

ESQUECIMENTO *VERSUS* MEMÓRIA: Uma análise do direito ao esquecimento à luz do melhor interesse da criança e do adolescente

FORGETTING VERSUS MEMORY: An analysis of the right to be forgotten in the light of the best interest of children and adolescents

Taisa Maria Macena de Lima^{*}
Maria De Fátima Freire de Sá^{}**

Resumo:

O presente texto busca analisar o direito ao esquecimento na perspectiva da tutela de crianças e adolescentes. Na sociedade da informação, na qual ideias e imagens circulam rapidamente, fatos, que noutros tempos permaneceriam na esfera privada, hoje, são levados a público, às vezes pelas próprias crianças e adolescentes envolvidos, outras vezes pelos pais ou terceiros estranhos ao círculo familiar. A consequência disso é a hiperexposição do jovem, não raro em situações que dificultam o seu convívio social e familiar, podendo, até mesmo repercutir no seu futuro profissional. Objetiva-se verificar, nesse contexto, quando as informações, que ferem direitos da personalidade das crianças e dos adolescentes, devam ser esquecidas ou quando há interesse na preservação dos fatos na memória social.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Internet. Dados pessoais. Melhor interesse da criança e do adolescente. Autoridade parental.

Abstract:

This text seeks to analyze the right to be forgotten from the perspective of guardianship of children and adolescents. In the information society, in which ideas and images circulate quickly, facts, which in other times would remain in the private sphere, are made public today, sometimes by the children and adolescents themselves involved, other times by parents or third parties strangers to the family circle. The consequence of this is the overexposure of young people, often in situations that hinder their social and family life, and may even have an impact on their professional future. The objective is to verify, in this context, when information which violates children's and adolescents' personality rights should be forgotten, or when there is interest in the preservation of facts in social memory.

Artigo submetido em 04 de julho de 2020 e aprovado em 11 de agosto de 2020.

^{*} Doutora e Mestre em Direito pela UFMG. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito na PUCMinas. Ex-bolsista do DAAD. Conselheira do KAAD. Desembargadora do Trabalho. Email: taisamacena@yahoo.com.br

^{**} Doutora (UFMG) e Mestre (PUCMinas) em Direito. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado) em Direito na PUCMinas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito - CEBID. Advogada. Email: mfatimasa@uol.com.br

Keywords: Right to be forgotten. Internet. Personal data. Best interest of children and adolescents. Parental authority.

INTRODUÇÃO

Homens, Mulheres e Filhos (*Men, Women and Children*) é um filme que retrata quatro situações de conflitos familiares nos quais a internet é mais uma personagem. Num dos conflitos nele apresentado, Donna Clint, interpretada por Judy Greer, por não ter realizado o sonho de tornar-se uma grande estrela da dramaturgia, transferiu todas as suas expectativas para a filha Hannah, interpretada por Olivia Crocicchia. Para ganhar dinheiro, Donna tirava fotos sensuais da filha adolescente e postava-as no seu site. Por ironia do destino, essas mesmas poses sensualizadas inviabilizaram um contrato de Hannah, que poderia ter sido o início de uma bem sucedida carreira de atriz. Será que, com o decurso do tempo, essas fotos seriam esquecidas?

A partir do quadro delineado no filme, o que nos interessa abordar é como as relações entre pais e filhos podem ser transformadas em razão da presença muito intensa das novas tecnologias nas vidas das pessoas. Não é incomum o sentimento de frustração de um adulto que o impele a tentar realizar seus sonhos por meio de seus filhos, mas como na ficção, quando uma atriz frustrada e fracassada dispõe da internet para expor as fotos de sua filha, uma questão social e jurídica requer nossa reflexão.

Da ficção para a realidade podemos focar naquelas situações em que os pais se alegram com as conquistas e as proezas de sua prole e se orgulham em expor seus filhos nas mais diferentes situações no meio social e, também na rede mundial de computadores.

Muito comentado foi o caso protagonizado por Nissim Ourfali, cujo pai divulgou no YouTube um vídeoconvite para o seu Bar Mitzvah em que o menino cantava uma paródia de *What makes you beautiful*, enquanto apresentava seus hobbies e seus familiares. O vídeo se propagou rapidamente, criando situações constrangedoras para o adolescente, em razão da veiculação de sátiras e paródias¹. A questão foi judicializada e em grau de recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou ao Google tirar do ar as páginas com o conteúdo ofensivo.

Estas duas situações, do cinema e da vida real nos levam à temática do direito ao esquecimento à luz do melhor interesse da criança e do adolescente. Na concretização desse

¹ Sobre direito ao esquecimento e o caso de Nissim Ourfali, ver NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 108-116.

melhor interesse, o que pretendemos é focar menos na repressão ou na inibição e mais na prevenção, ou seja, como agir durante a infância e a adolescência para evitar que na fase adulta a pessoa tenha que reivindicar ser esquecida?

Outro aspecto altamente relevante é a proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes e como esta especial tutela, prevista na Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, intitulada Lei Geral de Proteção de Dados, pode impactar seus direitos da personalidade, intensificando o debate sobre o direito ao esquecimento.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A SOLIDARIEDADE NA DEFESA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O direito ao esquecimento - conquanto não expressamente mencionado na Constituição da República de 1988, nem no Código Civil de 2002 - inclui-se entre os direitos da personalidade e está alcançado pela cláusula geral de tutela à pessoa humana (art. 1º. inciso III, CR). Em 2013, na VI Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado 531 reconhecendo que "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade inclui o direito ao esquecimento".

Tal situação jurídica subjetiva funda-se na tutela da vida privada na medida em que permite que a pessoa exerça o controle sobre as informações a seu respeito, decidindo o que deve ser lembrado e o que deve ser esquecido. Naturalmente, o conteúdo desse direito não é absoluto, porquanto a memória social é o interesse socialmente relevante a preservar. Mas, como aplicá-lo à proteção da criança e do adolescente? É, aparentemente, paradoxal perquirir sobre tal direito quando se é tão jovem. Crianças e adolescentes já teriam vivido o suficiente para desejar que fatos de suas vidas sejam esquecidos?

Grande parte dos casos levados ao Judiciário o foram por adultos que se sentiram atingidos por fatos pretéritos quando lembrados: situações vexatórias, participação em processos criminais, exposição da sexualidade, entre outros.

Hoje, crianças e adolescentes podem estar vivendo situações que até em um futuro próximo poderão fundamentar uma demanda com base no direito ao esquecimento. O ambiente virtual tanto pode ser um espaço para o desenvolvimento das potencialidades das crianças e dos adolescentes, quanto um *locus* para a vulneração de seus direitos. Exemplos saltam aos olhos: exposição virtual da imagem e da intimidade para fins comerciais,

divulgação de vídeos e fotos de conteúdo sexual, cyberbullying, aliciamento por pedófilos que utilizam as redes sociais, para citar apenas os mais graves.

A função precaucional do Direito, mais do que a função reparatória ou compensatória tem uma significação muito mais relevante em se tratando de crianças e adolescentes. Com efeito, a proteção é mais efetiva quando se evita a concretização do dano do que quando se busca repará-lo. Nessa linha de pensamento, as tutelas para inibir ou fazer cessar exposições inadequadas de crianças e adolescentes configuram uma resposta mais adequada da ordem jurídica.

Mas como implementar essa proteção? Voltemos ao caso do jovem Nissim Ourfali. Quando do pedido de retirada dos vídeos de conteúdo ofensivo, em primeiro grau a decisão foi desfavorável ao adolescente com base em dois fundamentos: primeiramente, considerou-se impossível excluir as referências ao jovem na internet; em segundo lugar, o magistrado considerou a conduta do pai a principal causadora dos incômodos uma vez que ele teria a opção de fazer o compartilhamento do vídeo de forma privada.

O primeiro argumento não foi suficiente para convencer os desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo. Como já mencionado, a Corte Paulista condenou o Google a excluir os vídeos. O segundo argumento carece de uma análise mais profunda no contexto do direito ao esquecimento. A nosso ver, o filho não poderia suportar as consequências de um ato equivocado do pai. Como permitir a violação de direitos de crianças e adolescentes ao fundamento de que os pais propiciaram a vulneração desses direitos? Na forma como se deu a decisão, o jovem foi duplamente penalizado, ou seja, pelo equívoco do pai e pela indiferença do Estado-juiz.

Cabe aos pais, em primeiro lugar, o exercício da autoridade parental que lhes é atribuída com a finalidade de orientar a criação dos filhos. Portanto, a ordem jurídica estabelece uma série de poderes-deveres que devem ser exercidos segundo o melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, a autoridade parental não se realiza em um espaço de autonomia individual dos pais, porquanto ela se configura como *munus*, e não como direito subjetivo.

No caso concreto, se o exercício do *munus* não foi suficiente para o resguardo da dignidade da criança e do adolescente, abre-se espaço para a solidariedade social e intervenção do Estado-juiz. Os pais, que buscavam, antes, celebrar a vida do filho, no exercício de sua liberdade religiosa, viram-se na situação de buscar a tutela do Estado em

nome desse filho por um ato equivocados, que de modo algum pode ser visto como grave descumprimento dos deveres decorrentes da autoridade parental.

Outros casos de exposição da criança e do adolescente em ambiente virtual revelam a vulneração do direito à intimidade que, no futuro, pode vir a justificar uma pretensão ao direito de ser esquecido. Tal como ocorreu com Hannah, que na ficção teve suas fotos sensuais divulgadas no site da própria mãe, impedindo-a, posteriormente, de ser contratada como atriz, no ambiente real, muitos jovens estão sujeitos a essa dupla consequência: a exposição da intimidade hoje, e a vulneração do direito ao esquecimento amanhã.

Como alerta Maria Celina BODIN DE MORAES,² da mudança paradigmática da família resulta a necessidade de maior proteção da criança e do adolescente em relação aos próprios pais, de modo que se tornou mais relevante hoje, que no passado:

examinar a utilidade dos instrumentos já postos à disposição para essa proteção bem como propor, ao pensamento jurídico nacional, um renovado paradigma no que tange às relações paterno-filiais, em que as crianças e os adolescentes, embora continuem a demandar assistência e proteção, passam a deter, cada vez mais, a capacidade de exercício e, assim, de realização de seus próprios direitos e interesses.

Portanto, na contemporaneidade, a presunção absoluta no sentido que as decisões dos pais correspondem sempre às necessidades e interesses dos filhos revela-se insustentável.

Situações desesperadoras levam a resultados trágicos, como o suicídio da jovem Júlia Rebeca, de dezessete anos. A adolescente piauiense gravou um vídeo de conteúdo sexual com mais duas pessoas com idade inferior a dezoito anos e as imagens foram distribuídas por celulares na cidade. Júlia, extremamente envergonhada e constrangida, no desespero, despediu-se da mãe em rede social, pedindo-lhe desculpas por causar-lhe desgosto e foi encontrada morta com o fio da prancha alisadora enforcada em seu pescoço. Após sua morte, esta situação deve ser lembrada ou esquecida?

Nossos jovens estão morrendo por essas condutas inconsequentes. Mas, os que sobrevivem merecem uma segunda chance. Júlia Rebeca se martirizou porque se negou a viver com essa hiperexposição. Seu caso certamente será lembrado como um alerta sobre os riscos de uma sociedade conectada por aparelhos que permitem a circulação instantânea de ideias e de imagens. Isso não quer dizer que se possa negar àqueles que conseguem resistir e

² BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. *Civillistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018, p. 4. Disponível em: <<http://civillistica.com/instrumentospara-a-protecao-dos-filhos/>>. Data de acesso: 15.10.2019

seguir em frente com suas vidas, o direito de que esses fatos permaneçam no passado e não venham a lhes assombrar, no presente e no futuro. O art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente busca resguardar a integridade sexual e a intimidade da criança e do adolescente, ao considerar que a gravação, pura e simples, de cenas sexuais nas quais estes estejam envolvidos já vulnera o seu direito à intimidade e ao resguardo de sua sexualidade em desenvolvimento. Por isso tipifica como crime produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente, cominando a pena de 4 a 8 anos de reclusão e multa. Há, portanto, ilícito penal, além de ilícito civil.

3 O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE SER ESQUECIDO E O DIREITO DIFUSO À MEMÓRIA

O que há em comum nos casos Nissim Ourfali e Júlia Rebeca? O que os diferencia? Estariam a demandar a mesma solução jurídica? Não foi por acaso a escolha do título desse capítulo: esquecimento *versus* memória. Não há como conciliar os dois. Ou se busca esquecer, ou se preserva a memória.

No caso do jovem Nissim, não há interesse público na preservação das sátiras e paródias do vídeo original postado por seu pai; tal circunstância legitima o direito ao esquecimento, viabilizado pela remoção, nos mecanismos de busca de internet, da indexação da informação, a fim de que os links não apresentem dados pessoais defasados, irrelevantes ou inúteis para a sociedade, mas que sejam embaraçosos para o seu titular.

A partir da obra de Pablo Rodriguez Martinez, NAVES e SÁ³, sistematizam os cinco parâmetros do direito ao esquecimento:

- 1) Domínio público: se a informação é de domínio público, revisita-la é lícito, caso contrário a privacidade estaria sendo violada.
- 2) Preservação do contexto original da informação pretérita: a contextualização da informação que volta a ser veiculada ou que se mantém veiculada é de suma importância para compreensão do evento passado. A falta de contexto pode configurar abuso no direito de expressão, porquanto cria, em algumas circunstâncias, insinuações de fatos falsos.
- 3) Preservação dos direitos da personalidade na rememoração: o fato de se lembrar do passado não permite ataques a outros direitos envolvidos. Assim, por mais gravoso que o fato tenha sido, sempre que possível, deve-se salvaguardar os direitos fundamentais do indivíduo.

³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p.115.

4) Utilidade da informação: a legitimidade da informação depende verdadeiramente da manutenção de sua utilidade. Pode ser que, no passado, a informação tenha cumprido uma função relevante, mas que, no presente, revivê-la é apelativo ou representa somente curiosidade pública.

5) A atualidade da informação: o dever de informar, no geral, está ligado a fatos temporalmente próximos. No entanto, neste ponto, é importante que a avaliação não esconda fatos históricos e que continuem relevantes.

Em face desses critérios, passamos a analisar o caso Júlia Rebeca para, ao final, responder a pergunta: lembrá-lo ou esquecê-lo? (1) O caso é de domínio público, amplamente noticiado no Brasil e matéria de programa televisivo dominical de grande repercussão. (2) A contextualização do caso significa focar na proteção dos jovens e não no julgamento da conduta da vítima. Desviar-se disso legitimaria esquecer, e não lembrar. (3) No direito brasileiro é possível a tutela dos bens da personalidade da pessoa falecida, o que resulta, para aqueles que noticiam, uma restrição à esfera de liberdade imposta pela norma. (4 e 5) Se com o passar dos anos a morte trágica da jovem Júlia Rebeca ainda for relevante para alertar a sociedade sobre os riscos da hiperexposição é justificável lembrar sua trajetória.

É claro que não se pode descartar a possibilidade de se tentar reviver, de maneira leviana ou sensacionalista, um fato adormecido, sem o devido respeito às pessoas envolvidas. Mas, no caso Júlia Rebeca, há elementos que permitem vislumbrar que não esquecer de sua trágica morte pode significar cuidado com outros jovens vulneráveis, que precisam enfrentar a família e os amigos após a exposição inadequada de suas ideias e imagens.

Agora, o outro lado da moeda... e se o vídeo foi divulgado (como é o que parece ter sido) por outro adolescente? Ele poderá invocar, no futuro, o direito ao esquecimento desse fato? É compreensível a simpatia pelo direito ao esquecimento quando se trata da vítima e de sua família. No entanto, quando a atenção é voltada para os algozes, construir essa empatia é algo difícil.

Vale lembrar o caso Lebach, decidido pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Em 1969, uma emissora alemã anunciou que exibiria o documentário "O assassinato dos soldados Lebach", baseado em um crime ocorrido na cidade de mesmo nome.

Enquanto dormiam, quatro soldados alemães foram assassinados e suas armas e munições foram roubadas. O objetivo da emissora era exibir o fato, com indicação de nomes e fotos de todos os envolvidos, inclusive, os autores do homicídio que, àquela época, cumpriam pena privativa de liberdade.

Um dos condenados, após cumprir parte da pena e estando prestes a ser libertado, obteve medida liminar para obstar a exibição do documentário ao fundamento de que a

transmissão televisiva prejudicaria seu processo de ressocialização e, ainda, violaria o seu direito à privacidade.

Ao final, prevaleceu o direito ao esquecimento do autor do delito: o Tribunal decidiu que a emissora poderia exibir o documentário, desde que a imagem do autor da demanda não fosse utilizada no programa, proibindo, inclusive, a menção ao seu nome.⁴

Veja-se que o direito ao esquecimento é construído em um contexto de proteção a quem, em algum momento de sua trajetória, praticou atos reprováveis, social e juridicamente, e reivindica uma segunda chance. No caso Lebach, a ressocialização foi argumento relevante para manter em sigilo o nome e a imagem daquele que, após cumprir parte da pena, retornava à vida em sociedade.

Voltando à exposição de crianças e adolescentes que praticaram atos reprováveis social ou juridicamente, não há como preexcluir a utilidade de lembrar tais fatos, nem a tentativa de revivê-los apenas para satisfazer a uma curiosidade mórbida. Importante ressaltar a proposta hermenêutica de Pablo Rodriguez Martinez para discernir as duas situações (utilidade ou simples curiosidade) de modo a decidir o que deve prevalecer: memória ou esquecimento.

Por fim, cabe indagar: Seria possível conferir proteção às vítimas de superexposição na internet, sem exclusão das matérias veiculadas contra a vontade delas? Seria possível compatibilizar o interesse público na manutenção de dados na rede mundial de computadores com o direito ao esquecimento?

Como alternativa à determinação de exclusão de certas matérias da rede mundial de computadores, pode-se postular a implementação de medidas de dificultem os procedimentos de busca,⁵ como por exemplo, desvincular o nome da pessoa a expressões como pedofilia, lavagem de dinheiro, chacina da Candelária etc. Desse modo, ao menos em alguns casos, o esquecimento tão desejado poderá ser alcançado por medida que apenas mitiga a exposição da pessoa, compatibilizando a tutela do direito da personalidade ao esquecimento com o direito difuso à memória.

⁴ BARBOSA, Fernanda Nunes; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Dilemas da liberdade de expressão e da solidariedade. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/dilemas-da-liberdade-de-expressao/>. Data de acesso: 15.10.2019.

⁵ TEFFÉ, Chiara A. Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade. In. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coordenadores). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stéfano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 253-282.

4 DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Lei n.13.709/2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD, possui sessenta e cinco artigos divididos em dez capítulos, dedicando a seção III do capítulo II ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. A intenção nesse item é investigar se a LGPD traz elementos para o reconhecimento de um direito ao esquecimento na legislação brasileira, com conseqüente aplicabilidade na tutela da privacidade e da intimidade de crianças e adolescentes. Nesse intento, primeiramente, passamos a analisar o art.14 e seus parágrafos para, ao final, enfrentar a questão de uma disciplina jurídica do direito ao esquecimento na LGPD.

A preocupação com os direitos da personalidade de crianças e adolescentes é claramente visualizada com a vinculação do tratamento de dados pessoais ao princípio do seu melhor interesse (*caput* do art.14, LGPD).

Embora a seção III do capítulo II tenha como título “Do Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes”, os seis parágrafos do art. 14 não utilizam a expressão adolescente, ampliando o conceito de criança para todas as pessoas com idade inferior a dezoito anos. Afastou-se, portanto, da técnica adotada no Estatuto da Criança e do Adolescente para o qual as crianças são as pessoas com idade inferior a doze anos e os adolescentes, aquelas com idade igual ou superior a doze e inferior a dezoito anos.

O parágrafo 1º do art. 14 determina que “O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.”

Veja-se que a Lei se afastou de conceitos desenvolvidos em normas deontológicas tendentes a respeitar a participação de pessoas incapazes em processos decisórios em questões de saúde. Exemplo disso é a Resolução CNS n.510 de 7 de abril de 2016, que dispõe sobre normas aplicáveis à pesquisa em ciências humanas e sociais. Essa norma procede a diferenciação entre consentimento dado pelo responsável e o assentimento de pessoas incapazes, nos termos do art. 2º, inciso I:

assentimento livre e esclarecido: anuência do participante da pesquisa –criança, adolescente ou indivíduos impedidos de forma temporária ou não de consentir, na medida de sua compreensão e respeitadas suas singularidades, após esclarecimentos sobre a natureza da pesquisa, justificativa, objetivos, métodos, potenciais benefícios e riscos. A obtenção do assentimento não elimina a necessidade do consentimento do responsável.

O assentimento livre e esclarecido também é tratado no item 4.1⁶ da Recomendação CFM n.º 1/2016 e no item II.2⁷ da Resolução CNS n.º 466/12.

É criticável a diretriz adotada pelo legislador ao ignorar completamente a possibilidade de assentimento da criança e do adolescente no tratamento de seus dados pessoais, atribuindo apenas aos responsáveis o poder jurídico de consentir ou dissentir. Toda uma construção legal, doutrinária e jurisprudencial sobre a autonomia progressiva e dialógica da criança e do adolescente foi desconsiderada.

A Lei se revela ainda mais inadequada diante da divergência entre o que a criança e o adolescente entendem ser o seu melhor interesse e o que o(s) seu(s) pai(s) ou representante legal reputam ser o melhor para eles. Por óbvio, tal reflexão se dá diante de pessoas com competência⁸ para tomadas de decisões, ainda que legalmente incapazes. Pela literalidade da Lei, a manifestação de vontade do menor de dezoito anos, sobre o tratamento dos seus dados pessoais, é irrelevante.

Outra hipótese a ser analisada é aquela em que os titulares do poder familiar divergem quanto ao tratamento de dados. A Lei fala em consentimento de um dos pais. Ocorre que o poder familiar é atribuído a pai e mãe em igualdade de condições. Afora isso, há que se considerar as novas configurações familiares nas quais a autoridade sobre os filhos pode ser exercida por dois pais ou duas mães, ou por múltiplos pais e mães. Em caso de divergência entre esses titulares do poder familiar, haverá necessidade de judicialização? A solução normativa não estaria a trazer mais conflitos?

O requisito do consentimento tratado no parágrafo 1º é dispensado nas duas hipóteses descritas no parágrafo 3º: quando a coleta de dados pessoais for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, ou para a proteção da criança.

Não há dúvida que, ainda que os dados tenham sido coletados sem consentimento, a

⁶ “O assentimento livre e esclarecido consiste no exercício do direito de informação do paciente legalmente incapaz, para que, em conjunto com seu representante legal, possa, de forma autônoma e livre, no limite de sua capacidade, anuir aos procedimentos médicos que lhe são indicados ou deles discordar. Crianças, adolescentes e pessoas que, mesmo com deficiência de ordem física ou mental, estão aptas a compreender e a manifestar sua vontade por intermédio do assentimento, de forma livre e autônoma, não devem ser afastadas do processo de informação e compreensão do procedimento médico que lhes é recomendado.”

⁷ “[...] assentimento livre e esclarecido - anuência do participante da pesquisa, criança, adolescente ou legalmente incapaz, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação. Tais participantes devem ser esclarecidos sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa lhes acarretar, na medida de sua compreensão e respeitados em suas singularidades; [...]”

⁸ Sobre capacidade e competência de crianças e adolescentes ver: LIMA; Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio sobre a infância e a adolescência**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

Lei exige, para o repasse desses dados pessoais, que se obtenha o consentimento de um dos pais ou do responsável pela criança que os titulariza.

Há controvérsia sobre o alcance da expressão “utilizados uma única vez e sem armazenamento”, porquanto a interpretação literal do parágrafo 3º leva à conclusão de que tais restrições se aplicam apenas à hipótese de coleta de dados sem consentimento quando necessário para contatar o pai ou o responsável, não se aplicando à hipótese de coleta de dados sem consentimento para proteção da criança.

Para atender o melhor interesse da criança e do adolescente, estas restrições deveriam ser aplicadas às duas situações. Numa interpretação sistemática do parágrafo 3º com o caput do art. 14 é defensável que esta segunda interpretação é que deva ser adotada.

Os parágrafos 2º, 4º e 5º, referem-se à atuação dos controladores atribuindo-lhes deveres específicos para o tratamento de dados de crianças e adolescentes: deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua atualização e os procedimentos para o exercício dos direitos previstos no art. 18 da LGPD (parágrafo 2º); deverão condicionar a participação das crianças (e adolescentes) em jogos, aplicações de internet e outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade (parágrafo 4º); e deverão realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento foi dado pelo responsável pela criança consideradas as tecnologias disponíveis (parágrafo 5º).

O parágrafo 6º elenca as características das informações sobre o tratamento de dados de crianças e adolescentes. Essas deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, “considerando as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.”

A despeito das críticas formuladas acima, o que se vê é o alargamento da proteção dada à criança e ao adolescente em situações jurídicas existenciais. Mas, com base na LGPD é possível reconhecer proteção legal específica ao direito ao esquecimento?

Ao abordar o tema, Anderson Schreiber investiga a conexão entre o direito à eliminação de dados e o direito ao esquecimento. De fato, a LGPD, em diversos dispositivos, consagra hipóteses de eliminação de dados pessoais, como ocorre, por exemplo, com o seu

art. 16,⁹ que cria o dever, para o controlador, de eliminar os dados pessoais após o término do tratamento, com exceção de algumas hipóteses expressamente fixadas.

Contudo, embora inspirado na proteção da dignidade da pessoa humana, o direito do titular à eliminação de dados pessoais não se confunde com o direito ao esquecimento que tem uma configuração específica, qual seja, “o direito da pessoa humana de se defender contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos, que se mostre apta a minar a construção e recordação da sua identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes (*sotto falsa luce*), de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à realidade (atual).”¹⁰

Ainda que conceitualmente o direito à eliminação de dados, previsto na LGPD, e o direito ao esquecimento sejam situações subjetivas distintas, a nova Lei, sobretudo em razão de sua principiologia, abre novos horizontes de discussão do direito ao esquecimento, capaz de influenciar sua aplicabilidade a casos concretos¹¹.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Bruno de Almeida Lewer, Vulnerabilidades no ciberespaço. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia e vulnerabilidade**. Belo Horizonte; Arraes, 2017, p. 23-40.

BARBOSA, Fernanda Nunes; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Dilemas da liberdade de expressão e da solidariedade. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/dilemas-da-liberdade-de-expressao/>. Data de acesso: 15.10.2019

⁹ Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades: I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento e proteção de dados pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais divergências. In: TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p. 374.

¹¹ No mesmo sentido, SCHREIBER afirma: “Vale dizer: bem examinada, a LGPD – não só no que ela efetivamente aporta ao tema, mas especialmente nas premissas jurídicas que explicam sua promulgação no direito brasileiro – revela uma maior abertura do legislador em relação ao direito ao esquecimento, capaz de exercer influência sobre o debate atualmente instaurado nesse campo.” SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento e proteção de dados pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais divergências. In: TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p. 381-382.

BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 ago. 2018.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/instrumentospara-a-protecao-dos-filhos/>. Data de acesso: 15.10.2019

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM n.º 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/BR/2016/1>. Acesso em: 02 Jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução n.º 466**, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html. Acesso em: 02 Jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução n.º 510**, de 07 de abril de 2016. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>. Acesso em: 02 Jan. 2020.

CORDEIRO, Carlos José; PAULA NETO, Joaquim José. A concretização de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/a-concretizacao-de-um-novo-direito-da-personalidade/>. Data de acesso: 15.10.2019.

Mãe de jovem achada morta após vídeo íntimo reclama de ‘violação’. Disponível <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html>. Data de acesso: 15.10.2019.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio sobre a infância e a adolescência**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte, Arraes, 2017.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/230/212>. Data de acesso: 21/11/2019.

ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da; FILPO, Klever Paulo Leal. Proteção do direito à vida privada na sociedade da hiperexposição: paradoxos e limitações empíricas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/protecao-dodireito-a-vida-privada/>. Data de acesso: 15.10.2019

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento e proteção de dados pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais convergência. In: TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p. 367-384.

TEFFÉ, Chiara A. Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade. In. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coordenadores.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stéfano Rodotà**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2016, p. 253-282.