

Isto posto, avançando na teoria dos princípios chega-se às contribuições de Alexy¹³, embebidas das ideias trazidas inicialmente por Dworkin, mas apresentando alguns traços distintivos quanto a relação dos princípios com os direitos individuais¹⁴, defendido por este último, e principalmente no tocante à diferenciação entre princípios e regras, asseverando que a distinção não é em relação à grau (como defende Dworkin) e sim qualitativa¹⁵.

Assim sendo, Alexy apresenta seu conceito de princípios e regras, afirmando que princípios são mandamentos de otimização, satisfazem-se em graus variados e a consequência jurídica não é determinada a

13 Cardoso (2009, p.193) ressalta que: “aproximadamente sete anos após a publicação de sua Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy propõe sua Teoria dos Direitos Fundamentais, em que reformula alguns pontos de sua tese, especialmente a posição dos princípios no ordenamento jurídico, destacando-os da dogmática, e determinando seu método argumentativo de aplicação”. (grifo nosso).

14 Adverte Cardoso (2009, p.193) “Esclarece Alexy, numa postura diferente da adotada por Dworkin, para quem somente são princípios as normas que relacionem a direitos individuais”.

15 Atente-se que: “as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa [...] O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (ALEXY, 2008, p. 90)

partir de uma análise abstrata do caso; ao passo que as regras são determinações, se presentes os seus requisitos deve-se aplicá-las em sua exata medida, caso contrário, não. Nem mais nem menos, são satisfeitas ou não, não existe uma análise casuística para sua aplicação utilizando-se a regra da subsunção (ALEXY, 2008, p. 90-91).

A distinção entre princípios e regras no pensamento de Alexy pode ser melhor compreendida, de forma mais direta, na análise do excerto abaixo:

Segundo a definição padrão da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus diferentes. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também jurídicas. Estas são, além de regras, determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário (ALEXY, 2007, p. 64).

O princípio da proporcionalidade apresenta-se na teoria de Alexy como ponto central para a solução de casos em que ocorra a colisão de princípios. Em verdade, o jurista alemão aponta a existência de uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade¹⁶, considerando que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela” (ALEXY, 2008, p. 116). Essa afirmação sustenta-se no sentido de que a proporcionalidade é decorrência lógica da própria natureza dos princípios.

16 Nessa obra o autor utiliza o termo máxima da proporcionalidade como adstrito ao princípio da proporcionalidade, inclusive nomeia as três sub-espécies de proporcionalidade de máximas parciais da proporcionalidade, que são: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento).

E como princípio que o é, a proporcionalidade ganha uma carga argumentativa de especial destaque no discurso jurídico, vez que sua atuação no conflito de princípios é primordial, já que como demonstrado linhas acima, os princípios como máximas de otimização não são afastados no caso concreto e sim ponderados para definir qual dos colidentes se realiza na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais apresentadas casuisticamente.

Nesse sentido, são precisas as palavras de Cardoso (2009, p. 201-202):

As razões de adotar a regra da proporcionalidade- na linha da Teoria Discursiva do Direito, definindo e delimitando o campo e a carga de argumentação- para a aplicação dos princípios parte da vagueza e do dissenso acerca dos objetos regrados por formulações do catálogo de direitos fundamentais previstos nas constituições.

Logo, se a proporcionalidade é imbricada com a natureza dos princípios, sendo inclusive considerado um método de aplicação para solução de colisão de conflitos, dessa forma, sobressai sua importância.

A proporcionalidade apresenta três sub-espécies que são: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento), que segundo Alexy (2008, p.118) apresenta-se da seguinte forma:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato dos princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

A subespécie da *adequação* diz respeito a ideia de idoneidade, avaliando quais os meios são idôneos à otimização. Por sua vez, a máxima

de necessidade “exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso” (ALEXY, 2008, p. 590).

Assim, a adequação e a necessidade como subespécies da proporcionalidade destinam-se “a selecionar os meios para o alcance (ou fomento) dos fins eleitos em lei ou na Constituição” (ALEXY, 2004, p. 41).

Por fim, a terceira sub-regra do princípio da proporcionalidade é a da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. Nesta reside o aspecto essencial para a solução de controvérsias jurídicas, os chamados casos difíceis, tendo em vista que as duas sub-regras alhures mencionadas cingem-se à otimização de possibilidades fáticas, ao passo que a regra da ponderação adstringe-se à possibilidade jurídica de otimização do princípio colidente.

A regra da proporcionalidade em sentido estrito está diretamente ligada à lei do sopesamento segunda a qual “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 593)

Dessa forma a ponderação requer, pois, o sopesamento dos princípios em conflito através da avaliação, se a importância da satisfação de um princípio justifica o grau de não satisfação do outro em questão.

Por fim, é salutar mencionar a observação trazida por Cardoso (2009, p. 208), no que diz respeito ao papel da proporcionalidade para a teoria da argumentação “A inovação apresentada por Alexy consiste na concepção dos princípios como mandamentos de otimização e na vinculação da proporcionalidade à teoria da argumentação”.

Alexy propõe com sua teoria dos princípios o sopesamento para solucionar a colisão de interesses em casos difíceis. E é com base nessa perspectiva que o presente estudo vislumbra o caminho jurídico para enfrentar o dualismo entre memória (princípio da liberdade de expressão) e esquecimento (direito ao esquecimento, decorrente do princípio da privacidade).

Dessa forma, é através da teoria dos princípios que Alexy busca sugerir uma racionalidade discursiva da ponderação visando aplicá-la na fundamentação do enunciado que preponderou no sopesamento.

Para subsidiar a decisão jurídica dos casos difíceis, estando em conflito princípios, entra em cena a necessidade de sopesamento, através da ponderação, a fim estabelecer entre os interesses jurídicos conflitantes aquele que apresenta no caso o maior peso, prevalecendo-o.

Temas tão sensíveis como a memória e o esquecimento podem desvelar em conflitos que certamente não serão de fácil solução. Deste cenário conflituoso pode-se extrair a imperiosa necessidade de construir uma argumentação jurídica que valha como substrato tanto do discurso jurídico como da própria decisão jurídica. Aqui, deve-se valer do aperfeiçoamento que Alexy conferiu ao princípio da proporcionalidade.

Um caso em que se apresentem em lados antagônicos a defesa da manutenção à memória (liberdade comunicação ou de informação) e a necessidade de esquecer determinado fato, certamente, não será de fácil resolução. Valendo-se dos ensinamentos já assentados, vê-se que esse conflito não se resolverá pela utilização das regras de *adequação e necessidade* que sustentam, também, o princípio da proporcionalidade. Seria o caso de valer-se da lei de sopesamento na busca da necessária otimização em relação às possibilidades jurídicas. A solução para resolução de um confronto desse jaez não pode ser apriorística, cada caso pode apresentar aspectos que autorizem a importância de satisfação de um deles na exata medida que o outro terá um maior grau de não satisfação.

Por isso, no estudo do direito ao esquecimento e, principalmente, quando se trata da extensão deste às empresas é relevante fornecer ao interprete alguns parâmetros para auxiliar na ponderação de interesse, conforme será tratado no tópico seguinte.

Ao longo deste estudo buscou-se estabelecer o conteúdo e a juridicidade do direito ao esquecimento, justamente para a partir de pressupostos propedêuticos enquadrá-lo como um direito fundamental na ordem jurídico-constitucional.

Pois bem, conforme demonstrado, na ordem jurídica brasileira o direito ao esquecimento não se encontra positivado, mas a sua implementação por quem assim o defende é fruto de uma interpretação sistemática numa perspectiva constitucional vindo da doutrina e até mesmo da jurisprudência, que os considera como um direito fundamental implícito.

A esse respeito, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto explicitam que:

Até o presente momento, no concernente ao direito ao “esquecimento”, é possível, a partir de uma interpretação sistemática do marco normativo nacional, na perspectiva constitucional, mas também a partir de diversos diplomas legais de hierarquia infraconstitucional, sufragar (a exemplo do que parece ser a posição da doutrina dominante e mesmo da jurisprudência) a possibilidade de se reconhecer um direito ao esquecimento como direito implícito associado à dignidade da pessoa humana, ao direito geral de personalidade, tais como o direito à privacidade, intimidade, honra e imagem, bem como o direito à livre autodeterminação informativa, por sua vez também um direito de natureza implícita (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 175).

De igual modo que tal direito seja invocado por pessoas naturais e, já tenha sido aceito por um dos Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça, também pode ser pleiteado pelas empresas. Todavia, para elas trata-se de um direito fundamental implícito que não será associado à dignidade da pessoa humana e sim aos direitos de personalidade, em especial a privacidade, a honra objetiva e a autodeterminação informativa.

A aplicação do direito ao esquecimento não é uma tarefa de simples subsunção do fato à norma. Nesse sentido, a invocação do direito a ser deixado em paz às empresas deve à semelhança dos casos analisados de pessoas naturais passar por um indispensável processo de ponderação

de interesses com vistas a sopesar por sua aplicação ou não, analisando caso a caso.

Desse modo, a lei do sopesamento é a grande protagonista para a solução do embate principiológico. Contudo, é preciso deixar claro que essa ponderação não pode simplesmente levar em consideração os tradicionais critérios utilizados para solucionar conflito entre direito da personalidade e liberdade de expressão¹⁷.

Destaque-se, por oportuno, citar que a importância da utilização da ponderação de interesse transcendeu a previsão até então somente jurisprudencial no sistema jurídico brasileiro e passou a ser positivado com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que prevê em seu art. 489, parágrafo 2º, o critério da ponderação para solucionar a colisão de normas, nos seguintes termos:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Assim sendo, o presente estudo apresenta abaixo parâmetros ou critérios para serem observados no processo de ponderação de interesses, destacando-se para o fato que os critérios propugnados são voltados para a aplicação do direito ao esquecimento às empresas.

17 Pablo Martínez, defendendo este entendimento, muito bem observa que, os critérios tradicionais utilizados no sopesamento de conflitos nesse âmbito “[...] praticamente inviabilizam a implementação do direito ao esquecimento, já que conferem maior força e aplicabilidade à liberdade de informação, sem fazer uma análise mais profunda dos direitos em jogo, ignorando por completo a proteção da dignidade da pessoa humana” (MARTINEZ, 2014, p. 161)

3.1 Rememorar informação vexatória, desabonadora, prejudicial ou inverídica de forma desproporcional.

No mundo atual extremamente interconectado tende a se tornar mais fácil e comum a difusão de fatos passados que, por alguma razão a sua recordação no presente torna-a desproporcional. Tal situação pode ocorrer na rememoração de informação vexatória, desabonadora, prejudicial ou inverídica. E a fixação destes critérios tem o condão de deixar claro que somente fatos realmente ofensivos aos direitos da personalidade das pessoas seriam aptos a ser vindicado um direito a ser deixado em paz¹⁸.

Quanto às empresas esse critério deve ser exigido no sentido que ela não deve invocar o direito ao esquecimento por meros fatos ou informações que não lhes são favoráveis. Por exemplo, no caso de se pleitear o esquecimento de menções desagradáveis inseridas em plataforma voltada para avaliar a credibilidade e reputação de empresas, como é o caso do site ReclameAqui¹⁹.

Em situações como essa defende-se aqui a não aplicação do direito ao esquecimento, pois é inerente à atividade empresarial submeter-se ao controle social em razão das suas próprias escolhas e modo de atuação.

18 Condição essa esposada por Ingo Salet e Arthur Ferreira Neto, no sentido que: “essa primeira exigência se impõe na medida em que o direito não deve intervir para proteger situações que não manifestem qualquer potencial danoso nem deve se engajar em resguardar o mero desejo individual de não mais estar exposto à observação externa de terceiros relativamente a fatos banais e comezinhos da sua vida privada, mas que não chegam a se caracterizar como ofensivos ou agressivos à sua personalidade e dignidade” (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 190-191)

19 Sobre a atividade do site ReclameAqui tem-se que: “Diariamente, mais de 600 mil pessoas pesquisam as reputações das empresas antes de realizar uma compra, contratar um serviço ou resolver um problema. O consumidor pode (e deve!) avaliar uma reclamação! Essa avaliação entra numa equação com o índice de resposta, solução e se o consumidor voltaria a fazer negócio com a empresa, resultando na reputação os rostinhos que você vê no nosso site! Dessa forma, antes de comprar um produto ou contratar um serviço, você pode pesquisar quais são as empresas mais confiáveis e fazer um bom negócio” (RECLAMEAQUI).

O que não se pode é a pretexto de uma liberdade informativa rememorar informação vexatória, desabonadora, prejudicial ou inverídica de forma desproporcional ou até mesmo fora de contexto.

A desproporcionalidade é a verificação que no processo de sopesamento a divulgação da informação não deve prevalecer, quando apresentar caráter desabonador ou prejudicial, sem que haja um real interesse público nessa rememoração²⁰. Reitere-se que, para as empresas é plenamente possível buscar o esquecimento de fatos desse jaez.

Pode-se citar um caso recente de uma grande empresa na área de cosméticos no Brasil que teve uma diretora acusada de manter idosa em situação análoga à escravidão (VIEIRA, 2020). A repercussão foi extremamente negativa para a empresa e resultou na demissão da alta executiva. Nesse caso, não restam dúvidas que a tendência é a informação vir associada ao nome da grande empresa em que a acusada era executiva. Se essa situação de vinculação prejudicial à empresa persistir no futuro será um caso de aplicação do direito ao esquecimento da empresa, pois haverá uma clara situação de violação da honra objetiva desta.

No tocante ao critério da veracidade da notícia, não é objeto de aceitação pacífica pela doutrina. Uma primeira corrente²¹ entende que é pressuposto para invocação do direito a ser esquecido que o fato questio-

20 A esse respeito precisa é a invocação feita por Sarlet e Ferreira Neto (2019, p. 192): “Não reconhecer a importância desse primeiro critério de controle do direito ao “esquecimento” poderia acabar conferindo um poder absoluto ao indivíduo sobre as informações que tocam direta ou indiretamente em aspectos da sua vida, o que, além de provocar um excesso no número de demandas judiciais, muitas delas frívolas e sem sentido, colocaria em posição de total submissão o interesse público que se manifesta na necessidade de livre trânsito de ideias, na ampla propagação de conhecimento e no acesso prioritário a informações”.

21 Partidários dessa corrente, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto, aduzem que: “no processo de ponderação levado a efeito quando da decisão sobre o reconhecimento, ou não, de um direito ao ‘esquecimento’ e seus respectivos limites, há que levar em conta se a informação é ou não verídica, a eventual incompletude e potencial distorção da realidade (eventualmente compensável por meio de uma simples retificação) ou mesmo a sua natureza ilícita. Insere-se nesse contexto- com particular impacto no ambiente digital- o caso das assim chamadas fake News e do já tradicional mas não menos relevante problema do discurso de ódio (hate speech), em geral tido como vedado pelas ordens jurídicas nacionais e internacional, ainda que varie significativamente o que se entende como configurando uma típica situação de discurso de ódio” (SARLET E FERREIRA NETO, 2019, p. 192-193).

nado seja verídico, tendo em vista que haveria mecanismos processuais próprios para reclamar a exclusão de informações falsas. Por sua vez, outra corrente²² defende que é essencial verificar a natureza do fato e a informação ou opinião em questão afirmando que, o direito ao esquecimento pode ser ponderado para prevalecer ante uma informação falsa.

Sem desconsiderar os argumentos levantados por uma e outra corrente entende-se que o direito ao esquecimento é gênero que comporta outras espécies (formas de manifestação, a exemplo da desindexação) e por isso não se pode limitá-lo apenas a fatos verídicos, pois se assim o for haverá situações em que a parte prejudicada não terá a satisfação de sua pretensão da forma desejada, para explicar melhor ilustra-se com o exemplo abaixo.

Ganhou destaque inicialmente na mídia televisiva e após nas redes sociais, o chamado caso do “rato na coca-cola”. Trata-se de uma acusação de um consumidor afirmando que encontrou vestígios do roedor em uma garrafa lacrada do refrigerante, após consumir o produto, tendo este fato lhe causado sequelas físicas. Posteriormente, no julgamento em primeira instância o Poder Judiciário decidiu, com base em prova pericial, que o fato não existiu (VEJA, 2013).

Pela análise dessa situação exposta resta claro que demandar apenas a pessoa responsável pela fraude pode não ser a medida mais eficaz. Em uma simples pesquisa no buscador mais conhecido na internet com a frase “rato na coca-cola” são obtidas milhares de páginas sobre o assunto. Vê-se, portanto, que processar e criar campanhas informativas sobre o episódio não serão suficientes para não afetar a reputação da maior empresa de refrigerantes do mundo. Diversamente, seria o caso da aplicação do direito ao esquecimento, especificamente buscando a desindexação dos links que retornem com páginas sobre esse assunto

22 Bezerra Junior (2018, p. 139), adepto dessa corrente afirma que para se falar em direito ao esquecimento deve ter em mente que deve estar: “fundado no pressuposto de que a veracidade seria fato incontroverso”, ou seja, informação, notícia ou fato que se quer ver esquecida, deve primeiro ser verdadeira, para depois analisar os parâmetros de aplicação.

sendo, assim, essa alternativa a mais eficaz e capaz de proteger de forma ampla o violado direito da personalidade da empresa.

3.2 Não Atualidade (ou não contemporaneidade) do fato rememorado

Rememorar fato que não seja atual pode ser utilizado, juntamente com os outros critérios, como um parâmetro para pender a “balança” do sopesamento para o lado do direito ao esquecimento da empresa.

Uma ideia que envolve o direito em tela é o tempo da notícia, quer dizer, a informação a ser divulgada se tiver o condão de ofender direito personalíssimo deve ser atual, sob pena de se impingir uma pena perpétua, que a qualquer momento pode ser aplicada (reavivada) excetuados, é claro, os casos de interesses público ou fato histórico que afastam o critério da atualidade.

Seguindo essa linha intelectualiva, Bezerra Junior (2018, p. 151) afirma acertadamente que: “o interesse informativo, como padrão de balizamento a ser utilizado em caso de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos à privacidade, à honra e ao bom nome, normalmente invocados sob o viés do direito ao esquecimento, exige que a informação que se busca veicular seja provida de atualidade”.

Igualmente valorizando o aspecto temporal do direito ao esquecimento, aduz Viviane Maldonado:

[...] para os fins da doutrina do direito ao esquecimento, tem-se que é justamente a contemporaneidade a pedra de toque que justifica o interesse público, haja vista que, com o passar do tempo, aquele é capaz de esvanecer até seu completo desaparecimento (MALDONADO, 2017, p. 95)

Todavia, caso diverso seria o de uma empresa envolvida nos escândalos de corrupção, como a JBS na operação lava-jato, e passados longos anos surge dela uma notícia de uma investigação em novo escândalo de corrupção.

Nesta situação, tem-se um contexto de atualidade que autoriza mencionar o caso passado para evidenciar que o fato do pretérito veio à tona para contextualizar com a relevância atual do tema, qual seja, novamente o envolvimento em um caso de corrupção empresarial (BEZERRA JUNIOR, 2018, p. 151).

Trazendo novamente para a discussão o papel desempenhado pela plataforma ReclameAqui vê-se uma falha que merece reparo, no tocante ao critério de atualidade da informação. Em consulta realizada ao referido site é possível encontrar entre as dúvidas mais frequentes dos usuários uma relativa ao tempo em que a reclamação contra uma empresa fica publicada no site. Como resposta a essa pergunta é informado que a reclamação somente é desativada quando o próprio consumidor faz a solicitação. No entanto, quando se completam 3 anos contados da publicação a reclamação é retirada da aba geral da reputação da empresa (RECLAMEAQUI).

A partir das informações fornecidas pelo próprio site constata-se que, se o consumidor não retirar a sua reclamação o relato ficará por tempo indeterminado no site, sempre disponível para leitura. Dessa forma, exemplifica-se aqui mais uma possibilidade da empresa, ter em seu favor o direito ao esquecimento pela presença do critério de não contemporaneidade da informação, tendo o condão de afetar sua honra objetiva.

A indeterminabilidade da retirada de uma reclamação torna permanente o fato e mesmo que a empresa mude sua política, sempre terá a pecha de uma avaliação ruim por um erro do passado.

Em relação ao limite da liberdade informativa é interessante destacar que como qualquer outro direito fundamental não se trata de um direito absoluto. As reclamações²³ dirigidas a uma empresa pela má

23 Nesse sentido, cumpre citar expressamente as ponderações feitas por Adriano Fidalgo “Tanto haverá os que defenderão o direito da empresa de não ser atacada, ou, ao menos, que a reclamação seja restrita aos limites do problema, assim como alguns entenderão que a manifestação exacerbada também é ilícita, já que não dá direito do consumidor usar palavras vulgares ou atacar a honra dos sócios da empresa. Efeitos colaterais do empoderamento dos consumidores nas redes sociais” (FIDALGO, 2018, p. 177).

prestação de um serviço ou não entrega a contento do produto não autoriza a eternização dessa crítica, sob pena de se tornar um óbice perene ao livre exercício da atividade empresarial, como corolário da livre iniciativa e a da livre concorrência.

3.3 Fato que se busca o esquecimento não pode ser de interesse público

Aqui reside um dos pontos mais tormentosos e que não se tem um parâmetro doutrinário ou jurisprudencial predefinido. Casos de empresas envolvidas em escândalos de corrupção, que se tornaram de grande repercussão são de interesse público²⁴?

De pronto, registre-se que se deve evitar o uso retórico do argumento do interesse público, sob pena de inviabilizar a aplicação do direito ao esquecimento, uma vez que este interesse da coletividade pode justificar a publicação descontextualizada ou não contemporânea de uma informação desabonadora.

O fato, notícia ou informação que se pretende esquecer deve estar revestido de um elemento negativo, a ausência de interesse público. Caso contrário, no juízo de ponderação de interesses será dada preferência a satisfação da liberdade de expressão, pois a vida em sociedade impõe que o interesse público prepondera em relação ao interesse privado.

Um aspecto sempre discutido quando se trata de interesse público refere-se à delimitação de tal direito. Em verdade, trata-se de um instituto jurídico, cujo conceito não é fechado. Por essa razão, é fruto de grandes debates, principalmente em casos em que estão em jogo o conflito sempre presente entre liberdade informativa e direito à privacidade.

Apesar dessa sua conhecida invocação relacionada a este citado conflito, conforme assentado em outro momento neste estudo, os critérios tradicionais para solução de conflitos quando envolvido esse parâ-

24 Sobre Interesse público, ampliar em: Durão e Nepomuceno (2018).

metro, nem sempre são de aplicação repetível no tocante ao direito ao esquecimento.

Ressalte-se, entretanto, a observação feita por Viviane Maldonado para quem nem mesmo o interesse público é um critério que pode ser aplicado, *a priori*, pelo contrário, à semelhança de outros critérios de ponderação deverá ser analisado casuisticamente (MALDONADO, 2017, p. 94).

Em suma, a definição do que é interesse público não é simples. Por isso que, apesar deste ser um requisito para afastar o direito ao esquecimento, o caso concreto servirá não para ponderar este interesse com o direito ao esquecimento, e sim para evidenciar se no caso em análise estará presente um inequívoco interesse público²⁵.

A esse respeito pode se exemplificar o caso de uma empresa condenada por um crime ambiental²⁶ no início de suas atividades, sem que essa condenação tenha repercutido àquela época a ponto de se tornar um fato histórico ou de interesse público. Depois de mais de três décadas, sem que se tenha registro de qualquer envolvimento em crimes dessa natureza não há razão para que seja admitida como liberdade de expressão uma matéria jornalística que rememora esse fato fora de contexto, seja por qual motivo for. Defende-se aqui, que esse é um típico caso de prevalência do direito ao esquecimento em detrimento da liberdade de expressão.

25 A locução “Inequivocamente público” foi pertinentemente tratado por JABUR (2000, p. 341). Para Bezerra Junior (2018, p. 146): “interesse público inequívoco, como circunstância excludente da ilicitude, não se amolda, dessa forma, a qualquer interesse invocado, de forma ampla e vaga, em nome de uma vontade coletiva de conhecer, mas ao contrário, restringe-se àquele que congrega os requisitos mínimos e necessários para que se configure com tal magnitude”.

26 Sobre esse assunto, ampliar em: Matos (2013); Matos (2011)

3.4 Fato que se busca o esquecimento não pode ser histórico

A definição do que se tornou um fato histórico, também, nem sempre é das tarefas mais simples. Foi visto que o fator tempo é essencial para o conceito de direito ao esquecimento, mas nem sempre o decurso do tempo será autorizador da implementação deste multicitado direito. E a razão para isso é que certo fato revestido de valor histórico, mesmo maturado com o tempo não perderá a noticiabilidade ou atualidade da publicação da matéria ou fato.

Nessa linha, cumpre citar o seguinte trecho da obra de Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto, que fazendo as devidas adaptações pode ser aproveitado para explicar a historicidade e o direito ao esquecimento das empresas:

O traço histórico que um evento passado pode assumir representa fator determinante para se avaliar a legitimidade da alegação de que o direito ao esquecimento deva ser resguardado em determinado caso concreto em que haja exposição pública de fato pretérito que hoje esteja causando dano ou abalo psíquico a um indivíduo. Isso porque, conceitualmente falando, fatos históricos, em razão da sua relevância social constante no tempo, sempre transcendem os interesses individuais, ingressando, assim, na seara de direitos que devem ser qualificados como difusos ou coletivos, *i.e.*, pretensões jurídicas protegidas pelo direito que pertencem a um grupo social ou à comunidade humana como um todo (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 195-196)

Questão de relevo, portanto, diz respeito ao que pode ser enquadrado como fato histórico. Essa condição é originada de uma construção teórica, científica, cultural ao longo do tempo que faz com que o fato seja objeto de discussão pública ou em ambientes mais restritos da sociedade e ao fim são incorporados aos arquivos históricos ou mesmo

quando não o seja, pela ampla propagação na época se torna apta a ingressar neste rol (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 197-198).

À maneira do que foi tratado, em um juízo de ponderação de interesses de fato criminoso ou irregular cometido por empresas no passado que não se revistam de interesse público, historicidade ou atualidade, certamente, prevalecerá o direito ao esquecimento.

Noutro giro, o fato será histórico quando a memória coletiva assim o exigir. E aqui a empresa que de alguma forma estiver inserida em um fato histórico não poderá ser apartada desse momento. Para exemplificar podemos citar, o papel da maior rede televisiva do Brasil, a Rede Globo, no momento antecedente ao golpe militar de 64, quando prestou ao apoio editorial a este movimento que resultou em um período de exceção durante 21 anos²⁷. Nesse caso, o apoio ao novo regime que se instalava no país em 1964 tornou-se um fato histórico e como tal o sopeamento resultaria, provavelmente, na satisfação do interesse público à informação expressada pelo direito à memória coletiva.

Advirta-se, também, que casos de grande relevância social na época e que por tal ingressaram na memória coletiva, evidentemente não poderão ter a seu favor o esquecimento. Pode-se citar, as tragédias dos rompimentos das barragens de Mariana e Brumadinho imputadas à negligência da empresa de mineração Vale do Rio Doce. Por mais que se perceba o esforço para melhorar a imagem após o acontecimento com campanhas e novos processos internos, o fato tornou-se um evento histórico, não sendo passível de ser esquecido.

Logo, vê-se, pois, que a utilização do princípio da proporcionalidade, em sua sub-regra da ponderação, é essencial para a solução de possíveis conflitos que surgem com os fenômenos da memória e esquecimento.

27 Destaque-se que no ano de 2013 o grupo Globo lançou um editorial reconhecendo que o apoio editorial ao golpe de 1964 foi um erro. Para mais informações recomenda-se a leitura do texto O Globo (2014).

3.5 Empresas que implementaram um efetivo programa de *compliance*

Por mais de um momento no decorrer deste estudo ponderou-se que a necessidade de esquecer fatos pretéritos não agradáveis, além de ser um direito das pessoas jurídicas empresárias pode ser também analisado sob o prisma de fornecer a elas uma retaguarda para o livre exercício das suas atividades, sem pairar o receio que decisões ou atos tomados há bastante tempo sejam capaz de virem à tona a qualquer momento no presente, prejudicando a imagem da empresa e a consequente regular atuação desta.

O ditado “errar é humano” pode ser transferido para área empresarial no sentido de entender que “o errar é corporativo”, também. Por isso, que em homenagem ao princípio da preservação da empresa, a esta pode ser dada uma chance de correção de suas falhas, dentre as mais diversas imagináveis: corrupção empresarial, violação de direitos humanos, desrespeito ao meio ambiente, crimes contra a ordem econômica, atuação negligente de seus funcionários, entre outros.

Nesse sentido, nos últimos anos na área empresarial ganhou evidência a figura do *compliance*²⁸, sendo uma ferramenta de gestão empresarial voltada ao estabelecimento de regras internas que devem ser cumpridas por todos os níveis hierárquicos das corporações, com vistas a prevenir situações de desconformidade legal²⁹.

Em um primeiro momento pode parecer sem conexão o direito ao esquecimento e o *compliance*, mas vislumbra-se na implementação deste último um importante parâmetro para sopesar pela aplicação daquele direito às empresas.

28 O termo *compliance*, originário da língua inglesa origina-se do verbo *to comply*, cuja livre tradução é: *em conformidade, de acordo com algo*.

29 Para Silveira e Saad-Diniz (2015, p.65), *Compliance* é “uma prática empresarial que pretende colocar padrões internos de acordo e em cumprimento de dados normativos”. Em igual sentido, de forma mais completa, Coimbra e Manzi (2010, p.2) esclarecem que consiste no “conjunto de ações destinadas à observância do dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir as leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação do risco legal/regulatória”.

A ideia da existência no presente de um efetivo³⁰ programa de *compliance* na empresa que, de alguma forma no passado esteve envolvida em escândalos ou atos que macularam a sua imagem surge como um parâmetro para na ponderação valorar pela aplicação do direito de ser deixado em paz em detrimento da liberdade de comunicação, expressão ou informação. Fundamenta-se na ideia de que sua postura empresarial atual está firmada em um programa de conformidade, que decerto incluiu mecanismos de controle e processos internos de verificação constante, para evitar que fatos indesejados voltem a interferir na sua reputação³¹.

Por fim, interessante para corroborar com a proposta apresentada neste tópico vem da previsão na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)³², no sentido de considerar atenuante de pena a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade no âmbito da pessoa jurídica, por meio da qual se praticou atos de corrupção. Trata-se de medida premial que tem o condão de estimular a probidade empresarial. De igual forma, vislumbra-se que possuir um programa de *compliance* efetivo é um indicador que a empresa buscou se adequar para não mais cometer as irregularidades cometidas no passado, sendo uma espécie de reabilitação empresarial.

30 Uma ressalva apontada por grande parte da doutrina especializada, sendo inclusive objeto de críticas é a questão da implementação de um efetivo programa de *compliance*. A intenção que se busca com essa ferramenta é criar um programa de cumprimento aos regulamentos legais em todos os níveis da empresa visando minorar os riscos do negócio. Se a implantação for meramente formal, nem internamente nem externamente será obtida a cooperação necessária para sua colocação em prática. Se o programa for apenas formal não há razão para ser considerado como um critério favorável no sopesamento inerente à aplicação do direito ao esquecimento.

31 Sobre o alcance reputacional do compliance, interessante é a conclusão exposta por Adriano Fidalgo “ Destarte, mostra-se o quão a *Compliance* tem importância ímpar dentro das corporações, mas cujos reflexos saltarão *extra muros*, efetivando-se a prevenção contra problemas na área do direito do consumidor e digital, aqui nosso foco máximo, além da manutenção da boa imagem da empresa perante terceiros, junto aos seus funcionários e com os órgãos reguladores. Isto é, dignificando a reputação empresarial e suscitando a perenidade da marca” (FIDALGO, 2018, p. 176).

32 Veja-se: “Art. 7º- Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (BRASIL, LEI N º 12.846/2013);

Enfim, é um critério premial que sem sombras de dúvidas, além de indicar que a empresa buscou corrigir seus erros pretéritos, também, estimula a adoção de padrões internos de cumprimento das normas, o que em última análise apresentará reflexos positivos para a sociedade como um todo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual momento vivenciado pela sociedade, marcadamente caracterizado pelo avanço tecnológico, e assim, por isso, denominado de “era da informação”, requer uma atenção especial para situações que possam resultar no conflito entre os direitos fundamentais à privacidade e à liberdade de expressão e informação.

A tendência natural ao surgimento de conflito quando se apresentam em lados antagônicos, a memória e o esquecimento, requer uma análise acurada a fim de que não se privilegie a solução que, hipoteticamente, se mostre mais adequada, já que em casos como tal, em razão dos valores dos bens jurídicos envolvidos impõe-se uma solução casuística, com base na ponderação de interesses.

Com efeito, o presente estudo partindo de uma concepção filosófica dos fenômenos da memória e do esquecimento constatou que no conflito entre eles deve-se rechaçar a existência de situações que privilegiem o excesso de memória ou de esquecimento, propondo como alternativa a adoção de políticas de justa memória, que seria um meio termo entre esquecimento e memória.

Assim, a imprescindibilidade da adoção de uma política de justa memória conduz, ainda que de forma indireta a uma ponderação em que de um lado está presente a obsessão pelo passado (memória) e do outro amnésias impostas (esquecimento).

Em relação à análise de pressupostos para o desenvolvimento da pesquisa, levando em consideração outras denominações e divisões construiu-se um conceito próprio para o direito ao esquecimento, como sendo o direito fundamental que assegura a vedação à veiculação de fa-

tos, ainda, que verídicos, mas não contemporâneos relativos à privacidade ou a autodeterminação informativa das pessoas, quando expostos para a coletividade em certo momento e cuja informação desatualizada gera ofensa à honra, imagem ou a vida privada.

Nessa perspectiva, o alcance da divulgação de determinadas informações pretéritas através dos meios de comunicação, entre eles a internet, tem o condão de violar o direito fundamental “de ser deixado em paz”.

Quanto ao regime jurídico no Brasil do direito ao esquecimento constatou-se que seu fundamento material pode ser extraído da proteção à vida privada (privacidade), intimidade, honra e à dignidade da pessoa humana. Por outro turno, o amparo formal de tal direito advém da regra do art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988, autorizando a conclusão que o direito ao esquecimento constitui um direito fundamental implícito decorrente do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição.

Realizada a devida análise jurisprudencial nos tribunais superiores pesquisou-se que o Superior Tribunal de Justiça, desde o ano de 2013 vem aceitando a tese do direito ao esquecimento, desde que preenchidos certos requisitos para caracterizá-lo.

A tese fixada pelo STF, em repercussão geral, no sentido da incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Federal de 1988, em que pese não se possa negar seus efeitos imediatos de observância obrigatória pelos juízes e Tribunais pátrios, a título de construção acadêmica apontou-se os seguintes contrapontos que podem, futuramente, resultar em uma guinada deste entendimento, são eles – a mutação constitucional e a reação legislativa.

O estudo avaliou o direito ao esquecimento no direito estrangeiro destacando-se alguns precedentes. Nos Estados Unidos ganhou notoriedade o *leading case* da Suprema Corte norte-americana, *Melvin VS Reid*, do ano de 1873, reconhecendo este direito; Na França o direito ao esquecimento foi pela primeira vez assegurado em um caso julgado pela última instância do Tribunal de Paris em 1983; Em continuidade, na Ale-

manha foi exposto o paradigmático caso *Lebach*. Os citados precedentes exerceram importante papel para a consolidação e aplicação do instituto com o decorrer dos anos.

Foi dispensada especial atenção para um precedente do Tribunal de Justiça da União Europeia. O emblemático caso julgado foi o *Google Spain SL, Google Inc. versus Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González* julgado pelo TJUE, em maio de 2014. Tal decisão reconheceu o direito ao esquecimento na *internet*, no âmbito da União Europeia, consignando que a pessoa pode solicitar aos motores de busca na internet a desindexação de informações que contenham seus dados pessoais publicadas em páginas da web, quando entenda que elas sejam prejudiciais ou pelo decurso do tempo mereçam ser esquecidas, ainda que tais informações sejam lícitas.

Essa posição tende a consolidar-se com o novo regulamento de Proteção de Dados da União Europeia, que trata expressamente do direito ao esquecimento, apto a possibilitar a construção de um futuro “diálogo intercortes” nesta temática tão sensível que impõe o sopesamento de direitos em fundamentais em conflito.

Diante de uma nova perspectiva avaliada concernente à dimensão constitucional da empresa constatou-se que atividade empresarial deve voltar a sua atuação, não só para obtenção do lucro, e sim, também, observar os preceitos constitucionais, em especial o respeito aos direitos fundamentais como meio de efetivar o princípio da função social da empresa.

Neste cenário de reposicionamento constitucional do direito empresarial e da própria empresa correlacionando-os com a temática deste estudo denota-se o papel de relevo desempenhado pelos provedores busca na internet, tendo em vista que esses buscadores dispõem de mecanismo de desindexação de links que remetam a páginas da internet contendo informações violadoras do direito ao esquecimento. Vê-se, aqui uma demonstração prática da possibilidade de efetivação do respeito aos direitos fundamentais pelas empresas provedores de busca na internet.

Avançando no desenvolvimento da obra, revelou-se que apesar da dignidade da pessoa humana ser o sustentáculo na ordem constitucional e infraconstitucional dos direitos da personalidade, o ordenamento jurídico brasileiro no tocante à tutela da proteção da personalidade das pessoas confere uma ampla tutela, alcançando não apenas as pessoas naturais, mas também as pessoas jurídicas. Quanto a esta última, a interpretação que lhe confere a titularidade de direitos da personalidade, mesmo se tratando de um ente ideal sem existência física baseia-se no disposto no art. 52 do Código Civil de 2002, que outorgou à pessoa jurídica, naquilo que couber, a mesma tutela dos direitos de personalidade atribuídas às pessoas naturais.

Analisados todos esses aspectos chega-se ao momento de encontrar uma resposta para o problema da pesquisa: o direito ao esquecimento pode ser aplicado às empresas?

De início tem-se que eminentemente o direito ao esquecimento é revelado nas relações particulares, tendo em vista a feição privada dos conflitos inerentes ao direito à privacidade e a liberdade de informação. Portanto, entende-se que em se tratando de um direito fundamental é um típico caso de aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Averiguou-se que, partindo da premissa que o direito de ser deixado em paz é um direito da personalidade sua aplicação às empresas se torna possível, pelo teor da regra de extensão prevista no art. 52 do Código Civil de 2002. Acrescente-se que não é recomendado em um Estado de Direito restringir direitos, quando assim a norma não assim o autorize. Da mesma forma que se admite a aplicabilidade do direito em às pessoas naturais não há razão para negar sua aplicação às empresas, pois o que se pretende tutelar são direitos a elas estendidos, tais como o direito a honra objetiva, ao bom nome, à reputação, à privacidade e a autodeterminação informativa, todos esses direitos da personalidade.

É preciso deixar consignado que se mostra bastante simplicista e de certa forma exclusiva a posição que não admite, *a priori*, a aplicação

do direito ao esquecimento às empresas. Não se pode reduzir o alcance do direito ao esquecimento, somente, à proteção de direitos albergados pela dignidade da pessoa humana, ante a verificação que o ordenamento jurídico pátrio agasalha a extensão de direitos fundamentais para as pessoas jurídicas, dentre elas as empresas.

Não se verifica, também, o argumento que não é possível abranger as empresas na proteção ao direito de ser deixado em paz, pois a aplicação a elas resultaria apenas em reflexo econômico e não em proteção da personalidade. Na atual concepção de empresa, não se pode adstringir o seu papel somente à finalidade econômica, a possibilidade de reabilitação da pessoa, seja ela física ou jurídica, gera a aptidão de proporcionar uma existência digna sem viver às frestas dos fatos pretéritos. As pessoas jurídicas empresárias têm estreita afinidade com esse direito, pois para seu regular desenvolvimento necessitam ser-lhes assegurados o direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à livre iniciativa.

É inegável que, a reputação empresarial tem reflexos econômicos, no entanto, a este não se limita. O exercício da atividade empresarial é seguramente uma das atividades mais complexas por envolver vários aspectos - financeiro, humano, social, trabalhista, reputacional, entre outros - e ao longo dessa jornada a ocorrência percalços pode macular a sua reputação. Essa mácula não tem efeitos apenas financeiros, torna-se um “fantasma” que pode vir a assombrá-la a qualquer momento no futuro, de forma descontextualizada, mesmo que a empresa tenha trabalhado arduamente para reconstruir sua reputação.

O reflexo de uma atitude no passado, em regra, não deveria causar efeitos eternos. As empresas devem, também, ter a seu dispor mecanismos que lhes auxiliem, caso seja violado seu direito à autodeterminação informativa, para em última análise preservar seu regular desenvolvimento. Para tanto, um deles certamente é a possibilidade de exigir que não sejam rememorados fatos ocorridos em momento passado, sem contextualização, atualidade, necessidade ou interesse público.

Para contribuir com as discussões ainda incipientes sobre a aplicação do direito ao esquecimento às empresas sugeriu-se a utilização do princípio da proporcionalidade, com os seus devidos aperfeiçoamentos para através da lei do sopesamento dos princípios em conflito avaliar, se a importância da satisfação de um princípio justifica o grau de não satisfação do outro em questão.

Assim, reconhecendo que o ordenamento jurídico pátrio alberga o direito ao esquecimento é através da técnica de ponderação de interesses, que a proteção ao direito à privacidade dele decorrente será balanceada com a liberdade de expressão/informação para no caso concreto se avaliar qual deve preponderar diante dessa colisão.

Por meio da ponderação de interesses o aplicador pode utilizar os seguintes critérios, devidamente adaptados à destinação para empresas: avaliar se a rememoração apresenta informações vexatória, desabonadora, prejudicial ou inverídica de forma desproporcional; verificar a atualidade (ou contemporaneidade) do fato rememorado; perquirir se o fato que se busca o esquecimento é ou não de interesse público; analisar a historicidade do fato em que se busca o esquecimento; constatar que após o fato indesejado a empresa implementou um efetivo programa de *compliance*, para minorar os riscos de sua gestão.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Bruno de Lima. **O direito ao esquecimento e o livre fluxo de informações na internet**: reconhecimento, aplicação e efetivação deste direito no Brasil. 2018. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018. Versão eletrônica.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. **Epílogo à la teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Bernaldo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; DAMÁSIO, Marcela Queiroz de França. Direito ao esquecimento como direito da personalidade *versus* liberdade de expressão como direito à informação: ponderação entre direitos fundamentais com a aplicação da proporcionalidade e razoabilidade. **Revista Interfaces Científicas Direito**. V.4, n.2, p. 79 - 92, fev. 2016.

ARAÚJO, Rubia Maria Ferrão de. Liberdade de expressão na internet. Direito digital: coletânea de artigos. **Revista Opice Blum**, 2017. Disponível em: <https://docplayer.com.br/72418569-Direito-digital-coletanea-de-artigos.html>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução: Fábio Konder Comparato. **In: RDM**, Ano XXXV, n. 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. – dez. 1996.

ATIENZA, Manuel. **Razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: RED livros, 1999.

BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. **Direito ao esquecimento**. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia: público/privado**. In Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRANDÃO, Jacyntho Lins. A justa memória: Paul Ricoeur explora as relações entre memória, história e esquecimento. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 12 de maio de 2001. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/resenha/rs1205200102.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.846/2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709/2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 201.819**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 11/10/2005, Diário da Justiça 27/10/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRAUN, Michele. Considerações sobre a sociedade da informação, o novo contexto social-econômico e a garantia de direitos fundamentais sociais do direito do trabalho. **Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**: II mostra nacional de trabalhos científicos. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: A Teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2009.

CARLOS, ROBERTO. **Detalhes**. Rio de Janeiro: CBS, 2009. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/roberto-carlos/6971/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da internet**: reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade. Tradução: Rita Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Orgs.). **A Sociedade em rede**: do conhecimento à ação política. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorization. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n. 1, p. 76-99, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia Dos Direitos Do Homem**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de direito civil**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer consultivo OC 22/16 de 26 de fevereiro de 2016**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf. Acesso em: 06 jan. 2021.

COSTA, Deborah Regina Lambach Ferreira da; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. O direito ao esquecimento (ou de ser esquecido) e a pessoa jurídica. **Revista Argumentum**, v. 18, n. 2. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/327/100>. Acesso em: 10 jul. 2019.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, direito e utopia**: do jurídico-constitucional nas utopias políticas. Coimbra: Coimbra, 1996.

CRUZ, André Santa. **Direito empresarial**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.

DE PIETRO, Josilene Hernandes Ortolan, **A dimensão constitucional da atividade empresarial**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f8b73c0d4b1bf60>. Acesso em: 12 nov. 2019.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti; SILVA, Raquel Torres de Brito. A Aplicabilidade dos direitos fundamentais sob a ótica horizontal: um supino do constitucionalismo democrático Contemporâneo. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v.3, n.1, 2020.

DIAS, Clara Angélica G.; MELO, Brício Luis da Anunciação. **A constitucionalização do direito civil e o direito à privacidade**: análise acerca da submissão obrigatória de identificação de perfil genético de condenados. **CONPEDI LAW REVIEW**, 2019.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves; SANTIAGO, Myrelle Martins Mota. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego. **REIDese: Revista Eletrônica do Instituto Sergipano de Direito do Estado**, Aracaju, v. 01, 2015.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves. Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. **REIDese: Revista Eletrônica do Instituto Sergipano de Direito do Estado**, Aracaju, v. 01, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido/A constitutional and civil vision of the new privacy paradigm: the right to be forgotten. **Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 7-25, ago. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1670>. Acesso em: 10 jul. 2020.

DOS REIS, Jordana Maria Mathias. **Direito fundamental à memória e ao esquecimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DOS REIS, Jordana Maria Mathias; Antônio Isidoro. Direito ao esquecimento como um direito fundamental. **Revista eletrônica do Mestrado em direito da UFAL**, v. 8, n.1, Maceió, 2017.

DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. *In: Habeas data*. Teresa Wambier (coord.) São Paulo: RT, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DURÃO, Pedro. **Empresa & human rigths**: valores supranacionais e cidadania empresarial. Aracaju: Direito Mais, 2020.

DURÃO, Pedro. Decrecho y realidad: Manejo del sistema en una visión óptica. *In: Constituição viva e atual Estado constitucional de direitos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

DURÃO, Pedro; PINTO, Diogo Dória. **Direito empresarial**: direito de empresa. Aracaju: Direito Mais, 2020.

DURÃO, Pedro.; NEPOMUCENO, H. C. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: fundamentos e pressupostos jurídicos. *In: Pedro Durão; George Maia Santos; Arnaldo de Aguiar Machado Junior. (Org.). Constituição, democracia e processo*. Aracaju: Direito Mais, 2018.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Constitucionalismo digital e direitos**: para que servem as leis gerais da internet? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-09/observatorio-constitucional-direitos-fundamentais-servem-leis-gerais-internet>. Acesso em: 04 dez. 2020.

FERRARO, Angelo Viglianisi. La senteza Google Spain ed il diritto all'oblio nello spazio giuridico europeo. **Revista Contratto e impresa/Europa**, Itália, Anno XX, n. 1, Gennaio-Giugno, 2015.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **O direito ao esquecimento como um direito da personalidade**. 2016. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

FIDALGO, Adriano Augusto. Reputação digital no facebook, sustentabilidade empresarial e o consumidor. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Santa Catarina, v. 9, n. 17, 2018.

FRAJHOF, Isabela Z. **O direito ao esquecimento na internet**: conceito, aplicação e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Civil**. v. 1, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GILL, Lex. REDEKER, Dennis. GASSER., Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights (November 9, 2015). **Berkman Center Research Publication** N. 2015-15. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2687120>. Acesso em: 12 nov. 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELO, Patrícia Perrone Campos. A titularidade de direitos fundamentais por parte das pessoas jurídicas. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, v. 6., n.3, dez. 2016.

GOOGLE. **Google transparency report 2017**. Disponível em: https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=pt_BR. Acesso em: 05 dez. 2020.

GORDILLO, Agustín Alberto. **Derechos humanos**. 6. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: princípio constitucional**. Paraná: Juruá, 2006.

LEE, Yun Ki. Direito ao esquecimento: seu alcance pelos precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia e Superior Tribunal de Justiça e reflexos nas liberdades de informação, expressão e imprensa. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 2, jul./dez. 2017.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LIMA, Henrique Cunha Souza. **Direito ao esquecimento na internet**: efetividade e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

LOMBARTE, Artemi Rallo. El derecho al olvido y su protección. **Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)**, Madrid, out.-dez., 2010.

LOPES, Marcelo Leandro Pereira. O Tribunal de Justiça da União Europeia e a construção do Direito da União. **Revista Arquivo jurídico**. Teresina, v.1, n. 4, 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/download>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance** (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Apris, 2017.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento**. São Paulo: Novo Século, 2017.

MANHEIM, Karl; KAPLAN, Lyric. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy. **The Yale Journal of Law & Technology**. V. 21, 2019.

MARQUES, Gil da Costa; CRESPO, Marcelo Xavier de Freiras. Um panorama sobre a sociedade de informação: o *cloud computing* e alguns aspectos jurídicos no ambiente digital. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade de informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARTINS, Amanda Jales. **Direito ao esquecimento no âmbito da criminalidade econômica sob o enfoque da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MATOS, Eduardo Lima de; NETTO, A. O. A. . Fundamentos Teóricos e Jurídicos para a proteção ao meio ambiente. **Evocati Revista**, Aracaju, v. 1, p. 1-42, 2013.

MATOS, Eduardo Lima de. O Ministério Público de Sergipe em defesa do meio ambiente. In: PESSOA, Adélia Moreira (org.). **O Ministério Público Contemporâneo**. Aracaju: Evocati, 2011.

MATOS, Monique Fernandes Santos. Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos do Homem e a Interação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 1-23, 2014.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de direitos humanos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MCKAY, Tom. **Google registra 2,4 milhões de pedidos de direito ao esquecimento na União Europeia**. Gizmodo Uol, São Paulo, 27 fev. de 2018. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/google-pedidos-direito-esquecimento/>. Acesso em: 8 dez. 2019.

MEDEIROS, Izabella Flávia Sousa Antunes Viana de. Direito ao esquecimento da pessoa jurídica no âmbito dos crimes contra a ordem tributária. In: GONÇALVES, Everton das Neves; VITA, Jonathan Barros; POMPEU, Gina Vidal Marcilio (Coord.). **Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável I**. Florianópolis: CONPEDI, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOVELINO, Marcelo (org.). **Direito constitucional: leituras complementares**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

O GLOBO. **Apoio editorial ao golpe de 64 foi um erro**. Jornal o Globo, 31 ago. 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/apoio-editorial-ao-golpe-de-64-foi-um-erro-9771604>. Acesso em: 27 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://por-tal.mj.gov.br/>. Acesso em: 04 nov. 2019.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SECCIONAL SÃO PAULO. **Conceito dos buscadores**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/ciencia-tecnologia/artigos/Responsabilidade%20dos%20buscadores.pdf/download>. Acesso em 05 jun. 2020.

OST, François. **O Tempo do direito**. Tradução: Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PAGANINI, Juliano Marcondes. A dupla crise do modelo regulatório dos direitos da personalidade. IN: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Pensamento crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Introdução a teoria geral dos direitos fundamentais**. Aracaju: Evocati, 2015.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Manual de metodologia do trabalho científico: como fazer uma pesquisa de Direito Comparado**. Aracaju: Evocati, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Memórias**. São Paulo: Saraiva, 1987.

RECLAMEAQUI. **Sobre o reclameaqui**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.reclameaqui.com.br/institucional/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

RECLAMEAQUI. **Por quanto tempo a minha reclamação fica no site?**, [s.d]. Disponível em: <https://www.reclameaqui.com.br/como-funciona/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

RICOEUR, P. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François [et al.]. Campinas, SP: Unicamp, 2007.

RODOTÁ, Stefano. **Il mondo nella rete Quali diritti, quali i vincoli**. Roma Laterza, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O Direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo, Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo, Wolfgang. **Temas da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimentoanterior-internet>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídicas privadas. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEGALIN, Linara Bessega. Conhecimento de almanaque: Usos e abusos da memória e do esquecimento. **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH**. São Paulo, jul. 2011. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais>. Acesso em: 16 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; GOLDSCHMIDT, R. (Org.); KNOERR, V. C. S. (Org.) . **Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. v. 1. 206p.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. La responsabilidad social de la empresa y su interrelación con el Derecho del Trabajo. **Revista Derecho del Trabajo La Ley**, v. 3, p. 477-482, 2013.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, Leonardo Lessa Prado. A constitucionalização do direito como paradigma para a ciência jurídica: o necessário cuidado para com algumas armadilhas do neoconstitucionalismo brasileiro. *In*: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; COUTINHO, Júlia Maia de Menezes. **Temas do Pensamento Constitucional brasileiro**. V.4, Belo Horizonte: Ar-raes Editores, 2015.

SILVA, Lucas Gonçalves da; CARVALHO, Mariana Amaral. **Direito ao esquecimento na sociedade da informação**: análise dos direitos fundamentais no meio ambiente digital. *Revista Brasileira de Direito e Garantias Fundamentais*. v.3, n.2, Jul/Dez. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMÕES, Isabella de Araújo Garcia. A sociedade em Rede e a Cibercultura: dialogando com o pensamento de Manuel Castells e de Pierre Lévy na era das novas tecnologias de comunicação. **Revista eletrônica Temática**. Ano V, n. 05 ,maio 2009. Disponível em: www.insite.pro.br. Acesso em: 02 dez. 2020.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SPERCEL, Thiago. A teoria da empresa no Código Civil de 2002: o fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 100. p. 475-490. Jan./dez. 2005.

STEINMETZ, Wilson; PINDUR, Flavia Letícia de Mello. A titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas. **Revista direito e democracia**. v. 7, n. 2, 2006.

SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms. **Social Media + Society**. July-September, 2018.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAKANO, Camila Cardoso; SILVA, Lucas Gonçalves da. O constitucionalismo digital e as novas tecnologias de informação e comunicação (TIC). **Revista de Direito, Governança e novas tecnologias**. V. 6, n.1, jan/jun 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Analizando el derecho fundamental al olvido a propósito de su reciente reconocimiento y evolución. **Revista Misión Jurídica**, n. 13, 2017. Disponível em: <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/617>. Acesso em: 05 dez. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González**. Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&docid=152065#Footnote. Acesso em: 10 nov. de 2019.

TOKARS, Fábio Leandro. Função Social da empresa. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (coord.). **Direito civil constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2006.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa**. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf. Acesso em: 05 dez. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 46 de 1995/CE**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046>. Acesso em: 11 dez. 2019.

Uruguai. **Lei 18331/08**. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18331-2008>. Acesso em: 10 dez. 2020.

VERONESE, Eduardo Felipe; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. A Atividade Empresarial e Sua Função Social: A Efetivação dos Direitos Fundamentais. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 196-214, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1732/1126>. Acesso em: 12 nov. 2019.

VEJA. **Coca-Cola nega vestígio de roedor em seus refrigerantes**. Veja on-line, 18 set. 2013. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/coca-cola-nega-vestigio-de-roedor-em-seus-refrigerantes/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

VIEIRA, Allan J.; CORÁ, Êlsio José. O Olhar Fenomenológico De Paul Ricoeur Sobre A Memória. **Revista Pandora Brasil**, n. 42, maio 2012. Disponível em <http://>

revistapandorabrasil.com/revista_pandora/ricoeur/allan_elsio_memoria.pdf. Acesso em: 16 jun. 2019.

VIEIRA, Bárbara Muniz. **Idosa em situação análoga à escravidão é resgatada em casa em bairro nobre da Zona Oeste de SP**. Site g1, São Paulo, 26 de junho de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/06/26/idosa-em-situacao-analoga-a-escravidao-e-resgatada-na-zona-oeste-de-sp.ghtml>. Acesso em: 27 jun. 2020.

VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proposal for an international taxonomy on the various forms of the “Righth to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. **Colorado Technology Law**. Boulder, v 14, n.2, 2016.

WACHOWICZ, Marcos. Pressupostos constitucionais do direito empresarial: análise dos registros empresariais e do sistema de defesa da concorrência. **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz Do Sul n. 35. Jan.-Jun. 2011.

WE ARE SOCIAL. **Digital in 2018: world's internet users pass the 4 billion mark**. 2008– 2019 We Are Social Ltd Registered in England and Wales, company number 06629464. Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>. Acesso em: 18 nov. 2020.

GLOSSÁRIO

Art. - Artigo

AEPD - Agência Española de Protección de Datos (Agência Espanhola de Proteção de Dados)

CC - Código Civil

CEDH- Convenção Europeia de Direitos do Homem

CJF - Conselho de Justiça Federal

CNPJ - Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica

Ed. - Edição

EIRELI - Empresa individual de responsabilidade limitada

I.E - Id est (isto é)

Min. - Ministro

Nº - Número

OC- Opinião consultiva

ONU - Organização das Nações Unidas

P. - Página

RE - Recurso Extraordinário

REsp - Recurso Especial

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

UE- União Europeia

V. - Volume

V.G - *Verbi gratia* (por exemplo)

Formato: 15 cm x 21 cm
Tipologia: Andada (OTF)
Papel miolo: aperc 75gr
Impresso: Infographic's Gráfica e Editora

Luã Silva Santos Vasconcelos

Mestre em Direito pela
Universidade Federal de Sergipe.

Pós-Graduado lato sensu em
Direito Administrativo.

Pós-Graduado lato sensu em
Direito Constitucional. Graduado
em Gestão Pública.

Analista do Ministério Público de
Sergipe – Área Direito. Foi Técnico
do Ministério Público de Sergipe.

Atualmente exerce o cargo de
Coordenador Administrativo e
Pedagógico da Escola Superior do
Ministério Público de Sergipe.

Foi Professor na Universidade
Federal de Sergipe (UFS), no ano
2017.

ISBN 978-856010294-5



9

788560

102945