

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
PROGRAMA DE DOUTORADO EM DIREITO

JULIANA AMARAL TOLEDO

**DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL: BUSCA DE PARÂMETROS
ESTRUTURANTES PARA A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS**

SÃO PAULO – SP
2024

JULIANA AMARAL TOLEDO

**DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL: BUSCA DE PARÂMETROS
ESTRUTURANTES PARA A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, da Universidade Nove de Julho de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Newton De Lucca.

SÃO PAULO – SP
2024

Toledo, Juliana Amaral.

Direito ao esquecimento no brasil: busca de parâmetros estruturantes para a ponderação de princípios. / Juliana Amaral Toledo. 2024.

185 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof. Dr. Newton De Lucca.

1. Direito ao esquecimento. 2. Liberdade de informação. 3. Dignidade da pessoa humana. 4. Ponderação de princípios. 5. Matriz decisória.

I. De Lucca, Newton.

II. Título.

CDU 34

JULIANA AMARAL TOLEDO
DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL: BUSCA DE PARÂMETROS
ESTRUTURANTES PARA A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Tese apresentada ao Programa de
Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Direito da Universidade Nove de
Julho como parte das exigências
para a obtenção do título de Doutor
em Direito.

São Paulo, 13 de dezembro de 2024.

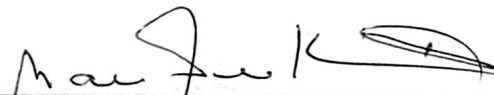
BANCA EXAMINADORA

Documento assinado digitalmente
gov.br **NEWTON DE LUCCA**
Data: 16/12/2024 12:17:52-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Prof. Dr. Newton De Lucca
Orientador
UNINOVE

Documento assinado digitalmente
gov.br **SAMANTHA RIBEIRO MEYER PFLUG MARQUES**
Data: 19/12/2024 12:19:36-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
Examinador Interno
UNINOVE



Prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças
Examinador Interno
UNINOVE

Documento assinado digitalmente
gov.br **GUILHERME MAGALHÃES MARTINS**
Data: 18/12/2024 20:15:39-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins
Examinador Externo
UFRJ

Documento assinado digitalmente
gov.br **LEONARDO NETTO PARENTONI**
Data: 18/12/2024 16:37:36-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Examinador Externo
UFMG

i

ii

Dedico este trabalho aos meus pais, meu irmão Paulo, meu amigo, professor, orientador Newton De Lucca e ao meu companheiro Fábio, que sempre me incentivaram.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em especial, ao meu orientador, mestre, ouvinte e conselheiro, Professor Dr. Newton De Lucca, que me brindou com seu carinho, imensa dedicação, conhecimento e exemplo de humildade socrática desde o primeiro instante.

Quando, em plena pandemia do COVID-19, realizamos nossa primeira reunião online, eu tinha tanto e, ao mesmo tempo, tão pouco a dizer, tinha tantos quereres e nenhum foco, tantas emoções e nenhuma palavra para expressar. Então chorei, chorei e chorei. Com compaixão, ele sentiu e assistiu respeitosamente cada lágrima. Transmitiu todo o amor que pôde, toda a paz que tinha.

O Professor Newton De Lucca é pródigo no tempo, no carinho, na seriedade, na dedicação, como orientador e amigo. Com ele aprendi, logo em nossa primeira conversa, a importância do entusiasmo, no sentido grego da palavra, como primeiro passo na minha trajetória do mestrado, que por seu direto incentivo, converteu-se em doutorado. Uma vez encontrado, o entusiasmo tornou-se meu companheiro e incentivador incansável. Caminhou ao meu lado e me fortaleceu em cada momento de cansaço, de insegurança e de dúvida. Mas, em verdade, o que nunca me deixou desistir, foi a minha gratidão pelo meu querido Professor Newton.

Em nosso primeiro artigo juntos, refleti sobre a acrasia ética da atualidade e da urgência em resgatá-la, para que estes tempos tecnológicos não nos retirassem a humanidade e o senso de alteridade. A partir de então, a jornada tem sido uma infindável descoberta. Conhecer, conviver e aprender com o Professor Newton De Lucca e ter sido acolhida por ele no seu círculo de orientandos foram o maior presente que o Programa de Pós-Graduação me deu.

Agradeço à Dona Idê, minha mãe, fonte de inspiração, que até hoje pesquisa e estuda, com humildade, com curiosidade e com o brilho nos olhos de uma criança. Com ela aprendi que nunca estamos sós. Ela também me ensinou que os laços de família nesta vida, assim como o esquecimento e o perdão, são o caminho inevitável para o amor e para a paz, e são parte da grande Estratégia Divina para a nossa evolução.

Agradeço ao meu irmão Paulo, que é a minha referência em dedicação, disciplina, simplicidade e afeto. Ele me empresta sua prudência e temperança, enquanto se entusiasma e compreende meus anseios de mudança e meus acessos de irrisignação.

Agradeço ao Fábio Henrique, meu companheiro e parceiro de vida, com quem construo a cada dia as novas memórias, pelo incentivo de cada dia, pela paciência de todos os instantes, pela presença e pelo amor que pacifica, tranquiliza e constrói.

Ao meu pai, Waldemar, que, infelizmente, não pôde participar desta etapa da minha vida. Ele tinha o dom de reconhecer o valor e a beleza das lembranças mais tristes. Cultuava o passado e os antepassados, inventava e reinventava as histórias, como quem editava, com poesia, a memória. Ele transformava em contos fantásticos as lembranças dolorosas, que, de outra forma, estariam melhor acomodadas sob o véu do esquecimento.

Todos eles têm em comum o dom e o desejo de ensinar. Professores exemplares, dedicados, missionários, trabalham pelo cultivo da liberdade através do conhecimento. São, e serão sempre, minha referência na vida acadêmica.

Concluo este trabalho, iniciado na pandemia da COVID-19, como quem saboreia a vitória da sobrevivência, sentindo-me abençoada por Deus e grata por ter chegado até aqui, ao lado daqueles a quem eu tanto amo.

De acordo com a filosofia de vida que abracei, o esquecimento é a bênção da página em branco de uma nova existência na Terra, fundamental para a nossa caminhada evolutiva, para que possamos experimentar profundamente, e então revelar, durante a nossa passagem pelo Planeta, quem realmente somos. Um apagamento superficial e transitório. Somos herdeiros de nossas escolhas, e trazemos, desde o início de nossa existência, gravadas em nossa consciência, as leis que regem toda a Criação Divina.

“Sans le voile que lui couvre certaines choses, l'homme serait ébloui, comme celui que passe sans transition de l'obscurité à la lumière. Par l'oubli du passé il est plus lui-même”.

Alan Kardec (O Livro dos Espíritos)

RESUMO

A evolução tecnológica e a dinâmica das relações e manifestações humanas no meio digital demonstram a necessidade do estudo do direito ao esquecimento, considerando os novos contornos da privacidade, as implicações da capacidade de armazenamento de um número crescente de dados e informações compartilhadas sobre os indivíduos e a ampliação da memória pelos meios digitais ao longo do tempo. O uso massivo de dados e a “perfilização” no mundo digital, aperfeiçoados pelo uso de algoritmos e ferramentas de inteligência artificial cada vez mais eficientes, nos coloca vulneráveis, sobretudo em relação à nossa intimidade e honra, à nossa liberdade de determinar quem somos. Assim, esta tese nos convida à reflexão sobre o direito ao esquecimento em função de seu caráter instrumental para resguardar importantes liberdades e direitos individuais. O objetivo deste trabalho é fomentar as discussões sobre o direito ao esquecimento no Brasil e identificar parâmetros para ponderação de princípios, estruturando uma matriz decisória capaz de nortear as decisões envolvendo tal direito. Para tanto, recorre-se à pesquisa bibliográfica como estratégia metodológica, sendo considerados como corpus documental livros, artigos científicos, relatórios de pesquisa, artigos de jornais e revistas, e jurisprudência brasileira e estrangeira recentes sobre o tema. Os achados da pesquisa são descritos nos capítulos desenvolvidos, quais sejam: 1) Desafios da Sociedade da Informação; 2) Direito ao Esquecimento nos Tribunais Brasileiros; e 3) Matriz decisória dos casos envolvendo o direito ao esquecimento: o metaprincípio da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico para dirimir os hard cases. O primeiro capítulo destaca os desafios da sociedade da informação, sendo discutidos aspectos concernentes ao direito ao esquecimento no contexto da sociedade hodierna. Ganha ênfase a necessidade de proteção de dados na dita sociedade de vigilância, apontando-se os direitos de liberdade de expressão e de privacidade como direitos fundamentais. Ainda no primeiro capítulo, algumas contribuições reflexivas advindas do direito estrangeiro. O capítulo seguinte é dedicado ao direito ao esquecimento sob o ponto de vista de suas formas de exercício à luz dos Tribunais brasileiros. Discorre-se sobre o processo de formulação do Tema de Repercussão Geral, que determinou a inconstitucionalidade do direito ao esquecimento no caso específico. Entretanto, resta consignado, neste capítulo, que as questões e interesses envolvidos na discussão sobre o direito ao esquecimento são mais amplos do que foi considerado pelo

Supremo Tribunal Federal. Por fim, no último capítulo de desenvolvimento da tese, são identificados os elementos estruturantes que compõem o amplo conceito do direito ao esquecimento em face dos interesses postos em ponderação, conforme o Tema 876 do Supremo Tribunal Federal, destacando-se os elementos constituintes dos direitos à liberdade de expressão, à privacidade e ao esquecimento. Ao final, é desenvolvida uma matriz decisória, capaz de fomentar e orientar a tomada de decisões sobre o direito ao esquecimento, apontando o metaprincípio da dignidade humana como seu balizador. Esta tese se insere na linha de pesquisa 1 do Programa de Pós-graduação em Direito da UNINOVE, denominada “Estruturas do Direito Empresarial”, Projeto de Pesquisa 1: “Liberdades e Poder Econômico no Capitalismo”.

Palavras-chave: direito ao esquecimento; liberdade de informação; dignidade da pessoa humana; ponderação de princípios; matriz decisória.

ABSTRACT

Technological evolution and the dynamics of human relationships and manifestations in the digital environment demonstrate the need to study the right to be forgotten, considering the new contours of privacy, the implications of the capacity to store an increasing number of data and information shared about individuals and the expansion of memory by digital media over time. The massive use of data and profiling in the digital world, enhanced by the use of increasingly efficient algorithms and artificial intelligence tools, makes us vulnerable, especially in relation to our intimacy and honour, our freedom to determine who we are. This thesis is therefore conceived with a view to reflecting on the right to be forgotten, given its instrumental nature in safeguarding important individual freedoms and rights. The aim of this work is to encourage discussions on the right to be forgotten in Brazil and to identify parameters for weighing up principles, structuring a decision-making matrix capable of guiding decisions involving this right. To this end, bibliographical research is used as a methodological strategy, with books, scientific articles, research reports, newspaper and magazine articles, and recent Brazilian and foreign case law on the subject being considered as the documentary corpus. The research findings are described in the chapters developed, which are: 1) Challenges of the Information Society; 2) The Right to be Forgotten in Brazilian Courts; and 3) The decision-making matrix of cases involving the right to be forgotten: the meta-principle of human dignity as a hermeneutic criterion for settling hard cases. In the first chapter, the challenges of the information society are highlighted, and the discussion about aspects concerning the right to be forgotten in the context of today's society takes place. The need for data protection in the surveillance society is emphasized, and the rights to freedom of expression and privacy are pointed out as fundamental rights. The first chapter also brings some reflective contributions from foreign law. The next chapter is dedicated to the right to be forgotten from the point of view of the ways in which it can be exercised in the light of the Brazilian courts. It discusses the process of formulating the General Repercussion Theme, which determined the unconstitutionality of the right to be forgotten in this specific case. However, this chapter points out that the issues and interests involved in the discussion on the right to be forgotten are broader than those considered by the Supreme Court. Finally, in the last chapter of the thesis, the structuring elements that make up the broad concept of the right to be forgotten in the

face of the interests being weighed up, as per the General Repercussion Theme 876 of the Brazilian Supreme Court, are identified, highlighting the constituent elements of the rights to freedom of expression, privacy and to be forgotten. After all, a decision-making matrix has been developed, capable of fostering and guiding decision-making on the right to be forgotten, pointing to the meta-principle of human dignity as its guiding principle. This thesis is part of research line 1 of UNINOVE's Postgraduate Law Programme, called 'Structures of Business Law', Research Project 1: 'Freedoms and Economic Power in Capitalism'.

Keywords: right to be forgotten; freedom of information; human dignity; balance of principles; decision-making matrix.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AEPD	Agência Espanhola de Proteção de Dados
AI	Agravo de Instrumento
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Corte Infraconstitucional Alemã)
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho de Justiça Federal
COPA	<i>Children's Online Privacy Protection Act</i> (Lei de Proteção de Privacidade Online para Crianças, dos EUA)
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DSA	Digital Services Act (Lei de Serviços Digitais da União Europeia)
DMA	Digital Markets Act (Lei de Mercados Digitais da União Europeia)
EC	Emenda Constitucional
ED	Embargos de Declaração
GDPR	General Data Protection Regulation (Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia)
HC	Habeas Corpus
IoT	Internet das Coisas
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
MCI	Marco Civil da Internet
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas

P2B	Platform to Business (Plataforma para Negócios)
PGR	Procuradoria-Geral da República
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
RGPD	Regulamento Geral de Proteção de Dados
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCF	Tribunal Constitucional Federal
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJMT	Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TSNE	Tribunal Superior Nacional da Espanha
UE	União Europeia
VLOP	<i>Very Large Online Platform</i> (Plataformas Online de Grande Porte)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 DESAFIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	22
1.1 O direito ao esquecimento e a memória na sociedade da informação	31
1.2 Liberdade de expressão: conceitos e limites	48
1.2.1 Liberdade de expressão e remoção de conteúdo nas redes: o artigo 19 do MCI	56
1.2.2 Colisão entre direitos fundamentais: liberdade de expressão e privacidade ..	65
1.2.2.1 Liberdade de expressão.....	68
1.2.2.2 Interesse Público e o papel da mídia	73
1.2.2.3 Direito à privacidade e os abusos do direito de informar	79
2 DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS TRIBUNAIS	87
2.2 Casos Históricos e Primeiros <i>hard cases</i> no Brasil	89
2.2.2 O Caso Xuxa Meneghel e os Direitos Fundamentais.....	93
2.2.3 O Caso da Candelária	101
2.3 A decisão do STF sobre direito ao esquecimento no caso Aída Curi .	109
2.3.2 Breve descrição do caso Aída Curi.....	110
2.3.3 Análise da construção do Tema de Repercussão Geral	112
2.3.4 O voto do Relator e a decisão majoritária	114
2.3.5 O voto dissidente do Ministro Edson Facchin	121
2.4 Decisões dos Tribunais após o posicionamento do STF	123
3 MATRIZ DE PONDERAÇÃO PARA OS CASOS ENVOLVENDO O DIREITO AO ESQUECIMENTO: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO BALIZADOR	126
3.2 Considerações sobre a ponderação entre princípios.....	131
3.3 A dignidade da pessoa humana na ponderação de princípios	140
3.4 As condições fáticas e os elementos de ponderação dos princípios colidentes	146
3.4.2 Elementos constituintes da liberdade de expressão	150
3.4.3 Elementos constituintes do direito à privacidade	156
3.4.4 Elementos constituintes do direito ao esquecimento	159
3.5 A proposta de matriz de ponderação	161
REFERÊNCIAS	175

INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica e a dinâmica das relações e manifestações humanas no meio digital demonstram a atualidade e a necessidade do estudo do direito ao esquecimento, dados os novos contornos da privacidade, as implicações da capacidade de armazenamento de um número crescente de dados e informações compartilhadas sobre os indivíduos e a ampliação da memória pelos meios digitais ao longo do tempo.

Zigmunt Bauman atribui à internet a cortesia da “morte do anonimato”. O uso crescente das mídias sociais propicia a extração automática ou forçada de informações e dados pessoais, na medida em que aderimos às políticas e termos de uso das diversas plataformas do mundo digital para acessar novas formas de consumo, conhecimento e relacionamento que o mundo digital nos propõe.

Ser visto, notado, observado passou a ser desejado, enquanto outrora isso era evitado, temido. A renúncia ao sigilo, ao segredo e à intimidade, justifica-se pela necessidade de pertencimento e sentimento de valorização no que Bauman chama de “sociedade do consumidor”, onde os seus integrantes, ao passo que consumidores, são também – sobretudo – mercadorias.

Não somos movidos tanto pelo desejo de satisfazer nossas necessidades, desejos e vontades, mas porque a exposição e a perspectiva de sermos vistos e reconhecidos foi conectada à ideia de valorização da existência, inclusão, pertencimento. A atual sociedade da vigilância interessa tanto ao vigilante quanto ao vigiado: por um lado, o conhecido panóptico é implementado em larga escala; por outro lado, esse processo é transformado pela expectativa da não exclusão – salvaguarda de sua dignidade.

O tempo e a memória tomaram novos contornos diante da tecnologia, de forma que hoje experimentamos uma conectividade sem precedentes. Os aparelhos de celular *smartphones* e suas ferramentas e tecnologias, armazenadas na forma de aplicativos dos mais variados, nos colocam à mão inúmeras soluções de imediata comunicabilidade e compartilhamento de nossas experiências. Num primeiro momento, antevia-se um efeito positivo na descentralização da comunicação

promovida pela interatividade. Cada usuário passava a ser um potencial canal de comunicação, difusão de ideias e de expressão do pensamento.

A tecnologia propiciou novas formas de armazenagem que permitem o acúmulo de uma base crescente de dados e novas técnicas de utilização desses dados. Assim, cria-se a memória externa, digital, coletiva, em constante expansão e ubiquamente acessível. As possibilidades de registro são inúmeras, pela própria pessoa, quanto por terceiros ou por aplicativos, de modo que se torne algo quase impossível passar despercebido, sobretudo se considerarmos as redes sociais.

A cada busca realizada na internet, aquilo que era esquecido retorna à memória, sendo que cada retorno pode vir emoldurado em novo contexto, novas associações e análises, dimensionado segundo fatos e um conjunto de valores que poderiam sequer estar presentes à época em que os fatos rememorados aconteceram.

Ao associar as informações, imagens e acontecimentos, a internet pode redesenhar e propor novas leituras aos acontecimentos, não apenas atuando no relembrar, mas transformando efetivamente o conteúdo da lembrança e os nossos próprios sentimentos em torno dela. Essa multiplicidade de conexões que a tecnologia permite também entrelaça memórias individuais e transpõem cada vez mais fatos individuais para um contexto e domínio coletivos.

Ocorre que nem tudo o que acontece se deseja relembrar indefinidamente. Mais ainda, nem tudo sobre nós queremos relembrar ou rever, inclusive em novos contextos, ainda mais expostos na internet, ou seja, sem fronteiras no tempo e no espaço, e sem que possamos identificar os destinatários, públicos ou privados, nacionais ou estrangeiros, e o que será feito essa exposição.

O uso massivo dos dados e as atividades de criação e grupamento das pessoas em perfis comportamentais, segundo os dados e rastros deixados no mundo digital (“perfilização” ou *profiling*), aperfeiçoadas pelo uso de algoritmos e ferramentas de inteligência artificial cada vez mais eficientes, coloca o ser humano vulnerável, não apenas em sua intimidade e honra, mas em sua liberdade de agir, até mesmo de discernir e em seu direito fundamental ao tratamento igualitário perante as demais pessoas.

Além disso, há no contexto atual de vigilância eletrônica, exercido tanto pelo Poder Público como pelo setor privado, a coleta e uso dos dados dos internautas para compor perfis de consumo pode acarretar os usuários em mais exposição e mais riscos.

Assim, o tema da privacidade também é o tema da liberdade. O que chamamos de crise é a demanda urgente de diálogo, de estudo aprofundado e de reflexão sobre como melhor discernir para proteger o indivíduo do que ele ainda não sabe que virá, sem, contudo, impor amarras ao progresso e às demais liberdades.

Este estudo valoriza a memória coletiva e a construção coletiva do conhecimento do ser humano consciente sobre si mesmo, mas se debruça sobre a reflexão do direito ao esquecimento em função de seu caráter instrumental para resguardar importantes liberdades e direitos individuais.

Neste contexto, o direito ao esquecimento, enquanto garantia da autodeterminação informativa, nos leva a ponderar sobre o papel das mídias digitais e imprensas na efetiva preservação e construção da memória, sobretudo, considerando o papel das mídias, por trás das quais se encontram grandes empresas transnacionais, que utilizam em escala massiva os dados e rastros comportamentais ao longo da vida dos usuários e a consequente vulnerabilidade dos indivíduos, consumidores e cidadãos.

Como se verá ao longo do trabalho, alguns doutrinadores ponderam ser possível o uso massivo dos dados somente em caso de real benefício à coletividade, de modo a justificar-se o sacrifício aos direitos fundamentais da pessoa humana na sua individualidade. É cediço que a informação midiática não é neutra, há, por vezes, caráter político, portanto, faz-se necessário identificar as fronteiras do abuso e suas consequências, que o Supremo Tribunal Federal (STF) confiou à ponderação em cada caso.

Não se pode olvidar que, não conhecer na integralidade quem o outro é, e tudo o que ele sabe, integra o fundamento do respeito no convívio social e do processo de aprendizagem, da construção de uma inteligência coletiva, promotora e emancipadora do indivíduo. Cada qual tem direito à sua individualidade e privacidade.

Mas a forma de comunicação, dinâmica, participativa e, em princípio, democrática, dos novos meios de comunicação em massa na era digital, acabaram por revelar suas distorções e incongruências, vistas na disseminação das *fake news*, na polarização ideológica das discussões políticas e no uso do crescente do discurso de ódio, que acabam por macular e corromper o seu caráter democrático da internet¹.

O direito ao esquecimento se funda na proteção do indivíduo e das possibilidades de se resguardar a inviolabilidade de seus direitos da personalidade. Nessa seara, consideramos o direito ao esquecimento um direito fundamental, com suas raízes no princípio da autodeterminação informativa, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, assunto sobre o qual haverá seção específica deste trabalho.

Na temática que contrapõe o direito à privacidade ao direito à informação e à liberdade de expressão, o interesse público parece ser reduzido à curiosidade. Assim, a invasão da privacidade e a história pretérita individual são hoje entretenimento e conteúdo de livre expressão. Deste modo, como contemporizar a proteção do indivíduo sem censurar? Estaria a dignidade humana exposta à barganha do mercado, à livre iniciativa? Lembrando que, ao buscar as respostas para referidas questões, não podemos deixar de considerar a importância da informação e da liberdade de expressão para o exercício da democracia.

Sobre o tema houve a Ação Direta de Constitucionalidade ADI n. 4815/DF em que o STF afastou a exigência de consentimento prévio para as biografias, em defesa da liberdade de expressão e de informação, do mesmo modo ocorreu no caso Aída Curi, em que a liberdade de expressão teve prevalência. O STF considerou ser contrário à ordem constitucional brasileira existir “um direito ao esquecimento” no contexto indicado. Todavia, não extinguiu todas as possibilidades de interpretação e ponderação.

¹ Sobre essa e outras ambiguidades na relação entre liberdade de expressão e tecnologia e o comportamento nas mídias digitais de massa, é relevante o artigo de Anderson Schreiber denominado “Liberdade de Expressão e Tecnologia”, em *Direito e Mídia, Tecnologia e Liberdade de Expressão*. SCHREIBER, Anderson... et al; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. **Liberdade de Expressão e Tecnologia**. 2 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

Entre os principais argumentos contrários ao acolhimento do direito do esquecimento, destacam-se a violação à liberdade de expressão; a possibilidade de perda da história; a privacidade como censura dos tempos atuais, sobretudo nos países ditatoriais, que não primam pelo respeito à liberdade de expressão; o privilégio da memória individual em detrimento daquela da sociedade; a ausência de registro sobre crimes, além da proteção da saúde e da moral; a inexistência de ato ilícito; a preservação do interesse coletivo; a extinção de programas policiais; e a neutralidade da internet.

A incidência do direito ao esquecimento na sociedade tecnológica em defesa do princípio da autodeterminação afirmativa traz à tona a colisão com a liberdade de expressão e o direito à informação.

Este trabalho visa contribuir para a pesquisa e para as discussões acerca dos elementos constitutivos do direito ao esquecimento e a sua afirmação como regra de direito fundamental, muito embora haja o entendimento do STF² quanto ao exercício desse direito, em situações específicas, como afronta à Constituição da República³. Assim, o objetivo deste trabalho é fomentar as discussões sobre o direito ao esquecimento no Brasil, e identificar parâmetros para ponderação de princípios – em teses conflitantes –, estruturando uma matriz decisória que possa ser utilizada para nortear as decisões envolvendo tal direito.

Ao estudar o direito ao esquecimento e os parâmetros utilizados na decisão do Supremo Tribunal Federal para realizar a ponderação de princípios, este trabalho busca colaborar no desenvolvimento de critérios equânimes para a aplicação do direito ao esquecimento tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira.

² Em seu artigo sobre o “sincretismo” dos métodos de interpretação constitucional, Virgílio Afonso da Silva pontua a necessidade de refletirmos sobre o papel do STF: Mas talvez a discussão mais urgente acerca da interpretação constitucional, que não guarda qualquer relação com uma discussão acerca de meros métodos, diz respeito ao papel do Supremo Tribunal Federal na interpretação constitucional. Cabe a esse tribunal fazer valer determinados valores constitucionais? Se sim, como decidir quais prevalecem em cada caso concreto? Ou ao STF cabe apenas zelar pelo bom funcionamento procedimental do regime democrático, deixando para o legislador a tarefa de decidir sobre os valores constitucionais a serem concretizados. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

³ STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **RE n. 1.010.606** Rio de Janeiro. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 11-2-2021.

Para a determinação desses critérios, recorreu-se à identificação dos princípios em ponderação e à sua finalidade ou função estratégica e instrumental na proteção e garantia dos direitos fundamentais na sociedade da informação como elementos que permitem a análise das condições de ponderação. Mais que isso, recorreremos à sua origem embrionária, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, como balizador, o fiel da balança, ao invés de alocá-lo em algum de seus pratos para sopesamento em relação aos demais princípios.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, compreende livros e artigos científicos de autores brasileiros e estrangeiros, relatórios de pesquisa, artigos de opinião de jornais e revistas. De igual modo, foi realizada a análise da jurisprudência brasileira recente sobre o tema, bem como o estudo sobre algumas decisões dos tribunais europeus, dada a previsão legal do direito ao esquecimento no Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR. Além disso, para ilustrar o caráter instrumental do direito ao esquecimento em prol do interesse público e como instrumento de concretude dos direitos fundamentais, foi utilizada a regulamentação do Direito ao Esquecimento Oncológico na Itália.

Ressalva-se que não há a pretensão de realizar um estudo de direito comparado, mas faz-se importante o recurso a um breve comparativo de legislação específica e da utilização, como referência para as discussões, de algumas decisões consideradas como emblemáticas em torno do tema objeto de estudo⁴.

Como marco teórico referencial foram utilizados autores que escreveram obras sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais e, destacadamente, sobre a Dignidade da Pessoa Humana, bem como autores que já avaliaram e propuseram critérios para a ponderação de princípios especificamente ligados ao direito ao esquecimento e à liberdade de expressão, sobre o que, desenvolvemos um quadro descritivo específico.

⁴ Note-se que a estrutura da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira em muito se iguala ou se assemelha à lei europeia. Sobre a inspiração europeia da LGPD discorrem de maneira assertiva e aprofundada os autores Newton De Lucca e Renata Mota Maciel no artigo “A Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018: a Disciplina que faltava.”, na obra **Direito & Internet IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

Os achados da pesquisa são descritos em três capítulos, pelos quais procurou-se estabelecer uma linha de raciocínio capaz de elucidar a elaboração de matriz decisória que tenha no princípio da dignidade da pessoa humana seu fundamento para as decisões sobre o direito ao esquecimento no Brasil.

No capítulo denominado “Desafios da Sociedade da Informação”, destacou-se os desafios da sociedade da informação, caracterizada pelo amplo uso dos meios digitais e pela hiperconectividade para a comunicação em rede e para o compartilhamento, armazenamento e transmissão de dados pessoais; o uso dos dados para mapear, promover e guiar comportamentos, hábitos de consumo e a vida em sociedade.

Serão discutidos aspectos concernentes do direito ao esquecimento, trazendo conceituação, natureza e finalidade. Ressalta-se o contexto social e as demandas atuais, incluindo a necessidade de proteção de dados na dita sociedade de vigilância, caracterizando-se o direito à privacidade, entre os direitos de personalidades, um direito fundamental. Serão trazidas questões sobre a colisão entre direitos fundamentais, notadamente a liberdade de expressão *versus* a privacidade, e também contribuições do direito estrangeiro para fomentar a construção do raciocínio.

O capítulo seguinte, “Direito ao Esquecimento nos Tribunais Brasileiros”, é dedicado ao instituto do direito ao esquecimento sob o ponto de vista de suas formas de exercício à luz dos Tribunais brasileiros. A tese discorrerá sobre o processo de formulação do Tema de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal (Tema 786), que atribuiu a inconstitucionalidade do direito ao esquecimento.

Todavia, o presente trabalho considera e defende que as questões e interesses envolvidos na discussão sobre o direito ao esquecimento e seus elementos característicos são mais amplos do que foi considerado para a apreciação pelo STF, de modo que a repercussão geral dada ao tema deverá ser adotada de forma cautelosa, tendo em vista que os avanços tecnológicos e a aplicação da inteligência artificial aos processos da vida em sociedade. A flexibilização e análise contextualizada do tema em face da vulnerabilidade dos grupos sociais é recomendada, sob pena de engessamento e descompasso, mormente considerando a evolução da própria sociedade.

Por fim, no capítulo “Matriz de ponderação para os casos envolvendo o direito ao esquecimento: a dignidade da pessoa humana como princípio balizador”, a tese se debruçará ao exercício de identificar os elementos estruturantes que compõem o amplo conceito ao esquecimento em face dos interesses postos em ponderação. Serão tecidas considerações sobre a ponderação entre princípios, bem como os elementos constituintes dos direitos à liberdade de expressão, à privacidade e ao esquecimento, destacando-o como um novo direito fundamental.

Ao final, foi desenvolvida a matriz decisória, apoiada em robusto referencial teórico, apontando como balizador da referida matriz, o metaprincípio da dignidade humana, uma vez que, não se pode mais admitir referido princípio somente como ornamento retórico do discurso jurídico, sendo necessário que seja dado de fato efetividade para uma vida digna a todos.

1 DESAFIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO⁵

O advento das novas tecnologias e o surgimento de novas formas de comunicação impulsionaram o fluxo das informações compartilhadas e aumentaram a capacidade de aferir e fazer circular dados pessoais e informações de forma exponencial.

As interações humanas no mundo digital permitiram a formação colaborativa e o acesso a informações de forma coletiva. A sociedade se viu mergulhada em um mar de dados e possibilidades irrestritas de conectividade e acesso à informação, numa nova dinâmica de mercado, a cujo serviço as novas tecnologias são constantemente desenvolvidas.

Para Manuel Castells, o paradigma da sociedade da comunicação reside no estabelecimento de redes na era da informação, nas quais as conexões globais, a partir da revolução da tecnologia da informação, interligam pessoas e/ou as instituições suplantando as barreiras geográficas. Para o autor, a sociedade da comunicação apresenta as seguintes características fundamentais: a informação é sua matéria-prima; os efeitos das novas tecnologias atuam em toda a atividade humana; há predomínio da lógica de redes; reversibilidade/flexibilidade dos processos; e crescente convergência de tecnologias⁶.

O ciberespaço⁷, do qual a internet é hoje o grande símbolo, encoraja um estilo de relacionamento quase independente dos lugares geográficos e da coincidência dos tempos. Conforme identifica Pierre Lévy:

⁵ De início, cumpre citar o posicionamento do Professor José de Oliveira Ascensão proferido em Conferência pronunciada no Congresso Portugal/Brasil Ano 2000, em Coimbra, a 23 de junho de 1999: “Diz-se que se chega assim à ‘sociedade da informação’”. Há um óbvio empolamento do termo: o que há é a sociedade da comunicação integral, e não a sociedade da informação. O conteúdo da mensagem transmitida não é necessariamente informação – ou só o é se entendermos informação em sentido de tal modo lato que lhe faz perder toda a precisão.” Neste trabalho utilizaremos igualmente as expressões sociedade tecnológica e sociedade da informação. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Palestra pronunciada no Congresso Portugal/Brasil nos anos 2000**, em Coimbra, a 23 de junho de 1999.

⁶ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 24 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

⁷ “Eu defino o ciberespaço como o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de redes hetzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização.”

[...] apenas as particularidades técnicas do ciberespaço permitem que os membros de um grupo humano (que podem ser tantos quantos se quiser) se coordenem, cooperem, alimentem e consultem uma memória comum, e isto quase em tempo real, apesar da distribuição geográfica e da diferença de horários⁸.

O autor descarta a possibilidade de analisar as novas tecnologias da informação sob a perspectiva do impacto que elas produzem sobre a sociedade ou a cultura, ou de identificar a tecnologia como um ser autônomo, delas distinto. Para ele, um dos fatores que explicam a percepção dos efeitos da tecnologia como um fator externo aos nossos processos, como uma ameaça, é a velocidade da transformação que ela promove.

O posicionamento de Lévy foi reconhecido e adotado por Newton De Lucca:

Reconheço ter cometido inadvertidamente essa inexactidão, quando, em 2001, foi publicada a primeira edição da obra “Direito&Internet”, vol.I, cujo artigo inaugural, de minha autoria, foi “TÍTULOS E CONTRATOS ELETRÔNICOS – O ADVENTO DA INFORMÁTICA E SEU IMPACTO NO MUNDO JURÍDICO”. Na segunda edição desse mesmo livro, porém, alterei o título do artigo para: TÍTULOS E CONTRATOS ELETRÔNICOS – O ADVENTO DA INFORMÁTICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A PESQUISA JURÍDICA. E fi-lo pela seguinte razão apresentada por Pierre Lévy: “Nos textos que anunciam colóquios, nos resumos dos estudos oficiais ou nos artigos da imprensa sobre o desenvolvimento da multimídia, fala-se muitas vezes no ‘impacto’ das novas tecnologias da informação sobre a sociedade ou a cultura. A tecnologia seria algo comparável a um projétil (pedra, obus, míssil?) e a cultura ou a sociedade a um alvo vivo... Esta metáfora bélica é criticável em vários sentidos. A questão não é tanto avaliar a pertinência estilística de uma figura de retórica, mas sim esclarecer o esquema de leitura dos fenômenos – a meu ver, inadequado – que a metáfora do impacto nos revela⁹.

De fato, a velocidade e a amplitude das transformações experimentadas desde o início do século são tamanhas que Klaus Schwab considera que estamos diante de uma quarta revolução industrial, baseada na revolução digital, caracterizada por uma internet¹⁰ “mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se

E ainda antevê, em 1956, que o ciberespaço seria o principal canal de comunicação e suporte de memória da humanidade a partir do início do Século XXI. LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.

⁸ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 51.

⁹ DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet – uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares. In: **Direito&Internet III**. Tomo I. Coord. De Lucca et.al, São Paulo: Quartier Latin, 2015. nota 1, p. 21.

¹⁰ Utilizaremos ao longo deste trabalho, a exemplo de Newton De Lucca, a palavra internet, sempre com o “i” minúsculo. Esclarece Newton De Lucca: A palavra internet será utilizada, ao longo de presente artigo, sempre com o “i” minúsculo, como parece ser mais adequado. Assim me manifestei

tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina)”¹¹.

Para Lévy, a tecnologia é sempre parte de um projeto de criação da sociedade e da cultura, e atende aos propósitos, em sua maior parte, daqueles que detém o controle das iniciativas de seu desenvolvimento, num processo que acaba não sendo visível ou é percebido tardiamente pela sociedade:

Uma técnica não é nem boa, nem má (isto depende dos contextos, usos e dos pontos de vista), tampouco neutra (já que é condicionante ou restritiva, já que de um lado abre e de outro fecha o espectro de possibilidades). Não se trata de avaliar seus “impactos”, mas de situar as irreversibilidades às quais um de seus usos nos levaria, de formular os projetos que explorariam as virtualidades que ela transporta e de decidir o que fazer dela¹².

Neste sentido também pondera Stefano Rodotà:

Mas a nova angústia nasce da consciência da forte defasagem entre a rapidez do progresso técnico-científico e a lentidão com que amadurece a capacidade de controle dos processos sociais que acompanham tal progresso. E é exatamente neste terreno que é preciso trabalhar para preencher tal defasagem, projetando políticas conscienciosas, elaborando remédios institucionais¹³.

anteriormente sobre essa escolha (Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática, Saraiva: São Paulo, 2003, p. 13, nota de rodapé), fundado nas razões expostas pelo Professor Le Tourneau, citado por Christiane Féral-Schuhl, que ora me permito reproduzir: “*Faut-il rappeler, avant de commencer, que le mot ‘internet’ n’est pas une marque, mais un nom générique qui, comme tel, doit recevoir un article (l’internet) et point de majuscule, exactement comme le téléphone, le minitel la radio, le telex ou la télévision’ (extrait de la revue Expertises, janvier, 1999, p. 419)*”. Sendo vários os conceitos possíveis da palavra (rede das redes, meio ou técnica de comunicação à distância, conjunto de redes interconectadas, novo meio de consumo, conjunto de lugares, superautopista, “ampla reunião de rede de computadores cadeia de redes que convida à troca de diferentes tipos de dados e à prestação de serviços variados no mundo inteiro, a todas as pessoas equipadas de um computador munido de um modem” etc. etc.), forçosa a conclusão de seu caráter polissêmico, como bem anotado por Marco Antônio Zanellato (Condutas Ilícitas na Sociedade Digital, in **Revista do Direito do Consumidor** nº 44, outubro-dezembro de 2002, p. 210). Como alguns desses seus vários sentidos apontados são extremamente assemelhados, poder-se-ia dizer que internet é um vocábulo plurívoco analógico. Cf. “Aspectos Atuais da Proteção aos Consumidores no âmbito dos Contratos Informáticos e Telemáticos”, In: DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores), **Direito & Internet**, vol. II – Aspectos Jurídicos Relevantes – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 47, nota de rodapé n. 86.

¹¹ SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2018, p. 17.

¹² LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 26.

¹³ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 41.

Klaus Schwab bem ilustra as benesses do desenvolvimento tecnológico nas áreas da saúde e engenharia genética, os ganhos dos consumidores com a economia compartilhada e o conforto das inovações IoT¹⁴ no âmbito doméstico. Não descarta, porém, que o acesso à inovação tecnológica não é universal e o cenário de agravamento das desigualdades e exclusão que se vislumbra¹⁵.

Mas Rodotà, por outro lado, bem pondera quanto à tese da neutralidade da tecnologia, ao notar que ela ignora o fato de que o papel concreto de uma tecnologia deriva, antes de tudo, de sua forma e de seus modos específicos de uso, que contribuem para definir seu significado e seu alcance social. Segundo o autor, “há efeitos que são produzidos pelo simples fato de se escolher usar uma determinada tecnologia”¹⁶.

A incessante captura de dados e apropriação das informações comportamentais e sua utilização para o desenvolvimento de ferramentas preditivas, avançando para condicionar nossas escolhas e impulsionar novos comportamentos revela que não apenas a privacidade, mas uma série de liberdades e direitos fundamentais está em jogo.

Entre os principais desafios do Direito trazidos pelo desenvolvimento das novas tecnologias encontram-se a tutela do direito à privacidade e o exercício responsável e ético da liberdade de expressão. A busca e afirmação do legítimo equilíbrio no exercício e proteção das liberdades garantidas pela Constituição Federal neste contexto revela-se não apenas complexa como de resultado incerto e questionável.

Conforme o pensamento de Byung-Chul Han, é justamente a partir da livre expressão do pensamento e livre exposição, voluntária do próprio comportamento, que o indivíduo em conexão na sociedade da informação se submete ao controlador invisível de dados e informações a seu respeito¹⁷. Para o autor, a liberdade e a transparência são instrumentos de controle na sociedade da vigilância, decorrência do regime do capitalismo da informação:

¹⁴ Internet das coisas.

¹⁵ SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2018.

¹⁶ RODOTÀ, Stefano. **Dai ricordi ai dati l'obbligo è un diritto?** La Repubblica.it. 2021. Disponível em: <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio-un.html>. Acesso em: 12 mar. 2024, p. 21.

¹⁷ HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e crise da democracia**. Petrópolis: Vozes, 2022. *Kindle*.

A sociedade da informação é a sociedade da transparência. O imperativo da transparência faz com que as informações circulem livremente. Não são as pessoas que são realmente livres, mas as informações. O paradoxo da sociedade de informação é: as pessoas estão aprisionadas nas informações. Afivelam elas mesmas os grilhões ao se comunicarem e ao produzirem informações. O presídio digital é transparente¹⁸.

Sobre a vigilância, Shoshana Zuboff popularizou o conceito de “capitalismo de vigilância”, escancarando um tipo de capitalismo monetizado por dados que são advindos da vigilância, e, quase sempre, alheios à legalidade e à ética¹⁹. A autora considera que o surgimento dessa forma de capitalismo adveio de uma conjunção de poderes digitais e da indiferença e do narcisismo intrínseco ao capitalismo financeiro, dentro da ótica neoliberal no contexto da sociedade digital²⁰.

Zygmund Bauman e David Lyon utilizam o conceito de panóptico pessoal como sendo o dispositivo que torna o indivíduo vigilante de si e de seus pares, endossando a ideia de que a vigilância atua de forma descentralizada. Destacam novas perspectivas comportamentais dos indivíduos frente às tecnologias, apontando para a vigilância e autovigilância que transformam o vigiado em vigilante, vinte e quatro horas por dia e sete dias por semana²¹.

O grande paradoxo da modernidade é a distância entre o indivíduo posto e o seu reconhecimento como tal. Para o reconhecimento, é necessário que ele faça parte de uma comunidade, por mais frágil que seja, mesmo que os laços se estabeleçam por meio das redes sociais como espaço para a troca em público do que antes eram confidências em um grupo fechado.

O processo de individualização da modernidade líquida é descrito pelo autor como a transformação da identidade humana de um dado (indivíduos de jure) em uma tarefa a ser realizada por um encarregado, que deve se responsabilizar pela sua realização e suas consequências (indivíduos de facto). E entre essas duas posições (identificar-se e realizar a sua existência) existe um abismo. Então o direito à

¹⁸ HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e crise da democracia**. Petrópolis: Vozes, 2022. *Kindle*.

¹⁹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca Ltda., 2021.

²⁰ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca Ltda., 2021.

²¹ BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

autodeterminação torna-se cada vez mais importante, mas cada vez mais difícil de se concretizar²².

Hoje o indivíduo, reconhecido e autoconsciente, não se encontra, efetivamente, no poder. A modernidade líquida de Zygmunt Bauman, também caracterizada pelas incertezas, reflete no mundo jurídico seus dilemas e contradições²³.

No contexto da era digital, a privacidade se configura como um tema de extrema relevância e urgência, exigindo uma reavaliação profunda dos conceitos e desafios que a envolvem.

Há quem diga que não existe mais privacidade. Para Neil Richards, o fim da privacidade é um mito que interessa aos mecanismos específicos da Era da Informação que funcionam alimentados por dados, como motores de busca, mídias sociais, empresas de inteligência artificial, softwares de localização. Para o autor, trata-se de uma luta pelo poder, pois na Era da Informação, dados são poder. E sob esta perspectiva, a privacidade²⁴, como o estágio onde as informações humanas não são conhecidas ou utilizadas, ainda existe e é importante para o desenvolvimento de nossa identidade, exercício da liberdade política e para a nossa proteção enquanto consumidores ou trabalhadores²⁵.

A obra "*Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*", de Helen Nissenbaum, apresenta uma abordagem inovadora e crítica que transcende a visão tradicional focada no controle individual sobre dados, lançando luz sobre a natureza contextual da privacidade e a importância das normas sociais que regulam o compartilhamento de informações em diferentes contextos²⁶.

²² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 51-53.

²³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

²⁴ Há quem diga que não existe mais privacidade. Para Neil Richards, o fim da privacidade é um mito que interessa aos mecanismos específicos da Era da Informação que funcionam alimentados por dados, como motores de busca, mídias sociais, empresas de inteligência artificial, softwares de localização. Para o autor, trata-se de uma luta pelo poder, pois na Era da Informação, dados são poder. E sob esta perspectiva, a privacidade, como o estágio onde as informações humanas não são conhecidas ou utilizadas, ainda existe e é importante para o desenvolvimento de nossa identidade, exercício da liberdade política e para a nossa proteção enquanto consumidores ou trabalhadores. RICHARDS, Neil. **Why Privacy Matters**. New York: Oxford Press University. 2021. *Kindle*, p. 5-10.

²⁵ RICHARDS, Neil. **Why Privacy Matters**. New York: Oxford Press University. 2021. *Kindle*, p. 5-10.

²⁶ NISSENBAUM, Hellen. **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**. Stanford: Stanford University Press. 2010. *Kindle*.

A autora propõe o conceito de integridade contextual como paradigma central para a compreensão da privacidade na era digital. Essa abordagem supera a visão limitada que concebe a privacidade como mera posse de dados, reconhecendo que a proteção da privacidade reside na garantia de que os fluxos informacionais ocorram de acordo com as normas sociais e expectativas do contexto específico em que se inserem²⁷.

Temos o direito à privacidade, mas não é um direito de controlar as informações pessoais nem um direito de restringir o acesso a essas informações. Em vez disso, é o direito de viver em um mundo no qual nossas expectativas sobre o fluxo de informações pessoais são, na maioria das vezes, atendidas; expectativas que são moldadas não apenas pela força do hábito e da convenção, mas por uma confiança geral no apoio mútuo que esses fluxos concedem aos principais princípios organizadores da vida social, inclusive os morais e políticos. Esse é o direito que chamei de integridade contextual, obtido por meio do equilíbrio harmônico das regras ou normas sociais com valores, fins e propósitos locais e gerais²⁸.

A violação da privacidade, segundo Nissenbaum, ocorre quando as normas que regulam o compartilhamento de informações dentro de um contexto específico são transgredidas. Essa transgressão pode se manifestar de diversas formas, como a coleta indevida de dados, o uso inadequado de informações pessoais ou a divulgação não autorizada de dados confidenciais. Por isso, para a autora, é importante a compreensão do contexto.

Entre a terra e o céu – entre o nível básico dos interesses identificados e o grau máximo de abstração dos princípios em conflito – a autora imagina o reino social, onde a integridade contextual se encaixa.

²⁷ NISSENBAUM, Hellen. **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**. Stanford: Stanford University Press. 2010. *Kindle*.

²⁸ Do texto original, argumenta a autora: *"We have a right to privacy, but it is neither a right to control personal information nor a right to have access to this information restricted. Instead, it is a right to live in a world in which our expectations about the flow of personal information are, for the most part, met; expectations that are shaped not only by force of habit and convention but a general confidence in the mutual support these flows accord to key organizing principles of social life, including moral and political ones. This is the right I have called contextual integrity, achieved through the harmonious balance of social rules, or norms, with both local and general values, ends, and purposes"*. NISSENBAUM, Hellen. **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**. Stanford: Stanford University Press. 2010. *Kindle*, p. 231.

Esse reino intermediário é a chave para explicar por que as pessoas reagem aos conflitos sobre a privacidade no mundo real da maneira como o fazem e por que frequentemente expressam seu alarme em termos da erosão da privacidade. Embora seja fundamental para a compreensão dessas disputas que compreendamos as configurações de interesses, valores e princípios presentes nelas, nossa capacidade de explicá-las será reduzida se nos atentarmos apenas a esses elementos, sem perceber a influência das estruturas e normas sociais. Vinculada a princípios morais e políticos fundamentais, enriquecida por elementos sociais importantes, a estrutura de integridade contextual é suficientemente expressiva para modelar as reações das pessoas a sistemas e práticas preocupantes baseados em tecnologia, bem como para formular diretrizes normativas para políticas, ações e projetos²⁹.

Woodrow Hartzog apresenta uma perspectiva crítica sobre a privacidade na era digital, argumentando que esta deve ser um componente fundamental no design de novas tecnologias, e não apenas um direito individual. O conceito de “*privacidade by design*” propõe a integração proativa de mecanismos de proteção à privacidade desde as etapas iniciais do desenvolvimento tecnológico³⁰.

O design pode ser uma força incrível para proteger os valores mais caros relacionados à privacidade, como confiança e autonomia. Em alguns contextos, o design é capaz de proteger as informações pessoais com mais eficiência do que as leis que visam às ações dos coletores e controladores de dados. Os princípios de privacidade by design pode proteger as pessoas contra a exploração. Mas o design também pode minar nossa privacidade, segurança e proteção; ele pode nos tornar mais vulneráveis, menos seguros e mais transparentes de maneiras que podem nos prejudicar³¹.

Hartzog destaca a responsabilidade ética de designers e engenheiros em incorporar medidas de proteção à privacidade em seus projetos, indo além da simples conformidade com leis e regulamentos. Ele enfatiza a necessidade de considerar proativamente os impactos das tecnologias na vida dos indivíduos e na sociedade, especialmente diante da coleta massiva de dados e da vigilância crescente, que levantam preocupações legítimas sobre a privacidade e a liberdade individual³².

²⁹ NISSENBAUM, Hellen. **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**. Stanford: Stanford University Press. 2010. *Kindle*, p. 10-11.

³⁰ HARTZOG, Woodrow. **Privacy's Blueprint: The Battle to Control the Design of New Technologies** (English Edition). Cambridge. Ed. Harvard University Press (2018). *Kindle*.

³¹ HARTZOG, Woodrow. **Privacy's Blueprint: The Battle to Control the Design of New Technologies** (English Edition). Cambridge. Ed. Harvard University Press (2018). *Kindle*.

³² Do texto original: “Lawmakers and courts should better recognize how design shapes our privacy. Torts, contracts, consumer protection, and surveillance laws can all better reflect how design influences our perceptions and actions with respect to our information. Privacy law should guide the design of information technologies to protect our privacy. The law must set boundaries and goals for technological design. Doing so will improve our ability to trust others and interact in the world with an acceptable risk

O autor também sublinha a importância da transparência e do controle dos dados pelos usuários, criticando a falta de conhecimento e controle que muitos têm sobre o uso de suas informações. Hartzog defende maior transparência por parte das empresas e a implementação de mecanismos que permitam aos indivíduos gerenciar suas próprias informações. Ele reconhece o papel crucial da legislação na proteção dos direitos dos usuários e advoga por um esforço conjunto de empresas, legisladores e sociedade civil para garantir a eficácia dessas medidas³³.

Na mesma linha, Brett Frischmann e Evan Selinger, no livro “*Re-Engineering Humanity*”, analisam como as tecnologias digitais estão orientando a privacidade e a autonomia humana. Através da engenharia social e tecnológica, os indivíduos são moldados em componentes previsíveis de sistemas maiores, o que ameaça a liberdade individual. A coleta massiva de dados e a vigilância constante deterioram a privacidade, tornando-a um conceito frágil. Para mitigar esses riscos, os autores defendem a necessidade de políticas e regulamentações que limitem a coleta de dados e garantam o controle individual sobre as informações. Além disso, enfatizam a importância da educação sobre os riscos à privacidade e da transparência por parte das empresas³⁴.

A obra de Frischmann e Selinger também aborda a questão da autonomia individual na era digital, destacando que a dependência excessiva de tecnologias inteligentes pode diminuir a capacidade crítica e a autonomia dos indivíduos. Os autores argumentam que é essencial proteger a privacidade e a autonomia para evitar que a sociedade se torne controlada e manipulada por sistemas tecnológicos. Eles concluem que esforços conjuntos de legisladores, empresas e sociedade civil são essenciais para garantir que as tecnologias protejam e promovam a privacidade e a autonomia humana³⁵.

of exposure. But the law must be careful to broach design in a way that is flexible and not unduly constraining. In short, I'm arguing for a design agenda for privacy law. The design of information technologies is far more important than lawmakers have acknowledged. Technology design should be a fundamental component of privacy law, and this in turn will make it a key aspect of industry policy and practice. HARTZOG, Woodrow. **Privacy's Blueprint: The Battle to Control the Design of New Technologies** (English Edition). Cambridge. Ed. Harvard University Press (2018). *Kindle*, p. 7-8.

³³ HARTZOG, Woodrow. **Privacy's Blueprint: The Battle to Control the Design of New Technologies** (English Edition). Cambridge. Ed. Harvard University Press (2018). *Kindle*.

³⁴ FRISCHMANN, B.; SELINGER, E. **Re-Engineering Humanity**. Cambridge University Press, 2018.

³⁵ FRISCHMANN, B.; SELINGER, E. **Re-Engineering Humanity**. Cambridge University Press, 2018.

Guilherme Magalhães Martins destaca a perda da capacidade de controle da identidade e do poder de escolha, elementos que são fundamentais para a dignidade da pessoa humana e da autodeterminação informativa³⁶.

Se estamos perdendo o controle do uso feito das informações a nosso respeito, o direito ao esquecimento, mesmo que hoje seu exercício esteja relegado a situações residuais e excepcionais, não perde sua relevância e instrumentalidade para a preservação de direitos fundamentais.

1.1 O direito ao esquecimento e a memória na sociedade da informação

Em 1890, nos Estados Unidos, Samuel Warren e Louis Brandeis publicaram o artigo “*The Right to Privacy*”, considerado um marco na defesa da privacidade individual, os autores argumentaram que o direito à privacidade é um direito fundamental, que deve ser protegido contra a invasão da vida privada por parte do Estado ou de terceiros. Descrevem a evolução da *common law* e dos conceitos de direito à vida, liberdade e propriedade para atender às novas necessidades da vida em sociedade³⁷:

Assim, em tempos muito remotos, a lei propunha soluções à interferência física na vida e na propriedade, por trespasses *vi et armis*. Então, o “direito à vida” servia apenas para proteger o sujeito das agressões nas suas várias formas; a liberdade significava a ausência de restrições físicas; e o direito à propriedade assegurava ao indivíduo as suas terras e o seu gado. Mais tarde, veio o reconhecimento da natureza espiritual do homem, dos seus sentimentos e do seu intelecto. Gradualmente, o âmbito destes direitos ampliou-se; e então o direito à vida passou a significar o direito de gozar a vida, - o direito de ser deixado em paz; o direito à liberdade assegura o exercício de amplos privilégios civis; e o termo “propriedade” cresceu para abranger todas as formas de posse - intangível e tangível³⁸.

³⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

³⁷ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1980. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2024.

³⁸ Tradução livre de: “Thus, in very early times, the law gave remedy only to physical interference with life and property, for trespasses *vi et armis*. Then the “right to life” served only to protect the subject from

Stefano Rodotà destaca o contexto socioeconômico no qual as condições para a afirmação do direito à privacidade como objeto de tutela autônoma se manifestaram como processo de reconhecimento pela burguesia de sua própria identidade dentro do tecido social, graças às transformações relacionadas à Revolução Industrial. Assim, para o autor, a privacidade nasceu como um privilégio social, não como uma realização natural do indivíduo³⁹.

Também esclarecem Warren e Brandeis que o direito à privacidade não tem o condão de proibir a divulgação de qualquer matéria de interesse público ou geral e buscam estabelecer limites ao que se pode exigir como protegido pela privacidade em função das próprias escolhas do indivíduo. Para eles, a lei deve prestar-se à proteção dos indivíduos nos assuntos sobre os quais inexistente o interesse legítimo da coletividade, para que não sejam expostos ao público indesejadamente ou contra a sua vontade, enquanto lhes interessar manter tais aspectos em sigilo⁴⁰.

Entre os critérios sobre a aplicação do direito à privacidade e a oposição desse direito a terceiros, como a mídia jornalística, ressaltam que a boa-fé de quem viola a privacidade de outrem não lhe servirá de defesa e que, entre os remédios legais a serviço dos indivíduos na proteção de sua privacidade estão medidas indenizatórias, desde que exista o dano efetivo, e medidas preventivas, quando for possível evitar a divulgação.

Em que pese a origem histórica da defesa da privacidade, é certo que hoje a sua defesa pode assumir significados diversos, dependendo do objetivo perseguido na coleta das informações, a posição do indivíduo, os interesses a serem tutelados e o equilíbrio entre o público e o privado.

battery in its various forms; liberty meant freedom from actual restraint; and the right to property secured to the individual his lands and his cattle. Later, there came the recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually, the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, - the right to be let alone; the right to liberty secures to exercise of extensive civil privileges; and the term "property" has grown to comprise every form of possession - intangible as well as tangible". WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1980. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2024, p. 193.

³⁹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴⁰ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1980. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2024.

Segundo Victor Mayer-Schönberger, para nós humanos, desde sempre, o esquecimento tem sido a regra e a lembrança, a exceção. A tecnologia digital e as redes globais promoveram mudanças significativas nesse equilíbrio. Hoje, com a ajuda da tecnologia generalizada, o esquecimento se tornou a exceção, e a lembrança, o padrão. A capacidade de esquecer da nossa sociedade foi substituída pela memória perfeita⁴¹.

Os efeitos da memória perfeita e da alta capacidade dos motores de busca em obter, armazenar e conectar informações sobre o nosso comportamento e nossas escolhas, segundo Mayer-Schönberger, pode condicionar nosso comportamento e a nossa liberdade de agir. Hoje nos comportamos como se estivéssemos sendo vigiados, mesmo quando não estamos. É a nova versão do panóptico⁴².

Durante seu discurso de abertura do “V Seminário Internacional sobre Memória e Patrimônio” promovida em 2011 pela Universidade de Pelotas, o antropólogo Joël Candau, da Universidade de Nice, destacou a atual busca obsessiva pela preservação da memória, quer sob o ponto de vista individual, quer coletivo⁴³.

Para o antropólogo o desejo de preservação absoluta da memória está conectado ao desejo de nada perder, por não suportarmos a ideia da dúvida, da perda do passado e da incerteza quanto ao futuro. Daí o desenvolvimento dos instrumentos de vigilância e controle da atualidade. Por medo da perda, estamos construindo uma memória sem limites e sem discernimento⁴⁴. Sob o ponto de vista da memória individual, esquecer é um fato da vida, processo natural e fundamental. Portanto, para o autor, não se trata de decidir se devemos ou não esquecer, pois esquecer é inevitável. A questão é qual a parte que deve ser esquecida.

⁴¹ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**. The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press. 2011. *Kindle*.

⁴² MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**. The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press. 2011. *Kindle*.

⁴³ CANDAU, Joël. **V Seminário Internacional sobre Memória e Patrimônio**. Universidade de Pelotas, 2011.

⁴⁴ CANDAU, Joël. La mémoire, la perte et le doute. In: FERREIRA, Maria Leticia Mazzucchi; MICHELON, Francisca Ferreira. **Memória e esquecimento**. E-book. Pelotas: Editora da Universidade Federal de Pelotas, 2012. p. 14-34. Disponível em: https://wp.ufpel.edu.br/ppgmp/files/2016/11/Memoria__Esquecimento_e-book.pdf. Acesso em: 12 jul. 2024.

Norberto Bobbio também acrescenta que esquecer pode ser uma escolha, parte do processo de determinação de quem somos e de nossas riquezas ao longo da vida:

O mundo dos velhos, de todos os velhos, é, de modo mais ou menos intenso, o mundo da memória. Dizemos: afinal, somos aquilo que pensamos, amamos, realizamos. E eu acrescentaria: somos aquilo que lembramos. Além dos afetos que lembramos, a nossa riqueza são os pensamentos, as ações que cumprimos, as lembranças que conservamos e não deixamos apagar e das quais somos o único guardião⁴⁵.

No mundo da internet, não mais. Para Martins, hoje, dada a forma de comunicação e compartilhamento de experiências e pontos de vista nas redes sociais, as memórias compartilhadas na internet não podem mais ser individualmente definidas⁴⁶.

Para Rodotà, eis a verdadeira *damnatio*: a preservação, a obrigação de lembrar, não a destruição da memória. Seria uma mudança tecnológica, mas também antropológica. Ainda, ressalta o autor que quando a internet, por meio da indexação, torna constante e imediatamente acessíveis a todos, nos tornamos eternamente prisioneiros do nosso passado, criando uma desafio à construção da personalidade e gerando a necessidade de defesas adequadas, de novos direitos, como o direito ao esquecimento, o direito de não saber, de não ser “rastreado”⁴⁷. Assim, conceitua o direito ao esquecimento como:

[...] o direito de governar a própria memória, de devolver a todos a possibilidade de se reinventar, de construir personalidade e identidade, libertando-se da tirania das gaiolas nas quais uma memória onipresente e total quer encerrar todos⁴⁸.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória**: De Senectude e outros escritos autobiográficos. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 30.

⁴⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

⁴⁷ RODOTÀ, Stefano. **Dai ricordi ai dati l’oblio è un diritto?** La Repubblica.it. 2021. Disponível em: <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio-un.html>. Acesso em: 12 mar. 2024.

⁴⁸ RODOTÀ, Stefano. **Dai ricordi ai dati l’oblio è un diritto?** La Repubblica.it. 2021. Disponível em: <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio-un.html>. Acesso em: 12 mar. 2024.

Para François Ost, o tempo tem a capacidade de “atar o laço social e oferecer aos indivíduos as marcas necessárias para sua identidade e autonomia”⁴⁹. Assim, o tempo e o direito interagem entre si, de forma que o direito afeta diretamente a construção (temporalização) do tempo e, em contrapartida, o tempo lhe determina a força constituinte.

Desta forma, na temperança está a contribuição do Direito. Seria a justa dosagem da continuidade e da mudança na composição do tempo. O autor então destaca quatro categorias normativas e temporais: a memória (liga-se o tempo para registrar, fundar e transmitir o passado), o perdão (desliga-se a memória para renovar o passado e dar-lhe novo significado quando determinados valores sociais se encontram ultrapassados), a promessa (liga o futuro) e o questionamento (que desliga o futuro tempestivamente para as necessárias revisões)⁵⁰.

Esclarece o autor que o direito começa com o ato da memória. Através da memória ativa (tradição), as sociedades firmam a sua identidade e estabilidade. Porém, o perdão aparece como elemento necessário ao combate à rigidez e à estagnação. A inovação depende do perdão.

O esquecimento é classificado por Ost como o quarto paradoxo da memória pois, longe de ser seu oposto, a memória o pressupõe. A organização da memória é também a organização do esquecimento⁵¹. O esquecimento é um mecanismo natural que ajuda as pessoas a se concentrarem no que é importante. Ele permite que as pessoas deixem de lado as informações irrelevantes e se concentrem em novos fatos e experiências. Isso pode levar a uma sensação de paz de espírito e tranquilidade, pois as pessoas não precisam se preocupar com coisas que não podem mudar⁵².

Stefano Rodotà afirma que a era digital tornou o esquecimento mais difícil, pois as informações podem ser armazenadas e acessadas com facilidade e rapidez⁵³. O direito de buscar, obter e difundir informações tornou-se uma possibilidade concreta para um número crescente de pessoas graças à internet. Isso significa que as pessoas

⁴⁹ OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru:Edusc. 2005.

⁵⁰ OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru:Edusc. 2005.

⁵¹ OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru:Edusc. 2005.

⁵² PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (Right to Oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier, 2015.

⁵³ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

podem ser perseguidas por informações antigas, mesmo que essas informações não sejam mais relevantes ou verdadeiras.

Neste sentido, reitera-se, Viktor Mayer-Schonberger comenta:

Desde o começo dos tempos, para nós humanos esquecer tem sido a regra e lembrar, a exceção. No entanto, devido às tecnologias digitais e às redes globais, esse equilíbrio alterou-se. Hoje, com a ajuda da tecnologia amplamente difundida, esquecer tornou-se a exceção e lembrar, a regra⁵⁴.

Guilherme Magalhães Martins pontua, como reflexo do compartilhamento das memórias e visões de mundo nas mídias sociais, que o esquecimento não pode mais ser concebido apenas como um aspecto inerente à cognição humana. Segundo o autor, o equilíbrio entre memória e esquecimento foram substancialmente alterados pelo desenvolvimento tecnológico⁵⁵.

Embora o direito ao esquecimento seja de difícil conceituação, as diferentes acepções do termo são diretamente ligadas à sua função ou finalidade a que se destina. Como nos ensina Fabio Konder Comparato:

Na análise institucional do direito, que corresponde de certa forma ao funcionalismo sociológico de E. Durkheim, Bronislaw Malinowski e A. R. Radcliff-Brown, usa-se do termo função para designar a finalidade legal de um instituto jurídico, ou seja, o bem ou valor em razão do qual existe, segundo a lei, esse conjunto estruturado de normas⁵⁶.

Danilo Doneda, ao traçar o histórico da privacidade, bem destaca que a privacidade de Warren e Brandeis, como “*right to privacy*”, de concepção individualista, um direito atrelado a um direito tipicamente burguês no século XIX, hoje se revela importante sob o ponto de vista da coletividade. Para o autor, a privacidade na sociedade democrática é “pré-requisito fundamental para o exercício de diversas outras liberdades fundamentais”⁵⁷.

⁵⁴ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**. The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press. 2011. *Kindle*.

⁵⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. Direito ao esquecimento na internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). **Direito Privado & Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵⁶ COMPARATO, Fabio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, v. 732, n. 85, p. 38-46, 1996. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/238790/mod_resource/content/1/Estado%2C%20Empresa%20e%20Fun%C3%A7%C3%A3o%20Social%20-%20F%C3%A1bio%20Konder%20Comparato.pdf Acesso em: 12 nov. 2024, p. 40-41.

⁵⁷ DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 30-31.

Neste sentido também destaca Stefano Rodotà que o conceito de privacidade como o “direito de ser deixado só” dá espaço ao “direito das pessoas ao controle sobre o uso das informações que lhes dizem respeito”⁵⁸. Nisto reside uma diferenciação importante no contexto da sociedade tecnológica: a possibilidade de indivíduos ou grupos de pessoas controlarem o exercício dos poderes fundados na disponibilidade de informações, colaborando assim para um mais adequado equilíbrio sociopolítico.

A partir da identificação de quem efetivamente detém o poder sobre as informações será possível criar estruturas de monitoramento e controle sobre o uso das mesmas e então desfrutar as possibilidades que o desenvolvimento tecnológico pode oferecer à amplificação até mesmo das liberdades individuais⁵⁹.

Para Pere Símon Castellano, o direito ao esquecimento tem o condão de proteger os cidadãos da publicação de determinadas informações do passado, em qualquer ambiente, que possam condicionar o futuro dos indivíduos, sua liberdade de ação e o livre desenvolvimento de seu próprio projeto de vida⁶⁰. Informações como decisões judiciais, registros criminais, indultos, sanções administrativas, sanções disciplinares contra funcionários públicos, exclusão social e benefícios de desemprego recebidos, dívidas passadas e vencidas, entre outras.

O direito de ser esquecido se configuraria, assim, como um direito de liberdade do indivíduo, baseado no livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana. Nesse sentido, o direito de ser esquecido buscaria garantir a autodeterminação consciente e responsável da própria vida e seria uma manifestação concreta do direito à autodeterminação informacional.

A conexão do direito de ser esquecido com a autodeterminação informativa, consciente e responsável da própria vida é, na opinião do autor, inevitável, sendo essa uma manifestação direta da dignidade humana e da integridade moral do ser humano. Portanto, o direito de ser esquecido protegeria um direito jurídico mais amplo do que a vida privada.

⁵⁸ RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti** (Italian Edition). Bologna: Il Mulino, 1995. *Kindle*.

⁵⁹ Vide RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti** (Italian Edition). Bologna: Il Mulino, 1995. *Kindle*.

⁶⁰ CASTELLANO, Pere Símon. **El Régimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital** (Spanish Edition) Valencia: Ed. Tirant Le Blanch.2012. *Kindle*.

Não existe na nossa ordenação jurídica⁶¹ uma lei específica sobre o direito ao esquecimento e nem a sua previsão expressa em dispositivos legais diversos. Todavia, o direito ao esquecimento pode ser depreendido a partir da análise dos dispositivos legais sobre a defesa da privacidade e a proteção de dados estabelecida em diversos dispositivos legais, destacando-se o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Marco Civil da Internet (MCI) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o que, por interpretação coerente e harmônica com base na Teoria do Diálogo das Fontes, de acordo com Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, pode ser superado:

O mestre de Heidelberg, Prof. Dr. Dr. h. c. multi Erik Jayme ensina que, diante do atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente, coerente e justo. Nasce assim a belíssima expressão semiótica de Erik Jayme, do necessário “diálogo das fontes” (dialogue des sources), ‘dia-logos’ (mais de uma lógica) a permitir a aplicação simultânea e coordenada (ou coerente) das plúrimas fontes legislativas convergentes, pois guiadas pelos valores da Constituição (nacionalmente) e dos Direitos Humanos (internacionalmente). Essa teoria de Erik Jayme do diálogo das fontes tem se mostrado muito útil para a decisão de casos difíceis e jogado nova luz à solução dos conflitos de leis, assegurando uma aplicação simultânea e coordenada das leis brasileiras de forma a dar efetividade aos mandamentos constitucionais, em especial o da proteção dos mais fracos⁶².

Destaque-se a menção expressa do direito ao esquecimento no Enunciado n. 531 aprovado na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal de Justiça, ao discutir a interpretação do artigo 11 do Código Civil: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”⁶³.

⁶¹ Adotamos neste trabalho o termo “ordenação jurídica” ao invés de “ordenamento jurídico”, conforme a observação de Newton De Lucca quanto à sua maior consonância com o vernáculo: “Contra a quase unanimidade da doutrina nacional, venho me utilizando, invariavelmente, da palavra ordenação jurídica, de todo preferível, a meu ver, à palavra ordenamento jurídico. Com efeito, ela parece mais consentânea com o idioma português, não havendo razão para o emprego do italianismo, conforme já destacado pela autorizada voz do gramático Napoleão Mendes de Almeida. Afinal de contas, nós tivemos as ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas e não ordenamentos afonsinos, manuelinos e filipinos”. DE LUCCA, Newton. **Da Ética Geral à Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 234, nota nº 1.

⁶² MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Diálogo das Fontes**: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *Kindle*.

⁶³ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em 18 jun. 2021.

A fundamentação do Enunciado considera os danos crescentes ao ser humano causados pelas novas tecnologias de informação e esclarece que a finalidade do direito ao esquecimento, originário do direito criminal, é permitir a autodeterminação informativa e o controle do uso dado aos fatos pretéritos, e não atribuir a qualquer pessoa o direito de apagar fatos do passado ou reescrever a história.

Leonardo Parentoni destaca as diferentes expressões estrangeiras para o direito ao esquecimento: em inglês, *right to forget* (direito de esquecer), *right to be forgotten* (direito de ser esquecido), *right to be let alone* (direito de ser deixado em paz), *right to erasure* (direito ao “apagamento”), *right to delete* (direito de apagar) e, *right to oblivion*, este último, o termo que o autor considera ser o mais adequado para denominar o direito que permite ao indivíduo forçar a retirada de conteúdo a seu respeito da internet. Na Itália, França e países de língua espanhola, os termos utilizados seriam *diritto all’oblio*, *le droit à l’oublie* e *derecho al olvido*⁶⁴.

O autor optou por contextualizar o direito ao esquecimento na internet. Parentoni considera duas correntes acerca do direito ao esquecimento: um grupo que pretende acima de tudo preservar as informações publicadas, em prol da internet livre e sem censura, e outro grupo, favorável ao direito de apagar as informações que possam ser prejudiciais ao indivíduo em prol de sua privacidade e do direito de recomeçar (cyberesquecimento)⁶⁵.

Para Guilherme Martins, o direito ao esquecimento se divide em duas grandes vertentes: o “*droit d’oubli*”, referente a informações que, ao passar do tempo, perderam a qualidade de interesse público e, portanto, sua disponibilidade ao público não se justificaria; e o “*right to erasure*”, mais utilizada no contexto da internet, que consiste na simples remoção de dados pessoais fornecidos automaticamente e que são coletados e processados por terceiros⁶⁶.

⁶⁴ PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (Right to Oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier, 2015.

⁶⁵ PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (Right to Oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier, 2015.

⁶⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

É neste ponto que se tornam relevantes a motivação do pedido de exclusão do conteúdo, os potenciais danos à pessoa e à sua dignidade, o efeito do lapso temporal e o interesse público na informação, mas, por outro lado, a primazia da proteção à pessoa humana é preconizada pela Constituição da República na medida em que a divulgação da informação sobre fatos pretéritos possa impedir o pleno desenvolvimento do indivíduo, a partir da construção de uma nova identidade pessoal⁶⁷.

Não se deve desconsiderar a importância da proteção quanto aos abusos e violações da intimidade. Anderson Schreiber destaca que o “direito de não ser lembrado contra a própria vontade”⁶⁸, centrado na pretensão individual, voluntarista, em detrimento, subtraindo informações da coletividade, empresta ao tema uma concepção patrimonialista como critério balizador, o que impossibilitaria a sua prevalência diante do interesse público contemplado na liberdade de informação e no direito da coletividade de acesso à informação.

Neste sentido, o autor alerta que a própria terminologia “direito ao esquecimento” pode induzir em erro o jurista, uma vez que não se trata de simplesmente apagar o passado ou suprimir suas referências. Não se trata de interferência do interesse individual na esfera pública ou na memória coletiva, mas sim, do direito de não se revelar à sociedade em uma “projeção que não corresponde à sua realidade atual”⁶⁹.

Por esta linha argumentativa, o debate entre direito ao esquecimento e preservação da História ou da memória coletiva, segundo o autor, seria o real debate. A primazia da proteção à pessoa humana é preconizada pela Constituição da República na medida em que a divulgação da informação sobre fatos pretéritos possa

⁶⁷ SCHREIBER, Anderson... et al; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. **Liberdade de Expressão e Tecnologia**. 2ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 219.

⁶⁸ SCHREIBER, Anderson... et al; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. **Liberdade de Expressão e Tecnologia**. 2ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 218.

⁶⁹ SCHREIBER, Anderson... et al; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. **Liberdade de Expressão e Tecnologia**. 2ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 220.

impedir o pleno desenvolvimento do indivíduo, a partir da construção de uma nova identidade pessoal⁷⁰.

A VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovou o Enunciado 613, sobre o artigo 12 do Código Civil: “A liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro”⁷¹.

A Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, Marco Civil da Internet (MCI) tem seção específica sobre a responsabilidade dos provedores da internet e a remoção de conteúdo gerado por terceiros e isenta os provedores da responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado pelos usuários. Não obstante, quando o provedor persistir na divulgação não autorizada de conteúdo que inclua cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado de terceiros, após ter sido notificado pelo participante, responderá subsidiariamente pela violação da intimidade.

O exercício do direito de requerer a remoção do conteúdo em defesa dos direitos da personalidade pode ser feito através dos juizados especiais, sendo que a tutela antecipada dependerá de prova inequívoca do fato e da ponderação sobre o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, bem como da constatação da presença dos requisitos de verossimilhança da alegação do autor do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação⁷².

Fleischer, para quem a “privacidade é a tendência da moda da censura”⁷³ destaca três diferentes situações sobre a retirada de conteúdo da internet: a primeira, de menor complexidade para o debate acerca do direito ao esquecimento, consiste na remoção pelo próprio usuário de conteúdo pessoal por ele postado nas redes sociais, o que já é admitido e contemplado nos próprios termos de uso dos serviços

⁷⁰ SCHREIBER, Anderson... et al; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. **Liberdade de Expressão e Tecnologia**. 2ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 219.

⁷¹ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1161> Acesso em: 12 nov. 2024.

⁷² MCI. Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

⁷³ FLEISCHER, Pieter. **Foggy thinking about the Right to Oblivion**. 2019. Disponível em: <https://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>. Acesso em: 16 jun. 2024.

online. O problema começa a surgir quando o usuário pretende remover o conteúdo da internet como um todo, o que torna a discussão mais aprofundada.

A segunda situação estende ao problema de o conteúdo postado pelo usuário ser utilizado, armazenado ou compartilhado por um terceiro, outro usuário. Neste caso, paralelamente ao acordado pelas partes ao aceitar os termos de uso do serviço, inicia-se o dilema entre a proteção dos direitos da personalidade, como o direito de imagem, de um lado, e a liberdade de expressão do terceiro.

A terceira situação descrita por Fleischer é a que ele considera a mais grave ameaça à liberdade de expressão: consiste na pretensão de remover da internet conteúdo verdadeiro postado por terceiro⁷⁴.

Destaca-se então o contraste entre o entendimento estadunidense, historicamente defensor da prevalência absoluta da liberdade de expressão e o tratamento dado pela União Europeia, que é centrado na proteção do indivíduo e na garantia da autonomia e da dignidade humana.

Leonardo Netto Parentoni acrescenta ao elenco outras diferenças entre Estados Unidos e União Europeia quanto direito ao esquecimento⁷⁵.

A primeira diferença é que, enquanto, por tradição legislativa, nos Estados Unidos as normas sobre o assunto se referem a setores específicos e são editadas de forma independente pelos Estados considerados individualmente, a União Europeia tratou o tema de forma mais abrangente para possibilitar maior uniformidade na regulação do tema pelos países-membros. No contexto da proteção de dados pessoais, inexistem, nos Estados Unidos, uma autoridade centralizada reguladora e fiscalizadora, tal qual existe na União Europeia e em cada estado-membro. Outro ponto contrastante é a prevenção de obstáculos ao comércio existente nos Estados

⁷⁴ FLEISCHER, Pieter. **Foggy thinking about the Right to Oblivion**. 2019. Disponível em: <https://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>. Acesso em: 16 jun. 2024.

⁷⁵ PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (Right to Oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier, 2015.

Unidos, em face da prevalência, na União Europeia, da proteção da privacidade sobre o interesse comercial empresarial⁷⁶.

Na Europa, ainda sob a égide da Diretiva n. 1995/46/CE, reconheceu-se que os motores de busca realizam de fato tratamento de dados pessoais e que estariam sujeitos à legislação da União Europeia sobre a proteção de dados pessoais. O direito ao esquecimento foi consagrado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), no caso Costeja⁷⁷, de 2014, considerado um *leading case*, que se iniciou quando o Sr. Mario Costeja González, um cidadão espanhol, apresentou uma reclamação à Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra *La Vanguardia Ediciones SL*, jornal amplamente circulado na Espanha, bem como contra o Google Espanha e o Google Inc. A reclamação baseava-se no fato de que quando alguém pesquisava o nome do Sr. Costeja González no Google, encontrava links do jornal *La Vanguardia* que continham informações sobre um leilão imobiliário relacionado a um processo de recuperação de dívida envolvendo seu nome.

Em sua reclamação, o Sr. Costeja González solicitou que *La Vanguardia* fosse ordenada a suprimir ou alterar os artigos de notícias para que seus dados pessoais não aparecessem mais, ou que a empresa fosse obrigada a usar certas ferramentas fornecidas pelos motores de busca para proteger seus dados. Ele também solicitou que o Google Espanha ou o Google Inc. fossem ordenados a suprimir ou ocultar seus dados pessoais para que não aparecessem mais nos resultados da pesquisa ou nos links para o artigo de notícias, alegando que tais informações estavam descontextualizadas, posto que o processo havia sido extinto há anos⁷⁸.

⁷⁶ PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (Right to Oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier, 2015, p. 554-555.

⁷⁷ O caso Costeja (Mario Costeja González) refere-se a uma decisão tomada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 13 de maio de 2014, que reconheceu o direito do Sr. Mario Costeja González de ter certos resultados de pesquisa sobre ele removidos do Google Search. Esta decisão estabeleceu um importante precedente, consolidando o direito de ser esquecido na Europa e trazendo importantes considerações sobre a aplicação territorial e material da Diretiva 1995/46. TJUE. Acórdão de 13 de maio de 2014. **Processo C-131/12**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=248867>>. Acesso em: 12 jul. 2024.

⁷⁸ PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (Right to Oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier, 2015.

Em 30 de julho de 2010, a AEPD rejeitou a reclamação contra *La Vanguardia*, mas acolheu a reclamação contra o Google Espanha e o Google Inc., ordenando-lhes que tomassem medidas dentro de suas respectivas competências para retirar os dados do índice e impedir o acesso futuro aos mesmos. O Google Espanha e o Google Inc. recorreram desta decisão perante o Tribunal Superior Nacional da Espanha (TSNE), que encaminhou várias questões ao TJUE para uma decisão preliminar. Em 13 de maio de 2014, o TJUE proferiu sua decisão, reconhecendo o direito do Sr. Costeja González de ter certos resultados de pesquisa sobre ele removidos do Google Search.

Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que o direito à privacidade deve prevalecer sobre o direito à informação, quando o conhecimento de informações verídicas sobre o passado de uma pessoa possa causar danos a sua reputação ou prejudicar suas relações sociais.

A decisão do caso contra o Google Spain afirmou o direito a desindexação.

O direito à desindexação é uma forma de promoção de outros direitos, inclusive o direito ao esquecimento. Se não for fomentado, positivado e defendido, coloca o indivíduo como produto a ser explorado na sociedade digital, dentro do já aventado capitalismo de vigilância⁷⁹. Não se confunde com o direito ao esquecimento, que pode ser exercido em face de outros meios de comunicação, inclusive não digitais. O direito à desindexação não se refere ao pleito de remoção de conteúdo ou apagamento, diferenciando-se neste aspecto do direito ao esquecimento.

O Regulamento 2016/679 da União Europeia, Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR)⁸⁰, em vigor na Europa desde maio de 2018, previu o direito ao esquecimento (“direito de ser esquecido”) como direito ao apagamento, no seu artigo 17, estabelecendo, *ab initio*, que não se trata de um direito absoluto e elencando a motivação que deve fundamentar e legitimar o pedido de apagamento e as situações em que o mesmo não poderá ser exercido. Entre os motivos que legitimam o seu exercício estão: (i) os dados tornaram-se desnecessários para o cumprimento da finalidade de sua coleta e tratamento; (ii) a retirada do consentimento pelo titular nas

⁷⁹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca Ltda., 2021.

⁸⁰ Destaca-se que este Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, do Parlamento Europeu e do Conselho, foi a base para a formulação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGDP) no Brasil.

circunstâncias previstas no Regulamento e se inexistir outro fundamento jurídico para o tratamento dos dados; (iii) a oposição ao tratamento pelo titular e a ausência de interesses legítimos prevalentes que justifiquem o tratamento; (iv) a ilicitude do tratamento; (v) a necessidade de cumprimento de uma obrigação legal pelo responsável pelo tratamento; e (vi) coleta de dados de crianças na oferta de serviços.

São limitações ao exercício do direito ao esquecimento: (i) o exercício da liberdade de expressão e de informação; (ii) cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento pelo responsável; (iii) a necessidade do tratamento para o exercício de funções de interesse público ou para o exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento; (iv) interesse público no domínio da saúde pública; e (v) a necessidade de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

Quanto aos arquivos de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não se aplicará o direito ao esquecimento quando o apagamento dos dados possa tornar impossível ou prejudicar gravemente a realização dos objetivos desse tratamento.

Não obstante a previsão no Regulamento e, demonstrando que o direito ao esquecimento não é absoluto, em 2018 a Corte Infraconstitucional alemã – *Bundesgerichtshof* (BGH) julgou improcedente o pedido de remoção de link de resultados de busca na internet⁸¹, fundamentando que o direito ao esquecimento não é absoluto e que, portanto, deve ser ponderado no caso concreto frente a outros direitos fundamentais conflitantes.

Neste caso, de um ex-diretor de uma instituição de caridade contra o Google, a instituição que dirigia enfrentou grave situação financeira e o então diretor se afastou do cargo até o final de seu mandato por alegados problemas de saúde. O fato foi amplamente noticiado e ao requerer ao Google a desindexação, seu pedido foi parcialmente atendido pelo motor de busca. Tanto o Tribunal de Justiça (*Oberlandesgericht*), quanto o BGH consideraram prevalentes, no caso, o direito à liberdade de expressão, identificando a ausência dos requisitos do Regulamento europeu para o exercício do direito ao esquecimento.

⁸¹ OLG Frankfurt Am Main 16 U 193/17, j. 06 de setembro de 2018.

Como assevera Karina Nunes Fritz, tal decisão não enfraquece o direito ao esquecimento, ao contrário, reafirma seu caráter jusfundamental e sua importância na era digital, pois as cortes alemãs consignaram a não prevalência de nenhum dos direitos fundamentais a priori⁸². Um exemplo da instrumentalidade do direito ao esquecimento na implementação de políticas públicas para o combate à desigualdade e discriminação é a legislação sobre o “direito ao esquecimento oncológico” no ambiente europeu.

Seguindo o exemplo de outros países do continente europeu, o Senado Italiano aprovou em 2023 a Lei n. 193, intitulada “Disposições para a prevenção da discriminação e a proteção dos direitos das pessoas que foram afetadas por doenças oncológicas”⁸³. A lei em questão, que entrou em vigor em 2/1/2024 é a concretização de diversas disposições no âmbito constitucional (artigos 2, 3 e 32) relacionadas aos direitos da personalidade, à proteção da vida familiar e à defesa do consumidor, bem como da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 7, 8, 21, 35 e 38) e a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

O direito ao esquecimento oncológico é definido como “o direito das pessoas curadas de uma patologia oncológica de não fornecer informações ou ser submetidas a investigações relativas à sua condição patológica anterior” nas situações a que a lei se refere.

Para fins de celebração ou renovação de contratos relacionados a serviços bancários, financeiros, de investimento e de seguros, bem como no contexto da celebração de qualquer outro tipo de contrato, mesmo exclusivamente entre particulares, a lei proíbe a solicitação, no ato da contratação ou após, de informações sobre o estado de saúde das pessoas em relação a patologias oncológicas das quais elas já tenham se curado (entenda-se concluído o tratamento, sem recidivas, há mais de dez anos) quando tais informações possam influenciar nas condições contratuais. Tal período é reduzido pela metade caso a doença tenha surgido antes da idade de 21 anos.

⁸² FRITZ, Karina Nunes. **Jurisprudência comentada dos tribunais alemães**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 124.

⁸³ República Italiana, Lei 193 de 7 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/12/18/23G00206/sg>. Acesso em: 14 jul. 2024.

O objetivo da lei é prevenir o tratamento discriminatório e propiciar o acesso das pessoas curadas de câncer a serviços e contratos com empresas de seguros, financiamentos, mas também nos processos de adoção de menores e nos concursos públicos e processos de seleção para oportunidades de trabalho e formação profissional, evitando que as pessoas sejam duplamente penalizadas pela doença⁸⁴.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, em algumas oportunidades, se pronunciou favoravelmente ao direito de esquecimento, definindo-o como um direito de não ser lembrado contra a própria vontade, especificamente em fatos de natureza criminal. Um desses casos, especificamente, o da “Chacina da Candelária”⁸⁶ será abordado adiante.

Em fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ considerou o direito ao esquecimento 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 cível⁸⁷.

Na seção seguinte deste trabalho serão analisadas as decisões dos tribunais brasileiros, avançando em tais discussões para caracterização do panorama Nacional.

⁸⁴ FACCIOLI, Mirko. Il diritto all'oblio oncologico nella l. n. 193/2023: la via italiana alla tutela giuridica dei cancer survivors. **BioLaw** [internet]. 2024. Disponível em: <https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/2989>. Acesso em: 14 jul. 2024.

⁸⁵ Sobre as ações previstas no Plano Europeu de Combate ao Câncer, cite-se BORGIA, Luisa. I diritti umani oltre la malattia: i sopravvissuti al cancro e il diritto all'oblio oncologico. In: **Archivio giuridico Filippo Serafini**: supplemento 2, 2023, Modena: Editora Enrico Mucchi, 2023, p. 891-914. Disponível em: <http://digital.casalini.it/10.53148/AGO20230210>. Acesso em: 14 jul. 2024. Segundo a autora, o princípio da justiça no direito à saúde deve ir além do direito ao tratamento e a busca da cura. Deve estender-se ao processo de reabilitação ao direito de acesso igualitário a todos os setores da sociedade sem sofrer as consequências estigmatizantes que comportam as doenças graves como o câncer.

⁸⁶ STJ. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, **REsp n. 1.334.097/RJ**, j. 28.05.2013, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão.

⁸⁷ STF. Supremo Tribunal Federal. **RE 1010606**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento 11/02/2021. Publicação 20/05/2021.

1.2 Liberdade de expressão: conceitos e limites

Importa, antes de discutir o tema da liberdade de expressão no contexto do direito ao esquecimento e as circunstâncias envolvidas na ponderação, refletir sobre o ambiente normativo e o elemento finalístico, contextualizado na sociedade tecnológica.

Para Gilberto Haddad Jabur o conceito de liberdade é amplo e de difícil compreensão em sua concepção positiva. Em sua concepção negativa, liberdade é a inexistência de ingerência externa, a ausência de restrições de ordem física ou espiritual. Em seu primeiro sentido, trata-se de um atributo da vontade, faculdade da autodeterminação, ou um poder. Quando a liberdade corresponde a não estar obrigado a fazer ou deixar de fazer, ou a não estar submetido a um imperativo jurídico, estamos diante de um direito, “o privilégio de aceitar ou recusar aquilo que a ordem jurídica não obriga a rejeitar nem acatar”⁸⁸.

A liberdade de pensamento, como primeira forma de manifestação humana, está intimamente ligada ao direito à liberdade. Pensar é uma liberdade irrestrita. Ocorre que sua exteriorização pode produzir efeitos indesejados e violações a direitos personalíssimos de terceiros, direitos esses que recebem igualmente proteção do Estado. A liberdade de expressão do pensamento é limitada pelo conteúdo e extensão de outras liberdades fundamentais.

Para Stuart Mill, somente no que se refere aos outros é que a conduta de qualquer pessoa pode ser posta à prestação de contas perante a sociedade. O indivíduo é absolutamente livre em sua conduta naquilo que lhe diz respeito, unicamente. “Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano”, afirma o autor⁸⁹.

⁸⁸ JABOUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 141-143.

⁸⁹ STUART, John Mill. **Sobre A Liberdade** (Coleção Clássicos para Todos). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 32-33. *Kindle*.

A liberdade de expressão, intimamente ligada à liberdade de receber e transmitir informações (direito à informação e o direito de informar – direito à liberdade de comunicação social⁹⁰) é a forma de expressão do pensamento que mais interessa às discussões sobre o direito ao esquecimento. São consideradas “liberdades comunicativas”.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso IV consagra como direito fundamental a livre manifestação do pensamento, proibindo no mesmo inciso o anonimato. A liberdade de expressão insere-se, assim, na liberdade de pensamento. Neste campo, é importante estabelecer alguns conceitos: as chamadas “liberdades comunicativas” e a previsão constitucional.

O artigo 5º, inciso IX da Constituição da República, estabelece a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

O direito de acesso à informação é assegurado pelo inciso XIV do artigo 5º, bem como pelo inciso XIII, quando exercido em face do Poder Público. A partir da leitura dos artigos 220 e 221, verifica-se que, mais uma vez, o exercício da liberdade de expressão e do direito de informar também não se dá de forma absoluta e irrestrita, sendo seus limites e condições já delineados no próprio texto constitucional⁹¹.

Em sua dimensão negativa, a liberdade dos veículos de comunicação estabelecida no § 1º do artigo 220 é expressamente condicionada à vedação do anonimato, ao direito de resposta e à indenização por danos morais e materiais ou à imagem, e aos direitos da personalidade.

⁹⁰ JABOUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 152.

⁹¹ A Constituição da República reitera a liberdade de expressão no artigo 220, endereçado ao direito de informar, com destaques nossos:

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

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

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

[...]

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

[...]

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Daniel Sarmento considera que a dimensão objetiva das liberdades comunicativas provém do fato de que elas são a concretização de direitos fundamentais das sociedades democráticas e são o critério de interpretação sistemática da ordenação jurídica brasileira⁹².

Sarmiento, relembra George Orwell em 1984 e a célebre expressão “Aquele que controla o passado, controla o futuro. Aquele que controla o presente, controla o passado”. E ainda conclui: “Parecem evidentes os riscos de autoritarismo envolvidos na atribuição a agentes estatais – ainda que juízes – do poder de definirem o que pode e o que não pode ser recordado pela sociedade”⁹³.

A sociedade tecnológica justamente deslocou os centros de poder, descentralizando-os inclusive territorialmente. A informação revelou-se importante instrumento de poder⁹⁴. O poder das empresas transnacionais de tecnologia da informação, os *gatekeepers*, prestadores de serviços hoje fundamentais às empresas, Governos e a toda a Sociedade, que tem em sua posse e controle uma quantidade massiva de dados e a tecnologia capaz de analisá-los e agrupá-los em informações estratégicas em uma fração de segundo certamente são hoje detentores de um poder jamais visto na História.

Então a discussão de Orwell sobre o poder estatal seria aplicável também aos grandes grupos de comunicação e mídias sociais. Seria justo considerar o indivíduo que busca preservar seus direitos da personalidade como o usurpador autoritário, ao tentar ter o controle do uso das informações sobre si mesmo?

Esse é o dilema da sociedade da vigilância já discutido neste trabalho.

Schreiber considera ambígua a relação entre liberdade de expressão e tecnologia. Por um lado, a internet permitiu a criação de novos espaços e formas de comunicação e manifestação do pensamento, a descentralização dos canais de comunicação no mundo digital, o que parecia ser o “olimpico da liberdade de expressão”. Por outro lado, o autor observa que existem frequentes e constantes

⁹² SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na Ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**. IBDCivil Vol 7 – Jan / Mar 2016, p. 208.

⁹³ SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na Ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**. IBDCivil Vol 7 – Jan / Mar 2016.

⁹⁴ No mesmo sentido SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na Ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**. IBDCivil Vol 7 – Jan / Mar 2016, p. 194.

formas de opressão e silenciamento na internet que terminam por cercear essa liberdade ou por desincentivar o diálogo⁹⁵.

Essa ambiguidade também se revela, segundo Schreiber, com relação às divergentes opiniões quanto à regulação da internet. Os grandes interesses econômicos da economia digital apoiam-se no discurso da liberdade de expressão para defender a autorregulamentação da rede, sendo o Estado uma ameaça à liberdade na internet. Toda tentativa ou iniciativa que possa interferir na divulgação de qualquer conteúdo é comumente considerada censura. Mas o autor acertadamente pontua que seria ingênuo imaginar a internet livre de violações de direitos e de conflitos entre indivíduos e, sem a intervenção do Direito, tais conflitos terminariam resolvidos pela força ou por agravadas injustiças.

Não se pode comparar a arbitrariedade da remoção unilateral de contas e conteúdos nas redes sociais com base nos termos e condições e políticas de serviços das plataformas com a remoção de conteúdo determinada por decisão judicial fundamentada, em processo garantidor da ampla defesa e do contraditório⁹⁶.

Anderson Schreiber traça um panorama da internet como um espaço que, a exemplo de qualquer outro setor da sociedade, necessita de regras. Para tanto, defende a ordenação jurídica, composta por leis aprovadas democraticamente, como bússola para a navegação nesse ambiente virtual. Em vez de rejeitar o direito, o autor sugere que a proteção e promoção da liberdade de expressão e outros direitos fundamentais sejam alcançadas por meio de evolução constante de técnicas e aplicação eficaz da legislação⁹⁷. Nesse sentido, ele critica a ausência do mecanismo *notice and takedown*⁹⁸ na ordenação jurídica brasileira, ferramenta essencial para combater conteúdo online que viola direitos fundamentais.

⁹⁵ SCHREIBER, Anderson... et al; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. **Liberdade de Expressão e Tecnologia**. 2ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 3.

⁹⁶ SCHREIBER, Anderson... et al; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. **Liberdade de Expressão e Tecnologia**. 2ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 4.

⁹⁷ SCHREIBER, Anderson... et al; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. **Liberdade de Expressão e Tecnologia**. 2ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

⁹⁸ Notice and takedown significa que o provedor de serviços não será responsabilizado pela publicação do conteúdo protegido pelos direitos autorais se, uma vez notificado pelo legítimo autor, removê-lo imediatamente.

Apesar de não constar na legislação vigente no Brasil, o mecanismo supracitado já vem sendo aplicado pelas Cortes brasileiras, pois o aumento das interações interpessoais no ambiente virtual resulta em crescentes demandas judiciais. Conflitos de interesses se entrelaçam nesse cenário, enquanto a regulamentação avança lentamente.

Os informativos do Superior Tribunal de Justiça detalham decisões das Terceira e Quarta Turmas, que interpretam e sistematizam a responsabilidade civil dos provedores de redes sociais no mundo online, vejamos uma dessas decisões:

A Turma entendeu que, uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, pela omissão praticada. Consignou-se que, nesse prazo (de 24 horas), o provedor não está obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso. Entretanto, ressaltou-se que o diferimento da análise do teor das denúncias não significa que o provedor poderá postergá-la por tempo indeterminado, deixando sem satisfação o usuário cujo perfil venha a ser provisoriamente suspenso. Assim, frisou-se que cabe ao provedor, o mais breve possível, dar uma solução final para o caso, confirmando a remoção definitiva da página de conteúdo ofensivo ou, ausente indício de ilegalidade, recolocá-la no ar, adotando, na última hipótese, as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar. Por fim, salientou-se que, tendo em vista a velocidade com que as informações circulam no meio virtual, é indispensável que sejam adotadas, célere e enfaticamente, medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes, de sorte a reduzir potencialmente a disseminação do insulto, a fim de minimizar os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza. REsp 1.323.754-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/6/2012⁹⁹.

⁹⁹ STJ. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência. **Informativo nº 500**. Período: 18 a 29 de junho de 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&sumula=12&livre=%40docn&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=&l=25&i=7376> Acesso em: 12 nov. 2024.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal oscila sobre o alcance da liberdade de expressão. Já foi dada ênfase ao modelo consolidado nos Estados Unidos, o qual fornece proteção robusta na lei, permitindo um alcance quase absoluto da liberdade de expressão. Isso pôde ser observado, em especial, nas disputas relativas a assuntos públicos, como, por exemplo, quando ocorreu a revogação da Lei de Imprensa¹⁰⁰. Em tal ocasião, buscou-se suplantiar um adequado equilíbrio entre liberdade de expressão e direitos de personalidade acenando para maior amplidão da liberdade de expressão.

A Lei de Imprensa era fruto da ditadura militar e foi imposta à sociedade, por isso, continha dispositivos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Federal de 1988, tais como a pena de prisão para jornalistas condenados por calúnia, injúria e difamação.

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, cujo relator foi o ministro Carlos Ayres Britto, uma série de dispositivos da antiga lei foram suspensos em caráter liminar. No julgamento de mérito, seu voto, que considerou a ADPF n. 130 totalmente procedente, foi celebrado pela imprensa e pela sociedade como símbolo das garantias da liberdade de expressão e de informação incutidas na Carta Magna, asseverou:

A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. [...] Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados¹⁰¹.

Ainda em seu voto, o ministro destaca a condição inerente entre pensamento crítico e a imprensa livre:

¹⁰⁰ Lei de Imprensa: Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, cuja ementa propunha regular a liberdade de manifestação de pensamento e de informação. Foi assinada em 09 de fevereiro de 1967, por Marechal Castelo Branco juntamente com o Ministro da Justiça Carlos Medeiros e Silva, com o intuito primário de conter o avanço das críticas e o descontentamento das pessoas contrárias ao autoritarismo vigente. Revogada em 30 de abril de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁰¹ STF. Supremo Tribunal Federal. **ADPF: 130 DF**, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 30/04/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009.

O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. [...]

O Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas¹⁰².

O voto do Relator foi acompanhado pelos ministros Eros Grau, Menezes Direito, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello. Já os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se posicionaram em defesa da extinção parcial da lei, com manutenção de alguns dispositivos como os que disciplinavam o direito de resposta e a proibição de publicar mensagens racistas. O único voto dissidente foi o do ministro Marco Aurélio, o qual manifestou-se favoravelmente à manutenção da lei em vigor.

O entendimento da Corte, à época, foi no sentido de que as regras para o exercício da atividade jornalística e as punições por eventuais abusos previstas na lei de imprensa, representavam tentativas de limitá-lo, o que seria inaceitável.

A decisão pôs fim, em 30 de abril de 2009, à constante ameaça de censura imposta à imprensa e à sociedade brasileira, por 42 anos. Todavia, em mais um movimento do pêndulo da História, motivado pelo cenário político atual e pelo avanço das redes sociais, essa compreensão quase irrestrita da liberdade de expressão começou a mudar.

Atualmente, a sociedade da tecnologia experimenta o crescente negacionismo, revisionismo histórico e desinformação e então novas discussões emergem sobre a necessidade de uma nova regulação da imprensa e seus eventuais riscos.

Mediante a utilização de técnicas de inteligência artificial, hoje produzem-se conteúdos com imagens, vídeos, vozes e expressões faciais manipuladas de forma quase imperceptível, que podem enganar o receptor e o intérprete mais atentos. O

¹⁰² STF. Supremo Tribunal Federal. **ADPF: 130 DF**, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 30/04/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009.

objetivo das *deep fakes* e das *fake news* disseminadas nas redes, via de regra, é comprometer e interferir nos processos democráticos e nas relações de consumo, e na verdade em si¹⁰³.

Conforme Schreiber, a preocupação do uso de robôs disseminando *fake news* e a decorrente ameaça ao processo eleitoral e à democracia levou o Tribunal Superior Eleitoral a instituir permanentemente um Programa de Enfrentamento à Desinformação¹⁰⁴.

Para Sarlet e Siqueira, as *fake news* e outras práticas de desinformação comprometem o pleno exercício da liberdade de expressão do pensamento, uma vez que os indivíduos passam a se basear em notícias e informações falsas e manipuladas para manifestar suas opiniões. Outro ponto a ser questionado em relação ao deslocamento do poder na sociedade tecnológica e as diversas formas de controle exercidas pelas empresas transnacionais é o das chamadas “bolhas de informação” criadas pelos algoritmos das redes sociais que filtram e direcionam as informações que tendem a ser de interesse dos usuários nos feeds. Apontam os autores supra citados que a liberdade de informação dos usuários resulta limitada pelos mecanismos da rede, uma vez que o acesso aos conteúdos se torna desigual¹⁰⁵.

As questões sobre liberdade individual e de expressão e as formas de agenciamento desse direito colocam em evidência a urgência do debate. É fundamental que o dever de comunicar, opinar e informar seja garantido para que jornalistas e veículos de comunicação consigam evidenciar fatos e garantir assim a manutenção da democracia e da liberdade de expressão, sempre de forma ética, democrática e com respeito às diferenças. Porém, o posicionamento dos tribunais brasileiros sobre a preferência *prima facie* da liberdade de expressão requer cautelosa revisão.

¹⁰³ Sobre o tema, cite-se o artigo de Ingo Wolfgang Sarlet e Andressa de Bittencourt Siqueira: Algumas Notas sobre Liberdade de Expressão e democracia – o caso das assim chamadas “*fake news*”. SCHREIBER, Anderson; MARTINS, Guilherme Magalhães; CARPENA, Heloísa. **Direitos Fundamentais e Sociedade Tecnológica**. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 39-59.

¹⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento. In: SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Direito e mídia**. Tecnologia e liberdade de Expressão. 2 ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

¹⁰⁵ SARLET, I. W.; SIQUEIRA, A. de B. (2020). LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: o caso das assim chamadas “*fake news*” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, 6(2), p. 45.

Sarlet e Siqueira¹⁰⁶, assim como Sarmento¹⁰⁷ consideram que a liberdade de expressão goza de preferência, ao menos *prima facie* em relação aos direitos da personalidade. Para os primeiros, pela interpretação sistemática da Constituição Federal, a opção do legislador constituinte for estabelecer critérios e enumerar as restrições à liberdade de expressão de forma seletiva, enquanto manteve de forma ampla a redação sobre as restrições aos direitos da personalidade, para posterior ponderação pode ser interpretada como indicativo desse posicionamento.

Schreiber, por sua vez, admite que o posicionamento até então preponderante nos tribunais brasileiros acerca da preferência *prima facie* da liberdade de expressão em relação aos direitos fundamentais deve ser revista¹⁰⁸.

1.2.1 Liberdade de expressão e remoção de conteúdo nas redes: o artigo 19 do MCI

No que se refere à liberdade de expressão na internet, importa retomar o tema do artigo 19 do MCI.

Gilmar Mendes aponta dois paradigmas de regulação da liberdade de expressão online atualmente em discussão.

O primeiro, chamando conteúdo neutrality, é o paradigma da proteção da neutralidade de conteúdo online comumente associado à tradição de direitos negativos de liberdade de expressão, estruturado em regimes onde há fraca responsabilização dos intermediários quanto ao conteúdo gerado por terceiros e ancorado nos mecanismos de autorregulação das redes para a moderação de conteúdo, é o que corresponde, em linhas gerais ao disposto no artigo 19 do MCI, considerando-se que existe a previsão para um tratamento mais duro de

¹⁰⁶ Sarlet, I. W., & Siqueira, A. de B. (2020). LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: o caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, 6(2).

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na Ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**. IBDCivil Vol 7 – Jan / Mar 2016.

¹⁰⁸ SCHREIBER, Anderson... et al; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. **Liberdade de Expressão e Tecnologia**. 2ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

responsabilização nos casos de conteúdos infringentes de direitos autorais ou dos quais constem cenas de cunho sexual e íntimas.

O segundo é o da tendência atual quanto às possibilidades de regulação do comportamento nas redes verificado nas legislações europeias recentes, para a assegurar condições democráticas e pluralidade aos espaços virtuais¹⁰⁹.

Nos Estados Unidos, a redação atual do § 230 do Communication Decency Act (CDA) passou a explicitar uma imunidade quase absoluta aos provedores intermediários pela veiculação de conteúdo de terceiros, excepcionada somente nas situações de violação de direitos autorais.

Antes do Marco Civil da Internet entrar em vigor, o posicionamento preponderante dos tribunais era o de responsabilização dos provedores de aplicações (entendidos como provedores de correio eletrônico, hospedagem e conteúdo) pelo monitoramento geral dos conteúdos e pela sua remoção caso fossem notificados, mesmo que extrajudicialmente. Caso fosse impossível tecnicamente remover o conteúdo, o notificado estaria isento da responsabilidade civil. Sendo possível, o provedor seria responsabilizado a posteriori pelos danos causados em virtude do não atendimento da notificação de remoção.

Para Anderson Schreiber, a importação da teoria do notice and takedown estabelecida pelo Digital Millennium Copyright Act para as violações de direitos autorais provoca uma “fissão no sistema brasileiro de responsabilidade civil”, na medida que a responsabilidade surgiria após o início da produção do dano, com o intuito de evitar sua propagação. De um lado, o sistema daria uma certa “imunidade” aos provedores até a remoção do conteúdo, o que feriria o princípio da reparação integral, por outro, em tese, incentivaria o provedor a uma maior proatividade na avaliação e remoção de conteúdos, tornando a rede um ambiente mais saudável e evitando maiores custos aos usuários com o recurso ao Judiciário. Seria necessário,

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar. Liberdade de expressão, redes sociais e democracia: dois paradigmas de regulação. In: **Revista Consultor Jurídico**. 14.6.2023. Artigo disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jun-14/gilmar-mendes-liberdade-expressao-redes-sociais-democracia/>. Acesso em: 11 dez. 2024.

pois, adotar no Brasil cautelas adicionais para evitar o seu uso abusivo e garantir a maior efetividade do mecanismo¹¹⁰.

O MCI não trouxe na redação do Art. 19 e seus parágrafos a regulação do *notice and take down* e, ao contrário, terminou por criar um mecanismo ainda mais engessado e que reforça a esfera de imunidade dos provedores, ampliando o espaço para a ação maléfica dos propagadores de conteúdos falsos, abusivos e discriminatórios e potencialmente mais ameaçador aos direitos fundamentais.

A decisão sobre a constitucionalidade do artigo 19 está pendente de julgamento pelo STF, sendo que existem dois temas de repercussão geral a respeito da matéria: o Tema 987, sobre a necessidade de prévia decisão judicial específica para a remoção de conteúdo pelos provedores para a responsabilização dos prestadores de serviços digitais (provedores, websites, gestores de aplicativos de redes sociais) por danos decorrentes de ilícitos de terceiros e a corresponsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros e o Tema 533, sobre o dever de fiscalização e remoção do conteúdo ofensivo pelos provedores independentemente de ordem judicial.

A alegação da inconstitucionalidade do Artigo 19 do MCI se fortalece no cenário político marcado pela veiculação de conteúdo falso e manipulado pelas técnicas de inteligência artificial e nas constantes notícias sobre os eventos de violações da intimidade, honra e demais direitos fundamentais. Ao estabelecer como premissa de acesso à defesa de direitos fundamentais e à reparação das violações o recurso ao Poder Judiciário, exigindo a obtenção de ordem judicial específica, o Artigo 19 afronta o inciso X do Artigo 5º da Constituição Federal e desconsidera o abismo existente entre o poder econômico e a disponibilidade de meios técnicos dos usuários e das empresas.

Pelo sistema criado pelo Artigo 19, torna-se dispendioso e, em muitas situações inacessível para os usuários a proteção e defesa de seus interesses e, quando muito, são confinados ao recebimento de indenizações módicas em relação à extensão dos danos sofridos e das condições técnicas e financeiras das empresas.

¹¹⁰ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? ... in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira; MACIEL, Renata Mota (Coords.). **Direito & Internet III**. Tomo II: Marco Civil da Internet Lei n. 12.9625/2014. São Paulo: Quartier, 2015, p. 284-287.

A alternativa da abstinência, a opção pela não utilização das redes hoje não seria um fator de prevenção admissível, pois significa sobretudo um fator de exclusão social.

Estabelecer normas mais restritivas para a defesa dos direitos fundamentais em relação ao sistema anterior à vigência do MCI, cuja jurisprudência consolidara a necessidade de simples notificação, e não de ordem judicial para a remoção de conteúdo e eventual responsabilização dos provedores. Hoje, no que se refere ao conteúdo nas redes, a proteção dos direitos autorais conta com maior proteção do que os direitos fundamentais, uma vez que, para o primeiro caso, ao ser afastada a aplicação do Art. 19, a responsabilização civil ocorre de forma imediata.

A interpretação do Artigo 19 conforme a Constituição Federal significa eliminar a exigência de recurso ao Poder Judiciário para a tutela dos direitos da personalidade, sendo necessária apenas a notificação, e dando-se mais ampla abrangência ao Artigo 21 do MCI, que trata apenas da remoção do material contendo imagens de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, de forma que a regra ali prevista seja aplicável também aos direitos fundamentais.

No que se refere especificamente ao direito ao esquecimento, situação em que eventual remoção de conteúdo não estaria embasada exclusivamente na sua ilicitude ou abusividade, mas também no desejo de não ser perseguido, contra a vontade ou sem autorização, pelas lembranças de fatos pretéritos divulgados na rede por terceiros, que possam causar dor, constrangimento ou entraves ao convívio social (ou ainda, ao distanciamento social voluntário), a remoção do conteúdo pode ser considerada por muitos como uma solução extrema, que pode interferir na liberdade de expressão, mas também em direitos de terceiros ao compartilhamento e rememoração das próprias vivências, gravadas em conteúdos onde a pessoa interessada no esquecimento também esteja retratada ou citada.

Nestes casos, aponta-se a falta da previsão legal de remédios alternativos, facultados ao interessado, que pudessem proteger os direitos da personalidade sem comprometer demasiadamente o exercício da liberdade de expressão ou o direito de informação, com a supressão do material da rede, tais como a desidentificação da

vítima, a adequação da indexação ou a contextualização do conteúdo veiculado por terceiro¹¹¹.

Sem a manutenção do artigo 19, dando-se-lhe a interpretação conforme a Constituição Federal à luz do acima exposto, a sua inconstitucionalidade e, consequentemente a sua extirpação integral do MCI, permanece a regra geral da responsabilidade civil dos provedores de aplicativos pelos conteúdos veiculados na internet, sem a limitação temporal imposta pelo mecanismo do artigo 19, computando-se o dano causado à vítima a partir da divulgação do material lesivo.

Para os defensores da manutenção do Artigo 19 em sua atual interpretação, compete de fato ao Poder Judiciário decidir quanto à ilicitude ou abusividade de um conteúdo, sendo que transferir integralmente a responsabilidade aos provedores de aplicações significaria atribuir não apenas deveres e responsabilidades, mas sobretudo mais poder a essas empresas.

O autor Eugene Volokh alerta sobre a necessidade de considerar os eventuais efeitos de decisões que impõem a responsabilidade aos prestadores de serviços pelo controle e monitoramento do comportamento ou perfil dos consumidores, ao analisar casos específicos de empresas de telefonia, serviços de mensagens eletrônicas e sobre locadores de imóveis em que foram adotadas medidas que ao final podem ser reputadas restritivas, generalizadoras, discriminatórias e até mesmo prejudiciais aos próprios usuários e consumidores. Segundo o autor, impor excessivo ônus ou responsabilidades às empresas pode alterar significativamente o seu relacionamento com seus clientes, transformando-o num relacionamento parecido com aquele entre cidadão e polícia¹¹².

O fato é que as empresas provedoras de aplicações já possuem imenso poder e já realizam a própria moderação de conteúdo, dispondo inclusive de tecnologias avançadas para tanto. Portanto, as alegações de Volokh de que, na prática, na ausência de responsabilidade (seja ela imposta por lei ou por normas sociais), muitas

¹¹¹ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? ... in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira; MACIEL, Renata Mota (Coords.). **Direito & Internet III**. Tomo II: Marco Civil da Internet Lei n. 12.962/2014. São Paulo: Quartier, 2015, p. 298-299.

¹¹² VOLOKH, Eugene. The Reverse Spider-Man Principle: With Great Responsibility Comes Great Power. In: LANGVARDT Kyle, HURWITZ, Justin (Gus), editores. **Media and Society After Technological Disruption**. Cambridge University Press; 2024: p161-176.

empresas evitam esse poder, devido aos riscos comerciais, reputacionais e mesmo legais decorrentes do monitoramento não fazem sentido, considerando que as próprias empresas já calcularam e assumiram esses riscos e as devidas medidas mitigatórias desses riscos.

O que realmente muda, como bem apontado pelo autor, é que as empresas poderão utilizar a obrigação de monitoramento legalmente imposta em sua defesa quando acusada, por exemplo, de adotar atitudes discriminatórias¹¹³.

O principal argumento de Volokh é de que se quisermos preservar nossa autonomia e liberdade diante dessas empresas, devemos tentar evitar que elas sejam responsabilizadas pelo comportamento de seus usuários.

A esse respeito, lembre-se os cuidados da recente legislação europeia de delimitar e dar proporcionalidade à responsabilização das empresas segundo a interferência das mesmas nos processos de disponibilização dos conteúdos e segundo os diferentes modelos de negócio das plataformas online, como já sinaliza o próprio artigo 3º, inciso VI, do MCI.

O tema da moderação de conteúdo e o comportamento nas redes vem sendo tema em vários países.

Fruto também de um longo processo de estudos, debates e diálogo, em 17 de fevereiro de 2024, passou a vigorar nos vinte e seis Estados-Membros da UE a Lei de Serviços Digitais (DSA)¹¹⁴, o qual representa um marco importante na regulamentação do ambiente digital.

Em 2018, a Comissão Europeia (CE) criou um Observatório da Economia das Plataformas On Line para supervisionar a evolução das plataformas digitais. Ainda em 2019, foi introduzido o Regulamento Plataforma-a-Negócio (*Platform-to-business - P2B*) para promover um melhor ambiente comercial, restringir práticas desleais e

¹¹³ O autor faz relevantes apontamentos também sobre as consequências de maior responsabilização dos provedores nos processos eleitorais e também analisa os futuros impactos nos contratos com os usuários de produtos e serviços IoT que convidam a importantes ponderações quanto à redulação das redes no Brasil. Ressalve-se, todavia, a fundamental diferença do sistema norteamericano em relação à liberdade de expressão, que não se enquadra no tratamento da ordenação jurídica brasileira. Os argumentos do autor também devem ser analisados à luz da legislação civil, consumerista e eleitora brasileiras.

¹¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento dos Serviços Digitais**. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act_pt. Acesso em: 12 jul. 2024.

apoiar a transparência para os utilizadores empresariais das plataformas. Em dezembro de 2020, a CE propôs um “pacote regulatório” que inclui a Lei dos Mercados Digitais (*Digital Market Act - DMA*) e a Lei dos Serviços Digitais (*Digital Services Act - DSA*).

A DSA visa estabelecer um conjunto de normas para serviços digitais, com foco especial nas grandes plataformas online, mas estabelece diferentes categorias de prestadores de serviços digitais: serviços de hospedagem (ou seja, nuvem), plataformas online (ou seja, plataformas de redes sociais) e grandes plataformas online de dimensão exponencial, ou “*very large online platforms*” (VLOPs), ou seja, grandes plataformas de exponencial dimensão, atribuindo a cada categoria obrigações e sistemas de supervisão proporcionais ao seu papel, dimensão e impacto no mercado.

Os principais objetivos da DSA são voltados a estabelecer um sistema uniforme no contexto da UE para: (a) reduzir os conteúdos online ilegais - ou potencialmente nocivos; (b) atribuir responsabilidades aos provedores por conteúdos de terceiros; (c) proteger os direitos fundamentais dos usuários online e (d) atenuar as assimetrias de informação entre provedores e usuários¹¹⁵.

Segundo Turillazzi, Taddeo, Floridi e Casolari, embora tenha sido mantido na DSA o que já era estabelecido na Lei de E-Commerce Europeia, no sentido de que os provedores não são responsáveis pelos conteúdos digitais de terceiros, o DSA confere a qualquer pessoa na internet a possibilidade de denunciar qualquer conteúdo como potencialmente ilegal¹¹⁶. Este apontamento tornaria o provedor responsável por remover ou desativar rapidamente o acesso ao conteúdo.

Já no tocante ao discurso de ódio na internet, o DSA também não adotou o mecanismo da autorregulação entre provedor e usuário por meio dos termos de uso e políticas das plataformas. Conforme os autores supracitados, grupos de defesa da liberdade de expressão criticam a adoção do princípio “apagar primeiro, pensar

¹¹⁵ Comissão da União Europeia. **The Digital Services Act: ensuring a safe and accountable online environment** (Comissão da União Europeia, 2020) <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en> Acesso em: 6 abr. 2022.

¹¹⁶ TURILLAZZI, A., TADDEO, M., FLORIDI, L., & CASOLARI, F. (2023). The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications. **Law, Innovation and Technology**, 15(1), 83–106. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17579961.2023.2184136>. Acesso em: 30 jun. 2024.

depois”, por gerar um controle privado e arbitrário dos conteúdos, à margem do escrutínio judicial e democrático. Contudo, ponderam os autores que o DSA estabelece que os provedores e autoridades deverão adotar o princípio da proporcionalidade nas medidas que visam a suprimir ou bloquear o acesso a certos elementos de informação considerados conteúdos ilegais, de forma a evitar que a liberdade de expressão e de informação dos usuários¹¹⁷.

Defender a liberdade de expressão significa muitas vezes tolerar a livre emissão e circulação de opiniões e informações que desprezamos ou das quais seriamente discordamos. O debate público de ideias gera saudável contraditório que ajuda a promover a evolução política, jurídica e social. Ninguém deve ser punido por ser duro, ácido ou áspero ao criticar. Nas democracias, o direito à crítica é uma eficiente forma de controle social das autoridades. Por outro lado, alerta Schreiber que “a internet não pode ser vista como um ambiente em que seus usuários toleram ou aceitam violações a direitos fundamentais, sob pena de, em pouco tempo, tais violações estarem preenchendo a maior parte da sua vida cotidiana”¹¹⁸.

Como mostra a História, a inquietação quanto às mudanças experimentadas desde o advento da internet não é diferente daquelas vividas e sobrevividas pela sociedade contemporânea. Reações semelhantes às atuais houve na Europa quando Gutenberg aperfeiçoou a imprensa, permitindo o escalonamento de leitores da Bíblia, mesmo quando o receio de que pessoas comuns pudessem ler a Bíblia¹¹⁹ consubstanciava-se deveras em uma ameaça à classe sacerdotal.

O surgimento do rádio¹²⁰ trouxe à baila a retórica dos políticos em torno do rádio e da maneira como a disseminação de notícias ia desestabilizar governos e causar problemas.

¹¹⁷ TURILLAZZI, A., TADDEO, M., FLORIDI, L., & CASOLARI, F. (2023). The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications. **Law, Innovation and Technology**, 15(1), 83–106. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17579961.2023.2184136>. Acesso em: 30 jun. 2024.

¹¹⁸ SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento. In: SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Direito e mídia**. Tecnologia e liberdade de Expressão. 2 ed. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 8.

¹¹⁹ A Bíblia foi o primeiro livro impresso, em idioma vernáculo (em alemão), fato de fundamental importância à Reforma Protestante, que se desenrolou no século XVI. Até então a Bíblia era lida em latim e sua circulação era limitada, passando a ser grande a partir da invenção da imprensa. Vide: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/invencao-imprensa.htm>. Acesso em: 12 jul. 2024.

¹²⁰ Com a primeira transmissão no Brasil em 1922, o rádio se tornou principal instrumento para integração do país e democratização do acesso à informação, mantendo sua importância para a

Sempre que há mudança, é inexorável que haja rupturas no *status quo*. Assim como é natural que haja resistência e o sentimento da necessidade de manutenção das coisas, ou por sua mentalidade, ou por algum interesse financeiro. Essa é, portanto, uma questão bastante difícil que a sociedade, de tempos em tempos, se depara e precisa resolver.

Os editores de jornais não gostam do poder disruptivo da internet. Os funcionários do governo não gostam de novas maneiras de o público poder se comunicar sem o governo controlar. Períodos de transição tecnológica sempre geram essa fricção. O acerto certamente está no equilíbrio certo entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, como premissa de que as limitações são necessárias e que direitos absolutos não se sustentam.

A análise pelo STF do Tema de Repercussão Geral No. 987, sobre a inconstitucionalidade do Art. 19 do MCI é tema crucial para os contornos da liberdade de expressão na internet. O modelo norte-americano, muitas vezes tomado como referencial, deve ser relativizado para o Brasil, pois o nosso sistema não reconhece a liberdade de expressão como absoluta.

Em seu voto, o relator, Ministro Dias Toffoli, enfatiza a tendência mundial de regulação buscando a garantia de defesa dos direitos fundamentais e a internet segura. Chamamos a atenção para a seguinte ponderação do Ministro Relator: “Na atual conjuntura, é imprescindível que os direitos fundamentais e os princípios e valores constitucionais fundamentais sejam assegurados mediante atuação preventiva, mitigatória e reparatória pelos provedores de aplicação”¹²¹.

O Ministro votou pela inconstitucionalidade do Artigo 19 e pela interpretação ao artigo 21 do MCI conforme a Constituição Federal, devendo ser aplicável à defesa de todos os direitos fundamentais e resgata os termos da decisão sobre o direito ao esquecimento no caso Aída Curi, conforme veremos na próxima seção, para reiterar a não prevalência de liberdade de expressão sobre os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, que deve ser considerada sempre em sua unicidade.

comunicação na atualidade. Vide: <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2022/setembro/primeira-transmissao-oficial-em-1922-marcou-o-inicio-do-radio-no-brasil>. Acesso em: 12 jul. 2024.

¹²¹ STF, **RE 1037396/SP**, Voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, p. 46.

Portanto, não obstante a imprescindibilidade das liberdades de expressão e de informação como condições de possibilidade do regime democrático e de seu salutar funcionamento, essas liberdades e os demais direitos da personalidade, tais como os direitos à honra, à imagem, à intimidade e à privacidade, como direitos fundamentais que são, emanam da dignidade da pessoa humana e gozam de idêntica proteção jurídica. Eventual colisão entre esses direitos deve ser analisada no caso concreto, levando em consideração suas circunstâncias específicas e peculiaridades, pela técnica da ponderação de interesses, não havendo, pois, qualquer forma de primazia, de proeminência, muito menos de superioridade, entre esses dois blocos de direitos no plano abstrato¹²².

1.2.2 Colisão entre direitos fundamentais: liberdade de expressão e privacidade

Antes de adentrar nas especificidades dos princípios colidentes, consideramos importante fazer alguns apontamentos sobre a distinção entre princípios e regras.

Norberto Bobbio considera princípios gerais como apenas normas fundamentais ou generalíssimas do sistema. E afirma que o “nome ‘princípios’ induz a erro, de tal forma que é antiga questão entre os juristas saber se os princípios gerais são normas. Para mim não resta dúvida, os princípios gerais são normas como todas as outras”¹²³.

Conforme Alexy, as normas se dividem em princípios e regras. A diferença entre eles é qualitativa e não de grau. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes, e das condições fáticas existentes, enquanto regras estabelecem determinações que sempre são ou não são satisfeitas¹²⁴.

¹²² STF, **RE 1037396/SP**, Voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, p. 46.

¹²³ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti; rev. Da tradução Silvana Cobrucci Leite. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 309.

¹²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024.

Os conflitos entre regras se situam no campo da validade. Se não puderem ser solucionados por uma cláusula de exceção, a solução dos conflitos enseja sempre a invalidação de uma das normas, que não será aplicável ao caso concreto.

Já nos casos de colisão entre princípios, um deles terá que ceder, em maior ou menor medida, sem que isso signifique sua invalidação. Dá-se a um deles a precedência em determinadas condições, nunca absoluta. Uma questão de peso. Assim, pela lei de colisão de Alexy, resolve-se por sopesamento ou ponderação a colisão entre princípios¹²⁵.

Para Virgílio Afonso da Silva, distinção entre princípios e regras não está na existência de uma “consequência determinada” ou de “vagueza”¹²⁶. As regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*.

A Constituição Federal de 1988 traz ao longo do texto constitucional um amplo rol de direitos (normas de conteúdo declaratório) e garantias (normas de conteúdo assecuratório) fundamentais. Também estão previstos em todo o bloco de constitucionalidade, que embora não expresso na Constituição Federal, está implícito em seu artigo 5º, § 2º¹²⁷.

Os direitos fundamentais representam um conjunto de direitos considerados imprescindíveis para uma existência digna de qualquer ser humano submetido à ordem jurídica. Em outras palavras, são aqueles inerentes à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este o fundamento material e o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet destaca o processo de elaboração da Constituição de 1988, parte do processo de redemocratização do País, e sua estreita e direta relação com a formatação do rol de direitos fundamentais na nova ordem constitucional que se estabelecia¹²⁸. Os direitos fundamentais foram incluídos no rol das cláusulas

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024, p. 85-106.

¹²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003, p. 619.

¹²⁷ CF. Artigo 5º, § 2º. “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

pétreas do artigo 60, § 4º da Constituição da República como um obstáculo material à reforma constitucional.

Sarlet esclarece que, em que pese a existência de um rol de direitos fundamentais descrito no artigo 5º da Constituição Federal, seu conceito é de um sistema materialmente aberto nos termos do § 2º, o que nos direciona para a identificação de outros direitos fundamentais estabelecidos ao longo do texto constitucional e em tratados internacionais. O autor destaca também a possibilidade da existência de direitos fundamentais não escritos, implícitos e decorrentes do regime e dos princípios constitucionais¹²⁹.

De inegável relevância, em virtude dos valores que protegem, emergem-se determinadas situações de conflitos entre direitos fundamentais potencialmente contraditórios entre si, mas igualmente essenciais à ordenação jurídica, fazendo-se imprescindível a busca de soluções aos conflitos, tendo como norte os preceitos máximos constitucionais. Entre os direitos fundamentais inexistente relação hierárquica. Sarlet considera que os direitos fundamentais não constituem “uma espécie de super-codificação” e devem ser interpretados sistematicamente, resolvendo-se os conflitos por ponderação e harmonização entre os princípios colidentes¹³⁰.

Na sociedade tecnológica a tutela dos direitos fundamentais tornou-se um desafio e uma urgência. Segundo Schreiber, a amplitude e a rapidez conferidas pela rede às lesões e direitos fundamentais é extraordinária e pode ganhar escala mundial em poucas horas. Além do mais, na internet o dano provocado pelos abusos da liberdade de expressão se eterniza, segundo o autor, pois a remoção de um conteúdo ofensivo depois de publicado pode não ter plena eficácia, uma vez que o conteúdo pode ter sido replicado para outros sítios. Outro ponto destacado pelo autor é de que o ofensor na internet pode ser um usuário de difícil identificação ou localização ou não dispor de meios suficientes para a adequada reparação do dano ou de condições técnicas para mitigar seus efeitos¹³¹.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 64-72.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 75.

¹³¹ SCHREIBER, Anderson; MARTINS, Guilherme Magalhães; CARPENA, Heloísa. **Direitos Fundamentais e Sociedade Tecnológica**. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 9.

Na sequência, teceremos algumas considerações sobre a liberdade de expressão e o direito à privacidade e a colisão entre tais direitos fundamentais na sociedade tecnológica.

1.2.2.1 Liberdade de expressão

A Constituição Federal de 1988 consagra a liberdade de manifestação do pensamento, popularmente aclamada como liberdade de expressão, no artigo 5º, inciso IV, ao estabelecer que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

No inciso XIV do mesmo artigo “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, homenageando o direito à informação¹³².

O inciso V, do mesmo artigo 5º¹³³, da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre consequências civis do abuso da liberdade de expressão: indenização por danos materiais, incluindo a modalidade de lucros cessantes, indenização por dano moral inclusive dano coletivo e direito de resposta proporcional ao agravo¹³⁴.

Portanto, assim como os demais, o direito à liberdade de manifestação do pensamento não é um direito absoluto. Abusos também podem ser punidos criminalmente conforme as condutas possam ser tipificadas pelos crimes contra a

¹³² O direito à manifestação do pensamento é tratado também no art. 220 da Constituição Federal, ao dispor que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, e nos §§ 1º e 2º desse mesmo artigo, o qual prevê que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” e que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

¹³³ CF. Artigo 5º, inciso V – “é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano matéria, moral ou à imagem”.

¹³⁴ Lei 13.188/2015: A pessoa que foi ofendida terá o direito de responder no mesmo veículo de comunicação social, com o mesmo espaço e tempo da ofensa.

honra (calúnia, injúria ou difamação), ameaça, incitação à violência ou até mesmo crime de racismo¹³⁵.

O direito à liberdade de expressão não protege os “discursos de ódio” (*hate speech*), que na maioria das vezes configuram crimes. Convém assim, em nome da eficácia da proteção constitucional, uma vez que a liberdade de expressão e comunicação é um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consignar a diferença entre fatos e opiniões e/ou juízo de valor.

A faculdade de manifestar livremente os próprios pensamentos, opiniões, ideias, crenças, juízos de valor, preferências, por qualquer meio, de forma oral ou escrita, de imagem ou por qualquer outro meio de difusão é inerente à liberdade de expressão. Enquanto a faculdade de comunicar ou obter informações verdadeiras, sem impedimentos nem discriminações é inerente à liberdade de comunicação¹³⁶.

Considerando, pois, que sendo o pressuposto da existência da verdade inequívoca sua definição por alguém (algum ente estatal), o que não pode ser concebido em uma sociedade democrática, a verdade objetiva em si não existe ou pelo menos não será alcançada, sendo resultado da percepção do observador. De tal forma que se estabelece o limite aplicado à liberdade de comunicação pela verdade subjetiva, destacando o dever de diligência, o dever de cautela e prudência do comunicador a fim de que este se esforce para divulgar uma informação correta e honesta. Em suma, seu apreço pela autenticidade.

No Brasil, a princípio, não há nenhum delito ou crime de opinião. Sobre o tema, a Constituição Federal apenas tangencia, ao dispor em seu artigo 5º, inciso LII, que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”, denotando a desaprovação com a punição da conduta (emitir opinião) que, de fato, não tem tipificação na legislação pátria.

Se a concepção do direito à livre manifestação do pensamento, inicialmente possa ter uma dimensão essencialmente individualista traduzida no direito/dever do indivíduo, é inegável sua atual dimensão de natureza coletiva, acrescida à primeira, tendo em vista que essa liberdade contribui para a formação da opinião pública,

¹³⁵ Segundo entendimento do STF, aplica-se analogicamente a lei antirracismo aos crimes de homofobia. Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e Mandado de Injunção n. 4733.

¹³⁶ SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na Ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**. IBDCivil Vol 7 – Jan / Mar 2016, p. 194.

ecoando no funcionamento dos regimes democráticos. Com isso, a liberdade de expressão e comunicação tornou-se elemento condicionador da democracia plural¹³⁷ e premissa para o exercício de outros direitos fundamentais.

O artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal prevê como direito fundamental o direito à informação e ao sigilo de fonte¹³⁸. Trata-se do direito de ser informado de tudo que é de interesse público. Também como os demais, o direito à informação não é absoluto, e o próprio artigo 5º, em seu inciso XXXIII, prevê as hipóteses de limitação deste direito.

Com efeito, em que pese a Constituição Federal paute no mencionado dispositivo a atuação do poder público, na esfera pública, é evidente que o direito à informação deve também se compatibilizar com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados pelas informações, bem como ainda com outros bens constitucionalmente protegidos a esfera privada.

Para Luís Roberto Barroso a colisão entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos da personalidade é um tema complexo e recorrente no âmbito jurídico¹³⁹. Faz-se necessário estabelecer critérios que sirvam como guias para a ponderação dos direitos em conflito, e entre os elementos a serem considerados, ressaltam a veracidade da informação, a licitude dos meios empregados para a obtenção da informação, a distinção entre as esferas pública e privada da pessoa em questão, o local onde o fato ocorreu, a natureza do fato em si, o interesse público na divulgação da informação, e medidas, preferencialmente, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

É importante ressaltar que, conforme pondera o autor, em virtude do princípio da unidade da Constituição, o legislador infraconstitucional não possui a prerrogativa de estabelecer, de forma abstrata e definitiva, a prevalência de um direito sobre o outro. Cabe ao juiz, no caso concreto, analisar as circunstâncias específicas e

¹³⁷ Segundo o STF não configura crime a manifestação em favor da mudança da legislação sobre drogas (ADPF 187); Segundo o STF não se pode impedir a participação de candidatos tatuados, pois as tatuagens são formas de expressão (RE 898.450); Ainda, segundo o STF, o Estado não pode proibir manifestações político-estudantis nas Universidades (ADPF 548).

¹³⁸ CF. Artigo 5º, XIV. “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao profissional”.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 2004.

ponderar os direitos em conflito, buscando a solução mais adequada à luz dos princípios e valores constitucionais¹⁴⁰.

A Constituição Federal de 1988 consagra a liberdade de manifestação do pensamento, popularmente aclamada como liberdade de expressão, no art. 5º, IV, ao estabelecer que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

No inciso XIV do mesmo artigo “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, homenageando o direito à informação¹⁴¹. O inciso V, do mesmo artigo 5º¹⁴², da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre consequências civis do abuso da liberdade de expressão: indenização por danos materiais, incluindo a modalidade de lucros cessantes, indenização por dano moral inclusive dano coletivo e direito de resposta proporcional ao agravo¹⁴³.

De modo que, assim como os demais, o direito à liberdade de manifestação do pensamento igualmente não é um direito absoluto. Abusos também podem ser punidos tanto civil como criminalmente conforme as condutas possam ser tipificadas.

Chiara Spadaccini Teffé argumenta que a própria Constituição consagra a liberdade de expressão como um direito fundamental basilar para a construção de uma sociedade democrática¹⁴⁴. No entanto, a interpretação do alcance desse direito gera debates acalorados, especialmente em sua relação com outros direitos e princípios. Parte da doutrina defende a tese de que a liberdade de expressão foi

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 2004.

¹⁴¹ O direito à manifestação do pensamento é tratado também no art. 220 da Constituição Federal, ao dispor que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, e nos §§ 1º e 2º desse mesmo artigo, o qual prevê que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” e que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

¹⁴² CF. Artigo 5º, inciso V – “é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano matéria, moral ou à imagem.

¹⁴³ Lei 13.188/2015: A pessoa que foi ofendida terá o direito de responder no mesmo veículo de comunicação social, com o mesmo espaço e tempo da ofensa.

¹⁴⁴ TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Liberdade de Expressão e Direito à Imagem: Critérios para a Ponderação. In: SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra; TEFFÉ, Chiara Spadaccini (coord). **Direito e Mídia: Tecnologia e Liberdade de Expressão**. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

colocada em posição preferencial no texto constitucional, ou seja, o constituinte teria realizado uma ponderação prévia em favor desse direito.

Essa visão se sustenta em argumentos como o contexto histórico de repressão no País por conta da ditadura militar, por ser um pressuposto para o exercício de outros direitos, uma vez que a livre circulação de fatos, informações e opiniões seria essencial para o desenvolvimento da personalidade humana, a autonomia individual e a participação social, e a cidadania plena que seria inviável sem a liberdade de expressão, bem como a autonomia individual e coletiva, pilares de uma democracia, que dependem da livre manifestação do pensamento.

O artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal prevê como direito fundamental o direito à informação e ao sigilo de fonte¹⁴⁵. Corolário do Estado Republicano, trata-se do direito de ser informado de tudo que é de interesse público.

Também como os demais, o direito à informação não é absoluto, e o próprio artigo 5º, em seu inciso XXXIII, prevê as hipóteses de limitação deste direito¹⁴⁶. Com efeito, em que pese a Constituição Federal pautar no mencionado dispositivo a atuação do poder público, na esfera pública, é evidente que o direito à informação deve também se compatibilizar com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados pelas informações, bem como ainda com outros bens constitucionalmente protegidos na esfera privada.

Ao abordar a questão do controle da qualidade da notícia na mídia, Bruno Terra Moraes propôs duas medidas para proteger o público e garantir que a liberdade de expressão seja utilizada para a divulgação de informações confiáveis¹⁴⁷. A primeira é conferir maior transparência à mídia, o autor sugere a implementação de uma política rigorosa de correção de erros, a divulgação pública dos proprietários dos veículos de mídia, a clareza em relação a possíveis conflitos de interesse e a explicação das

¹⁴⁵ CF. Artigo 5º, XIV. “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao profissional”.

¹⁴⁶ CF. Artigo 5º, XXXIII. “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

¹⁴⁷ MORAES, Bruno Terra. Mídia Democrática: Controle de Qualidade da Notícia a Serviço da Plenitude do Direito à Informação. In: SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra; TEFFÉ, Chaira Spadaccini (coord). **Direito e Mídia: Tecnologia e Liberdade de Expressão**. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

escolhas editoriais. O autor defende a promoção do espaço para críticas, com divulgação ao público em geral.

A segunda medida proposta é combater as *fake news*, através da criação de instrumentos de verificação que vão além da análise das informações nas redes sociais, mas abranger também uma investigação extensiva do conteúdo informativo veiculado na imprensa tradicional. Além disso, é importante incentivar a concorrência e a livre iniciativa no setor da comunicação, diversificando e descentralizando a grande mídia, prevenindo a concentração excessiva de poder em poucas empresas ou grupos.

Torna-se importante trazer ao debate a responsabilidade da mídia, motores de busca e plataformas digitais sob o ponto de vista da ética e da atividade empresarial no âmbito da previsão constitucional sobre a ordem econômica.

1.2.2.2 Interesse Público e o papel da mídia

Tanto o direito à livre manifestação do pensamento como o direito à vida privada receberam o caráter de direito fundamental na Constituição Federal. Conforme Gilberto Haddad Jabour, os princípios fundamentais possuem ao mesmo tempo uma medida ética e uma significação política e, portanto, contemplam, por um lado, um conjunto de valores dos quais não se pode prescindir o ser humano e, por outro, fundamental o Estado Democrático de Direito. Tais direitos se dirigem a todos os integrantes da sociedade, mas não podem ser exercidos individualmente de forma absoluta¹⁴⁸.

Segundo o autor, o artigo 221, inciso IV da Constituição da República estabelece claro limite à atividade informativa à medida que prevê que a divulgação de informações pelas empresas de mídia deve respeitar os valores éticos e sociais da

¹⁴⁸ JABOUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

pessoa e da família, expressão que denota o fundamento no respeito à dignidade humana¹⁴⁹.

O autor propõe que o direito de informar deva prescindir da intromissão na privacidade “na mesmíssima medida do inconcusso interesse público pela informação”¹⁵⁰, e prossegue:

Mas se isso for indispensável, verdadeiramente inarredável, para a compreensão da notícia – diferente da alusão gratuita –, é o interesse público por essa informação atrelado à forma como se pretende veiculá-la, ponderando que, caso seja indispensável adentrar na esfera privada do indivíduo para a compreensão da notícia¹⁵¹.

Para Jabour, o interesse público deve ser inequívoco e propõe, para identificá-lo, que seja, a mera curiosidade para sustentar a finalidade social da divulgação da informação. Sustenta o autor a adoção de critérios racionais para confirmação inequívoca do interesse público: verdade, necessidade, utilidade e adequação.

Observa Pere Simón Castellano que a relevância pública não é necessariamente permanente ao longo do tempo, ou seja, às vezes um fato é noticiável, mas com o tempo perde esse caráter¹⁵². A perda do interesse público não é concebível em todos os casos, por exemplo, a fama às vezes acompanha certas figuras públicas ao longo de suas vidas – ex-presidentes do governo, cantores, jogadores de futebol etc. – e, justamente por isso, é necessário analisar cada caso específico.

Em casos específicos, a notoriedade pública de informações relativas à vida de indivíduos desaparece, seja em razão da perda do cargo público, seja porque os dados pessoais que acompanhavam a notícia não são mais relevantes para demonstrar a veracidade de seu conteúdo.

¹⁴⁹ JABOUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 336.

¹⁵⁰ JABOUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁵¹ JABOUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 339.

¹⁵² CASTELLANO, Pere Simón. **El Régimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital** (Spanish Edition). Tirant lo Blanch, 2012. *Kindle*.

Um exemplo claro é quando a notícia inicialmente exige a publicação de dados pessoais com o objetivo de comprovar um fato – por exemplo, a filiação irregular de militantes a um partido político em favor de um dos aspirantes a dirigi-lo – e é de interesse público, mas com o passar do tempo, quando o primeiro já foi credenciado, os dados pessoais deixam de ter aquela notoriedade pública e o acesso a eles deve ser proibido, alerta o autor¹⁵³.

Quanto à verdade, Jabour destaca a importância da busca da verdade dos fatos na atividade jornalística, fazendo referência ao Código de Ética aprovado pela Federação Nacional dos Jornalistas.

O Código de Ética dos Jornalistas atualmente em vigor data de 2007 e estabelece que é direito fundamental o acesso à informação de relevante interesse público. O documento também estabelece que a precisão das informações deve estar acima dos interesses políticos, ideológicos e econômicos dos proprietários dos meios de comunicação. É relevante destacar o teor dos incisos II e III do artigo 2º do Código:

II - a produção e a divulgação da informação devem se pautar pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público;
III – a liberdade de imprensa, direito e pressuposto do exercício do jornalismo, implica compromisso com a responsabilidade social inerente à profissão;

Utiliza-se com frequência o termo “verossimilhança”, ao invés da “verdade” para as informações, uma vez que a verdade, por muitas vezes é subjetiva, à medida que informação e opinião se misturam na atividade comunicativa. Para Sarmento, o dever de veracidade não deve limitar a divulgação de informações somente quanto ao que for incontroverso, pelo bem do debate e da pluralidade.

A exigência da veracidade da informação também deve ser vista com cautela, sob pena de se cancelar a imposição de uma “verdade” oficial inquestionável sobre acontecimentos controvertidos, bloqueando-se o desenvolvimento na esfera pública de debates sobre a ocorrência, contornos e circunstâncias de fatos relevantes, em prejuízo à livre formação da opinião pública¹⁵⁴.

¹⁵³ CASTELLANO, Pere Simón. **El Régimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital** (Spanish Edition). Tirant lo Blanch, 2012, p. 4439-4460. *Kindle*.

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na Ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**. IBDCivil Vol 7 – Jan / Mar 2016, p. 196.

Quanto à necessidade como elemento indicativo do interesse público inequívoco da informação, Jabour considera que a informação necessária é aquela que se revela indispensável para o desenvolvimento social e a formação de opinião e da crítica justificada¹⁵⁵. E, enfim, quanto à utilidade da informação, a informação inútil é aquela desprovida de conteúdo ou serventia socialmente justificáveis, voltada a satisfazer mera curiosidade sobre aspectos da vida alheia.

Sobre interesse público, trazemos a contribuição de Ives Gandra Martins Filho, quanto aos conceitos de bem comum e interesse público. Para o autor, “Interesse Público é a relação entre a sociedade e o bem comum que ela almeja, perseguido por aqueles que, na comunidade, estão investidos de autoridade”¹⁵⁶. Já o bem comum é o bem da coletividade, que não deve ser subordinado ou preterido em relação ao bem particular de um indivíduo. Porém, a primazia do público sobre o particular, segundo Martins, está condicionada ao princípio da proporcionalidade, que lhe estabelece limites de ordem qualitativa e quantitativa, assim descritos:

- Limite qualitativo - a primazia do bem comum sobre o particular só vale dentro da mesma categoria de bens (não se pode exigir o sacrifício de um bem espiritual particular de ordem superior, para atender um bem material comum de ordem inferior).
- Limite quantitativo - a prevalência do todo sobre a parte depende da quantidade de indivíduos afetados pelo sacrifício do bem próprio ao comum (não se pode sacrificar uma parte relativamente grande da comunidade em nome da preservação da própria sociedade politicamente organizada)¹⁵⁷¹⁵⁸.

O quarto elemento do interesse público inequívoco na informação é o da adequação, elemento que nos infere importantes reflexões.

¹⁵⁵ JABOUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁵⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra. O PRINCÍPIO ETICO DO BEM COMUM E A CONCEPÇÃO JURÍDICA DO INTERESSE PÚBLICO. **Rev. TST**, Brasília, vol. 66, nº 2, abr/jun 2000, p. 30-34.

¹⁵⁷ MARTINS FILHO, Ives Gandra. O PRINCÍPIO ETICO DO BEM COMUM E A CONCEPÇÃO JURÍDICA DO INTERESSE PÚBLICO. **Rev. TST**, Brasília, vol. 66, nº 2, abr/jun 2000, p. 38-41.

¹⁵⁸ O autor ainda esclarece sobre a maior importância dos bens espirituais sobre os materiais: “Nesse sentido, não é a abundância de bens materiais, que só têm um valor instrumental para a felicidade do homem, que qualifica como boa a política adotada numa sociedade. Isto porque o bem comum não se reduz a um conjunto de bens materiais de uso público. Daí que o fim da sociedade política deva ser propiciar a que o homem possa alcançar a sua bondade existencial e fazer o bem, agindo virtuosamente: crescimento interior mais do que exterior. Ser melhores homens e melhores cidadãos contribui mais para o bem da sociedade do que qualquer incremento no bem estar material, pois a felicidade, no final das contas, não está em ter, mas em ser. MARTINS FILHO, Ives Gandra. O PRINCÍPIO ETICO DO BEM COMUM E A CONCEPÇÃO JURÍDICA DO INTERESSE PÚBLICO. **Rev. TST**, Brasília, vol. 66, nº 2, abr/jun 2000, p. 40.

A adequação, segundo Jabour, refere-se ao modo como a informação é divulgada, a extensão, local, amplitude da matéria, destaque e o título e a ênfase dada a determinados aspectos do conteúdo¹⁵⁹. É na adequação que se verifica o respeito aos direitos da personalidade. Justifica o autor que “as palavras, as proposições e o raciocínio, pelo tom ou realce que recebem, acréscimo ou decréscimo que irradiam, podem estar abaixo da verdade, ou, bem pior, aquém da dignidade.

Neste sentido, a informação sobre situações de violência, crimes ocorridos, e a forma como é divulgada, a formatação de seu conteúdo, imagens, títulos, manchetes utilizadas podem ferir gravemente as pessoas retratadas ou noticiadas e seus familiares e comunidades¹⁶⁰.

O autor não considerou à época, o impacto do avanço tecnológico e a utilização da internet como meio de divulgação de tais informações, que agravariam os efeitos negativos da divulgação e os prolongariam indefinidamente no tempo.

Sobre os abusos no uso das manchetes cometidos pelos veículos de comunicação digital, Thiago Junqueira e José Eduardo Junqueira Ferraz expõem no artigo “Manchetes no divã: uma introdução ao exame dos títulos noticiosos” os artifícios utilizados para a conversão dos leitores em consumidores, na busca de cliques e monetização dos espaços pela mídia, o que não raro se sobrepõe à preocupação com o conteúdo da matéria¹⁶¹.

Lembram os autores que atualmente, com o alto volume de mensagens e informações disponibilizadas, os internautas consomem apenas as manchetes e primeiros trechos (leads), já disponibilizados e filtrados segundo seus interesses. Assim, as manchetes são elaboradas com mensagens que possam despertar emoções nos leitores, o que se reflete num fenômeno mais amplo da atualidade: o incremento do sensacionalismo¹⁶².

¹⁵⁹ JABOUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁶⁰ JABOUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 343-346.

¹⁶¹ JUNQUEIRA, Thiago; FERRAZ, José Eduardo Junqueira. MANCHETES NO DIVÃ: UMA INTRODUÇÃO AO EXAME DOS TÍTULOS NOTICIOSOS. In: SCHEIBER, Anderson, MORAES, Bruno Terra de, e TEFFÉ, Chiara Spadaccini (coord.). **Direito e Mídia** - Tecnologia e Liberdade de Expressão. 2ª Ed. São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 55-78.

¹⁶² JUNQUEIRA, Thiago; FERRAZ, José Eduardo Junqueira. MANCHETES NO DIVÃ: UMA INTRODUÇÃO AO EXAME DOS TÍTULOS NOTICIOSOS. In: SCHEIBER, Anderson, MORAES, Bruno

Newton De Lucca analisa o enorme poder da mídia, a qual o autor reconhece como um dos maiores poderes da sociedade contemporânea, e o enorme desvio ético na sua atuação, restando o Estado impotente diante da alegação da liberdade de imprensa a cada vez que ele tenta intervir¹⁶³.

Não obstante, enquanto empresas, os veículos de mídia, assim como as plataformas digitais, não podem passar ao largo da previsão constitucional acerca de sua atividade e dos princípios da ordem econômica.

O artigo 170, juntamente com o artigo 221, inciso V, da Constituição Federal constituem o corolário ético da atuação das empresas de comunicação. Enquanto importantes atores da ordem econômica e amparados pelo princípio da livre iniciativa e pela liberdade de expressão, devem conduzir suas atividades norteados pelo fim de assegurar a todos uma existência digna e pelo respeito aos valores sociais da pessoa e da família. A divulgação de informações e notícias fora desses padrões está eivada de ilegalidade.

Especialmente no contexto da sociedade da tecnologia e considerando o crescente uso de técnicas de inteligência artificial, como os robôs (ou *bots*), para conferir rapidez e escala à divulgação da mensagem, assim como os mecanismos dos limites à liberdade de expressão e o seu caráter preferencial *prima facie* precisam ser revisitados.

João Victor Rozatti Longhi considera que a linha entre o lícito e o ilícito na desinformação na internet é tênue e defende que o problema deveria ser solucionado no âmbito da responsabilidade civil sob o ponto de vista do dano coletivo. No âmbito político, o autor elucida sobre as novas formas, além do uso de *bots* de atentar contra a liberdade de expressão e o processo democrático, como censura indireta ou reversa, como a simulação de ambientes em que supostamente prevalecem certas ideias e valores, de forma a reprimir dissidências ou discursos desfavoráveis, além da prática do assédio e ataques online¹⁶⁴.

Terra de, e TEFFÉ, Chiara Spadaccini (coord.). **Direito e Mídia** - Tecnologia e Liberdade de Expressão. 2ª Ed. São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 56-67.

¹⁶³ DE LUCCA, Newton. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 296-297.

¹⁶⁴ LONGHI, João Victor Rozatti. Censura reversa, riscos à democracia e conteúdos tóxicos: por um repensar da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por conteúdo inserido por terceiros. In.

Tais práticas, abusivas e, portanto, ilícitas, violam não apenas direitos da personalidade, como a honra, a imagem e a intimidade, como também a coletividade, não apenas durante os processos eleitorais¹⁶⁵. Tais reflexões levam o autor a propor que repensemos sobre o que é ou não legítimo e lícito no contexto da liberdade de expressão.

1.2.2.3 Direito à privacidade e os abusos do direito de informar

A Constituição Federal prevê, de forma explícita, no seu artigo 5º, inciso X, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação desses direitos.

Portanto, a violação da intimidade e da vida privada implica consequências civis e, nos casos mais graves, consequências penais. A intimidade é compartilhada com um número ainda mais reduzido de pessoas, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas e, portanto, a violação da intimidade pode ser considerada mais gravosa.

Os direitos da personalidade são situados no âmbito do direito civil e orientam as relações entre os particulares, contudo, ao serem recepcionados pela Carta Magna como direitos fundamentais que são, passam a possuir exigibilidade em face do poder público.

O já aludido artigo “*The right to privacy*”, de Warren e Brandeis, considerado marco inicial ao direito à intimidade e à privacidade, além da expressão “*right to privacy*”, cunhou a locução “*right to be let alone*”, correspondente ao que conhecemos como “direito ao esquecimento”. Como se vê não se trata de uma discussão nova, e

SCHREIBER, Anderson; MARTINS, Guilherme Magalhães; CARPENA, Heloísa. **Direitos Fundamentais e Sociedade Tecnológica**. Indaiatuba: Foco, 2022.

¹⁶⁵ LONGHI, João Victor Rozatti. Censura reversa, riscos à democracia e conteúdos tóxicos: por um repensar da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por conteúdo inserido por terceiros. In. SCHREIBER, Anderson; MARTINS, Guilherme Magalhães; CARPENA, Heloísa. **Direitos Fundamentais e Sociedade Tecnológica**. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 75-83.

frequentemente é arguida pelas partes que se sentem violadas por notícias do passado¹⁶⁶.

Os autores sustentaram no artigo que todo o ser humano possui o “direito de ser deixado em paz”, no entanto, esclarecem que há limitações ao “*right to be let alone*”: esse direito não deveria impedir a publicação de matéria que fosse de interesse geral ou público; a proibição não recairia sobre os fatos que a própria lei permitisse a divulgação; a proteção não teria como incidir sobre a divulgação oral de fatos privados sem que houvesse dano específico; e, a proteção ao “*right to privacy*” cessaria se o próprio indivíduo fizesse divulgar e publicar os fatos de sua vida privada¹⁶⁷.

Consubstancia-se o conflito no questionamento do que deve prevalecer, se a liberdade de expressão ou a proteção constitucional do direito de personalidade e privacidade. A colisão entre esse direito fundamental e os direitos da personalidade, essenciais à tutela da pessoa humana e à sua dignidade tem sido discutido em diversas situações para o que se requer a ponderação.

O intérprete passou a adotar, em muitos casos o modelo estadunidense segundo o qual a liberdade de expressão goza de preferência *prima facie* (*preferred position*) sobre os demais direitos fundamentais. E nessa direção tem-se observado o posicionamento dos Ministros do STF em diversas ocasiões¹⁶⁸.

Conforme Pacelle Jr., o conceito original pode ser atribuído ao Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., que sugeriu que o Tribunal não substituísse o juízo do legislador em questões económicas e formulou o teste do perigo claro e presente em *Schenck v. United States* (1919), que reconheceu a primazia da Primeira Emenda. Após esta decisão, a ideia de uma ordem hierárquica dos direitos constitucionais foi explicitada

¹⁶⁶ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1980. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2024.

¹⁶⁷ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1980. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2024.

¹⁶⁸ Como exemplos, STF, ADPF 4.185, relatora Ministra Carmen Lúcia; e ADPF 130, relator Ministro Carlos Ayres Brito.

na decisão majoritária escrita pelo Juiz Benjamin N. Cardozo em *Palko v. Connecticut* (1937)¹⁶⁹.

A doutrina da posição preferencial nos Estados Unidos é aplicada a vários casos, especialmente quando direitos fundamentais estão em conflito com direitos econômicos. A criação de um catálogo de direitos fundamentais, a utilização do método do escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*) ou moderado para lidar com questões de discriminação e a aplicação seletiva da Declaração de Direitos do Homem pelos estados da federação refletem a ideia de que alguns direitos e liberdades são mantidos numa posição preferencial.

Segundo David L. Hudson Jr., na lei da liberdade de expressão da Primeira Emenda, as leis relacionadas a conteúdo e à opinião (respectivamente, *content-based* e *viewpoint-based*) são avaliadas segundo o mais alto nível de análise, o método do escrutínio rigoroso, ao invés dos padrões inferiores de análise, que são os de escrutínio moderado e a análise de base racional. Pelo critério do escrutínio rigoroso, deve ser demonstrada a existência de um interesse imperativo do Estado, ou muito forte na validade da lei em questão, ou que a lei é talhada e de aplicabilidade muito específica ou que é a forma menos restritiva ao discurso que se encontra disponível¹⁷⁰.

O autor cita como exemplo a invalidação, sob o argumento do interesse imperativo do Estado, da Lei de Proteção para Crianças On-Line (COPA – *Children Online Protection Act*), em 2004, pela Suprema Corte por não ter resistido ao escrutínio rigoroso. A lei procurava abordar os efeitos nocivos da pornografia online, tornando ilegal a publicação na internet de qualquer comunicação para fins comerciais que fosse prejudicial para os menores. No entanto, o tribunal considerou, no processo *Ashcroft v. ACLU* (2004), que a lei não foi submetida a um escrutínio rigoroso porque as restrições que impunha à liberdade de expressão não eram as menos restritivas

¹⁶⁹ PACELLE JR., Richard L. **The Preferred Doctrine.** Disponível em <https://firstamendment.mtsu.edu/article/preferred-position-doctrine/>. Acesso em: 15 jul. 2024.

¹⁷⁰ HUDSON JR., David L. **Strict Scrutiny.** Disponível em: <https://firstamendment.mtsu.edu/article/preferred-position-doctrine/>. Acesso em: 15 jul. 2024.

possíveis¹⁷¹. O tribunal considerou que o software de filtragem ou de bloqueio era uma alternativa menos restritiva do discurso¹⁷².

Todavia, a prevalência, em sede de ponderação, da liberdade de expressão sobre outros direitos fundamentais num caso concreto não significa que ela não possa receber um peso menor na ponderação em outras situações concretas.

Constituem direitos da personalidade o direito à honra, à vida privada, à imagem e à intimidade, sendo expressamente definidos como invioláveis pela Constituição da República em seu artigo 5º, inciso X, o qual assegura aos seus titulares (que são todos os humanos) o direito à indenização pelos danos morais e materiais sofridos em caso de violação.

O direito à honra diz respeito ao reconhecimento do indivíduo junto à sociedade e é atributo de qualquer pessoa. Segundo Sennet, a “honra”, assim como a “dignidade”, o “prestígio”, e o “reconhecimento” são termos utilizados pela sociologia como sinônimos de “respeito” em alguns de seus aspectos¹⁷³. O respeito, por sua vez, é elemento formador do caráter e essencial para o pertencimento à comunidade.

As colisões entre liberdade de expressão e o direito à honra têm sido objeto de cuidadosa ponderação pelos tribunais brasileiros. No que se refere ao direito de informação e a liberdade da atuação jornalística, as análises do STJ têm sido no sentido da verificação da existência ou não de um dano indenizável, ou seja, uma vez que foi conferida à liberdade de imprensa a precedência temporal em relação aos direitos da personalidade, cujo bloco de direitos foram considerados incidentes a posteriori em relação ao bloco de direitos relacionados com a liberdade de imprensa¹⁷⁴, embora sem superioridade hierárquica, concebe-se que haja ofensas toleráveis à reputação, em circunstâncias em que a liberdade de expressá-las seja juridicamente mais relevante¹⁷⁵.

¹⁷¹ HUDSON JR., David L. **Strict Scrutiny**. Disponível em: <https://firstamendment.mtsu.edu/article/preferred-position-doctrine/>. Acesso em: 15 jul. 2024.

¹⁷² Sobre as formas de aplicação dos diferentes critérios para a discussão da validade de leis em relação à liberdade de expressão, citamos o artigo do autor disponível em: <https://firstamendment.mtsu.edu/article/strict-scrutiny/> do Free Speech Center da Middle tennessee State University.

¹⁷³ SENNETT, Richard. **Respeito**: a formação do caráter em um mundo desigual. Rio de Janeiro. São Paulo: Ed. Record, 2004.

¹⁷⁴ Conforme STF na ADPF 130/DF, relator Ministro Carlos Britto.

¹⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, os elementos analisados na ponderação são: (a) interesse público no conteúdo da notícia (se informativo ou educativo); (b) veracidade da notícia ou verossimilhança, sendo que deve haver proporção entre o juízo crítico e o fato criticado, de forma a evitar excessos no juízo de desvalor; (c) pertinência, considerada a relação estrita entre a notícia e a crítica nela contida e o tema tratado e o interesse social na sua publicidade; (d) atualidade da notícia e restrições temporais dos fatos em caso de notícias sobre crimes e assuntos policiais, considerando-se que a reveiculação tende a agravar o dano moral objeto de ressarcimento e que, com o passar do tempo, a relevância social dos processos criminais e investigações tende a diminuir; (e) notoriedade ou exercício de cargo político pelas pessoas noticiadas, sendo que a sua dimensão pública, em tese, justificaria o amplo direito de crítica e de livre manifestação do pensamento¹⁷⁶.

O direito ao esquecimento se insere na discussão sobre a colisão entre a liberdade de expressão e a proteção da intimidade e da privacidade. Para o presente trabalho e considerando-se sua característica polissêmica, cumpre destacar a sua conceituação segundo alguns autores, e segundo sua finalidade.

A noção de “direito ao esquecimento” foi pioneiramente referenciada na ordenação jurídica brasileira pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, por meio do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil¹⁷⁷, conforme aponta Clarisse Pereira Carello¹⁷⁸. O referido enunciado reconhece o direito ao esquecimento na proteção da dignidade da pessoa humana inserido na sociedade da informação, e foi justificado através do seguinte texto:

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 lembrados¹⁷⁹.

¹⁷⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017.

¹⁷⁷ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao> Acesso em: 12 nov. 2024.

¹⁷⁸ CARELLO, Clarissa Pereira. **Direito ao Esquecimento**: parâmetros jurisprudenciais. 1 ed. Curitiba: Editora Appris, 2019.

¹⁷⁹ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142> Acesso em: 12 nov. 2024.

Há autores que apresentam diferentes concepções sobre o direito ao esquecimento, mesmo concordando que se trata de um direito de personalidade que visa proteger a intimidade, a honra e a imagem das pessoas. Apresentaremos aqui algumas dessas convicções.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o direito ao esquecimento, ao colidir com a liberdade de expressão e o direito à informação, é incompatível com a Constituição Federal (Tema 786). A resolução destaca que a busca por esquecer o passado não pode sobrepor-se ao direito da sociedade de conhecer a verdade e de ter acesso à informação.

Para Guilherme Magalhães Martins, a existência do direito ao esquecimento coloca em tensão interesses divergentes, como o direito da sociedade de conhecer o passado e de ter acesso à informação, por meio da liberdade de imprensa, e o direito individual de não ser perseguido para sempre por fatos ocorridos no passado¹⁸⁰.

A problemática do direito ao esquecimento revela uma complexa intersecção entre direitos fundamentais, marcada pela tensão entre a dignidade da pessoa humana, que busca proteção contra a perpetuação de fatos passados que possam manchar sua imagem, e o direito à informação, que pressupõe a preservação da memória coletiva e o acesso a um passado que, por mais incômodo que seja, integra o patrimônio histórico.

A questão central reside na determinação do ponto exato em que o interesse individual em ser esquecido prevalece sobre o interesse público em preservar a informação, considerando a natureza temporal da verdade e a possibilidade de que fatos, relevantes em determinado contexto histórico, percam sua pertinência com o passar do tempo¹⁸¹.

¹⁸⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹⁸¹ CARELLO, Clarissa Pereira. **Direito ao Esquecimento**: parâmetros jurisprudenciais. 1 ed. Curitiba: Editora Appris, 2019.

Stefano Rodotà defende que o direito ao esquecimento deve ganhar uma importância maior na sociedade atual¹⁸². O autor sugere que certas categorias de informações pessoais deveriam ser eliminadas completamente ou, alternativamente, mantidas apenas de forma agregada e anônima. Isso deveria ocorrer quando a finalidade original para a qual essas informações foram coletadas já tiver sido alcançada ou após um período específico ter passado. Essa abordagem visa proteger a privacidade dos indivíduos e evitar o uso indevido de dados pessoais ao longo do tempo.

Para Martins, o conceito de direito ao esquecimento na internet é complexo e abrangente. Não se limita apenas à busca por uma tutela judicial para remover informações indesejadas, mas também envolve a reivindicação de um controle mais ativo sobre os próprios dados¹⁸³. Isso significa que, além de poder solicitar a remoção de informações divulgadas por terceiros, o indivíduo tem o direito de apagar dados que ele mesmo compartilhou no passado, como condição para a utilização de um serviço. A ideia é que o indivíduo tenha o poder de apagar informações que, embora já tenham sido públicas, não deseja mais que sejam acessíveis.

O direito ao esquecimento, conceituado como a prerrogativa de solicitar a remoção de dados pessoais de bases de dados, busca resguardar a dignidade da pessoa humana, limitando o poder de terceiros de divulgar informações que possam causar constrangimento ou prejuízo ao indivíduo, salvo quando a preservação desses dados se mostrar imprescindível para a tutela de outros direitos fundamentais ou para o interesse público¹⁸⁴.

¹⁸² RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁸³ MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹⁸⁴ PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (Right to Oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier, 2015.

Martins ainda traz uma definição extensiva sobre o tema, mencionando que:

O direito ao esquecimento se apresenta como uma garantia fundamental que visa remediar os inconvenientes e os prejuízos gerados pela enorme multiplicação de dados pessoais que passam a alimentar bancos de armazenamento fora do controle dos cidadãos, inserindo-se no controle temporal de dados, demandando, após certo período temporal, uma proteção das escolhas pessoais, em que o indivíduo não pretende ser lembrado, rememorado por fatos passados¹⁸⁵.

Para Bezerra Júnior o direito ao esquecimento, como manifestação do direito à privacidade e à dignidade da pessoa humana, consiste na prerrogativa do indivíduo de exigir a remoção de dados pessoais que, por não mais serem adequados, pertinentes ou necessários, causem dano à sua honra, à sua imagem, ao seu livre desenvolvimento ou à sua privacidade, especialmente quando tais informações não mais se revelem de interesse público¹⁸⁶. Esse direito, de natureza negativa, impõe a terceiros o dever de abstenção de divulgar ou utilizar tais dados, limitando o poder de terceiros de divulgar fatos passados que, por não mais apresentarem relevância social, causam sofrimento ou prejuízo ao indivíduo.

¹⁸⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 202, p. 171.

¹⁸⁶ BEZERRA JÚNIOR, Luis Martius Holanda. **Direito ao Esquecimento**: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS TRIBUNAIS

Após brevemente ilustrar alguns casos históricos sobre o tema em outros países, a presente seção se propõe a analisar o entendimento dado pelos Tribunais Superiores brasileiros ao direito ao esquecimento, seus elementos constitutivos, a trans individualidade do tema, bem como os elementos considerados pelo Supremo Tribunal Federal para determinar, tanto no caso concreto, como em tema de repercussão geral, a prevalência do interesse público sobre o interesse individual ao ponderar o direito ao esquecimento em face do direito coletivo à informação e a liberdade de expressão.

O STF define apenas um dos aspectos da problemática do direito ao esquecimento, afirmando a supremacia do direito de informar e da liberdade dos meios de comunicação social, enquanto considerados lícitos os métodos de sua atuação, entendida como a obtenção lícita, verificação da veracidade e comunicação ao público. Para aqueles que criticam o direito ao esquecimento, apagar ou cancelar permitiria a prevalência do interesse de um indivíduo sobre o interesse da coletividade, posição acolhida pela Corte Suprema.

No entanto, conforme ensina Newton De Lucca ao prefaciar a obra “O direito ao esquecimento na sociedade da informação”: “não pode ser negado o interesse coletivo em ambas as hipóteses, sobretudo considerando a cláusula geral de promoção da pessoa humana, eleita como valor fundamental pela Constituição da República, em torno da sua dignidade (artigo 1º, III)”¹⁸⁷.

Além disso, alerta De Lucca que relegar o assunto a posterior remediação pela via indenizatória viola o princípio da precaução, uma vez que resulta negado aos indivíduos o direito de não sofrer danos¹⁸⁸.

¹⁸⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹⁸⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 11.

Considerando a rapidez do desenvolvimento tecnológico e os desdobramentos do intenso compartilhamento de dados e informações na sociedade tecnológica, o tema de repercussão fixado não possibilitaria ao STF exaurir as discussões e encerrar os estudos sobre o direito ao esquecimento.

Ao contrário, embora seja ampla e multifacetada a definição do direito ao esquecimento, é necessário buscar formas menos subjetivas para as discussões sobre a sua aplicação, muito além da privacidade como o direito de ser deixado só (*right to be let alone*) de Warren Brandeis¹⁸⁹.

Nas palavras de Stefano Rodotà, enquanto presidente da autoridade italiana em proteção de dados pessoais, Autorità Garante, ao expor ao presidente da República Italiana a trajetória daquele país na proteção de dados e da privacidade, menciona:

Achávamos que estávamos apenas discutindo a proteção de dados. Na realidade, estávamos lidando com questões que afetam o destino de nossas sociedades, seu presente e, acima de tudo, seu futuro. Enfrentamos questões de segurança interna e internacional, genética e saúde, crédito e telecomunicações, sobre o funcionamento do mercado e a organização das empresas, o sistema das mídias - e a relação entre tecnologia e política, a nova dimensão da liberdade individual, a liberdade de expressão e a liberdade de ir e vir. Todo o horizonte das difíceis questões destes tempos está diante de nossos olhos. Surge uma profunda conexão entre liberdade, igualdade, democracia, dignidade e privacidade, o que exige que olhemos para esta última além de sua definição histórica como o direito de ser deixado em paz¹⁹⁰.

A plena liberdade, no campo jurídico a plena realização dos princípios, só aconteceria em situações ideais, condições perfeitas.

¹⁸⁹ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1980. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2024.

¹⁹⁰ Tradução livre de: *“Pensavamo di discutere soltanto di protezione dei dati. In realtà, ci stavamo occupando di temi che riguardano il destino delle nostre società, il loro presente e soprattutto il loro futuro. Abbiamo affrontato questioni di sicurezza interna e internazionale, di genetica e di salute, del credito e delle telecomunicazioni, del funzionamento del mercato e dell’organizzazione dell’impresa, del sistema dei media -e del rapporto tra tecnologie e politica, della nuova dimensione della libertà personale, della libertà d’espressione e di circolazione. L’intero orizzonte dei temi di questi tempi difficili è davanti ai nostri occhi. Emerge un legame profondo tra libertà, eguaglianza, democrazia, dignità e privacy, che ci impone di guardare a quest’ultima al di là della sua storica definizione come diritto ad essere lasciato solo”*. RODOTÀ, Stefano. **Privacy, libertà, dignità**. Discorso conclusivo della Conferenza Internazionale sulla protezione dei dati. 2004. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1049293>. Acesso em: 12 jul. 2024.

2.2 Casos Históricos e Primeiros *hard cases* no Brasil¹⁹¹

Mesmo sem o uso da nomenclatura “direito ao esquecimento”, a discussão sobre a reexposição de fatos pretéritos da vida privada é longínqua em vários países. O artigo “The Right to Privacy” de Warren e Brandeis já citado nas páginas anteriores foi citado pelo Tribunal de Apelação da Califórnia em 1931, no caso *Melvin v. Reid*.

Gabrielle Darley, ex-prostituta, após ter sido absolvida da acusação de homicídio em 1918, refez sua vida, casou-se com Bernard Melvin em 1919 e passou a se dedicar a uma nova vida nas tarefas do lar. Fez novos amigos, que não conheciam os fatos de sua vida pregressa. No entanto, foi surpreendida pela divulgação desses fatos em um filme denominado “The Red Kimono”, em vários estados norteamericanos. Além de relatar os fatos sobre o seu passado, o filme ainda utilizava seu nome de solteira. Então, requereu judicialmente a reparação por violação da vida privada.

O direito ao esquecimento não poderia ser reconhecido pois os fatos relatados já eram de conhecimento público e constavam nos registros públicos. Mas a Corte californiana alegou que a seção 1 do artigo I da Constituição da Califórnia estabelece que todos os homens são, por natureza, livres e independentes, e têm certos direitos inalienáveis, entre os quais estão os de desfrutar e defender a vida e a liberdade; adquirir, possuir e proteger a propriedade; e buscar e obter segurança e felicidade.

¹⁹¹ Para a descrição de fatos sobre os casos em comento, além das referências citadas no corpo da seção, foram consultados os seguintes artigos:

STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

Cinearte é proibida de divulgar ou comercializar filme estrelado por Xuxa. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/cinearte-e-proibida-de-divulgar-ou-comercializar-filme-estrelado-por-xuxa/2245604>. Acesso em: 12 jul. 2024.

Xuxa vence na Justiça e impede distribuidora de vender filme Amor, Estranho Amor. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/xuxa-vence-na-justica-e-impede-distribuidora-de-vender-filme-amor-estranho>

amor/100328906#:~:text=A%20iniciativa%20motivou%20a%20apresentadora,Cinearte%20voltou%20a%20ser%20negado. Acesso em: 12 jul. 2024.

Quarta Turma volta a discutir violação à honra em programa sobre Chacina da Candelária após decisão do STF sobre direito ao esquecimento. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05082021-Quarta-Turma-volta-a-discutir-violacao-a-honra-em-programa-sobre-Chacina-da-Candelaria-apos-decisao-do-STF-sobre.aspx> Acesso em: 12 jul. 2024.

O direito de buscar e obter felicidade inclui o direito de viver livre de ataques injustificados de terceiros à liberdade, propriedade e reputação. Assim, entendeu a Corte que qualquer pessoa que viva uma vida correta tem o direito à felicidade, que inclui a liberdade de ataques desnecessários ao seu caráter, posição social ou reputação e que o uso do nome verdadeiro da apelante em conexão com os incidentes de sua vida anterior na trama e nos anúncios do filme foi desnecessário e indelicado, além de ser um desrespeito intencional e arbitrário à caridade que deve o relacionamento humano sem expor desnecessariamente outra pessoa ao desprezo e ao desdém de membros íntegros da sociedade¹⁹².

O direito ao esquecimento é compreendido na Alemanha como um direito da personalidade, decorrendo da cláusula geral da dignidade humana. A legislação interna da Alemanha sobre o direito ao esquecimento foi adaptada ao mesmo tempo que a entrada em vigor da GDPR.

Antes disso, a existência do direito ao esquecimento já era reconhecida nos emblemáticos casos *Lebach I*¹⁹³ e *Lebach II*. O Caso *Lebach I*, julgado em 1973, refere-se a demanda ajuizada pelo partícipe de um crime que, quando prestes a sair da prisão em liberdade condicional, requereu judicialmente a não veiculação de documentário que retratava a reconstituição do crime, mencionando o nome dos envolvidos. Após decisão negativa em primeira instância foi apresentado recurso ao Tribunal Constitucional Federal (TCF), que considerou que a ressocialização do autor deveria prevalecer sobre o interesse público na informação, pois o mesmo já havia cumprido a sua pena e, portanto, reavivar a memória, por meio da veiculação do documentário, poderia ser caracterizada como a imposição de uma segunda sanção pelo mesmo crime.

Posteriormente, em 1999, no caso *Lebach II*, um dos autores obteve decisão favorável em primeira instância, pela não veiculação de um novo documentário sobre o mesmo caso. A decisão foi revertida quando da decisão do TCF sobre recurso apresentado pela emissora¹⁹⁴.

¹⁹² Estado da Califórnia, Tribunal de Apelação. *Melvin v. Reid*, **112 Cal.App.** 285, 297 P. 91 (Cal. Ct. App. 1931), disponível em <https://casetext.com/case/melvin-v-reid/case-details>. Acesso em 1/6/2024.

¹⁹³ Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 35**, 202 - *Lebach*, de 5 de junho de 1973.

¹⁹⁴ BVerfG, decisão da 1ª Câmara do Primeiro Senado de 25 de novembro de 1999 - **1 BvR 348/98** -, Rn 1-45, Disponível em: https://www.bverfg.de/e/rk19991125_1bvr034898. Acesso em: 10 dez. 2023.

Neste caso, o TCF reconheceu que não havia elementos no documentário para identificar os autores do crime e, ao fundamentar a decisão, afirmou que do julgamento de do Caso Lebach I, de 1973, não assegurava o direito a uma imunidade absoluta em relação à representação indesejada dos fatos pretéritos¹⁹⁵.

Na França, o primeiro caso em que o direito ao esquecimento foi mencionado (*droit à l'oubli*) foi o caso Landru, de 1965¹⁹⁶. Em 1921, Henri Desire Landru, o Barba Azul de Gambais, foi acusado de ser um assassino em série e condenado à morte, por guilhotina. Landru teria enganado, seduzido e assassinado cerca de dez mulheres. No momento da prisão, sua amante, Mademoiselle Marceline Fernande Segret, estava em sua companhia. O julgamento teve grande repercussão à época. Em 1963, foi lançado o filme Landru¹⁶⁹, e Mademoiselle Segret propõe uma ação indenizatória contra o diretor, a produtora e a distribuidora do filme sob a alegação de que o filme, ao lembrar um evento dramático do seu passado e ao nomeá-la e representá-la como amante de Landru, sem a sua autorização, causou-lhe prejuízos. Segret já havia publicado, no passado, as suas memórias sobre o caso. Seu pedido de indenização pela retomada de seu passado doloroso não foi atendido pelo do Tribunal de Grande Instance de La Seine, que considerou ser impossível a retratação do caso sem fazer referência à autora e ao seu relacionamento com Landru, uma vez que ela, diferentemente de outras mulheres vítimas do assassino, havia sido poupada, o que oferecia importantes elementos sobre a personalidade de Landru¹⁹⁷.

O caso Madame M. contra Filipacchi et Societé Cogedipresse, de 1983, é o primeiro em que o direito ao esquecimento foi consagrado por um tribunal na França (Tribunal de Grande Instance de Paris). No caso em tela, uma revista divulgou, após longo período, a foto de uma mulher, apontando-a como assassina da mulher e do filho de seu amante. Além de concluir que a publicação da fotografia era atentatória à honra da autora, a decisão proferida afirma que qualquer pessoa pode reivindicar, com o passar do tempo, o direito de ser esquecido e que a retomada de fatos pretéritos de

¹⁹⁵ FRITZ, Karina Nunes. **Jurisprudência comentada dos tribunais alemães**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 120-121.

¹⁹⁶ Disponível em <http://www.justice.gouv.fr/histoire-etpatrimoine-10050/proces-historiques-10411/le-proces-de-landru-24504.html>. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹⁹⁷ Pinheiro, Denise. **A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Julho de 2016 Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 dez. 2024.

sua vida é ilícita quando não fundada nas necessidades da história ou quando seja ofensiva à sensibilidade¹⁹⁸.

Na atualidade, a Alemanha é referência em vários países nas discussões sobre o direito ao esquecimento, fortemente pautada pelas normas do GDPR.

Um exemplo significativo é o julgamento no caso da Associação dos Trabalhadores Samaritanos, que demandou a remoção de informações desatualizadas sobre um de seus membros que estavam indexadas em um mecanismo de busca. Ao deliberar sobre recurso apresentado pela autora, diante das decisões desfavoráveis da primeira instância e do Tribunal de Justiça alemão, o BGH estabeleceu critérios para a ponderação entre o direito ao esquecimento e outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o direito à informação.

A decisão do BGH reconheceu a existência do direito ao esquecimento, mas ressaltou que o direito ao esquecimento não possui caráter absoluto e deve ser avaliado caso a caso, considerando fatores como a natureza das informações, sua relevância pública, o tempo decorrido desde a publicação, e o interesse legítimo do titular em ver suas informações removidas¹⁹⁹.

O BGH negou a preferência da liberdade de expressão, bem como do direito de proteção de dados pessoais e menciona que esta consideração é expressa no GDPR, no item 4.

O BGH também enfatizou o papel dos provedores de busca na moderação dos resultados exibidos, enquadrando as atividades dos motores de busca como tratamento de dados pessoais, ressaltando que não se aplica aos motores de busca a ponderação da liberdade de expressão, uma vez que, tecnicamente, suas atividades não têm por objetivo a difusão de determinada notícia ou opinião, mas apenas em disponibilizar uma ferramenta de busca desses conteúdos na internet.

Todavia, a liberdade de empresa, também um direito fundamental assegurado a empresas e pessoas físicas, nacionais ou estrangeiras, que abrange o livre exercício

¹⁹⁸ PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado:** desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Julho de 2016 Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 dez. 2024.

¹⁹⁹ BGH, I ZR 123/16.

de atividade econômica, a liberdade de contratar e a livre concorrência devem entrar em ponderação. Segundo Karina Nunes Fritz, o que existe é uma colisão múltipla de direitos fundamentais, pois a análise desses casos envolve a ponderação do direito de acesso ao conteúdo público e também a liberdade de expressão do autor do conteúdo²⁰⁰.

2.2.2 O Caso Xuxa Meneghel e os Direitos Fundamentais

Maria da Graça Meneghel, Xuxa. Cunhada como a “Rainha dos Baixinhos” devido ao estrondoso sucesso com o público infantil, notadamente nas décadas de 80 e 90, cuja projeção se estende até os dias atuais em certa medida, empreendeu na carreira de modelo e atriz antes de se tornar a célebre apresentadora de um dos mais populares programas infantis.

Em 1982, atuou em seu primeiro filme, “Amor Estranho Amor” no qual protagoniza cenas eróticas com menores de idade.

A polêmica em torno de seu filme de estreia notabilizou-se pela suposta incompatibilidade de conduta entre a atriz que atua em produções de conteúdo adulto e a apresentadora de programa infantil do que propriamente por sua temática e as relações sexuais entre as personagens, ao menos no que parece ter sido sua motivação inicial para travar uma batalha judicial em desfavor da produtora do filme, em 1987. Já inegavelmente um ícone do público infantil, a apresentadora não queria sua imagem associada a conteúdos eróticos ou para o público adulto e, judicialmente, entabulou um acordo com a produtora, Cinearte, que cedeu a ela os direitos patrimoniais do filme, mediante o pagamento anual de quantia em dólares.

Inicialmente previsto para durar oito anos, o contrato foi sendo renovado sucessivamente ao longo de 18 anos até que em 2009, a produtora requereu a renegociação do valor, alegando prejuízo em virtude da desvalorização da moeda

²⁰⁰ FRITZ, Karina Nunes. **Jurisprudência comentada dos tribunais alemães**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 120-123.

americana, deixando de indicar a conta corrente para pagamento por parte da apresentadora. Em resposta, a apresentadora fez o depósito em juízo, sob ameaça da Cinearte de liberar o filme.

O desfecho judicial²⁰¹ foi favorável à apresentadora e proibiu a produtora de comercializar e divulgar o filme.

Em que pese o esforço e relativo êxito da apresentadora em obstar a veiculação do filme, alegando a defesa de sua honra e sua imagem, fato é que à época do lançamento do filme, houve cópias em VHS que foram comercializadas e, mesmo após longos anos da proibição de sua divulgação e comercialização, com a chegada da internet, a obra audiovisual voltou a circular.

No cenário, nova batalha judicial foi travada pela apresentadora, que propôs Ação Ordinária, com pedido de tutela antecipada, em face da empresa Google Brasil Internet Ltda, objetivando a desindexação do sistema Google Search, de qualquer busca relacionando o seu nome a termos como “pedófila”, “pedofilia” ou qualquer outro tipo de termo de cunho ofensivo à sua honra, à sua imagem, acrescentando o elemento da privacidade de sua filha, com então 12 anos à época do ajuizamento da ação, que poderia ser submetida a informações inadequadas e caluniosas.

A discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial (REsp) proveniente de decisão exarada pelo Juízo de primeiro grau que havia deferido o pedido de tutela antecipada determinando que a empresa se abstinhasse de expor aos seus usuários os resultados de buscas com os termos “Xuxa”, “pedofilia”, “Xuxa Meneghel” ou qualquer outra grafia que se assemelhasse a estas, isolada ou conjuntamente, com ou sem aspas, no prazo de 48 horas, a contar da intimação, sob pena de multa cominatória de R\$ 20.000,00 para cada resultado positivo disponibilizado²⁰².

²⁰¹ TJ-RJ - **APELAÇÃO: 00040273020108190209** RIO DE JANEIRO BARRA DA TIJUCA REGIONAL 2 VARA CÍVEL, Relator: CLAUDIO DE MELLO TAVARES, Data de Julgamento: 20/03/2013, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/03/2013.

²⁰² APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. GOOGLE. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO GENÉRICA DE QUALQUER REFERÊNCIA QUE ENTENDA OFENSIVA À SUA HONRA OU AO SEU PASSADO DE MODELO FOTOGRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DO URL DA PÁGINA ONDE ESTE ESTIVER INSERIDO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. Os provedores de pesquisa virtual não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para

A decisão interlocutória proferida foi impugnada via de Agravo de Instrumento (AI)²⁰³ interposto pelo Google, obtendo parcial provimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), que restringiu o alcance da medida liminar “apenas às imagens expressamente referidas pela parte agravada”, com a ressalva de ser sem a “exclusão dos links na apresentação dos resultados de pesquisas”.

Após rejeição dos Embargos de Declaração (ED) opostos por ambas as partes o Google interpôs Recurso Especial²⁰⁴ sustentando a violação dos artigos 461, §§ 4º e 6º do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, então vigente à época, discutindo-se a modificação do valor da multa e seu excesso; artigo 248²⁰⁵, do Código Civil (CC), advogando a tese de prestação impossível; além de apresentar divergências jurisprudenciais.

Por unanimidade, a Terceira Turma do STJ proveu o pedido recursal da empresa²⁰⁶ Google Brasil Internet Ltda, fazendo-o sob as razões fáticas e jurídicas a seguir colacionadas.

Entendeu o STJ não ser possível delegar ao provedor de pesquisa a discricionariedade de retirada ou não de páginas dos resultados provenientes de buscas em virtude da abstração ou parcialidade relativa à categorização do que pode, ou não, ser considerado conteúdo ofensivo a terceiros. E, em não havendo entremetimento entre a ferramenta de busca e o conteúdo encontrado, não se sustenta a alegação de produto defeituoso, assim como definido no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, tampouco seja possível ver similitude nos argumentos das decisões que envolvem provedores de conteúdo.

uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. Não está se negando à Autora o exercício do direito ao esquecimento, direito que possui de não permitir que um fato, verídico ou inverídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, mas, afastando a responsabilidade da Ré de acordo com o entendimento firmado pelos nossos Tribunais, com base, inclusive, ao direito de informação e na ponderação entre direitos. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. TJ-RJ - **APELAÇÃO: 00247178020108190209** 201500121012, Relator: Des(a). VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO, Data de Julgamento: 02/05/2017, VIGESIMA PRIMEIRA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 19ª CÂMARA CÍVEL), Data de Publicação: 05/05/2017. Fls. 71/72 e-STJ.

²⁰³ Fls. 310/316, e-STJ.

²⁰⁴ STJ - **REsp: 1316921 RJ** 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012.

²⁰⁵ CC. Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

²⁰⁶ STJ - **REsp: 1316921 RJ** 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012.

O entendimento do STJ é de que a responsabilidade dos motores de busca não pode ir além da natureza de sua atividade de provedoria de pesquisa e auxílio na localização das informações na internet e do dever de proteger os dados cadastrais de seus usuários e informações sobre seu comportamento de busca. Não podem ser imputados ao prestador do serviço o dever de controle sobre os resultados. Considerou também que existe impossibilidade técnica de delimitar parâmetros para identificar se um conteúdo é potencialmente ofensivo, dada a subjetividade inerente ao dano psicológico ou à imagem. Destacamos trecho do Acórdão:

Por outro lado, seria temerário delegar esse juízo de discricionariedade aos provedores. Tampouco se pode falar em risco da atividade como meio transversal para a responsabilização do provedor de pesquisa por danos decorrentes do conteúdo das buscas realizadas por usuários. Há de se ter cautela na interpretação do art. 927, parágrafo único, do CC/02²⁰⁷.

Segundo sustentou a relatora, Ministra Nancy Andrighi, em voto acompanhado pelos demais Ministros, admitir que os provedores de pesquisa na internet eliminem dos seus resultados certos termos ou expressões, coloca em risco o direito coletivo à informação, em afronta ao disposto pelo artigo 220, § 1º, da Constituição Federal²⁰⁸.

Nesta toada, defendeu ainda a Relatora ser inaceitável a pretensão de serem segregadas e ocultadas de buscas pelos usuários a reprodução de imagens encontradas como resultados destas buscas, primeiramente pela impossibilidade de identificação de quais imagens contêm ou não teor ofensivo ou ilícito. E, em fazendo-se imperiosa a retirada indiscriminada de todas as imagens, suscitaria a violação do direito à informação, constitucionalmente protegido.

Sendo assim, não há como delegar a máquinas a incumbência de dizer se um determinado site possui ou não conteúdo ilícito, muito menos se esse conteúdo é ofensivo a determinada pessoa.

Diante disso, por mais que os provedores de informação possuam sistemas e equipamentos altamente modernos, capazes de processar enorme volume de dados em pouquíssimo tempo, essas ferramentas serão incapazes de identificar conteúdos reputados ilegais²⁰⁹.

²⁰⁷ STJ - REsp: 1316921 RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012.

²⁰⁸ CF. Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

²⁰⁹ STJ - REsp: 1316921 RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012.

Em relação aos termos específicos, como “pedófila” ou “pedofilia”, a Relatora observou que a pretexto da proteção dos direitos da personalidade arguidos pela apresentadora sua supressão traria inestimável prejuízo à coletividade uma vez que reportagens, notícias, denúncias e uma vasta gama de informações sobre o tema incorreria estariam à margem de discussões que devem ser caras à sociedade. Neste sentido sustentou:

Em segundo lugar, há de se considerar que essa forma de censura dificulta sobremaneira a localização de qualquer página com a palavra ou expressão proibida, independentemente do seu conteúdo ser ou não ilegal, tolhendo o direito à informação.

Na hipótese específica dos autos, por exemplo, a proibição de que o serviço da recorrente aponte resultados na pesquisa da palavra ‘pedofilia’ impediria os usuários de localizarem reportagens, notícias, denúncias e uma infinidade de outras informações sobre o tema, muitas delas de interesse público. A vedação restringiria, inclusive, a difusão de entrevista concedida recentemente pela própria recorrida, abordando a pedofilia e que serve de alerta para toda a sociedade. Curiosamente, a vedação dificultaria até mesmo a divulgação do próprio resultado do presente julgamento!

Os exemplos acima ilustram a importância dos sites de pesquisa e a quão perniciososa pode ser a imposição de restrições ao seu funcionamento.

A verdade é que não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação²¹⁰.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal que se ateve à questão processual, não adentrando ao mérito da discussão, negando seguimento à Reclamação n. 15955 da apresentadora que visava restabelecer a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²¹¹.

Consubstancia-se o caso em testilha na concretude dos constantes conflitos entre os direitos fundamentais à informação e comunicação e os direitos inerentes à Dignidade da Pessoa Humana que, em situações como a narrada se imiscui ao Direito ao Esquecimento.

²¹⁰ STJ - **REsp: 1316921 RJ** 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012.

²¹¹ STF - **Rcl: 15955 RJ**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 24/09/2014, Data de Publicação: DJe-189 DIVULG 26/09/2014 PUBLIC 29/09/2014.

O artigo 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”²¹².

O elo entre a Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos da personalidade é inquebrantável, como se depreende da Constituição Federal de 1988 que consagra a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e positiva expressamente, reconhecendo-os como direitos fundamentais, os direitos da personalidade, como o direito à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem, à honra, entre outros²¹³.

Geralmente, os direitos da personalidade se dividem em: direito ao próprio corpo, direito à honra, direito à imagem, direito à privacidade, direito ao nome e à identidade pessoal. E o presente caso impõe a necessidade de se debruçar sobre alguns deles.

O direito à imagem está previsto na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, incisos V (que prevê o direito de resposta e a indenização em caso de ofensa à imagem); X (que considera o direito à imagem como inviolável, cuja ofensa é sujeita a indenização pelo dano moral ou material causado), e XXVIII, alínea “a”, que trata da participação em obras coletivas e reprodução da imagem inclusive em atividades desportivas).

Na esfera infraconstitucional, o Código Civil, dispõe e seu artigo 20, sobre o direito à imagem que:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

²¹² Disponível em: https://desinstitute.org.br/noticias/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-como-surgiu-e-o-que-defende/?gad_source=1&gclid=CjwKCAiAudG5BhAREiwAWMISjK7XkzcQCIRXR4iLRyBXayRrA49Nm83Ippd215eoYt8uWTINUawKiRoCL6QQAvD_BwE Acesso em: 13 nov. 2024.

²¹³ CF. Artigo 5º, inciso X, CF/88: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Anderson Schreiber vislumbra dois equívocos no dispositivo em comento. O primeiro deles consiste na delimitação a duas situações em que a imagem de uma pessoa pode ser veiculada sem sua autorização, qual sejam, a necessidade da “administração da justiça” ou “manutenção da ordem pública”²¹⁴.

O segundo equívoco estaria contido na parte final do artigo 20, supracitado, que limita ao ofendido obter a proibição do uso ou veiculação de sua imagem, às possibilidades de ofensa à sua honra, boa fama ou respeitabilidade, uma vez que, em sendo um direito autônomo, independe de violação da honra para ser exercido.

Para Antonio Chaves, o direito à própria imagem materializa-se numa série de faculdades, como o direito de divulgação, venda, publicação, por meio de negócios de cessão, delimitados segundo o escopo, tempo, território, entre outras condições que são estabelecidas pelo seu titular. Daí decorre a vedação do uso não autorizado de imagem alheia²¹⁵.

O direito à imagem se entrelaça com a honra, mas também com a intimidade. No tocante à proteção à privacidade, o Código Civil Brasileiro traz em seu artigo 21 que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato contrário a essa norma”.

Bauman considera privacidade uma área restrita do indivíduo, “domínio de sua soberania indivisa, dentro do qual se tem o poder abrangente e indivisível de decidir “quem sou e o que sou” – e do qual se pode lançar e relançar campanhas para que essas decisões sejam e se mantenham reconhecidas e respeitadas”²¹⁶. Assim sendo, pode-se considerar que direito à privacidade é a discricionariedade de cada indivíduo de limitar ou obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada, bem como o acesso a informações sobre sua intimidade, e a prerrogativa individual de controlar as informações pessoais.

²¹⁴ SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. **Diálogos sobre direito civil**, v. 2, p. 1, 2008.

²¹⁵ CHAVES, Antonio. O Direito à própria imagem. **Revista de Informação Legislativa**. v. 9, n. 34 (abr./jun. 1972). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180562> Acesso em: 12 nov. 2024.

²¹⁶ BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 107.

Sob este aspecto, a proteção abrange a liberdade de divulgação de fatos íntimos, cabendo à própria pessoa ter o livre arbítrio de se expor ou não e até que limite deseja se expor.

A projeção da pessoa pública e, ou notória, embora possa restringir-lhe a possibilidade de mitigar as intromissões em sua vida privada, não configura renúncia ao direito à privacidade. A voluntária limitação deste direito fundamental não pode ser considerada como um *status* permanente e imutável, em proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Na atividade artística, destacadamente daquele alçado ao sucesso, coexistem os direitos à privacidade e à liberdade de expressão, cuja preponderância do último em relação ao primeiro é o padrão, sem importar no sufocamento do núcleo daquele que não se sobressai, sob pena de negação ou violação dele.

Em que pese não expressamente previsto, o direito ao esquecimento tem sua raiz constitucional à medida que serve ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao direito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, explicitamente inseridos na Constituição Federal de 1988.

Com efeito, o Recurso Especial n. 1.316.921²¹⁷, base da análise do caso em comento, tratou em essência da habilidade ou não dos provedores de busca pela internet de identificar conteúdos ofensivos ou potencialmente ofensivos, limitando-se a não responsabilizar os provedores de busca, sob pena de afronta ao direito constitucional à informação.

Conforme o acórdão, após o sopesamento, porém sem maior aprofundamento quanto aos conceitos dos direitos fundamentais em questão, considerou-se ser irrelevante a informação ser prejudicial, ofensiva ou ilícita e a Corte posicionou-se pela preferência à liberdade de expressão e ao direito de acesso à informação e traçou as bases para as posteriores decisões acerca do direito à indexação, especialmente no que se refere ao fundamento da impossibilidade técnica.

²¹⁷ STJ - REsp: 1316921 RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012.

2.2.3 O Caso da Candelária²¹⁸

Em 23 de julho de 1993, aconteceu ao redor do então centro financeiro da segunda maior capital do País – Rio de Janeiro – o que ficou conhecido como a “Chacina da Candelária”, o extermínio de oito adolescentes e jovens de maneira brutal, cuja repercussão internacional talhou o Brasil às marcas dos piores crimes cometidos contra os Direitos Humanos e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Originária de uma promessa feita à esposa, por Antônio Martins da Palma²¹⁹, a Igreja da Candelária era conhecida por abrigar, à época, cerca de 70 crianças e adolescentes egressos de problemas familiares, abusos e violência doméstica.

O crime, cuja motivação beira a irracionalidade²²⁰, de acordo com as investigações e posteriores condenações judiciais, foi cometido por dois policiais militares e dois ex-policiais militares que abriram fogo contra crianças e adolescentes que viviam nas ruas, nos arredores daquele que, além de refúgio dos menores, era ponto turístico da cidade.

²¹⁸ RECURSO ESPECIAL. REPERCUSSÃO GERAL. JULGAMENTO CONCLUÍDO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO OU RATIFICAÇÃO. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. CONFLITO APARENTE DE VALORES CONSTITUCIONAIS. DIREITO DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. CHACINA DA CANDELÁRIA. TEMA N. 786/STF. RE N. 1.010.606/RJ. COMPATIBILIDADE ENTRE OS ACÓRDÃOS DO STJ E STF. RATIFICAÇÃO DO JULGADO. STJ - **REsp: 1334097 RJ** 2012/0144910-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/11/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022.

²¹⁹ Segundo registros históricos, a Capela da Candelária foi construída no Rio de Janeiro, por ter sido o primeiro porto a atracar a embarcação que viajava o casal de espanhóis, Antônio Martins da Palma e sua esposa, Leonor Gonçalves. Tendo enfrentado uma tempestade durante a viagem marítima, apelaram para sua Santa de devoção e, no primeiro porto que chegaram a salvo, construíram a então capela. O templo barroco como se conhece, atualmente a Igreja de Nossa Senhora da Candelária, teve sua construção autorizada em 03 de junho de 1775, no lugar da capela, tendo sido inaugurada em 10 de julho de 1898. Disponível em: <https://www.candelariario.org.br/sobre-a-igreja-da-candelaria-2/> Acesso em: 12 jul. 2024.

²²⁰ De acordo com o apurado nas investigações a razão do crime foi uma discussão entre um dos autores do crime e os meninos da Candelária. “O soldado tinha levado dois adolescentes que cheiravam cola de sapateiro para a delegacia. Mas, chegando lá, o delegado decidiu soltá-los com o argumento de que o produto não era considerado entorpecente. Revoltado, Emmanuel precisou voltar à Candelária, onde fazia o patrulhamento de um ato de sindicalistas. Lá, os jovens teriam zombado do PM, iniciando uma discussão”. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/chacina-da-candelaria-relembre-o-crime-que-completa-30-anos-neste-domingo-1.3081267> Acesso em: 12 jul. 2024.

O veredito que condenou os culpados também inocentou o réu, Jurandir Gomes, absolvendo-o em 10 de dezembro de 1996, em decisão proferida pelo Tribunal do Júri da Comarca do Rio de Janeiro, acolhendo o pedido da própria Promotoria de Justiça²²¹.

Após quase uma década do julgamento a emissora de maior audiência do País, a TV Globo, transmitiu um episódio do Programa “Linha Direta”, cuja propaganda no site da própria emissora é do programa que “leva à televisão casos policiais não solucionados e incentiva telespectadores a oferecerem pistas que ajudem as autoridades na solução de crimes e na captura de foragidos da justiça”²²², sobre a “Chacina da Candelária”, em que pese se tratar de um caso já solucionado.

A transmissão, que para além do conteúdo jornalístico, disponibilizou uma reprodução dos fatos com a participação de atores desempenhando os papéis dos personagens envolvidos, identificou o senhor Jurandir Gomes, como participante dos homicídios sequenciais, à sua revelia, dado que, procurado pela emissora, recusou-se a dar entrevistas, deixando claro que não queria ver sua imagem vinculada a fatos revestidos de tamanha crueldade.

À época, o programa estava em sua segunda temporada, que se estendeu entre 1999 a 2007, sendo transmitido em rede nacional, pela maior emissora do país²²³. A repercussão, estrondosa, desenterrou situações, senão esquecidas, já adormecidas de maneira geral na sociedade, levando o autor a ingressar com ação indenizatória por danos morais, fundamentando seu pedido especialmente no direito à privacidade, ao anonimato e à paz, sendo distribuída, em primeira instância, ao juízo

²²¹ TORRES, Sergio. Justiça absolve 3 acusados de chacina. **Folha de S. Paulo cotidiano**. Publicado em: 11 dez. 1996. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/12/11/cotidiano/34.html>. Acesso em: 12 jul. 2024.

²²² Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/jornalismo-e-telejornais/linha-direta/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

²²³ Ainda, segundo dados inseridos no wikipedia (https://pt.wikipedia.org/wiki/Linha_Direta), o “Linha Direta” contava com uma central telefônica disponível 24 horas por dia e, a partir de 2000, com uma página na Internet para receber denúncias de telespectadores, sempre com garantia de sigilo total. A exibição dos retratos dos procurados nas chamadas do Linha Direta foi o suficiente para que eles fossem localizados. A popularidade do programa era tal que no presídio Aníbal Bruno, em Recife, três bandidos presos graças às denúncias do programa foram apelidados de “Linha Direta 1, 2 e 3”. Alguns foragidos se entregaram à justiça ao saberem que os seus casos estavam sendo produzidos pelo programa. O objetivo era impedir o programa de ir ao ar, porque eles já estariam presos. Também era uma forma de evitar que os crimes se tornassem conhecidos em todo o Brasil. Exemplos desses casos são: Nelson Carpen, um estelionatário de Santa Catarina; e Omar Souto, pintor de Goiás acusado de abuso sexual de menores de idade. Em ambos os casos, os programas foram exibidos pela emissora para não incentivar esse tipo de manobra”.

da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, que decidiu contrariamente à pretensão do autor, sustentado a seguir:

[...] evento traumático da história nacional” e que repercutiu “de forma desastrosa na imagem do país à comunidade internacional”, e, de outro o “direito ao anonimato e ao esquecimento” do autor, entendeu por bem mitigar o segundo, julgando improcedente o pedido indenizatório²²⁴.

O juízo de origem, na ponderação dos princípios à baila da discussão, entendeu pela preponderância do interesse público e do direito à informação em detrimento do direito ao anonimato e à privacidade, reduzindo sua incidência, como se demonstra em outro trecho da decisão:

[...] A matéria jornalística não foi maliciosa, atendo-se a reportar a verdade dos fatos, cercados de interesse social em razão do impacto que a “Chacina da Candelária” teve na opinião pública nacional e estrangeira, não se configurando – pois – abuso de direito. Considerou-se, ainda, que a menção ao autor era importante e pertinente, não se confundindo com bisbilhotice sensacionalista, na medida em que o seu equivocado indiciamento adicionou ao já trágico episódio da Chacina um elemento vergonhoso à parte, que foi o desastroso inquérito policial²²⁵.

A insurgência do autor escalou o litígio à apelação, que reformou a sentença, tendo sido ementada da seguinte forma:

Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no Programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, deriva do da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal.

I – O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do País, em particular para a formação da identidade cultural deste último.

II – Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil.

III – Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informações, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento.

²²⁴ STJ - REsp: 1334097 RJ 2012/0144910-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/11/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022.

²²⁵ STJ - REsp: 1334097 RJ 2012/0144910-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/11/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022.

IV – Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento.

V – Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de indenização²²⁶.

A decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não atenua o papel da imprensa no dever de informar. Ao contrário, o reconhece como um direito-dever. No entanto pondera que os fatos passíveis de serem divulgados, sejam revestidos de caráter histórico, isto é, do intuito de somar à formação da história e cultura de um povo de determinado país.

Para o Colegiado, passados dez anos da absolvição do autor no caso da Chacina da Candelária, o direito ao anonimato se sobressai, de modo que a história poderia ter sido reproduzida mencionando apenas os verdadeiros condenados destacando-se que, absolto o acusado lhe é devolvido o *status quo*, portanto, constitui-se ilícito civil a veiculação de notícia de maneira descuidada e sem a devida ocultação do nome do autor.

Embargos Infringentes foram opostos pela Rede Globo cujo julgamento manteve a decisão exarada no Recurso de Apelação. Nessa feita, a publicação foi considerada como um revolvimento de fatos pretéritos que impactaram drasticamente a esfera da vida privada do autor. Não resistiu a alegação da defesa da veracidade da informação. Tampouco sobressaiu-se o interesse público na discussão aberta de fatos históricos do acervo coletivo da memória diante pois a divulgação do nome e imagem do autor foi considerada desnecessária, uma vez que os dados já não compunham novidade, nem acresceriam valor ao teor da matéria, dado o decurso de 10 anos desde a sua ocorrência. O público não restaria menos informado sobre os fatos sem a exposição dos dados e imagem do autor.

²²⁶ STJ - REsp: 1334097 RJ 2012/0144910-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/11/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022, fls. 195-196.

Assim, o Tribunal considerou que o conflito entre a liberdade de informar e os direitos individuais era apenas aparente. Em jogo estavam o interesse privado do veículo de comunicação voltado ao lucro, e o interesse público dos destinatários da notícia; e o da inviolabilidade da intimidade, da imagem e da vida privada. A decisão apontou que haveriam recursos técnicos, como a desfiguração eletrônica da imagem do autor e o uso de um pseudônimo para preservar ao máximo a liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.

Destacamos parte da decisão:

[...] 4. Das garantias fundamentais à intimidade e à vida privada, bem assim do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, extraíram a doutrina e a jurisprudência de diversos países, como uma sua derivação, o chamado "direito ao esquecimento", também chamado pelos norte-americanos de "direito de ser deixado em paz". Historicamente, a construção desses conceitos jurídicos fez-se a bem da ressocialização de autores de atos delituosos, sobretudo quando libertados ou em vias de o serem. Se o direito ao esquecimento beneficia os que já pagaram por crimes que de fato cometeram, com maior razão se deve observá-lo em favor dos inocentes, involuntariamente tragados por um furacão de eventos nefastos para sua vida pessoal, e que não se convém revolver depois que, com esforço, a vítima logra reconstruir sua vida²²⁷.

Em Recurso Especial, a emissora alegou em sua defesa a amplitude da divulgação dos fatos à época, sustentando não ter veiculado fatos novos que pudessem atentar contra a privacidade do autor da ação. Asseverou ainda que era de conhecimento público quem foram os acusados, e que o direito ao esquecimento seria impossível no presente caso, dada a importância histórica do ocorrido no País e no mundo.

O Superior Tribunal de Justiça manteve o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como se destaca na fundamentação do voto proferido pelo Ministro Relator Felipe Salomão:

²²⁷ STJ - REsp: 1334097 RJ 2012/0144910-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/11/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022.

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem tampouco a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito²²⁸.

O acórdão evidencia em sua ementa a colisão entre o direito ao esquecimento, advindo do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem e demais direitos fundamentais, como a liberdade de imprensa, o direito à informação e o interesse público. E, primorosamente, contextualiza a discussão, trazendo relevância aos desafios da sociedade da tecnologia já destacados neste trabalho.

Destacamos:

[...] 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.

4. Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiper informação, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro:

²²⁸ STJ - REsp: 1334097 RJ 2012/0144910-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/11/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022.

Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados²²⁹.

Sobre a liberdade de expressão, o acórdão propõe não desconsiderar, porém ir além do argumento histórico de defesa da liberdade de imprensa no Brasil em prol do Estado Democrático de Direito:

[...] 6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos.

No tocante ao voto do relator, Luís Felipe Salomão, acompanhado pela 4ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, vale ressaltar o fato de que o programa enfatizou a condição de indiciado e não de inocentado do autor, e ainda promoveu a transmissão a sua revelia, havendo clara violação dos direitos.

O caso em testilha foi o primeiro julgamento em que foi reconhecido o direito ao esquecimento expressamente por um Tribunal Superior brasileiro, podendo-se afirmar tratar-se de uma decisão vanguardista.

O acatamento da tese do autor de que “não gostaria de ser lembrado contra sua vontade”, alude que o conceito de direito ao esquecimento entendido pela Corte baseou-se na corrente doutrinária voluntarista, que compreende o direito ao esquecimento como o “direito de ser deixado em paz” diante do decurso do tempo, defendendo o anonimato, do qual nunca o titular do direito deveria ter saído.

Contudo, a concepção adotada no julgado de direito ao esquecimento sofre críticas bem fundamentadas, como a de Anderson Schreiber:

²²⁹ STJ - REsp: 1334097 RJ 2012/0144910-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/11/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022.

Assim entendido, o direito ao esquecimento torna-se um verdadeiro direito de propriedade sobre os acontecimentos pretéritos. A recordação pública dos fatos acaba subordinada ao mero “querer” da pessoa envolvida, o que é flagrantemente incompatível com a Constituição brasileira, que tutela, entre seus direitos fundamentais, não só a privacidade, mas também, e em igual medida, a liberdade de informar e o direito de acesso pela sociedade à informação (art. 5º, XIV e XXXIII). Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado. [...] É evidente que uma versão voluntarista do direito ao esquecimento, tal qual acolhida pelo STJ, ameaça enormemente esses serviços, na medida em que acaba por reconhecer a qualquer usuário a possibilidade de moldar, de acordo com sua vontade, as ocorrências relativas ao seu nome — o que nos levaria, em última análise, a uma espécie de internet de cada um²³⁰.

Verifica-se, portanto, ser incontroversa a existência e possibilidade de colisão entre direitos fundamentais. O caso em comento ressalta a colisão e necessidade de proporcionalidade na coexistência entre os direitos ao esquecimento, às liberdades de imprensa, de expressão e informação e os direitos civis constitucionais à honra, à intimidade, à imagem e à vida privada.

Não obstante, ultrapassada a discussão sobre o reconhecimento, ou não, do direito ao esquecimento na ordenação jurídica pátria, sua concepção em si é passível de críticas, como a citada acima. Em sua melhor acepção, o direito ao esquecimento não deveria ser utilizado para obstar a divulgação de um fato pela pura vontade de um indivíduo, apenas porque ele quer, mas como meio de para garantir o livre desenvolvimento da personalidade individual e a sua representação fidedigna e atual perante a sociedade.

²³⁰ SCHREIBER, Anderson. Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-aditem-proprietarios-passado/> Acesso: 14 jul. 2024.

2.3 A decisão do STF sobre direito ao esquecimento no caso Ainda Curi

Para compreender o processo de ponderação entre os princípios constitucionais que levou o STF a considerar o direito ao esquecimento contrário à Constituição Federal, procedeu-se à análise do relatório, do debate e conteúdo dos votos do acórdão²³¹, do contexto da decisão e do processo de construção da tese de repercussão geral, uma vez que refletem claramente os elementos que foram considerados como constituintes do direito ao esquecimento e os elementos que foram considerados como valores de ponderação sobre a liberdade de imprensa e direito a informação.

Guilherme Magalhães Martins destaca as três principais correntes de entendimento manifestadas por diversos estudiosos²³² durante a audiência pública, no dia 12 de junho de 2017, sob a coordenação do relator do Recurso Extraordinário 1.010.066²³³, Ministro Dias Toffoli, sendo que prevaleceu o entendimento de que o instituto do direito ao esquecimento corresponderia a uma espécie de censura ou atentado à liberdade de expressão:

a) Corrente Pró-informação, que nega a existência do direito ao esquecimento e utiliza como argumento o julgamento do STF sobre as biografias não autorizadas – ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4.815, confrontando-o com o direito à memória coletiva;

b) Corrente Pró-esquecimento, que defende a existência do direito ao esquecimento, o qual deve sempre preponderar sobre a liberdade de informação como expressão do direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade, no intuito de evitar a rotulação da pessoa humana pela mídia e pela internet, estabelecendo penalidades perpétuas ao indivíduo. Seus defensores se amparam sobretudo no julgamento do Caso da Chacina da Candelária²³⁴;

²³¹ STF - RE: 1010606 RJ, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021.

²³² MARTINS, Guilherme Magalhães. Direito ao Esquecimento como Direito Fundamental. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 133, p. 19-73, 2021.

²³³ STF - RE: 1010606 RJ, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021.

²³⁴ O STJ julgou o Recurso Especial 1.334.097-RJ e aplicou o direito ao esquecimento como o “direito de não ser lembrado contra a própria vontade” ou “*right to be forgotten*”.

c) Corrente Intermediária: que defende a necessidade de ponderação em cada caso concreto, uma vez que entre os direitos fundamentais, como a liberdade de informação e o direito ao esquecimento, não deve haver hierarquia.

No acórdão, o direito ao esquecimento foi conceituado como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.

Extraem-se dessa definição os seguintes elementos estruturantes: (i) o direito ao esquecimento pretende impedir a divulgação da informação, enquadrando-se no conceito de direito ao esquecimento como “direito de apagar” ou “*right to erase*”, e também no conceito de “direito de esquecer” ou “direito de ser esquecido”; (ii) a informação deve ser verídica e lícitamente obtida e, portanto, torna-se irrelevante se, em que pese a licitude da obtenção e a sua veracidade, se a divulgação pode produzir dano àquele que pleiteia o impedimento, ou a terceiro, quer seja ou não relacionado ao postulante; e (iii) o efeito do decurso do tempo sobre a pertinência ou a relevância da informação para o interesse público. Portanto, para o conceito de direito ao esquecimento que foi adotado, o grau de interesse público e o decurso do tempo seriam inversamente proporcionais.

2.3.2 Breve descrição do caso Aída Curi

A decisão do STF objeto deste estudo foi proferida em 11 de fevereiro de 2021, quando negou-se provimento ao Recurso Extraordinário n. 1.010.606 em face da decisão da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²³⁵.

O RE, com base nos arts. 1º, III, 5º, caput, III e X, e 220, § 1º, da Constituição Federal de 1988, coloca em discussão se a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil pode ser invocada pela vítima ou seus familiares, considerando a

²³⁵ STF - RE: 1010606 RJ, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021.

harmonização dos princípios que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade com a liberdade de expressão e direito a informação.

Trata-se de ação indenizatória movida por familiares de vítima fatal de episódio de violência, em face de empresa de comunicação que fez uso não autorizado de imagens de sua irmã falecida ao produzir e veicular, em rede televisiva nacional, em um episódio de obra audiovisual de natureza documental denominada “Linha Direta - Justiça”.

Alegam os autores que, decorridos cinquenta anos do fato, o tempo propiciou que a memória dolorosa fosse naturalmente abrandada e, conseqüentemente, a experiência dolorosa dos familiares.

Buscaram, sem sucesso, impedir a veiculação do programa, de forma que, restou-lhes, ocorrida a veiculação, recorrer à posterior remediação indenizatória, com a declaração de ilegalidade da obra seriada documental questionada, por violar direitos da personalidade e da dignidade humana.

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a sentença que indeferiu os pedidos dos autores e, apresentados dois embargos de declaração, eles restaram não-acolhidos. A discussão foi levada ao STJ, que deu provimento ao agravo interposto pelos autores e negou o provimento ao recurso especial.

O STJ entendeu que não seria aplicável o direito ao esquecimento em face do reconhecimento da historicidade do fato veiculado no Programa Linha Direta Justiça. Não se decidiu sobre a inexistência do direito ao esquecimento, mas, utilizando o critério da proporcionalidade, não considerou comparável o desconforto gerado pela lembrança dos fatos à supressão da liberdade de imprensa, ao resgatar os fatos e imagens de um crime de relevância histórica.

Conforme descreve o relatório do Acórdão do STF em comento, o STJ também esclarece que a decisão proferida quanto à ausência de ilicitude e de dano indenizável levou em consideração que na atividade jornalística não foi constatada a “artificiosidade ou abuso” e que, em função do valor histórico e ampla divulgação do crime à época de sua ocorrência, não seria possível omitir a vítima para cumprir o dever de informar.

Assim sendo, o STJ considerou como centrais, na ponderação, de um lado, quanto ao direito à informação e liberdade de imprensa: (i) o decurso do tempo, identificando que ele não tornou a informação irrelevante ou descontextualizada e reconhecendo a historicidade do fato; (ii) o uso ético da informação na atividade jornalística; (iii) a importância do uso das informações sobre o ofendido para a concretude da informação. Por outro lado, sobre o direito à privacidade e à integridade psíquica dos autores, o STJ avaliou (i) a extensão do desconforto causado aos autores e (ii) a plausibilidade da indenização.

2.3.3 Análise da construção do Tema de Repercussão Geral

Ao reconhecer que a discussão do alegado direito ao esquecimento em conflito com a liberdade de expressão ultrapassa os interesses subjetivos do processo, ele foi considerado como de repercussão geral pelo STF e o assunto foi inscrito como Tema n. 786, dando-se-lhe a seguinte descrição: “aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”.

Verifica-se que, de início, o contexto da análise não era o da existência ou não do direito ao esquecimento, tampouco sua conceituação ou o seu conflito com a liberdade de expressão e informação, mas sim, assumindo a sua existência, verificar se ele é aplicável na esfera cível a requerimento do ofendido ou seus familiares.

Em primeira manifestação, o Ministério Público (MP) decidiu-se pelo não provimento do recurso extraordinário e propôs a seguinte tese de repercussão geral:

Tema 786: Não é possível, com base no denominado direito a esquecimento, ainda não reconhecido ou remarcado no âmbito civil por norma alguma do ordenamento jurídico brasileiro, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão por censura ou exigência de autorização previa. Tampouco existe direito subjetivo a indenização só pela lembrança de fatos pretéritos.

Interessante notar que a Procuradoria Geral da República (PGR) ao analisar o caso não identifica a possibilidade de reconhecer-lhe a repercussão geral, uma vez que existem muitas variáveis a serem consideradas para a aplicabilidade do direito ao esquecimento, recomendando a decisão caso a caso.

Relata o Ministro Dias Toffoli que convocou audiência pública consultando autoridades e expertos sobre: a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil e a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando-se a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade²³⁶.

Após a realização da audiência pública convocada pelo STF, ouviu-se novamente o MP, e a PGR manifestou-se, propondo novo texto para a tese de repercussão geral:

Tema 786: “O direito ao esquecimento consiste em desdobramento do direito à privacidade, devendo ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão”. - Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário.

Destaca-se a importância da avaliação feita pela PGR de que (i) é impossível determinar, de forma abstrata, se o direito à privacidade e à inviolabilidade da imagem prevalecem ou não sobre a liberdade de expressão, liberdade de imprensa e o direito à informação; e (ii) é perfeitamente reconhecível a existência do direito ao esquecimento, mesmo sem expressa previsão legal:

[...] ante a manifesta impossibilidade de estabelecer-se a prevalência, em abstrato, de quaisquer dos interesses em conflito, quais sejam, a inviolabilidade da imagem e o direito à privacidade – dos quais decorre a elaboração teórica do direito ao esquecimento –, de um lado, e a liberdade de expressão e de imprensa, bem como o direito à informação, de outro, a solução de eventuais controvérsias depende, fundamentalmente, do exame das peculiaridades de cada caso concreto, a fim de que se possa apurar se, na específica situação discutida, a divulgação de determinada informação extrapolou os limites da liberdade de expressão e violou o direito ao esquecimento.

²³⁶ Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/ministro-dias-toffoli-convoca-audiencia-publica-sobre-direito-ao-esquecimento/> Acesso em: 12 jul. 2024.

Pois, como veremos adiante, não prevaleceram as opiniões da PGR e do STJ. Fixou-se, por fim, a seguinte tese de repercussão geral:

É incompatível com a Constituição federal a existência 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 das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

2.3.4 O voto do Relator e a decisão majoritária

O Ministro Dias Toffoli, antes de proferir seu voto, argumenta, refutando o entendimento do STJ e da PGR, que a transcendência do tema e o interesse coletivo sustentam-se na atualidade do tema visto que existe alta incidência de crimes contra as mulheres, mesmo decorridos 50 anos da morte de Aída Curi e argui ser possível, mesmo analisando o caso concreto, dar objetividade à solução dele.

Ressalte-se que não são poucos os estudos que revelam a contribuição da cobertura midiática de eventos violentos para a sua ocorrência ou a não contribuição da cobertura midiática para a conscientização do público e o combate à violência.

Especificamente nos casos de feminicídio e violência sexual, estudos revelam que a abordagem jornalística muitas vezes fortalece a inferiorização da mulher e ressalta a sua fragilidade, quando não culpa a própria vítima pela conduta ilícita do ofensor²³⁷.

²³⁷ A esse respeito, recomenda-se a leitura do Relatório do Instituto Patrícia Galvão. Disponível em: https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2019/12/IPG_RelatorioMonitoramentoCoberturaFeminicidioViolenciaSexual2019.pdf. Acesso em: 12 jul. 2024.

A Agência Patrícia Galvão, instituição de experiência e dedicação aos estudos sobre o tema pesquisou e analisou, por 2 anos, a cobertura jornalística sobre os crimes de violência contra a mulher e constatou:

Da análise da amostra de matérias coletadas no monitoramento realizado entre 2015 e 2016 é possível afirmar que, em relação à cobertura dos assassinatos de mulheres, prevaleceram matérias sobre a morte em si, sem informações sobre quem era aquela mulher, se já havia buscado ajuda, recorrido ao Estado para se defender de violências anteriores ou se tinha medida protetiva, entre outras questões que podem apontar falhas nas políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres.

A abordagem romantizada e a desresponsabilização do autor pelo crime foram a tônica da cobertura desses homicídios nos veículos analisados. A maioria absoluta dos textos não aborda as reais motivações para o crime; nos que tentam apresentar um motivo, a maioria aponta como causas do assassinato: 'ciúmes', 'violenta emoção', 'defesa da honra', 'inconformidade com a separação', autor 'fora de si', 'transtornado' ou 'sob efeito de álcool. É importante discutir esse padrão que tem sido frequentemente adotado pela imprensa, porque transfere a culpa para a vítima, por seu comportamento e/ou atitudes.

Em 15% das matérias analisadas que continham imagens de vítimas houve exibição de corpos – em sua maioria de mulheres negras – sem qualquer tratamento. Quando isso ocorre é importante ressaltar que, além do vilipêndio pela crueldade da morte, há a revitimização pela exposição midiática. Em relação às mulheres trans e travestis, a cobertura tende a ser ainda mais desrespeitosa. Além de serem comuns a exposição do nome de registro (e não do nome social) e imagens de corpos dilacerados ou jogados no chão, é frequente a associação à suspeita de prática criminosa (roubo, furto ou ameaça), não se abordando a discriminação social de gênero, a transfobia ou a possibilidade de um crime de ódio²³⁸.

Portanto, há que se ter muita cautela ao considerar, sem a criteriosa avaliação da abordagem e contextualização da informação com o uso da imagem e dados da vítima, que houve o devido atendimento do interesse público em detrimento justificado ao interesse individual e se continua preservado o critério de evitar o maior mal no processo de ponderação.

²³⁸ DOSSIÊ FEMINICÍDIO. O que é feminicídio? **Agência Patrícia Galvão**. 2015. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/o-que-e-feminicidio/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

Prosseguindo em sua explanação, afirma o Ministro Dias Toffoli que é preciso decidir se “existe ou não o direito ao esquecimento em nosso ordenamento jurídico-constitucional”²³⁹.

Para fundamentar seu voto, o Ministro discorre sobre as diferentes definições sobre direito ao esquecimento ao longo da história, ilustrados por algumas das decisões de tribunais estrangeiros, sobre o que já se discorreu nas seções anteriores.

Também comenta as definições e argumentos reunidos a partir das contribuições dos expertos e autoridades, de forma a demonstrar que não apenas inexistente previsão legal sobre o direito ao esquecimento, mas também que esse “suposto direito” teria apenas o condão de dar suporte a outros direitos da personalidade, para os quais já existem instrumentos legais em âmbito criminal ou civil que os defendam e confirmam eficácia.

Mas a afirmação nos leva à reflexão: é de fato necessário que exista a previsão legal para que se configure a existência do direito ao esquecimento? A PGR, quando chamada a se manifestar sobre o caso Aída Curi, entendeu que não.

Contudo, o Ministro Relator ressalta a contemporaneidade do tema e a necessidade de discuti-lo nos tempos atuais, cujo contexto chama de “sociedade digital”:

Não me parece, todavia, necessária, para debater o tema, a busca de precedentes remotos que amparem a pretensão ora em apreciação. Muito pelo contrário, é na contemporaneidade que se tem mais fértil campo ao trato do tema. Afinal, com o advento da sociedade digital, a ampliação do nível de exposição a que são submetidos os indivíduos se tornou diretamente proporcional ao anseio por critérios aptos a lhes preservar o recato e por lhes assegurar a contenção na circulação de seus dados pessoais e dos fatos a si atinentes²⁴⁰.

Para atender ao propósito delineado para o acórdão, de conceituar o que é o direito ao esquecimento, Dias Toffoli afirma que devem ser respondidas as seguintes questões: “(i) que elementos essenciais formariam a identidade do pretense direito ao

²³⁹ STF. Supremo Tribunal Federal. **RE 1010606 RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento 11/02/2021. Publicação 20/05/2021.

²⁴⁰ STF. Supremo Tribunal Federal. **RE 1010606 RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento 11/02/2021. Publicação 20/05/2021.

esquecimento? e (ii) que traço o distinguiria dos direitos já previstos e consolidados no ordenamento brasileiro?”²⁴¹.

Em resposta à primeira das questões colocadas, o Ministro Dias Toffoli destaca os elementos essenciais que caracterizam, no seu entender, o direito ao esquecimento: (i) licitude da informação, que deve ser verídica, lícitamente obtida e utilizada; e (ii) o aspecto temporoespacial:

Diferentemente, o que se invoca com o direito ao esquecimento é a proteção jurídica para impedir a divulgação de fatos ou dados verdadeiros lícitamente obtidos, amparando-se na alegação, em essência, de que, pelo decurso do tempo, as informações de outrora não guardariam relevância jurídica, ao passo que sua ocultação (ou ocultação dos elementos pessoais dos envolvidos) melhor serviria aos propósitos constitucionais, sobretudo à proteção dos direitos da personalidade²⁴².

Dias Toffoli identifica o tempo como elemento central do direito ao esquecimento, uma vez que o decurso do tempo pode desatualizar ou descontextualizar a informação e, com isso, sua divulgação pode ensejar uma percepção fragmentada ou mesmo equivocada sobre a pessoa envolvida.

Com essa concepção, relaciona-se diretamente o direito ao esquecimento com a autonomia do indivíduo, sua liberdade para construir (ou reconstruir) a sua individualidade e o seu bem-estar em sociedade. Mesmo que não seja absoluto, resta claro que a ofensa ao direito ao esquecimento é uma afronta a um direito fundamental.

A partir os elementos essenciais acima destacados, o Ministro Dias Toffoli propôs a seguinte definição de direito ao esquecimento: a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtual, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.

E, a partir de tal definição, concluiu pela inexistência de um direito com essa conformação na ordenação jurídica brasileira, sem ignorar, entretanto, a existência da

²⁴¹ STF. Supremo Tribunal Federal. **RE 1010606 RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento 11/02/2021. Publicação 20/05/2021.

²⁴² STF. Supremo Tribunal Federal. **RE 1010606 RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento 11/02/2021. Publicação 20/05/2021.

previsão legal para admitir-se em dadas condições, que a passagem do tempo possa justificar a supressão de dados ou informações²⁴³.

Excluiu-se da discussão o fato de uma pretensão ao esquecimento também buscar a prevenção de graves danos à integridade moral, psíquica e física dos envolvidos, danos esses de difícil e incerta reparação.

Luís Martins Holanda Bezerra Júnior, em equilibrada análise sobre as diferentes correntes sobre a existência do direito ao esquecimento como direito autônomo no âmbito dos direitos da personalidade, assim pondera:

A despeito de se tratar de um rol aberto (*numerus apertus*), os direitos em xeque, afetados pela ofensa ao esquecimento, seriam variáveis, porém perfeitamente identificáveis no caso concreto a ser apreciado, o que permite a ampla defesa do lesante e a análise sobre os limites da incidência do direito especificamente invocado pelo lesado²⁴⁴.

Ao analisar o interesse público da informação, de forma a justificar a prevalência do direito à informação sobre o direito ao esquecimento, Dias Toffoli sustenta que é comumente chamado de interesse público no conhecimento dos fatos o interesse dos homens em “conhecer os fatos, em apurar suas instituições e em rever seus acertos e erros como sociedade”. Para tanto, afirma que tais fatos devem ser consistir em informações lícitas, pressupondo o respeito aos direitos da personalidade.

Diante da afirmação do Ministro Dias Toffoli de que o decurso do tempo não teria o condão de transformar uma informação lícita em algo ilícito, propõe-se a reflexão sobre as Diretrizes para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres – Feminicídios²⁴⁵, documento elaborado em parceria com o Governo Federal, as quais recomendam a proteção das informações das vítimas que tenham sido coletadas para que não se tornem públicas, evitando-se a sua exploração midiática. O documento é uma versão adaptada do Modelo de

²⁴³ Esta conclusão nos faz retomar aos questionamentos de Stefano Rodotà: “Outro problema, é o de verificar se, independentemente de projetos de reforma legislativa, é possível utilizar os instrumentos jurídicos já existentes não apenas para garantir uma proteção mais extensa à privacidade, mas sobretudo para promover as suas condições básicas”. RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²⁴⁴ BEZERRA JUNIOR, Luís Martius Holanda. **Direito ao Esquecimento**: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 95-96.

²⁴⁵ BRASIL. Investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. **Diretrizes Nacionais Feminicídio**. 2016. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf Acesso em: 14 jul. 2024.

Protocolo latino-americano para investigar as mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio), elaborado pelo Escritório Regional da ONU Mulheres e o Escritório Regional do Alto Comissariado de Direitos Humanos²⁴⁶.

A Agência Patrícia Galvão importante organização da sociedade civil em prol dos direitos das mulheres publicou um dossiê sobre feminicídio, dedicando um capítulo sobre o papel da imprensa. O dossiê destaca os parâmetros éticos estabelecidos no Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros:

O Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros define os limites para a divulgação de informações com interesse jornalístico. Em seu art. 6º estabelece entre os deveres do jornalista: “divulgar os fatos e as informações de interesse público”; “respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem do cidadão”; além de “defender os direitos do cidadão, contribuindo para a promoção das garantias individuais e coletivas, em especial as das crianças, adolescentes, mulheres, idosos, negros e minorias”; e “combater a prática de perseguição ou discriminação por motivos sociais, econômicos, políticos, religiosos, de gênero, raciais, de orientação sexual, condição física ou mental, ou de qualquer outra natureza”. Já no art. 11, o Código de Ética define que o jornalista não pode divulgar informações “de caráter mórbido, sensacionalista ou contrário aos valores humanos, especialmente em cobertura de crimes e acidentes²⁴⁷”.

O objetivo desta argumentação não é afirmar com os elementos acima que a superveniência de documentos, estudos e diretrizes governamentais, de acordo com estudos e estatísticas mundiais tenha tornado ilícita a informação que foi veiculada depois de 50 anos da ocorrência dos fatos, como episódio em obra seriada documental. Todavia, o legítimo intérprete, ao considerar não apenas o texto normativo, mas também a realidade fática e o contexto social, atualiza o direito, adaptando-o às necessidades da sociedade, presentes e futuras.

O teor dos parágrafos acima afasta-se da preocupação com a licitude da informação, mas nos aproxima de um ponto fundamental da discussão sobre o direito ao esquecimento: o efetivo interesse público na informação e os contornos da licitude da divulgação da informação.

²⁴⁶ Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf Acesso em: 12 jul. 2024.

²⁴⁷ DOSSIÊ FEMINICÍDIO. O que é feminicídio? **Agência Patrícia Galvão**. 2015. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/o-que-e-feminicidio/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

Mesmo ao concordar com a inafastabilidade da liberdade de expressão no caso concreto, o Ministro Nunes Marques, em seu voto, ressalta que houve afronta à imagem da vítima na divulgação do episódio, o que, portanto, seria passível de indenização. Afirmo o Ministro que “O problema não está no assunto, está no que a divulgação pode gerar de dano, sem o correspondente interesse público que justifique a notícia e sem a observância dos padrões éticos do bom jornalismo”²⁴⁸.

O Ministro Nunes Marques também discorda da relevância histórica da informação:

Também não é certo dizer que o crime tem uma importância histórica. Nenhum elemento particular desse crime indica ter ele uma relevância especial para a história do país ou mesmo do Rio de Janeiro. Trata-se de um crime comum, embora com notável crueldade. O constante reavivamento da notícia, por si só, não torna um crime histórico, mas apenas indica midiaticização reiterada, com profundo desprezo pela memória da vítima²⁴⁹.

Luís Martius Holanda Bezerra Júnior discorre sobre a importância de se diferenciar, na análise do conteúdo midiático e o interesse a que se dirige, “a vontade popular, movida por uma curiosidade coletiva, ou bisbilhotice mórbida”²⁵⁰, voltada a uma intromissão leviana ou sensacionalista em fatos do passado de uma pessoa, de um real interesse público, admitido como apto a afastar a ilicitude da ofensa aos direitos da personalidade alcançados pelo esquecimento²⁵¹.

Para Gilberto Haddad Jabour, a necessidade de sobrevivência das empresas de mídia no cenário de acirrada concorrência as impele a privilegiar o serviço à curiosidade do povo em detrimento do cumprimento do dever de transmitir a informação necessária, útil e de maneira adequada, comportamento esse que se reflete em o que chama de “uma enorme tensão entre a missão social da imprensa e a liberdade de expressão”²⁵².

²⁴⁸ STF - RE: 1010606 RJ, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021.

²⁴⁹ STF - RE: 1010606 RJ, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021.

²⁵⁰ BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. **Direito ao Esquecimento**: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

²⁵¹ Sobre a Ética e a Mídia, destaca-se a relevância do capítulo da obra de Newton De Lucca “Da Ética Geral à Ética Empresarial”.

²⁵² JABOUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

O Ministro Dias Toffoli, após aprofundada análise sobre os diversos aspectos da vida privada e dos direitos que podem estar envolvidos na justificativa da pretensão relacionada ao direito ao esquecimento, considerou que inexistia tal direito, no seu confronto com a liberdade de expressão, quando estiverem presentes a licitude da informação e da sua divulgação, da qual depreende-se o respeito aos direitos da personalidade, e o interesse público. Note-se o recorte estreito da situação fática utilizada para a interpretação da norma.

2.3.5 O voto dissidente do Ministro Edson Facchin

O Ministro Edson Facchin votou em favor do reconhecimento da existência do direito ao esquecimento embora, no caso concreto, não tenha considerado presentes os requisitos suficientes para que o direito ao esquecimento prevalecesse sobre a liberdade de expressão.

Considerando a condição privilegiada da liberdade de expressão, a ponderação proposta pelo Ministro Facchin foi sobre as condições de imanência ou transcendência da informação em relação à esfera individual, ou seja, a presença do interesse público.

Considerou que a informação extrapolava a esfera individual e considerou inegável seu caráter histórico. Em sua análise, o Ministro Facchin não considerou abusiva a atividade jornalística e reputou legítimo o uso dos materiais que já eram de conhecimento público prévio.

Como um conceito guarda-chuva, o direito ao esquecimento que recolhe uma pluralidade de direitos singulares, não se reduz nem aos tradicionais direitos à privacidade e à honra, nem tampouco ao direito à proteção de dados. Ele decorre, em verdade, de uma leitura sistemática do conjunto destas liberdades fundamentais e se encontra intimamente, além da proteção da privacidade, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação informativa.

Quanto à tentativa de conceituar o direito ao esquecimento na atualidade e definir aos seus contornos, ressalte-se a rápida mutação do substrato material da sociedade ao qual ele se refere. Porque este direito está ligado às tecnologias de arquivamento disponíveis em determinado momento histórico para certa sociedade, é de se esperar que a evolução do aparato técnico-científico implique não apenas saltos quantitativos, mas também qualitativos.

O Ministro reconhece a existência dos pilares do direito ao esquecimento na ordenação jurídica brasileira, ao estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informativa, reconhecida no referendo das medidas cautelares nas ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390, e 6.393, todas de relatoria da Ministra Rosa Weber (art. 5º, XII, CRFB/88) e no Enunciado n.º 531, de 2014, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) de acordo com o qual: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

O Ministro enfatiza que a liberdade de expressão possui posição de preferência no sistema constitucional brasileiro, em casos de conflito entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação, mas que a ponderação também deve preservar o “núcleo essencial dos direitos da personalidade”.

Com tais argumentos, o voto foi pela parcial procedência da ação para reconhecer a existência de um direito ao esquecimento, mas negando, no caso concreto, a sua posição de preferência da liberdade de expressão e do direito à informação. A tese de repercussão geral proposta pelo Ministro foi:

Têm a liberdade de expressão e o direito à informação precedência sobre o direito ao esquecimento, independentemente do transcurso do tempo, cedendo a essa primazia a pretensão de vítimas ou familiares, quando se verificar interesse transindividual, ou a natureza pública da informação, ou o alto grau de relevância histórica ou importância da memória, sendo aquele direito, nesses limites, compatível com a Constituição que alberga a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informacional (art. 5º, XII, CRFB/88).

2.4 Decisões dos Tribunais após o posicionamento do STF

A decisão do STF no caso Aída Curi torna-se paradigmática e determinante para os julgamentos sucedâneos nos Tribunais Superiores, alçando o direito ao esquecimento à esfera da inconstitucionalidade.

No REsp n. 1.961.581-MS²⁵³, a relatora Ministra Nancy Andrigli consignou que o STJ (especificamente as Quarta e Sexta Turmas) se pronunciou favoravelmente ao direito ao esquecimento (HC (Habeas Corpus) 256.210, REsp 1.335.135 e REsp 1.334.097), mas destacou que, tendo sido tal direito declarado incompatível com a ordenação jurídica brasileira, não poderia servir de justificativa para impor exclusão de matéria jornalística.

O caso em comento tratava-se de um homem que foi acusado de se passar por policial para entrar em festa particular. O réu foi preso por dirigir embriagado e apresentar documento falso. Condenado em primeiro grau, foi absolvido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJMT). Ele entrou ação de obrigação de fazer contra três empresas de comunicação para pedir a exclusão das notícias sobre os supostos crimes na internet.

A sentença julgou o pedido procedente e o TJMT confirmou a decisão, ao argumento de que o tempo transcorrido desde a publicação das notícias não justificava a manutenção da informação ao alcance do público. Todavia, no REsp, a Editora Globo alegou que o direito ao esquecimento não está alinhado à legislação brasileira e representa um retrocesso. Ainda, arguiu que apenas informou a prisão do envolvido, e não a existência de condenação, não sendo cabível a sua exclusão.

Embora a relatora tenha aduzido que o direito à liberdade de imprensa não é absoluto e que a liberdade de informação não pode ser exercida com o intuito de difamar, injuriar ou caluniar, ressaltou a decisão do STF, de fevereiro de 2021, a qual, para ela, deveria prevalecer.

²⁵³ STJ - REsp: 1961581 MS 2021/0092938-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/12/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2021.

Com este entendimento, o colegiado, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial da Editora Globo, negando o pedido de exclusão de notícia que se consubstanciava, *in casu*, no direito de esquecimento.

Outro caso dos Tribunais Superiores brasileiros sobre a temática trata-se da Reclamação 46059 SP²⁵⁴, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, publicado em 15 de março de 2022.

A controvérsia debatida girou em torno da possibilidade de o Poder Judiciário determinar a retirada, nos canais de divulgação de mídia, de matéria jornalística lícitamente publicada, sobre homem que atirou no rosto da esposa há quase duas décadas, sob alegação do pretense direito ao esquecimento.

Para o relator:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito o 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 cível²⁵⁵.

Embora o Tribunal de origem tenha determinado a remoção das reportagens em função do lapso temporal, da irrelevância pública e do argumento do beneficiário da decisão de que tal situação lhe causa transtornos contemporâneos, para o Relator, tal decisão estaria em dissonância com o decidido pela Suprema Corte no Tema 786. Julgou, então, procedente a reclamação, sendo seguido pela Turma, por unanimidade, constando da ementa:

4. Nessas circunstâncias, revela-se restrição à liberdade de expressão e à livre manifestação do pensamento a manutenção do acórdão do Tribunal de origem que ordenou a retirada de matéria jornalística lícitamente publicada, sob a justificativa em um direito ao esquecimento, incorrendo, em consequência, em manifesta ofensa ao decidido no Tema 786 da repercussão geral²⁵⁶.

²⁵⁴ STF - Rcl: 46059 SP 0048781-32.2021.1.00.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 11/04/2022, Primeira Turma, Data de Publicação: 18/04/2022.

²⁵⁵ STF - Rcl: 46059 SP 0048781-32.2021.1.00.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 11/04/2022, Primeira Turma, Data de Publicação: 18/04/2022.

²⁵⁶ STF - Rcl: 46059 SP 0048781-32.2021.1.00.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 11/04/2022, Primeira Turma, Data de Publicação: 18/04/2022.

É fato que a uniformização jurisprudencial é uma tendência moderna que visa aprimorar a atividade jurisprudencial. Todavia, por todo o exposto e discutido neste trabalho, asseveramos que o posicionamento dos Tribunais Superiores, a partir da fixação da tese no Tema 786, deve ser revisto sob a pena do engessamento e paralisia na evolução do próprio direito ao esquecimento.

Retome-se aqui o conteúdo do voto do Ministro Relator na decisão do STF sobre o Tema n. 987, relativo à inconstitucionalidade do artigo 19 do MCI:

Para fins de melhor compreensão do que se está a propor aqui, faço três importantes esclarecimentos:

I - A partir de agora, basta a ciência inequívoca – ou seja, a mera notificação extrajudicial do provedor de aplicações de internet –, preferencialmente pelos canais de atendimento disponíveis para tal fim, quanto ao conteúdo supostamente infringente para que o provedor possa vir a responder pelo dano daí decorrente, caso permaneça inerte.

II – Para fins deste voto, considera-se infringente tanto o conteúdo ofensivo quanto o conteúdo ilícito. É considerado conteúdo ofensivo aquele que tenha aptidão, por exemplo, para maltratar, humilhar, ultrajar, expor ao ridículo, ou denegrir a imagem ou a reputação de alguém, ofendendo sua intimidade, privacidade, honra (objetiva ou subjetiva) e/ou imagem. De outro lado, é considerado ilícito o conteúdo que esteja em desconformidade com a Constituição da República de 1988 e com a legislação vigente. (destacamos).

Decorridos quase quatro anos após a decisão do Caso Aída Curi, nota-se que o mesmo Ministro Relator passou a admitir a tutela preventiva dos direitos da personalidade, com o requerimento do interessado de remoção de conteúdo infringente (que pode ser lícito, porém ofensivo, ou ilícito), independente da sua forma de obtenção ou divulgação pelos meios de comunicação (que incluem as redes sociais, provedores de aplicações). Em seu voto, o Ministro caracteriza como ofensivo, tal qual poderia ser caracterizada qualquer notícia sobre fatos pretéritos veiculada no presente, qualquer conteúdo (inclusive notícia) que possa vir a “maltratar, humilhar, ultrajar, expor ao ridículo, ou denegrir a imagem ou a reputação de alguém”, mesmo sendo verídicos.

Em prol da racionalidade, clareza e coerência, defende-se, neste trabalho, a necessidade da estruturação de uma matriz decisória que seja capaz de sopesar os princípios e direitos envolvidos para que se mantenha a dignidade da pessoa humana como balizador da ordem jurídica.

3 MATRIZ DE PONDERAÇÃO PARA OS CASOS ENVOLVENDO O DIREITO AO ESQUECIMENTO: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO BALIZADOR

Nas seções anteriores, o trabalho se dedicou às questões acerca dos conceitos e finalidades do direito ao esquecimento, garantidor da privacidade, da autonomia e autodeterminação e derivado do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que aqui também denominamos “metaprincípio”, conforme De Lucca²⁵⁷ e Miranda²⁵⁸, e seu entrelaçamento com outros direitos fundamentais, como as mencionadas liberdades comunicativas, em especial o direito de informação (ou liberdade de expressão em sentido estrito)²⁵⁹ e o direito à informação ou à memória coletiva²⁶⁰.

A partir das análises feitas neste trabalho, dos exemplos encontrados no direito estrangeiro e nas decisões dos Tribunais brasileiros em casos concretos, que foram marcos importantes para que se delineasse o atual tratamento dado ao tema, pode ser verificado alguns pontos importantes: (i) a centralidade e concretude da dignidade da pessoa humana na sociedade tecnológica; (ii) a apenas aparente preferência da liberdade de expressão sobre as demais liberdades no sistema jurídico Brasileiro; e

²⁵⁷ DE LUCCA, Newton; DEZEM, R. M. M. M. . Princípios, Fundamentos e Conceitos relacionados ao sistema de proteção de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota. (Org.). **A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018: a disciplina normativa que faltava**. 1ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2019.

²⁵⁸ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**: MPRJ, n. 52, abr./jun. 2014.

²⁵⁹ Cf. PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação**. São Paulo: RT, 2002, p. 54.

²⁶⁰ Para Newton De Lucca, a afirmação feita no texto principal no sentido de que a dignidade da pessoa humana alça-se ao *status* de um metaprincípio está baseada na circunstância de que, na possível colisão de princípios constitucionais, inexistente a possibilidade de algum deles prevalecer sobre ele. Cf. DE LUCCA, Newton; DEZEM, R. M. M. M. . Princípios, Fundamentos e Conceitos relacionados ao sistema de proteção de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota. (Org.). **A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018: a disciplina normativa que faltava**. 1 ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2019, v. IV, p. 25. Já Jorge Miranda, assim descreve: “Característica essencial da pessoa - como sujeito, e não como objeto, coisa ou instrumento - a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental... e limite transcendente do poder constituinte ..., diríamos mesmo um metaprincípio.” Cf. MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**: MPRJ, n. 52, abr./jun. 2014 p.75

(iii) a importância da análise crítica das condições fáticas e dos elementos de ponderação entre os princípios colidentes na aplicação do direito ao esquecimento.

A ponderação foi determinada pelo STF no Tema 786 como método necessário para dirimir as questões oriundas dos abusos do exercício da liberdade de informação e a violação dos direitos fundamentais, do que se verifica a utilidade da propositura de uma matriz de parâmetros estruturantes que estejam alinhados com os princípios fundamentais e que guardem a perspectiva dos desafios que os avanços tecnológicos, como o uso da inteligência artificial, poderão trazer aos seres humanos.

Após dedicarmos a primeira seção deste trabalho aos desafios da sociedade tecnológica, entendemos que o principal deles consiste em concretizar a efetiva proteção e promoção da dignidade da pessoa humana no cenário em que o avanço tecnológico, a concentração massiva dos dados nas mãos das grandes empresas transnacionais e a falta de acesso ao efetivo controle do uso dos dados não apenas expõe a intimidade dos indivíduos, mas também os torna vulneráveis como cidadãos e discriminados enquanto consumidores.

Verifica-se que, tanto a liberdade de expressão, como o direito ao esquecimento e os demais direitos dos quais ele faz sentinela, são intimamente ligados e arraigados na dignidade da pessoa humana²⁶¹.

Portanto, não faz sentido ser a dignidade da pessoa humana o princípio em sopesamento ou ponderação, mas certamente é este metaprincípio que se encontra ameaçado cada vez que a colisão acontece.

A dignidade humana pode ser, nas palavras de Barroso, “uma boa bússola em busca da melhor solução”²⁶², mas quando a dignidade humana está presente na argumentação dos dois lados em conflito numa situação real, estamos diante de uma situação mais complexa. Para Barroso, nos casos complexos, como os que envolvem

²⁶¹ Neste sentido: MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1–30, 2022.; MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 102, p. 19-43, nov./dez. 2015 Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/872>. Acesso em: 26 out. 2024.

²⁶² BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª Ed. 6ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021.

o conflito entre privacidade (em defesa da honra) e liberdade de expressão, o raciocínio do juiz ou da corte pode ser influenciado pelo contexto cultural e político.

Geralmente, a dignidade humana, ensina Luís Roberto Barroso, já é invocada pelos tribunais brasileiros em caráter de ornamento retórico ou mero reforço da fundamentação das decisões, pois dado o grau de abrangência e detalhamento da Constituição Federal, muitas das situações que envolvem esse princípio de forma mais abstrata já se encontram previstas em regras específicas²⁶³. Barroso explica que a ascensão da dignidade humana como conceito jurídico foi consequência da mudança do pensamento jurídico após a Segunda Guerra Mundial, quando a interpretação jurídica passou a se aproximar da filosofia moral e política:

Nesse novo ambiente pós-positivista, no qual a constituição e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, desempenham uma função central, os juízes e as cortes frequentemente necessitam recorrer à moralidade política com a finalidade de aplicar os princípios corretamente. Isso tudo favoreceu a ascensão da dignidade humana.²⁶⁴

Segundo o autor, o principal âmbito de incidência da dignidade humana acontece nas situações de ambiguidade de linguagem, como parâmetro de escolha, nas de lacuna normativa, como forma de garantir a integração da ordem jurídica, nas situações de desacordo moral razoável e nos casos de colisões de normas constitucionais e direitos fundamentais. Verificou Barroso que raramente a dignidade é o fundamento central do argumento e, menos ainda, tem o seu conteúdo explorado ou explicitado²⁶⁵.

No contexto pós-positivista, Maria Celina Bodin de Moraes defende a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República no artigo 1º, inciso III, da CF, como uma conquista determinante e transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada. Segundo a autora, a elevação da

²⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª Ed. 6ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021.

²⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª Ed. 6ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021, p. 63. Quanto ao pós-positivismo, Barroso em nota de rodapé esclarece: “De certo modo, o pós-positivismo é uma terceira via entre o positivismo e a tradição do direito natural. O pensamento pós-positivista não ignora a importância das exigências do direito por clareza, certeza e objetividade, mas também não o concebe como sendo desconectado da filosofia moral e política. O pós-positivismo rejeita o postulado positivista de separação entre direito, moral e política”.

²⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª Ed. 6ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021, p. 116-122.

dignidade da pessoa humana ao *status* de princípio constitucional fundamental alterou radicalmente a estrutura tradicional do direito civil na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais²⁶⁶.

Contextualizando as situações conflituosas na sociedade de risco, destaca a autora que no decorrer do século XX, a segurança foi sendo irreversivelmente corroída e ingressamos numa era de incertezas em que a linguagem normativa utilizada pelo intérprete se modifica, com o uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados²⁶⁷.

Segundo Erhardt Denninger, três circunstâncias características do desenvolvimento do “conhecimento” (das ciências naturais) contribuíram para a produção de uma insegurança básica em termos de orientação global e, portanto, para a desvalorização dos padrões tradicionais de todas as ações – possivelmente também para uma sensibilização moral – e, de qualquer forma, para a desestruturação da razão prática como um patrimônio que torna possíveis os compromissos universais. A primeira delas é a constatação da impossibilidade de dominar com certeza as consequências da tecnologia em suas dimensões. A segunda característica é o que o autor denomina “explosão de ignorância”²⁶⁸.

Conforme explica Denninger, ao passo que os horizontes do conhecimento se ampliam com o desenvolvimento tecnológico no ambiente virtual, o horizonte de ignorância, desconhecimento ou conhecimento ainda incompleto também está crescendo. Os resultados aparentemente certos são, nas palavras do autor,

²⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. “A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (organizadores). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em <https://arquivos.integrawebsites.com.br/36192/4c97d92004aee47b8a3eac4f7b9c4e05.pdf> Acesso em: 12 jul. 2024.

²⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. “A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (organizadores). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em <https://arquivos.integrawebsites.com.br/36192/4c97d92004aee47b8a3eac4f7b9c4e05.pdf> Acesso em: 12 jul. 2024.

²⁶⁸ DENNINGER, Erhardt. Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 14, 1993. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcw95k0>. Acesso em: 12 jul. 2024.

mergulhados na penumbra da eventualidade²⁶⁹. A terceira característica é a alteração da relação conhecimento-poder. Se antes a busca pela verdade científica norteava a busca pelo conhecimento, hoje ela objetiva a ampliação do poder de dominação.

A incapacidade do sistema jurídico tradicional de fornecer soluções jurídicas aos problemas da pós-modernidade, atuais ou vindouros é também defendida por Denninger. Na era das incertezas, o grau de probabilidade do risco é tão desconhecido quanto a extensão do possível dano²⁷⁰.

Bodin de Moraes resume em três as mudanças mais significativas que ocorreram entre o chamado Direito Moderno e o Direito dos tempos atuais, ou Pós-Moderno: a sucessão do mundo da segurança pela era das incertezas, a substituição da ética da autonomia ou da liberdade pela ética da responsabilidade ou da solidariedade e, conseqüentemente, a substituição da liberdade (autonomia) do indivíduo pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana²⁷¹.

Assinala a autora que hoje devemos nos ajudar, mutuamente, a conservar a nossa humanidade. E neste contexto, faz-se necessário o aprofundamento da dimensão que hoje se confere ao princípio da dignidade humana na ordem jurídica vigente.

Tais argumentos corroboram com a tese da utilidade de uma matriz decisória que dê suporte ao processo de ponderação envolvendo o direito ao esquecimento. Os elementos da matriz devem conferir à mesma um caráter de flexibilidade e contextualização na sociedade tecnológica. Mesmo assim, estaremos quase sempre

²⁶⁹ DENNINGER, Erhardt. Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno. Doxa. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Núm. 14, 1993. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcw95k0>. Acesso em: 12 jul. 2024, p. 367-369. Na redação original: *“La segunda característica del desarrollo actual del saber y de la Ciencia, cuyos efectos sobre las estructuras del Estado de Derecho y de la función del respectivo «Derecho regulador» debemos elaborar ahora, se deja perfilar grosso modo bajo el rótulo de «explosión de ignorancia». Ciertamente, la ciencia produce saberes en sentido de certeza de algunos o muchos sujetos epistemológicos en cuanto a determinadas materias. En la medida, empero, en que el horizonte de tales saberes crece -y en algunos ámbitos lo hace de forma más rápida todavía-, crece también el horizonte de cuestiones sin resolución, el horizonte del desconocimiento, la ignorancia o el no total conocimiento aún y, al par que se incrementa la conciencia de la propia incertidumbre se transforma el punto de vista en cuestión, sumergiendo los aparentemente «resultados seguros» en la penumbra de la eventualidad, de lo ya superado, de un futuro en cierto modo ya acaecido”*.

²⁷⁰ DENNINGER, Erhardt. Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno. Doxa. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Núm. 14, 1993. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcw95k0>. Acesso em: 12 jul. 2024, p. 369-370.

²⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017, p. 71-75.

diante do impasse entre princípios e direitos fundamentais não absolutos, de igual relevância. Destaque-se, portanto, na ponderação, o papel da dignidade humana como elemento fundamental a partir de seu papel como elemento integrador e critério interpretativo na ordenação jurídica brasileira.

Nas situações de conflito entre os princípios da igualdade, integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade, que são de igual valor hierárquico e importância na ordem jurídica brasileira, ressalta Bodin de Moraes que “o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado *a priori*, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade humana”²⁷². E repisa, ainda: “Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, estimados. A dignidade, assim como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, se bem feita aquela ponderação”²⁷³.

3.2 Considerações sobre a ponderação entre princípios

Para Newton De Lucca, a discussão sobre o conceito de princípio revela-se interminável e apaixonante:

Utilizei as duas palavras de propósito. Por ser apaixonante, talvez ela pareça interminável. O que não significa dizer, é claro, que toda discussão interminável seja apaixonante. O truísmo que acabo de descrever poderá escandalizar o leitor, mas logo ele compreenderá que estou apenas tentando esboçar uma analogia do que aconteceu com o debate sobre a serem ou não considerados normas os princípios jurídicos. [...] A matéria não é tão singela como poderá parecer, à primeira vista, tanto que os mais destacados juristas do mundo identificam haver teorias fortes e teorias fracas na explicação da diferença entre normas e princípios, principalmente depois dos trabalhos de Alexy, além de existirem teorias que, de certo modo, não se enquadrariam entre as fortes, nem tampouco entre as fracas²⁷⁴.

²⁷² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017, p. 85.

²⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017, p. 85.

²⁷⁴ DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet – uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares em DE LUCA, Newton, SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords)..**Direito & Internet III** - Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 41.

De forma que, seguindo os passos e os ensinamentos lúcidos do mestre, não “iremos além dos sapatos”²⁷⁵ ao dedicarmos a esta seção alguns parágrafos para estabelecer apenas um tênue contorno doutrinário acerca dos princípios que serão tratados na matriz de ponderação a ser proposta.

Newton De Lucca, à lição de Norberto Bobbio, acima de tudo, considera que ao ingressar no mundo do direito, tudo é norma, quer seja princípio, quer seja regra. E, ao traçar o panorama sobre os principais autores das discussões sobre a Teoria dos Princípios e o conceito polissêmico de princípio, desde sua origem até a pós-modernidade²⁷⁶, fundamenta seu entendimento nos ensinamentos de Norberto Bobbio, que segundo ele, foi pioneiro ao considerar a importância da função para a pesquisa jurídica. A análise sob o aspecto funcional, ensina De Lucca, complementa a visão sistêmica e estrutural do direito²⁷⁷.

De fato, ao esclarecer sobre os princípios gerais, Bobbio menciona que os princípios gerais são normas como todas as demais e, uma vez que servem aos mesmos fins, isto é, a função para a qual são abstraídos e adotados é a mesma de todas as normas: regular um caso (um comportamento não regulado)²⁷⁸.

Acrescenta De Lucca que, além dos princípios e regras, enquanto normas jurídicas, existem os princípios gerais de direito, que não se confundem com as regras, e que são conceituados por Miguel Reale como “enunciações normativas de valor

²⁷⁵ Fazemos alusão à nota de rodapé n. 36 do artigo de Newton De Lucca intitulado “Marco Civil da Internet – uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares”, na obra *Direito e Internet III*, Tomo I, [...] em que De Lucca relembra o personagem da história contada por Plínio o Velho, em que Apeles, pintor famoso, pede a um sapateiro sua opinião sobre os sapatos que pintou em suas telas, interrompendo-o com a advertência em latim “*Ne sutor supra crepidam*” (em vernáculo, “Não vás além dos sapatos”).

²⁷⁶ Newton De Lucca, conforme nota de rodapé 5 do artigo citado na nota anterior, chama de pós-modernidade exatamente o que Bauman, o qual declara como de sua inequívoca preferência, chama de modernidade líquida: “Pode-se dizer, *grosso modo*, que a modernidade sólida teve nascimento com as transformações clássicas e com o advento de um conjunto estável de valores e de modos de vida cultural e político. Já na modernidade líquida-como o próprio nome sugere-tudo se afigura volátil, etéreo, fugaz, sendo que as relações humanas não são mais tangíveis como antes. A vida, de maneira geral (seja familiar, de grupos de amigos, de afinidades políticas, etc.) carece de raízes firmes, de consistência e de estabilidade”. DE LUCCA, Newton. *Marco Civil da Internet – uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares* em DE LUCCA, Newton, SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). **Direito & Internet III** - Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 25.

²⁷⁷ DE LUCCA, Newton. *Marco Civil da Internet – uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares* em DE LUCCA, Newton, SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords)..**Direito & Internet III** - Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 44-45.

²⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti; rev. Da tradução Silvana Cobrucci Leite. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 309.

genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”²⁷⁹.

Segundo Ronald Dworkin, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas está na natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas na base do tudo ou nada. Se forem válidas, devem ser aceitas, aplicadas integralmente ao caso, embora possam comportar exceções, as quais, idealmente, devem estar descritas no seu enunciado. Já os princípios não estabelecem, como as regras, consequências automáticas quando determinadas condições forem verificadas. Eles possuem uma dimensão de peso ou importância ou força relativa. Já as regras não possuem essa dimensão²⁸⁰.

Quanto ao termo importância, esclarece Dworkin que num sistema de regras não há hierarquia ou grau de importância entre elas, mas apenas uma relação de maior ou menor importância na regulação do comportamento. São, portanto, funcionalmente importantes ou desimportantes²⁸¹.

Em caso de conflito entre regras, uma delas deverá ser abandonada ou reformulada, pois ambas não poderão ser válidas. E a solução do conflito deverá ser buscada além das regras conflitantes, sejam por outras regras, que confirmem à regra promulgada por autoridade superior uma precedência, ou pelos princípios que aquele sistema jurídico entenda ser mais importante.

No caso dos princípios, a decisão não faz um juízo quando à validade dos mesmos. Cada princípio relevante, segundo Dworkin, propõe uma razão no sentido de uma determinada solução, mas não a determina²⁸². Um princípio pode não prevalecer em um determinado caso, mas, quando determinadas condições que justificaram essa decisão não estiverem presentes ou tiverem menos força, o princípio, que continuou válido, pode ser determinante para a decisão²⁸³.

²⁷⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. Ed Saraiva 8ª edição. 1981, p. 300.

²⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 39-41.

²⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 43.

²⁸² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 114.

²⁸³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 41.

Para Robert Alexy, a pluralidade de terminologia, classificações e de critérios distintivos empregados pelos diversos autores acerca de princípios e regras é desconcertante. Alexy considera que regras e princípios são espécies do gênero norma e expressam o que deve ser. “Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas do dever, dar permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever ser, ainda que de espécie muito diferente”²⁸⁴.

Alexy agrupou os vários critérios existentes em três teses distintas: a primeira tese considera que a tentativa de dividir as normas jurídicas em duas categorias distintas estaria fadada ao fracasso. A segunda tese é considera que a distinção entre princípios e regras é uma questão de grau. Assim, princípios teriam um grau maior de generalidade e este seria o critério decisivo para a distinção. Já a terceira tese, que Alexy considera ser a correta, sustenta que a diferença é qualitativa²⁸⁵.

Rodrigo Capez organizou os principais critérios distintivos segundo as seguintes razões: (i) do seu grau de abstração ou generalidade (relativamente maior no caso dos princípios e menor no caso das regras); (ii) do seu caráter de fundamentalidade²⁸⁶. Conforme ensinou Miguel Reale, os princípios são “verdades fundantes”, de um sistema de conhecimento, por serem evidentes, por terem sido comprovadas, ou “por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da *praxis*”²⁸⁷; ou (iii) do grau de “determinabilidade na aplicação do caso concreto”, critério adotado por Alexy, segundo o qual os princípios requerem mediações concretizadoras e as regras podem ser aplicadas diretamente ao caso concreto²⁸⁸.

²⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024, p. 87.

²⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024, p. 89-90.

²⁸⁶ Riccardo Guastini, no Prólogo da edição italiana da obra de Humberto Ávila, em 2014, escreveu: “Tudo somado, a única característica realmente distintiva dos princípios em relação às regras é a sua posição no ordenamento: seu caráter “fundamental”, sua capacidade de justificar axiologicamente outras normas (que, por sua vez, podem ser regras, mas também princípios, por assim dizer, de estatura inferior)”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 21 ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 17-18.

²⁸⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 8ª ed. São Paulo: Ed Saraiva, 1981, p. 299.

²⁸⁸ CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. Dissertação de Mestrado, São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015 doi:10.11606/D.2.2016.tde-05022016-090727. Recuperado em 2024-08-11, de www.teses.usp.br Acesso em: 12 jul. 2024, p. 21.

Para Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, devem ser realizados na maior medida possível, dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes sendo que, nestas últimas, estão compreendidos os princípios e regras colidentes. As regras, por sua vez, estabelecem “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”²⁸⁹.

Para Rodrigo Capez, a razão por que a distinção proposta por Alexy entre regras e princípios não é de grau, mas sim qualitativa. Não está no grau de abstração, de generalidade ou no seu caráter de fundamentalidade, mas na estrutura dos direitos que essas normas garantem: enquanto as regras, garantem direitos (ou impõem deveres) que deverão ser realizados totalmente e que são definitivos, caso a regra seja aplicável, os princípios, os direitos são garantidos (ou os deveres são impostos) *prima facie*²⁹⁰.

Humberto Ávila, nas considerações introdutórias de sua obra “Teoria dos Princípios”, esclarece que sua teoria demonstra que os princípios, além de explicitar valores, estabelecem espécies precisas de comportamentos. E as regras, por outro lado, também podem ser ponderadas, embora o comportamento que as normas preliminarmente prescrevem só pode ser superado em determinadas situações²⁹¹.

E no prefácio à 15ª edição de sua obra, ao comentar as críticas sobre a sua teoria, um mês após as críticas de Guastini sobre a edição italiana de seu livro, esclarece que tanto princípios quanto as regras são espécies de prescrições normativas. Ambas estabelecem comportamentos. A diferença está no modo como prescrevem o comportamento devido. A prescrição do comportamento por uma regra é, arriscamos definir, mais direta, especificando o que é proibido, permitido ou obrigatório.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024, p. 90-92.

²⁹⁰ CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. Dissertação de Mestrado, São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015 doi:10.11606/D.2.2016.tde-05022016-090727. Recuperado em 2024-08-11, de www.teses.usp.br Acesso em: 12 jul. 2024.

²⁹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 21 ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 48.

Para o autor, é uma prescrição imediatamente comportamental e mediatemente finalística. Os princípios, por sua vez, apontam, sem determinar o comportamento obrigatório, a finalidade que se deseja atingir. Ou seja, ao contrário das regras, a prescrição é imediatamente finalística e mediatemente comportamental. “Os princípios estabelecem o dever de adotar os comportamentos necessários à realização de um estado de coisas. Dois lados da mesma moeda, portanto”²⁹².

Conforme as afirmações de Robert Alexy, nos deparamos com as colisões quando traspassamos o “mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real” e então, segundo o autor, torna-se inevitável decidir sobre o peso dos princípios que se encontram em colisão, o que significa a “fixação de relações de preferência”²⁹³.

A aplicação do direito ao esquecimento, requer o sopesamento dos princípios colidentes e dos direitos da personalidade aplicáveis ao caso concreto (segundo as máximas da necessidade e adequação e da proporcionalidade em sentido estrito)²⁹⁴.

O caso concreto deve ser investigado quanto à existência ou não dos parâmetros que indiquem o maior ou menor peso a ser dado aos princípios em ponderação, de forma que se estabeleça, em concretude, a amplitude de sua realização, da forma menos prejudicial ao princípio preterido em relação ao indivíduo.

Embora, conforme Alexy, seja característico dos princípios não conter, como as regras, um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, este caráter pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios. Por exemplo,

²⁹² Humberto Ávila conceituou princípios como “normas imediatamente finalistas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta a vida como necessária a sua promoção.”. As regras são conceituadas por Humberto Ávila como: “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 21 ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 30.

²⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024, p. 139.

²⁹⁴ Segundo Alexy “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de 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”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024, p. 118.

pode-se argumentar a favor de direitos individuais em face de direitos coletivos. Não se pode, contudo, escapar à definição das condições de precedência no caso concreto. Portanto, seria inconcebível a existência de princípios absolutos.

Consagrado na Constituição Federal de 1988 como princípio fundamental, o princípio da dignidade da pessoa humana, em tese, também não escaparia a essa definição. Mas também não se pode conceber a criação de uma cláusula restritiva a esse princípio.

Para solucionar a questão, Alexy sugere que se pressuponha que existam dois tipos de normas da dignidade da pessoa humana: o princípio e uma regra, cujo conteúdo seria determinado pela relação de preferência entre esse princípio e os demais. Desta forma, para o autor “não é princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência”²⁹⁵.

Alexy considera que o princípio da dignidade humana pode ser refinado por um feixe de subprincípios, que incluem a liberdade negativa e outros princípios materiais, que podem atuar no sopesamento nos casos de difícil ponderação²⁹⁶.

Consideramos o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio determinante na ponderação, conferindo acréscimo de peso no sopesamento, sempre que necessário ao combate da desigualdade e à proteção dos interesses da coletividade e dos indivíduos no futuro da sociedade tecnológica.

Para Barroso e Barcellos a ponderação é uma técnica de decisão jurídica que se utiliza para dirimir os *hard cases*, casos considerados difíceis em que os princípios

²⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024, p. 113.

²⁹⁶ De fato, explica Alexy: “O princípio da dignidade humana, portanto, pode tanto complementar como sustentar o princípio da liberdade negativa. Isso é possível porque é necessário refinar o princípio da dignidade humana por meio de um feixe de subprincípios, que inclui, além do princípio formal da liberdade negativa, diversos princípios materiais, que podem participar dos o pensamento ao lado da liberdade negativa e determinar seu peso final sempre que, no que se segue, se falar, de forma simplificada que o princípio da dignidade humana participa de um sopesamento ao lado do princípio da Liberdade negativa, isso deve ser compreendido no sentido que se acaba de mencionar.” ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024, p. 139, p. 358-359)

considerados se encontram em colisão e, uma vez aplicados, podem levar a soluções diversas e contraditórias²⁹⁷.

A técnica, segundo os autores, envolve a busca de parâmetros de maior objetividade, a seleção das normas e dos fatos relevantes a serem considerados no caso específico, o sopesamento dos diversos elementos em disputa, e a realização de concessões recíprocas entre os valores contrapostos para que haja a máxima preservação possível de ambos²⁹⁸.

Para Alexy, a ponderação deve ser feita em três etapas. Primeiramente, determina-se a intensidade da intervenção sobre os princípios colidentes. Na segunda fase, verifica-se a importância das razões que justificam a intervenção. Finalmente, realiza-se a efetiva ponderação no sentido estrito e próprio²⁹⁹.

É certo que, no exercício da ponderação, quando estiverem em sopesamento direitos fundamentais, na decisão da preponderância de um em detrimento do outro, há sempre um núcleo essencial do direito fundamental preterido que se deve buscar preservar. É a medida da limitação dos direitos fundamentais, não absolutos que são, que determinará as bases mais equitativas da decisão a ser tomada. Para tanto, faz-se mister analisar os elementos essenciais dos direitos fundamentais em pauta³⁰⁰.

Para Virgílio Afonso da Silva, primeiro deve-se determinar o suporte fático dos direitos fundamentais, de forma ampla, sem restrições. Assim, determina-se o que é protegido *prima facie* pelos direitos fundamentais. A definição do conteúdo definitivo do direito é feita a partir das condições fáticas e jurídicas do caso. A definição do conteúdo essencial dos direitos, por sua vez, é mais complexa. Para o autor, ela

²⁹⁷ BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 232, p. 141–176, 2003. DOI: 10.12660/rda.v232. 2003. 45690. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45690>. Acesso em: 6 out. 2024.

²⁹⁸ BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 232, p. 141–176, 2003. DOI: 10.12660/rda.v232. 2003. 45690. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45690>. Acesso em: 6 out. 2024, p. 175.

²⁹⁹ ALEXY, R. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 217, p. 67–79, 1999. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47414. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47414>. Acesso em: 6 out. 2024.

³⁰⁰ ALEXY, R. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 217, p. 67–79, 1999. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47414. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47414>. Acesso em: 6 out. 2024.

compreende três aspectos: i) a análise do que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; ii) a sua relação com as suas possíveis restrições; e iii) a fundamentação de ambos³⁰¹.

Para Ana Paula Barcellos, a eficácia jurídica dos princípios é construída em duas etapas. Primeiro, identifica-se os efeitos que se deseja produzir no mundo dos fatos e depois, após um processo hermenêutico que a autora descreve como “o concerto sistemático com as demais regras e princípios pertinentes, e por vezes, opostos”, pode-se determinar o que pode ser exigido como prestação jurisdicional³⁰².

A problemática se estabelece ao tentarmos determinar de forma definitiva o que se pode ser exigido. Norberto Bobbio afirma que na maioria dos casos em que um direito do homem está em causa diante de outro igualmente fundamental, não se pode proteger incondicionalmente um deles, sem tornar o outro inoperante. O processo de ponderação relativiza os direitos fundamentais, de forma que, a sua tutela, em dado momento, encontra um limite insuperável na tutela de outro direito igualmente fundamental, mas concorrente. Segundo Bobbio, delimitar o âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e esse limite não pode ser estabelecido de uma vez por todas³⁰³.

Em nossa visão, a partir dos argumentos já apontados, o metaprincípio da dignidade da pessoa humana atua como importante elemento para a definição, em cada caso, do limite para a tutela dos direitos fundamentais colidentes.

³⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: **Revista de Direito do Estado** 4. 2006, p. 23-51. Nota-se que para o autor, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é, em princípio, relativo. A partir daí examinam-se a importância dos outros direitos, a intensidade da intervenção estatal sobre o seu conteúdo e a sua fundamentação. O autor defende que em determinados casos é possível o esvaziamento do conteúdo essencial de um direito fundamental após o processo de ponderação e o crivo da proporcionalidade. Contrariamente a tal entendimento vale mencionar que o Ministro Celso de Mello, em seu voto no "Caso Ellwanger" afirma a relevância do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na ponderação.

³⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 12.

³⁰³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – 2. ed. [30a Reimp.]. – Rio de Janeiro: GEN | Grupo Editorial Nacional. Publicado pelo selo Editora Atlas, 2022. *Kindle*, p. 31.

3.3 A dignidade da pessoa humana na ponderação de princípios

Valor supremo da ordem jurídica brasileira, o artigo 1º da Constituição Federal, em seu inciso III, estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. José Afonso da Silva afirma que a dignidade da pessoa humana é um conceito *a priori*, como a própria pessoa humana, e a Constituição Federal de 1988, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica e que, como tal, atrai todos os direitos do homem:

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica, Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional³⁰⁴.

Segundo o autor, o conceito de dignidade utilizado no texto constitucional é o de atributo intrínseco da pessoa humana, um valor de todo ser racional, independentemente do seu comportamento, valor esse que atrai para si todos os direitos fundamentais e que nos conduz à defesa não apenas dos direitos pessoais, mas de todos os direitos econômicos, sociais e culturais³⁰⁵.

Esse princípio fundamental da nossa Constituição – dignidade da pessoa humana –, que Newton De Lucca designou, como sendo um verdadeiro metaprincípio³⁰⁶, foi igualmente analisado, por Luís Roberto Barroso, da seguinte forma:

³⁰⁴ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 212, p. 89–94, 1998, p. 91. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47169>. Acesso em: 9 nov. 2024.

³⁰⁵ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 212, p. 89–94, 1998, p. 91-93. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47169>. Acesso em: 9 nov. 2024.

³⁰⁶ De Lucca Newton. **Direito do Consumidor** - Teoria Geral da Relação de Consumo. 2ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 9.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais³⁰⁷.

Assim, como se observa, a dignidade da pessoa humana está erigida à condição de verdadeiro princípio constitucional, um comando a ser atendido e assegurado. Neste sentido, Flademir Jerônimo Belinati Martins esclarece:

Isto significa que no constitucionalismo brasileiro contemporâneo os conceitos de Estado, República e Democracia são funcionalizados a um objetivo vivo, a uma finalidade, qual seja, a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana de tal modo que privar a pessoa humana de sua dignidade, quer por ação quer por omissão, constitui afronta ao próprio Estado Democrático de Direito em que se constitui a República brasileira³⁰⁸.

O artigo 170 da Constituição Federal estabelece que é finalidade da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna, sendo a dignidade da pessoa humana um de seus princípios fundamentais. Assim sendo, as relações privadas, institucionais e de mercado não escapam da obrigação de promovê-la e considerá-la como finalidade.

Wilges Bruscato dissertou a possibilidade de as empresas contemplarem a dignidade da pessoa humana em sua estratégia e atividades:

A ideia de dignidade abarca **respeito, deferência, consideração**. Sendo a dignidade um valor, falar em dignidade humana seria redundância, tendo em vista que, segundo os estudiosos, só o homem percebe e vive os valores. No entanto, o adjetivo humana, acompanhando dignidade, lhe confere o sentido de tratar-se de um valor universal e não individual (grifo nosso)³⁰⁹.

³⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 381.

³⁰⁸ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental**, 1ª ed.(ano 2003), 6ª tir./Curitiba: Juruá, 2008, p. 73.

³⁰⁹ BRUSCATO, Wilges. Há Espaço para a Dignidade Humana no Direito Empresarial? In: A Contribuição de Newton De Lucca para o Direito Comercial, In: **Direito Empresarial, Direito do Espaço Virtual e Outros Desafios do Direito, Homenagem ao Professor Newton De Lucca**. Paula A. Forgioni, Patrícia Aurélia Del Nero, Renata Mota Maciel e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques (Coords.), São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 543.

Ingo Wolfgang Sarlet propõe que a dignidade humana seja vista como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de todo ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado, da comunidade e de seus semelhantes, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida³¹⁰.

Enfim, podemos afirmar, a despeito de não ser reconhecida propriamente como um valor supremo, conforme assinalado por José Afonso da Silva, que a dignidade da pessoa humana, como princípio e de valor fundamental, deve ser concebida em toda a sua dimensão axiológica e não deve ser banalizada ou ter a sua importância reduzida. Como norma constitucional, ela é vinculante.

Vale isso dizer, evidentemente, que as normas jurídicas (tanto as regras quanto os princípios) de nossa ordenação, assim como as relações entre particulares e os instrumentos que estabelecem devem, necessariamente, por força do efeito vinculante do princípio constitucional em tela, estar em plena consonância com tal comando.

Ingo Sarlet, ao discorrer sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, afirma que a regra deve ser a da prevalência do princípio da liberdade. A eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada deve acontecer somente quando estiver ameaçada a dignidade da pessoa humana ou quando houver ingerência indevida na intimidade pessoal. Ensina o autor que a dignidade da pessoa humana atua como limite material à renúncia e autolimitação de direitos fundamentais, funcionando como proteção da pessoa contra si mesma³¹¹.

Vejamos, agora, o embasamento filosófico existente para a dignidade da pessoa humana.

³¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 70-71.

³¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 400.

O Cristianismo concebeu pela primeira vez a ideia de dignidade de cada indivíduo. Tal como Aristóteles, para São Tomás de Aquino a justiça é o âmago das virtudes³¹². Ele não chegou, propriamente, a elaborar uma concepção própria de dignidade da pessoa humana – conclusão a que chegou Fladimir Belinati Martins³¹³. Todavia, ensina De Lucca que seus escritos, que influenciaram numerosos filósofos e teólogos, tanto do passado como contemporâneos, evidenciavam o conceito de alteridade como a base da justiça e, portanto, das virtudes. Destacamos dos ensinamentos de De Lucca:

De sua máxima, “*justitia est ad alterum*”, pode-se concluir que a idéia de justiça implica, necessariamente, a noção de alteridade. Só podemos ser justos uns em relação aos outros. O mesmo acontece, igualmente, com a ética. Ninguém pode ser ético para consigo mesmo. Os homens sempre serão mais ou menos éticos uns em relação aos outros. Essa idéia já era clara em Aristóteles: “O homem, quando ético, é o melhor dos animais; mas, separado da lei e da justiça, é o pior de todos”³¹⁴.

Conforme Maria Celina Bodin de Moraes, São Tomás de Aquino concebeu a dignidade humana sob dois pontos de vista diferentes: aquela inerente ao homem enquanto espécie e aquela que existe no homem enquanto indivíduo, como atributo da alma. Assim, o homem ao agir, enquanto filho de Deus, deve voltar-se a Ele e agir de forma compatível com as suas leis. Fora assim introduzida a ideia de que o ser humano não é capaz de realizar o bem se não pelo seu relacionamento com Deus, isto é, pelo cumprimento do dever, o condutor ocidental da conduta moral³¹⁵.

Com a “Crítica da Razão Pura”, Kant firmou as bases do dever em imperativos categóricos, universais, de forma que o ser humano seja visto como um fim em si, jamais como meio³¹⁶. Depreende-se daí, segundo elucida a autora, que “a vontade legisladora dos homens precisa ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal”³¹⁷.

³¹² DE LUCCA, Newton. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 112.

³¹³ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental**, 1ª ed. (ano 2003), 7ª tir./Curitiba: Juruá, 2012, p. 24.

³¹⁴ DE LUCCA, Newton. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 112.

³¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017, p. 76-78

³¹⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

³¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017, p. 80.

A partir das máximas morais de Kant, Nicola Abagnano conceitua:

Como 'princípio da dignidade da pessoa humana' entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda forma do imperativo categórico: 'Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio'³¹⁸.

Para esta tese, que se funda na importância da dignidade da pessoa humana na ponderação de princípios quando se trata dos conflitos apresentados na defesa do direito ao esquecimento na sociedade tecnológica, cumpre nos aprofundarmos nas funções deste princípio fundamental na ordenação jurídica brasileira.

Luís Roberto Barroso examina a natureza jurídica e o conteúdo mínimo da dignidade humana, identificando-a como um valor fundamental e um princípio constitucional. Nesse contexto, a dignidade humana funciona tanto como uma justificativa moral quanto como um alicerce normativo para os direitos fundamentais, sendo simultaneamente uma fonte de direitos e deveres³¹⁹.

Ademais, a dignidade humana serve como um parâmetro interpretativo para a aplicação dos direitos constitucionais em casos concretos. O autor destaca a importância da dignidade humana na resolução de lacunas normativas, ambiguidades jurídicas e conflitos entre direitos, defendendo que qualquer norma que violar a dignidade humana, seja de forma abstrata ou concreta, será considerada nula³²⁰.

Sob a influência do pensamento de Immanuel Kant, que propõe que a dignidade humana se baseia no princípio de que o ser humano é um fim em si mesmo, Barroso delinea três elementos essenciais para sua compreensão: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. O valor intrínseco refere-se à dignidade como uma característica única e igualitária de todos os seres humanos, constituindo a base dos direitos fundamentais, como o direito à vida³²¹.

³¹⁸ ABAGGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, 5ª ed, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, p. 276.

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª Ed. 6ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021, p. 61-64.

³²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª Ed. 6ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021, p.66. Na nota de rodapé n. 310, Barroso diferencia: "Uma lei é inconstitucional em abstrato quando é contrária à constituição em tese, isto é, em qualquer circunstância, e por isso é nula. Uma lei é inconstitucional em concreto quando em tese é compatível com a constituição, mas produz uma consequência inaceitável em uma circunstância particular".

³²¹ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª Ed. 6ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021, p. 77.

A autonomia diz respeito à liberdade de cada indivíduo buscar sua própria concepção de vida plena, livre de interferências externas, e está intimamente ligada ao conceito de mínimo existencial, que inclui o acesso a direitos fundamentais, como educação, saúde e moradia. “É o elemento ético da dignidade humana”, segundo Barroso³²².

E o valor comunitário, também chamado de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, é o princípio pelo qual o Estado e a sociedade podem limitar liberdades individuais para proteger direitos alheios, a dignidade individual e valores sociais compartilhados, assegurando uma convivência justa em uma democracia pluralista.

Bobbio alerta sobre os riscos de se preterir a visão individualista sob o argumento da prevalência dos interesses da comunidade.

Concepção individualista e concepção orgânica da sociedade estão em irremediável contradição. É absurdo perguntar qual é a mais verdadeira em sentido absoluto. Mas não é absurdo — e sim absolutamente razoável — afirmar que a única verdadeira para compreender e fazer compreender o que é a democracia é a segunda concepção, não a primeira. É preciso desconfiar de quem defende uma concepção anti-individualista da sociedade. Através do anti-individualismo, passaram mais ou menos todas as doutrinas reacionárias³²³.

Ao estruturar o raciocínio jurídico em casos complexos, a consideração desses três níveis de dignidade humana oferece maior transparência e responsabilização para as decisões judiciais em questões morais e de direitos conflitantes.

Feitas as considerações quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana e seu caráter basilar na ordenação jurídica brasileira, bem como no processo de ponderação entre princípios, passamos a discorrer sobre os elementos em ponderação que são objeto do presente trabalho e à construção da matriz decisória.

³²² BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª Ed. 6ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021, p. 81.

³²³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – 2. ed. [30a Reimp.]. – Rio de Janeiro: GEN | Grupo Editorial Nacional. Publicado pelo selo Editora Atlas, 2022. *Kindle*, p. 265.

3.4 As condições fáticas e os elementos de ponderação dos princípios colidentes

A proposta de construção da matriz de ponderação objeto deste trabalho é a tentativa de sistematização mínima de um processo, buscando agregar, de forma mais ampla e extensiva, os fatores culturais, políticos, institucionais e constitucionais contemporâneos, de forma que se delineie, primeiramente, um cenário de ponderação condizente com os efeitos da tecnologia na sociedade da informação sobre a sociedade e sobre os indivíduos, sem comprometer a flexibilidade requerida para o pleno desenvolvimento e evolução tecnológica.

Neste cenário, abarcam-se os fatores de proteção e promoção dos princípios e os fatores que limitam e determinam a sua máxima proteção e extensão, sempre com fulcro na interpretação sistemática da Constituição Federal e considerando o conjunto dos direitos fundamentais que ela estabelece e que entrem em rota de colisão na situação concreta.

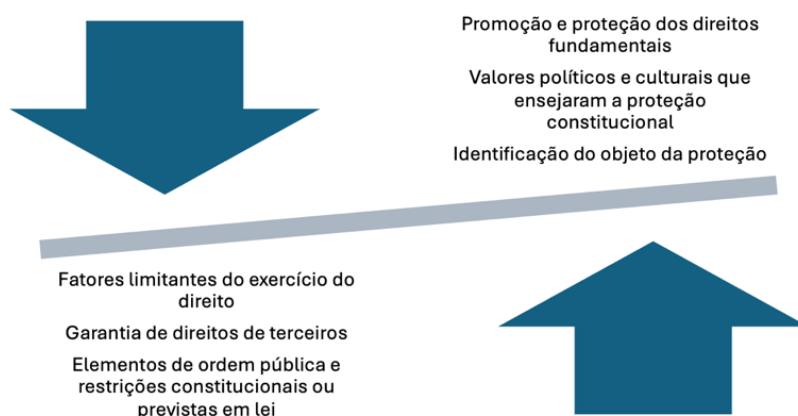
O sistema de princípios constitucionais, considerando a função promotora do Direito, busca a máxima extensão da aplicação dos princípios (mandamentos de otimização), e reflete os valores políticos e culturais que ensejaram a sua instituição. A atividade do intérprete tem como ponto de partida, o texto específico do enunciado para a identificação do que se pretende proteger, embora este não seja o único elemento que conduza à sua identificação.

Cumprir situar o texto do enunciado no sistema ao qual pertence, a ordem jurídica como um todo. O ideal da maximização de um princípio ou de um conjunto de direitos fundamentais atinentes a um indivíduo encontra-se limitado pelo ideal de maximização de um princípio ou de um conjunto de direitos fundamentais atinentes a outros indivíduos, além dos mandamentos da ordem pública e de restrições aos próprios princípios estabelecidas no texto constitucional. Como exemplo, cite-se a vedação do anonimato como restrição à liberdade de expressão pré-estabelecida pelo constituinte no texto da Constituição Federal.

A figura 1 abaixo ilustra a tensão entre esses dois conjuntos de fatores no processo de ponderação.

Figura 1 – Tensão entre dois conjuntos de fatores no processo de ponderação

Fatores de Tensão para a compreensão do mínimo essencial e da abrangência dos direitos fundamentais



Fonte: elaborado pela própria autora (2024)

Nos itens desta seção, retomaremos alguns aspectos conceituais acerca dos princípios já discutidos, com especial reflexão em torno das justificativas e contextualização das eventuais restrições aos direitos fundamentais que venham a ser necessárias em prol da preservação da dignidade da pessoa humana na sociedade tecnológica.

Diante da situação concreta, que deve não apenas incluir os fatos e as normas e direitos invocados, mas também deve considerar os elementos de ponderação que submergirem na situação fática.

Condensando os apontamentos já feitos nas seções anteriores, o Quadro 1 abaixo nos convida a explorar os intricados aspectos da ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Nele, encontramos uma variedade de critérios, conforme defendidos por autores da literatura jurídica que abordam essa temática. Esses critérios nos orientam na busca por soluções justas e equilibradas em casos de conflito.

Considerando a teoria de Alexy sobre a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, decorrente das possibilidades jurídicas, as máximas da necessidade e da adequação, decorrentes da natureza dos princípios como mandamentos de otimização diante das possibilidades fáticas³²⁴, ao analisarmos o Quadro 1 abaixo, observamos a convergência de diversos autores em relação a alguns critérios de ponderação.

Por exemplo, a veracidade ou verossimilhança do fato ou notícia, a distinção entre personalidade pública e estritamente privada da pessoa objeto da notícia, bem como a existência de interesse público na divulgação em tese. Essa convergência revela a importância desses critérios como fundamentos para a resolução desses conflitos, transcendendo ideologias e perspectivas individuais.

Quadro 1: Opiniões sobre os critérios de ponderação quando houver colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade

Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade	
Critérios de Ponderação a partir do suporte fático	Autor (ano)
Veracidade (ou verossimilhança) do fato (notícia)	Barroso (2004) Moraes (2013) STF (2017) Teffé (2022)
Local do fato	Barroso (2004) Teffé (2022)
Licitude do meio empregado na obtenção do fato	Barroso (2004)
Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia	Barroso (2004) Moraes (2013) Teffé (2022)
Natureza do fato	Barroso (2004) Schreiber (2014) Teffé (2022)

³²⁴ ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 217, p. 67–79, 1999. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47414. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47414>. Acesso em: 6 out. 2024, p. 118.

Atualidade da notícia (imagem)	Moraes (2013) Schreiber (2014)
Se houve intenção de ofender ou abuso do direito de informar	Moraes (2013) Teffé (2022)
Existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos	Barroso (2004)
Existência de interesse público na divulgação em tese	Moraes (2013) Barroso (2004) Schreiber (2014) Teffé (2022) STF (2021)
Preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida	Schreiber (2014) Teffé (2022)
Vedação da veiculação da crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa	STF (2017)
Preservação dos direitos da personalidade	STF (2017)
O decurso do tempo entre o fato e a publicização	STF (2021)
O grau de acessibilidade ao público	STF (2021)
A possibilidade de divulgação anonimizada dos fatos sem que se desnature a essência da informação	STF (2021)
Justo motivo para a exposição da imagem	Teffé (2022)
Grau de identificação do retratado na imagem ou material escrito	Teffé (2022)

Fonte: elaborado pela própria autora (2024)

Conforme as afirmações dos autores Virgílio Afonso da Silva e Ana Paula Barcellos sobre as etapas a percorrer para a ponderação de princípios, no tocante ao mínimo essencial e determinação da extensão e limites da proteção de direitos, buscaremos alinhar, de forma sucinta, alguns elementos constituintes da liberdade de expressão e do direito à privacidade³²⁵.

³²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: **Revista de Direito do Estado** 4 (2006): 23-51.

3.4.2 Elementos constituintes da liberdade de expressão

Para avaliar os elementos constituintes do direito à liberdade de expressão e a sua extensão, retomamos a decisão do STF em julgamento de um dos mais importantes casos envolvendo a liberdade de expressão. Trata-se do “Caso Ellwanger” ou “caso do racismo”.

Habeas Corpus (HC n. 82.424-RS)³²⁶ impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, em face da condenação do editor em sede de apelação, pelo crime de discriminação racial ao propagar através de seus livros a ideologia nazista, incitando a discriminação do povo judeu. A mensagem de cunho ilícito seria determinante para a limitação da liberdade de expressão do autor, impedindo-se lhe a publicação e divulgação da obra.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello, no “Caso Ellwanger” afirma a relevância do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na ponderação:

[...] a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, 'hic et nunc', em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina³²⁷.

Importa destacar alguns itens da ementa do Acórdão em comento:

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal³²⁸.

³²⁶ STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

³²⁷ STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

³²⁸ STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica³²⁹.

Infere-se do texto destacado que o princípio da dignidade da pessoa humana baliza a ponderação da liberdade de expressão de manifestação do pensamento quando esta ofende o princípio da igualdade jurídica e do princípio da solidariedade conceituado por Maria Celina Bodin de Moraes, conforme anteriormente discorremos.

Interessa-nos contextualizar a discussão na sociedade da informação e nos desafios que os avanços tecnológicos trazem ao mundo jurídico.

A incerteza contemporânea impacta profundamente tanto a estrutura normativa quanto a aplicação do direito. Enquanto o direito tradicionalmente se fundamenta em princípios de estabilidade e segurança jurídica, a atualidade exige que o ordenamento jurídico seja capaz de lidar com a instabilidade e a indeterminação. Surge, assim, a necessidade de um direito mais flexível e adaptável como resposta às incertezas que marcam o contexto atual.

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

O problema maior do Direito na atualidade tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e o direcionamento de sua vida particular, de sua trajetória individual³³⁰.

A interpretação dos princípios constitucionais deve, portanto, considerar o contexto da incerteza, promovendo um direito que seja, ao mesmo tempo, flexível e firme na defesa da liberdade de expressão. O conceito de incerteza impõe a necessidade de uma abordagem contextual e adaptativa na aplicação dos princípios constitucionais, o que se coaduna com a análise dos tópicos anteriores, em que o

³²⁹ STF - **HC: 82424 RS**, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

³³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017, p. 71.

conflito entre princípios e direitos fundamentais é resolvido a partir de um critério de proporcionalidade que pondera as circunstâncias fáticas pertinentes.

A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental consagrado em diversas constituições e tratados internacionais, desempenha papel central no Estado Democrático de Direito. Este direito fundamental, além de garantir a autonomia individual, é condição essencial para a manutenção de uma democracia vibrante e participativa, em que pese não ser absoluto, conforme amplamente discutido nas seções anteriores deste trabalho.

A Constituição Federal já estabeleceu algumas limitações *a priori* à liberdade de expressão ao vedar o anonimato e ao proibir a violação à honra, imagem, vida privada e à intimidade do indivíduo, determinando que no caso de exercício abusivo desse direito, os danos morais e materiais estão sujeitos a indenização.

Segundo Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Flavia Piva Almeida Leite, todas as restrições à liberdade de expressão devem ser sempre fundamentadas. As restrições devem respeitar requisitos, como o de estarem previstas em lei, obedecerem ao princípio da proporcionalidade e a finalidade visada tem que ser legítima³³¹.

É certo que a plena proteção da liberdade de expressão poderá gerar conflito com outros direitos e interesses legítimos, como no caso dos direitos fundamentais garantidos pelo direito ao esquecimento.

Neste sentido, cita-se Vírgilio Afonso da Silva, ao falar sobre a otimização e a restrição dos princípios:

A idéia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios³³².

³³¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; LEITE, Flavia Piva Almeida. A Liberdade de Expressão e o Direito à Privacidade no Marco Civil da Internet. In: DE LUCA, Newton, SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). **Direito & Internet III** - Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 435-439.

³³² SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: **Revista de Direito do Estado** 4. 2006, p. 27.

As limitações à liberdade de expressão devem ser cuidadosamente avaliadas para garantir que não resultem em violações desproporcionais desse direito fundamental. O conceito de “mínimo essencial” emerge como uma ferramenta para determinar até que ponto a liberdade de expressão pode ser restringida sem comprometer a essência do direito em questão, e sem gerar incertezas jurídicas.

Como ensina Alexy, a análise de proporcionalidade exige que qualquer restrição à liberdade de expressão seja adequada para alcançar um objetivo legítimo, necessária para atingi-lo e que não ultrapasse o que é estritamente necessário para a consecução desse objetivo³³³. Portanto, as restrições devem ser analisadas de forma a evitar excessos, preservando a essência do direito à liberdade de expressão.

Para Pierpaolo Cruz Bottini, há uma lista de liberdades que foram abraçadas pela Constituição Federal, destacando-se a liberdade de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença³³⁴. A proibição da censura e o sigilo da fonte são garantias das liberdades comunicativas.

Bottini afirma que cada cidadão é livre para manifestar suas ideias, inclusive as da supressão do regime democrático e da própria liberdade de expressão. O respeito à liberdade de expressão, segundo o autor, requer tolerância às ideias contrapostas. Elucida Bottini que o STF já se manifestou fixando limites à liberdade de expressão ao declarar a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, liberar a publicação de biografias não autorizadas, garantir a exposição de publicações com temas homoafetivos e proteger, em inúmeras oportunidades, o sigilo de fonte dos jornalistas. A medida dos limites ao seu exercício é dada pelas características e concepções políticas prevalentes em cada comunidade. No Brasil, são vedadas a incitação ao crime, a propaganda de fato criminoso, a prática ou a indução à discriminação e ao preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional³³⁵.

³³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024.

³³⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Os limites à Liberdade de expressão. **USP Opinião**. Publicado em: 19/07/2021. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/4bdc11296800-os-limites-a-liberdade-de-expressao>- Acesso em: 12 nov. 2024.

³³⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Os limites à Liberdade de expressão. **USP Opinião**. Publicado em: 19/07/2021. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/4bdc11296800-os-limites-a-liberdade-de-expressao>- Acesso em: 12 nov. 2024.

O uso dos meios digitais para a divulgação de informações e a viralização instantânea dos conteúdos pode elevar o potencial danoso do exercício das liberdades comunicativas e as possíveis violações a outros direitos fundamentais, razão pela qual, diante das incertezas do mundo pós-moderno, a preferência que vem sendo dada à liberdade de expressão e as decisões até aqui proferidas pelos Tribunais, provavelmente, não terão alcançado todas as hipóteses de conflito e são, portanto, insuficientes para que se afirme, que a extensão máxima e o núcleo essencial da liberdade de expressão a priori estejam suficientemente e nitidamente estabelecidos.

Conforme apontam Luís Roberto Barroso e Luana van Brussel Barroso³³⁶, nem sempre se verifica a pluralidade nos meios de comunicação e nem sempre é possível identificar quando a mensagem veiculada se refere a fatos ou a uma opinião direcionada. Mesmo assim, antes do advento da internet, os veículos de mídia realizavam um mínimo controle crítico, editorial e havia um controle mais criterioso sobre o que seria tornado público. Segundo os autores, o surgimento de sites, blogs pessoais e redes sociais revolucionou o universo das mídias e o conteúdo produzido pelos usuários passou a ser publicado sem controle editorial e sem custo³³⁷. De um lado, o espaço de debate público foi ampliado, por outro lado, o surgimento das redes sociais também ocasionou um aumento exponencial na disseminação de discurso abusivo e criminoso e contribuiu para o agravamento das incertezas e das vulnerabilidades diante dos abusos.

Os autores também analisam o uso da inteligência artificial na gestão, monitoramento e moderação da enxurrada de conteúdos na rede e as modificações introduzidas pelas novas tecnologias no ambiente informacional das pessoas, sendo capaz de provocar fortes emoções como a raiva, criando ambiente propício aos atos

³³⁶ BARROSO, Luis Roberto; BARROSO, Luna van Brussem. Democracia, mídias sociais e liberdade de expressão: ódio, mentiras e a busca da verdade possível. In: **Revista Direitos Fundamentais & Justiça** | Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 285-311, jul./dez. 2023. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2024/03/D8_Luis-Roberto-Barroso_DN.pdf, Acesso em: 12 jul. 2024. Texto publicado originariamente no Chicago International Law Journal, outono 2023, sob o título *Democracy, social media, and freedom of expression: hate, lies, and the search for the possible truth*.

³³⁷ BARROSO, Luis Roberto; BARROSO, Luna van Brussem. Democracia, mídias sociais e liberdade de expressão: ódio, mentiras e a busca da verdade possível. In: **Revista Direitos Fundamentais & Justiça** | Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 285-311, jul./dez. 2023. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2024/03/D8_Luis-Roberto-Barroso_DN.pdf, Acesso em: 12 jul. 2024, p. 189.

discriminatórios e disseminação do discurso de ódio. Apontaram, muito apropriadamente, que o poder de organizar o conteúdo online tem impactos diretos sobre a liberdade de expressão, o pluralismo e a democracia.

Como mencionado, o crescimento das redes sociais e seu uso por pessoas ao redor do mundo permitiram a propagação da ignorância, mentiras e a prática de crimes de diferentes naturezas com pouco custo e quase nenhuma responsabilização, ameaçando a estabilidade até mesmo de democracias duradouras³³⁸.

Mesmo defendendo claramente uma imprensa forte e livre, os autores não fecham os olhos para as consequências negativas da revolução digital. Enumeram os motivos para a ampla defesa da liberdade de expressão, que goza de preferência *prima facie* na ordem jurídica de muitos países, mas também deixam evidente em sua análise que o modelo de negócios das mídias e plataformas digitais hoje, centralizado na busca por atenção e engajamento para obter receita, nem sempre se coaduna com os valores que sustentam a proteção da liberdade de expressão.

Como solução e de forma a garantir a otimização do princípio da liberdade de expressão, Luís Roberto Barroso e Luna van Brussel Barroso propõem a coibição do uso indevido da internet e das redes sociais por meio da regulação que, em algum grau, possa garantir que o pluralismo, a diversidade e a liberdade de expressão sejam preservados. Para tanto, recomendam a transparência, a proporcionalidade, ao lado da educação midiática e a conscientização das pessoas de boa-fé³³⁹.

³³⁸ BARROSO, Luis Roberto; BARROSO, Luna van Brussem. Democracia, mídias sociais e liberdade de expressão: ódio, mentiras e a busca da verdade possível. In: **Revista Direitos Fundamentais & Justiça** | Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 285-311, jul./dez. 2023. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2024/03/D8_Luis-Roberto-Barroso_DN.pdf, Acesso em: 12 jul. 2024, p. 292.

³³⁹ BARROSO, Luis Roberto; BARROSO, Luna van Brussem. Democracia, mídias sociais e liberdade de expressão: ódio, mentiras e a busca da verdade possível. In: **Revista Direitos Fundamentais & Justiça** | Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 285-311, jul./dez. 2023. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2024/03/D8_Luis-Roberto-Barroso_DN.pdf, Acesso em: 12 jul. 2024, p. 307.

3.4.3 Elementos constituintes do direito à privacidade

O direito à privacidade é um dos direitos fundamentais mais valorizados no contexto jurídico contemporâneo, sendo essencial para a dignidade e a autonomia do indivíduo em uma sociedade democrática.

Resgatando o que já foi anteriormente exposto, a privacidade não apenas protege a esfera pessoal dos indivíduos contra a intrusão não autorizada, mas também serve como um pilar para a liberdade e a dignidade humana, assegurando que os indivíduos possam viver suas vidas sem temor de vigilância ou controle excessivo por parte do Estado ou de terceiros.

A análise do mínimo essencial do direito à privacidade envolve a identificação dos aspectos fundamentais do direito à privacidade que devem ser preservados, mesmo quando há a necessidade de ponderação diante de outros interesses e direitos legítimos aplicáveis ao caso concreto.

A teoria do mínimo essencial pode ser compreendida por meio do princípio da proporcionalidade, que exige que qualquer restrição ao direito à privacidade seja adequada para alcançar um objetivo legítimo, necessária para atingir esse objetivo e que não exceda o que é estritamente necessário para alcançá-lo³⁴⁰.

De acordo com os critérios da máxima de proporcionalidade de Alexy, a ponderação do direito à privacidade com interesses como a segurança nacional, com a ordem pública ou com outros direitos fundamentais deve, todavia, assegurar que qualquer limitação seja a menos invasiva possível e que preserve a essência do direito à privacidade.

O conceito de mínimo essencial do direito à privacidade também está relacionado à ideia de que existem certos elementos centrais desse direito que devem ser protegidos em qualquer circunstância. Trata-se dos elementos essenciais para a dignidade, para a autonomia individual, para a autodeterminação informativa.

³⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024, p. 116-119.

Para Daniel Solove a privacidade é um conceito abrangente, que contempla conceitos como a liberdade de pensamento, o controle sobre o próprio corpo, a proteção da vida íntima, o direito de ficar só, o controle sobre as informações pessoais, a liberdade da vigilância exercida pelo Estado ou por entes privados, a proteção da reputação e a proteção contra buscas e interrogatórios³⁴¹.

Alerta o autor sobre a dificuldade na determinação das implicações do direito à privacidade nas relações e na vida dos indivíduos. Frequentemente, não temos um relato convincente sobre o que está em jogo quando a privacidade é ameaçada e o que se deve esperar da atuação Estatal em sua defesa. A dificuldade em definir o que é a privacidade e por que ela é importante muitas vezes tornou a proteção da privacidade ineficaz e incapaz de atender aos objetivos maiores que ela deve cumprir. Na sociedade da informação, a coleta massiva de dados e a vigilância online representam ameaças frequentes de violação ao direito à privacidade³⁴².

O fato é que a privacidade dos indivíduos vem sendo sacrificada em troca do acesso a serviços “gratuitos” no ambiente digital e, ao arrepio da ética kantiana, base filosófica amplamente adotada para o entendimento da dignidade da pessoa humana, os dados pessoais e informações comportamentais tornaram-se insumo, o ser humano, seus hábitos, emoções e escolhas tornaram-se meio, e não o fim em si.

Conforme a análise de Virgílio Affonso da Silva sobre a complexidade da determinação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais³⁴³, o direito à privacidade, conforme já demonstrado ao longo deste trabalho, está amparado tanto pelo direito à autonomia e autodeterminação informativa, quanto à própria integridade psicofísica, enquanto são protegidas a imagem, a honra e enquanto são vedadas todas as formas de discriminação.

As possíveis restrições a este direito estão ligadas ao interesse da coletividade na informação e na segurança pública e demais interesses do Estado, o que sempre deve contar com a devida fundamentação e justificativa a partir da visão integrada da ordem jurídica vigente.

³⁴¹ SOLOVE, Daniel. **Understanding Privacy**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

³⁴² SOLOVE, Daniel. **Understanding Privacy**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 1-3.

³⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: **Revista de Direito do Estado** 4. 2006, p. 41.

A proteção constitucional da privacidade não se limita apenas ao dever de abstenção do Estado e da sociedade em interferir nas esferas individuais. Abrangem também o direito de agir em oposição a atos violadores da privacidade e também o direito de evitar que ela seja invadida, conforme mencionam Kelly Baião e Kalline Gonçalves³⁴⁴.

Reiteram as autoras:

Para que o indivíduo possa, efetivamente, ser sujeito do seu destino e das suas escolhas, o Estado precisa assegurar que sua autodeterminação seja exercida de forma desimpedida. Ao assegurar a liberdade de escolha, o Estado também precisa assegurar que o seu conteúdo seja preenchido pelo indivíduo³⁴⁵.

A consciência do conceito de dignidade da pessoa humana, contudo, é frequentemente esquecida diante de restrições significativas à liberdade e à privacidade sem justificativa em prol das próprias pessoas. Alertam as autoras quanto a algumas interferências que possam ser excessivas, limitando a liberdade e a autonomia sem comprovadamente favorecer interesses solidaristas³⁴⁶.

A era das incertezas oferece-nos a oportunidade de desenvolvimento de novas formas de regulação de criação de soluções jurídicas que sejam mais eficazes e apropriadas para os problemas contemporâneos. Para Baião e Gonçalves, há que se ter cautela nas restrições a direitos privados, em virtude da proteção de interesses públicos, para não incorrerem na flexibilização de direitos essenciais à democracia. O objetivo deve ser sempre um ganho maior de autonomia para os indivíduos³⁴⁷.

³⁴⁴ BAIÃO, Kelly C. Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1–24, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/151>. Acesso em: 11 nov. 2024, p. 8.

³⁴⁵ BAIÃO, Kelly C. Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1–24, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/151>. Acesso em: 11 nov. 2024, p. 8.

³⁴⁶ BAIÃO, Kelly C. Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1–24, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/151>. Acesso em: 11 nov. 2024, p. 12.

³⁴⁷ BAIÃO, Kelly C. Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1–24, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/151>. Acesso em: 11 nov. 2024, p. 13.

A perda de direitos fundamentais, como intimidade e identidade, exige uma ponderação mínima entre liberdade, privacidade, segurança e tecnologia. Argumento que fortalece o posicionamento do princípio da liberdade da pessoa humana como o fiel da balança na ponderação.

3.4.4 Elementos constituintes do direito ao esquecimento

Com base nas análises feitas ao longo deste trabalho sobre o direito ao esquecimento e suas diferentes nomenclaturas, finalidades ou papel garantidor, as decisões dos casos emblemáticos sobre o tema no Brasil e em outros países, cumpre sintetizar alguns conceitos que nos permitam identificar a sua natureza jurídica, seu conteúdo e abrangência ou sua extensão máxima e as restrições nos casos de conflito com outros direitos fundamentais, em especial as liberdades comunicativas como a liberdade de expressão e o direito à informação, ou direito de acesso à informação.

Primeiramente, destacamos que o direito ao esquecimento analisado em grande parte deste trabalho, trazido à baila nas disputas judiciais dirimidas pelos tribunais brasileiros que analisamos, não se referia diretamente ao direito ao esquecimento no contexto da proteção de dados pessoais.

O Caso Xuxa Meneghel inaugurou a discussão do direito ao esquecimento sob a ótica da desindexação, visando, em proteção à imagem e honra da apresentadora e buscando assegurar seu direito de manter atualizado o conjunto de informações conhecidas publicamente a seu respeito, desvincular do nome e imagem de critérios de busca (palavras-chave) que a vinculavam à pedofilia e a fatos do seu passado que não condiziam com a sua personalidade e carreira profissional. O direito à desindexação, lembramos, não se confunde com o direito ao esquecimento, mas pode estar compreendido na mesma pretensão, no ambiente da rede.

Já o Caso da Chacina da Candelária foi emblemático ao ensejar o reconhecimento pelos tribunais brasileiros do direito ao esquecimento como direito de retirar de circulação notícias e imagens que vinculavam o indivíduo de crime do qual ele havia sido inocentado, sendo que os fatos sobre o crime e sua solução, uma vez atualizados, colocavam o interesse público das notícias obsoletas que envolviam o autor em posição de menor relevância em relação ao seu direito à autodeterminação informativa, ao seu direito de determinar como quer ser reconhecido em sociedade.

Na decisão do STF do Caso Aída Curi, o direito ao esquecimento foi definido 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”³⁴⁸.

Este é o direito traduzido na expressão *right to oblivion*, ou direito à extração forçada da memória.

Leonardo Parentoni definiu o direito ao esquecimento no contexto da proteção de dados como sendo:

[...] a faculdade de obstar o processamento informatizado, a transferência ou publicação de dados pessoais, além de exigir que sejam apagados, sempre que a sua preservação esteja causando constrangimento ao sujeito envolvido, desde que não exista razão de interesse público que justifique a preservação final³⁴⁹.

A definição dada por Parentoni, abarca tanto o direito de ser esquecido como o direito de apagamento, permitindo a maior abrangência da proteção dada ao indivíduo, porém estabelece como limites o condicionamento do seu exercício do seu direito à comprovação da relação de causalidade entre o constrangimento (dano à integridade psicofísica do indivíduo e, portanto, à sua dignidade) e a manutenção da publicidade dos dados pessoais. Segundo a definição dada, trata-se de uma faculdade (prerrogativa do sujeito), que pode ser exercida a qualquer tempo (sempre), limitada pela justificativa de interesse público. Desta forma, permanecem a subjetividade dos critérios quanto à existência do justo motivo e do real interesse público na informação.

³⁴⁸ STF. Supremo Tribunal Federal. 2021. **Julgamento do RE 1010606**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento 11/02/2021. Publicação 20/05/2021

³⁴⁹ PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right to Oblivion*). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III** – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier, 2015, p. 577.

3.5 A proposta de matriz de ponderação

Propomos sistematizar a discussão dos elementos constituintes do direito ao esquecimento nas abordagens acima da forma delimitada a seguir.

A Etapa I compreende a análise dos elementos constituintes do direito ao esquecimento e da liberdade de expressão já discutidos neste trabalho conforme a situação fática. Identifica-se aqui a necessidade do pleito, os direitos fundamentais direta ou indiretamente ameaçados ou violados e a adequação da aplicação do direito ao esquecimento para a solução do conflito apresentado. Para esta etapa propomos a identificação e análise dos itens abaixo:

- I. (a) a natureza e conteúdo da informação que se deseja esquecer ou subtrair do conhecimento público;
- I. (b) a motivação do titular da pretensão;
- I. (c) o contexto da divulgação da informação e os meios utilizados;
- I. (d) a finalidade e os reais beneficiários na divulgação da informação; e
- I. (e) os efeitos do decurso do tempo.

De forma não exaustiva, mas exemplificativa, destacamos alguns pontos para a análise quanto à natureza e conteúdo da informação. É importante discutir se a informação foi previamente disponibilizada pelo próprio titular ou pessoa autorizada, se trata-se de arquivo de imagem (fotografia ou vídeo), voz, dados biográficos ou sensíveis e o que eles efetivamente comunicam; se são fatos cotidianos, que dizem respeito unicamente à vida íntima ou a vida em comunidade; se retratam ou fornecem indícios de conduta manifestamente criminosa ou lesiva a direitos de terceiros identificados, identificáveis ou à comunidade; se contém resultados de cunho científico ou de estudos de interesse comum.

A justificativa do pleito de obstar a divulgação ou de deletá-la precisa ser analisada. Se o objetivo for a ilegalidade de sua obtenção, ou se são informações ambíguas, falsas ou inverossímeis, se há erros e a sua gravidade, se o fato determinante para buscar a garantia do esquecimento ou do apagamento está

relacionado a algo que possa causar um injusto impedimento, constrangimento sob qualquer forma ao sujeito do direito, ou ao exercício de sua função ou ofício.

Quanto ao contexto da divulgação e os meios utilizados, importa verificar se a pessoa identificada ou retratada voluntariamente autorizou ou divulgou previamente os fatos ou informações; se a revelação foi feita em contexto público ou privado; se houve violação da obrigação de sigilo ou proteção das informações; ou se os meios utilizados para a divulgação conferirão amplo e irrestrito acesso a terceiros, sem que se possa controlar a sua propagação; se o contexto da divulgação era de sátira ou, de alguma outra forma, de manifestação artística espontânea ou independente.

Não obstante a argumentação de que os dados ou fatos estão sendo divulgados no ambiente do direito de informar ou no contexto do acesso à informação, é importante verificar se a finalidade última é informar, educar, preservar a memória, construir o conhecimento, ou algum motivo relevante que não o mero exercício de atividade empresarial com finalidade de lucro mediante a exploração do conteúdo.

Neste sentido, a identificação dos reais beneficiários da divulgação dos dados ou fatos serve para diferenciar a presença do interesse da coletividade, da ordem pública ou de interesses privados diversos, relevantes ou não, úteis ou fúteis.

O aspecto temporal também deve ser considerado, em conjunto com os demais. É certo que o mero decurso do tempo pode não ser suficiente para sustentar a pretensão ao esquecimento. Mas certamente a atualidade das informações ou fatos podem tanto influenciar o direito de autodeterminação, como o direito à preservação da memória. Da mesma forma, uma informação recente também pode interessar somente ao seu titular e não a terceiros, não existindo justo motivo para a sua divulgação.

A Etapa II consiste na análise dos danos que podem ser produzidos com a prevalência de um ou de outro princípio colidente, na busca da proporcionalidade da decisão. A partir do resultado da análise da etapa anterior, a matriz tem como proposta identificar:

- II. (a) a extensão do dano ao titular com a divulgação da informação;
- II. (b) a extensão do dano ao divulgador da informação ou à coletividade com o seu apagamento; e

- II. (c) se há solução menos gravosa entre apagar (ou obstaculizar a divulgação da informação) e a manutenção integral da divulgação da informação.

A apuração da extensão do dano nos parece um dos fatores mais delicados do processo de ponderação. Em primeira análise, é importante verificar se a divulgação interfere na vida, liberdade, integridade e autonomia individual, comprometendo a qualidade de sua sobrevivência, convívio social e de suas relações pessoais, familiares, comunitárias, profissionais, e se comprometem a sua participação nos processos políticos e democráticos.

Maria Celina Bodin de Moraes, de forma extremamente lúcida, pontua as dificuldades na proteção de forma objetiva da personalidade humana, que se realiza não apenas na proteção dos direitos subjetivos, mas também por meio de uma miríade de situações jurídicas subjetivas, nas mais diversas configurações³⁵⁰.

A partir da centralidade da dignidade da pessoa humana como valor, a autora cita como regra geral que, sempre que existir um conflito nas relações privadas entre uma situação jurídica de natureza subjetiva existencial e outra de natureza patrimonial, a primeira deve prevalecer. Porém, ressalta que não é possível identificar, *a priori*, o rol de situações jurídicas subjetivas tuteladas, pois o que se pretende proteger é o valor da personalidade humana, garantindo a “elasticidade” que permite a mais ampla experiência da vida de relações³⁵¹.

Quanto à extensão do dano ao divulgador da informação, é importante verificar se ele o fez no exercício de atividade empresarial, profissional, ou se o fez em cumprimento de dever legal, obrigação contratual ou função e a relevância das informações para os resultados pretendidos ou esperados. Desta forma, pode-se aferir as consequências da interrupção da divulgação ou do seu apagamento.

A consideração da extensão, de forma potencial ou concreta, dos danos à comunidade ou a terceiros é diretamente relacionada à natureza da informação e a finalidade de sua divulgação. A preservação da memória coletiva, bem como a salvaguarda da integridade dos espaços públicos de discussão, aprendizagem e

³⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017.

³⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017, p. 120.

manifestação do pensamento são elementos de extrema importância e que, inclusive, foram determinantes na decisão proferida pelos ministros do STF no Caso Aída Curi.

Destaque-se, também, trecho final do voto-vogal proferido pelo Ministro Edson Facchin em que propõe a fixação da seguinte tese de repercussão geral:

Ante o exposto, voto pela parcial procedência da ação para reconhecer a existência de um direito ao esquecimento no ordenamento constitucional brasileiro, e negar, no caso concreto, que a pretensão dos requerentes triunfe sobre a posição de preferência da liberdade de expressão e do direito à informação.

Proponho a seguinte tese de repercussão geral: têm a liberdade de expressão e o direito à informação precedência sobre o direito ao esquecimento, independentemente do transcurso do tempo, cedendo a essa primazia a pretensão de vítimas ou familiares, quando se verificar interesse transindividual, ou a natureza pública da informação, ou o alto grau de relevância histórica ou importância da memória, sendo aquele direito, nesses limites, compatível com a Constituição que alberga a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informacional (art. 5º, XII, CRFB/88). É como voto³⁵².

A preferência pela solução menos gravosa entre apagar a informação (ou obstaculizar a sua divulgação) e a manutenção integral da divulgação da informação está diretamente relacionada ao crivo da proporcionalidade, em suas três dimensões. Para Daniel Sarmento, a teoria de Dworkin sobre as liberdades especialmente protegidas é relevante como forma de não banalização dos direitos fundamentais. Apenas essas liberdades podem ser consideradas como preferenciais diante de metas coletivas, pois o contrário seria inviável³⁵³.

Contra-argumenta o autor, que a ideia de um direito geral de liberdade conforme a Teoria de Alexy nos permite afirmar que toda e qualquer restrição à liberdade precisa passar pelo crivo da proporcionalidade, incluindo seus três subprincípios³⁵⁴. As razões para as restrições de um direito fundamental devem ser realizadas na busca de um fim legítimo e devem contribuir para a sua realização (subprincípio da adequação). De acordo com o subprincípio da necessidade, não devem existir outras formas mais brandas de alcançar o mesmo fim; e, pela

³⁵² STF. Supremo Tribunal Federal. 2021. **Julgamento do RE 1010606**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento 11/02/2021. Publicação 20/05/2021, p. 162-163.

³⁵³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana** (Portuguese Edition). São Paulo: Editora Fórum, 2022. *Kindle*, p. 240.

³⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana** (Portuguese Edition). São Paulo: Editora Fórum, 2022. *Kindle*, p. 240.

proporcionalidade em sentido estrito, a promoção do objetivo almejado deve compensar o ônus imposto à liberdade.

Elemento integrante desse processo, propomos na Etapa III, para que o filtro das análises dos itens I.(a) a I.(e) e dos itens II.(a) a II.(c) seja feito pelo princípio da dignidade da pessoa humana de forma sistematizada, considerando:

- III. (a) se no processo de ponderação o titular do direito em questão está sendo tratado pelo seu valor intrínseco, humanizado, não objetificado ou mercantilizado;
- III. (b) se a decisão do processo de ponderação fere a autonomia do indivíduo, coloca em risco a sua liberdade ou capacidade de tomar decisões e fazer escolhas fundamentais para o seu bem-estar físico e psíquico; e
- III. (c) se as metas coletivas de desenvolvimento e bem-estar, se a dignidade individual de terceiros ou se os valores sociais compartilhados pelo grupo ou comunidade à qual pertence, estão em risco com a decisão a ser tomada ou mesmo se estão sendo violados³⁵⁵.

O primeiro critério acima listado tem relação direta com o valor intrínseco da dignidade humana. Explica Sarmiento que a ideia geralmente é associada à fórmula kantiana do tratamento da pessoa como fim em si³⁵⁶. O valor intrínseco da pessoa impede que se submetam os interesses e liberdades individuais às metas coletivas ou aos interesses das maiorias. Desta forma, segundo o autor, afastam-se as posturas e decisões desigualitárias nas relações em sociedade e impedem que se submetam os indivíduos aos valores do organicismo e o utilitarismo.

Este critério é especialmente relevante na proteção dos interesses individuais diante das violações à sua privacidade e demais direitos da personalidade, e abuso

³⁵⁵ Daniel Sarmiento adverte que “a compreensão da dignidade como heteronomia é uma porta aberta para autoritarismos e moralismos desnecessários”. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana** (Portuguese Edition). São Paulo: Editora Fórum, 2022. *Kindle*, p. 240.

³⁵⁶ Daniel Sarmiento adverte que “a compreensão da dignidade como heteronomia é uma porta aberta para autoritarismos e moralismos desnecessários”. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana** (Portuguese Edition). São Paulo: Editora Fórum, 2022. *Kindle*, p. 166.

na coleta e tratamento de dados pessoais pelos grandes grupos de mídia e pelas empresas transnacionais na sociedade da informação³⁵⁷.

O exame dos riscos da solução à autonomia do indivíduo, à sua liberdade ou capacidade de tomar decisões e fazer escolhas fundamentais para o seu bem-estar físico e psíquico se relacionam com a visão da Maria Celina Bodin de Moraes quanto ao princípio da liberdade individual e da autonomia privada que garantem ao indivíduo ser dono das próprias escolhas, como bem lhe aprouver. Para a autora, este princípio se direciona cada vez mais à esfera da intimidade e da vida privada³⁵⁸.

Em termos práticos, este exame permite identificar se, por exemplo, a divulgação de um dado ou informação sobre a vida pretérita do indivíduo o tornará exposto a formas diversas de discriminação nas relações privadas, como no acesso ao crédito, mercado de trabalho, assim como na contratação de serviços como os de planos de saúde e seguros.

Quanto ao terceiro critério de análise, sobre a perspectiva coletiva ou comunitária da dignidade da pessoa humana, deve-se apontar que o tema gera ressalvas e deve ser admitido com cautela.

Citamos o alerta de Norberto Bobbio:

Hoje, o próprio conceito de democracia é inseparável do conceito de direitos do homem. Se se elimina uma concepção individualista da sociedade, não se pode mais justificar a democracia do que aquela segundo a qual, na democracia, os indivíduos, todos os indivíduos, detêm uma parte da soberania. [...] Tenho dito frequentemente que, quando nos referimos a uma democracia, seria mais correto falar de soberania dos cidadãos e não de soberania popular. “Povo” é um conceito ambíguo, do qual se serviram também todas as ditaduras modernas. É uma abstração por vezes enganosa: não fica claro que parcela dos indivíduos que vivem num território é compreendida pelo termo “povo”. As decisões coletivas não são tomadas pelo povo, mas pelos indivíduos, muitos ou poucos, que o compõem³⁵⁹.

³⁵⁷ Daniel Sarmiento adverte que “a compreensão da dignidade como heteronomia é uma porta aberta para autoritarismos e moralismos desnecessários”. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana** (Portuguese Edition). São Paulo: Editora Fórum, 2022. *Kindle*, p. 190.

³⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017, p. 107.

³⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 2. ed. [30ª Reimp.]. Rio de Janeiro: GEN | Grupo Editorial Nacional. Publicado pelo selo Editora Atlas, 2022. *Kindle*, p. 91.

Daniel Sarmento também argumenta que hoje a sociedade é plural e diversa, e os indivíduos, mesmo sendo seus integrantes, podem escolher pertencer a grupos de interesses diferentes, muitas vezes antagônicos, de forma que as metas coletivas estabelecidas ou pretendidas por um determinado grupo, mesmo que por uma maioria, podem não atender aos seus anseios de dignidade³⁶⁰.

A força do argumento e a cautela preconizada por Bobbio e, na mesma esteira, por Sarmento, não devem servir à negação do direito-dever de solidariedade social.

A Constituição Federal, em seu preâmbulo, já estabelece que serve à construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e, no artigo 3º, estabelece a solidariedade como objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito. Este princípio constitucional também serve à proteção de direitos e interesses difusos, como no caso da tutela do consumidor e do meio ambiente. De sorte que não se pode isolar da ponderação balizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana os questionamentos atinentes aos interesses de terceiros e de outros grupos.

De fato, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, o maior problema do Direito na atualidade consiste em:

[...] estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e o direcionamento de sua vida particular, de sua trajetória individual³⁶¹.

A ponderação à luz do caso concreto se apoia na interação dos processos I, II e III acima, numa matriz de conceitos amplos e funcionamento contínuo, os quais devem fornecer subsídios claros para a fundamentação detalhada, transparente e coerente³⁶² da decisão a ser tomada.

³⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana** (Portuguese Edition). São Paulo: Editora Fórum, 2022. *Kindle*, p. 240.

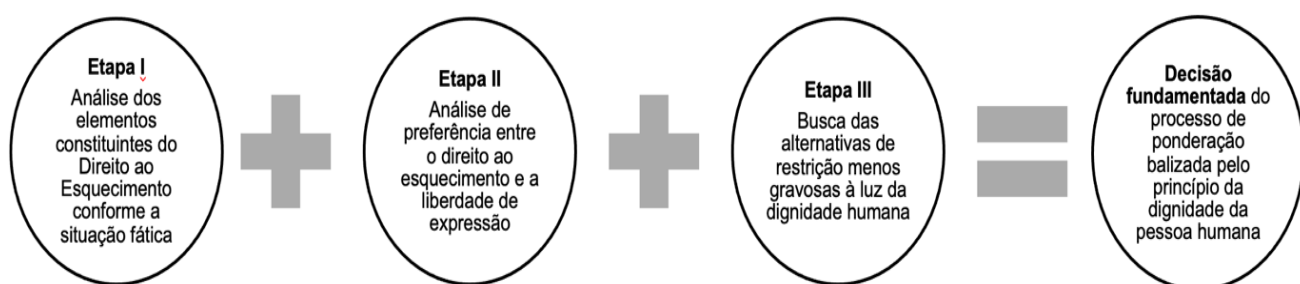
³⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017, p. 71.

³⁶² Virgílio Afonso da Silva discorre sobre o dever de coerência dos tribunais brasileiros ao adotarem a Teoria dos Princípios e a proporcionalidade no processo de ponderação: "Que fique claro, pois, que se cobra apenas coerência nos julgados no STF, e não a aplicação da regra da proporcionalidade. Se o Supremo Tribunal Federal, por ter outra concepção acerca da estrutura dos direitos fundamentais ou da forma de controlar a colisão entre eles, sustentasse que a regra da proporcionalidade não é aplicável ao caso brasileiro, poder-se-ia criticar essa concepção, mas não a sua coerência. Mas, a partir do momento em que o STF sustenta que a regra da proporcionalidade tem "fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais",⁸² e assim o faz não com o intuito de se manter meramente no plano retórico, isto é, de recorrer a um topos - como acontece quando menciona

Segundo Alexy, a fundamentação da solução decorrente do processo de sopesamento a partir dos direitos fundamentais também podem incluir, à medida que forem relevantes, outras fundamentações, como aquelas que se baseiam no próprio Estado Democrático de Direito, análise jurisprudencial ou no conceito de justiça³⁶³.

A figura1 abaixo ilustra a mecânica da matriz de ponderação aqui proposta:

Figura 2 – Mecânica da matriz de ponderação



Fonte: elaborado pela própria autora (2024)

O quadro 2 a seguir condensa os elementos da matriz acima descritos, conforme a proposta deste trabalho:

o princípio da razoabilidade -, mas com o exposto intuito de ir além, e passar para o plano da aplicação sistemática e estruturada de um modelo pré-existente, é de se esperar, então, que dele seja cobrada coerência". SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais** 798 (2002): 23-50, p 45-46.

³⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024, p. 120.

Quadro 2 – Quadro Resumo da Matriz de Ponderação

ETAPA	CONCEITO	OBJETIVO	ANÁLISE
I	Análise dos elementos constituintes do direito ao esquecimento conforme a situação fática	Identificar e analisar os elementos constituintes do direito ao esquecimento e da liberdade de expressão conforme a situação fática. Identificar a necessidade de esquecimento. Mapear os direitos fundamentais direta ou indiretamente ameaçados ou violados. Assegurar adequação da aplicação do direito ao esquecimento para a solução do conflito apresentado.	(a) a natureza e conteúdo da informação que se deseja esquecer ou subtrair do conhecimento público; (b) a motivação do titular da pretensão; (c) o contexto da divulgação da informação e os meios utilizados; (d) a finalidade e os reais beneficiários na divulgação da informação; e (e) os efeitos do decurso do tempo.
II	Análise de preferência entre direito ao esquecimento e liberdade de expressão	Analisar os danos que podem ser produzidos com a prevalência de um ou de outro princípio colidente. Analisar a iminência do dano com a divulgação da informação.	(a) extensão e iminência do dano ao titular com a divulgação da informação; (b) a extensão do dano ao divulgador da informação ou à coletividade com o seu apagamento; e (c) mapeamento das soluções entre apagar (ou obstaculizar a divulgação da informação) e a manutenção integral da divulgação da informação.
III	Busca de alternativas de restrição menos gravosas à luz da dignidade humana	Avaliar os danos e as possíveis soluções identificadas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.	a) tratamento digno ao titular do direito, segundo seu valor intrínseco, humanizado, não objetificado ou mercantilizado; (b) impacto da decisão do processo de ponderação sobre a autonomia do indivíduo, potenciais riscos à sua integridade, liberdade ou capacidade de tomar decisões e fazer escolhas; e (c) potencial conflito, violação ou grave ameaça às metas coletivas, à dignidade individual de terceiros aos valores sociais compartilhados pelo grupo ou comunidade.
Solução	Decisão fundamentada	Decisão do processo de ponderação balizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.	a) transparência; b) razoabilidade; c) justificativa baseada nos princípios e valores constitucionais e em Tratados e documentos internacionais; d) embasamento conceitual e teórico compatível com a complexidade dos temas e riscos ponderados

Fonte: elaborado pela própria autora (2024)

A matriz decisória proposta que foi desenvolvida a partir do resultado das pesquisas e das reflexões desta tese e pode oferecer ao Poder Judiciário parâmetros estruturantes para a aplicação de forma menos subjetiva ou retórica do metaprincípio da dignidade da pessoa humana nas decisões relativas ao direito ao esquecimento, equilibrando direitos fundamentais de maneira justa e proporcional.

Espera-se que a matriz auxilie a conferir elementos para justificar a racionalidade do interprete e validar ao critério utilizado na ponderação, para que se verifique a efetiva proporcionalidade na decisão e o mínimo prejuízo aos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao esquecimento visa impedir a divulgação de informações verídicas, porém desatualizadas, que possam causar danos psíquicos e prejudicar a dignidade, crucial para uma vida em paz. No contexto do direito ao esquecimento, a proteção da dignidade humana é central.

A aplicação do direito ao esquecimento exige ponderação entre privacidade, dignidade, liberdade de expressão e direito à informação, conforme o princípio da proporcionalidade. O tempo também desempenha um papel importante, limitando a relevância de informações antigas para garantir a segurança jurídica. Na era digital, onde a memória de dados é praticamente infinita, a facilidade de acesso a informações antigas agrava os riscos de perpetuação de estigmas. Os tribunais brasileiros discutem ativamente esses temas, buscando equilibrar os direitos fundamentais em um cenário de incertezas e avanços tecnológicos.

Dentre as três principais correntes doutrinárias existentes no Brasil sobre o direito ao esquecimento, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela adoção da terceira corrente, que argumenta que o direito ao esquecimento não existe como um direito fundamental autônomo, mas pode ser visto como suporte de alguns direitos fundamentais, especialmente os previstos no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, como o direito à vida privada e à honra, considerando que não há, no vasto corpo das leis brasileiras, a existência de um direito ao esquecimento, seja ele expresso ou implícito, conforme teorizado pelas duas primeiras correntes.

Na prática, existem dispositivos legais específicos que permitem a retirada de informações da apreciação pública em razão do decurso do tempo, desde que determinadas condições específicas sejam atendidas. No entanto, essas previsões possuem um efeito temporal e um objetivo específico definidos pelo legislador, não configurando, portanto, uma materialização do direito ao esquecimento.

Assim, informações, dados e notícias, que foram lícitamente obtidos e tratados, não podem ser limitados pelo mero decurso do tempo. O tempo não transforma a condição de publicação desses dados em ilícita, pois os fatos em si não mudam apenas porque a percepção daqueles que os observam se alterou.

Neste cenário, reconhecer o direito ao esquecimento em face do mero decurso do tempo, segundo a Suprema Corte, pode ser visto como um obstáculo à liberdade de informação e à liberdade de imprensa. Neste sentido é a primeira parte do Tema n. 786 do STF. A segunda parte do Tema, indica que persiste o potencial conflito entre liberdade de expressão e demais direitos da personalidade, sendo que os conflitos relativos a eventuais abusos devem ser decididos por ponderação e pelo recurso à reparação dos danos havidos.

Na era da informação, a rápida disseminação de conteúdos na internet torna a remoção de dados uma tarefa difícil e muitas vezes impraticável. A desindexação de conteúdo dos mecanismos de busca, como o Google, é uma alternativa para mitigar danos, mas possui limitações devido à morosidade dos processos judiciais e à possibilidade de novos conteúdos serem publicados constantemente.

No Brasil, a aplicação do direito ao esquecimento ainda é controversa, especialmente diante dos desafios regulatórios que equilibram liberdade de expressão e controle de abusos. O STF concluiu pela não recepção plena desse direito no ordenamento jurídico, dado o risco de censura e as limitações que isso impõe à liberdade de imprensa, fundamentais para a democracia, confirmando o entendimento, mesmo que oscilante, dos Tribunais brasileiros, de que a liberdade de expressão deve ser tratada como preferencial, restringida apenas em casos específicos previstos em lei e dentro dos critérios da proporcionalidade.

O direito ao esquecimento não se limita ao ambiente virtual, mas sua relevância é amplificada pelo uso massivo das redes. É imperativo que a análise da aplicabilidade deste direito, no ordenamento jurídico brasileiro, considere o contexto da consolidação da regulamentação do uso da internet, reconhecendo sua repercussão como um potencial direito fundamental.

Extrapolar essas limitações legislativas seria contrário aos fundamentos constitucionais, o que levou o STF a concluir pela não recepção do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Adotar o direito ao esquecimento como um direito fundamental repercutiria significativamente, consolidando-o como base para novas legislações e como princípio orientador no desenvolvimento e interpretação da proteção da privacidade e da dignidade humana na internet.

A decisão vindoura do STF sobre o Tema 987, que decidirá sobre a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, o qual, em defesa da liberdade de expressão, hoje torna os provedores não responsabilizáveis pela não remoção de conteúdo indevido, exceto se descumprirem ordem judicial neste sentido. Se, por um lado, a autorregulação e os mecanismos de moderação de conteúdo dessas plataformas possam ser considerados ineficientes ou insuficientes para prevenir ou coibir abusos e danos aos direitos da personalidade, há uma incerteza que também se manifesta nos desafios regulatórios que envolvem a liberdade de expressão.

A dificuldade em criar e aplicar normas que sejam ao mesmo tempo eficazes e respeitosas dos direitos fundamentais é um reflexo da Era das Incertezas. A regulação da liberdade de expressão enfrenta o dilema de prevenir abusos sem infringir os direitos fundamentais à liberdade de expressão, dentro da proporcionalidade, que é considerada, por muitos doutrinadores, como fórmula retórica e que na prática, nem sempre é vislumbrada no juízo racional e discricionário dos tribunais.

A presente tese teve como objetivo identificar parâmetros estruturantes para a ponderação de princípios no contexto do direito ao esquecimento, com a propositura de uma matriz decisória que ajude a conferir racionalidade na definição e fundamentação das decisões jurídicas envolvendo tal direito, de forma que o referencial de ponderação (ou o fiel da balança), seja o princípio da dignidade da pessoa humana. A proposta de ponderação com o uso da matriz divide-se em etapas específicas, cada uma destinada a analisar aspectos cruciais para a compreensão e aplicação do direito ao esquecimento.

Na Etapa I, considera-se a análise dos elementos constituintes do direito ao esquecimento conforme a situação fática. Para a construção desta Etapa da matriz visou-se identificar e analisar os elementos essenciais tanto do direito ao esquecimento quanto da liberdade de expressão, de acordo com a situação concreta. Para tanto, são identificados os direitos fundamentais direta ou indiretamente ameaçados ou violados, assegurando a adequação da aplicação do direito ao esquecimento para a resolução do conflito apresentado. Os elementos analisados incluem a natureza e o conteúdo da informação a ser esquecida, a motivação do titular da pretensão, o contexto da divulgação, os meios utilizados, a finalidade e os reais beneficiários da divulgação da informação, bem como os efeitos do decurso do tempo.

A Etapa II consistiu na análise de preferência entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão. Nesta fase, são avaliados os danos que poderiam ser produzidos pela prevalência de um ou outro princípio em conflito. A análise inclui a extensão e iminência do dano ao titular da informação com sua divulgação, a extensão do dano ao divulgador da informação ou à coletividade com seu apagamento, e o mapeamento das soluções entre apagar ou obstaculizar a divulgação da informação e a manutenção integral dela.

Na Etapa III, busca-se alternativas de restrição menos gravosas, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Esta fase avalia os danos e possíveis soluções identificadas, considerando o tratamento digno ao titular do direito, segundo seu valor intrínseco, humanizado, não objetificado ou mercantilizado. Também são considerados o impacto da decisão do processo de ponderação sobre a autonomia do indivíduo, os potenciais riscos à sua integridade, liberdade ou capacidade de tomar decisões e fazer escolhas, e o potencial conflito, violação ou grave ameaça às metas coletivas, à dignidade individual de terceiros e aos valores sociais compartilhados pelo grupo ou comunidade.

Por fim, na Solução (etapa final), elabora-se as bases para uma decisão fundamentada, balizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A decisão do processo de ponderação resulta embasada em critérios de transparência, razoabilidade e justificativa baseada nos princípios e valores constitucionais, bem como em tratados e documentos internacionais. O embasamento conceitual e teórico da decisão, além de calcado nos fatos e no contexto específico, deve ser compatível com a complexidade dos temas e riscos ponderados, assegurando uma abordagem jurídica robusta e equilibrada.

Finalmente, considera-se que a aplicação do direito ao esquecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser cuidadosamente ponderada, de modo a equilibrar a proteção da dignidade humana com a preservação da liberdade de expressão. A matriz decisória proposta nesta tese oferece uma estrutura lógica e fundamentada para colaborar com a orientação do processo decisório, contribuindo para a construção de um Direito mais justo e adaptado às novas realidades sociais e tecnológicas.

REFERÊNCIAS

ABAGGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, 5ª ed, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

ALEXY, R. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 217, p. 67–79, 1999. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47414. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47414>. Acesso em: 6 out. 2024.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3 Ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2024.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Autor no Ciberespaço. **Revista da EMERJ**, v.2, n.7, 1999, disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/20033363.pdf>. Acesso em 29.8.2023.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Palestra pronunciada no Congresso Portugal/Brasil nos anos 2000**, em Coimbra, a 23 de junho de 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 21 ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022.

BAIÃO, Kelly C. Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1–24, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/151>. Acesso em: 11 nov. 2024.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 232, p. 141–176, 2003. DOI: 10.12660/rda.v232. 2003. 45690. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45690>. Acesso em: 6 out. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 6ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª Ed. 6ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto; BARROSO, Luna van Brussem. Democracia, mídias sociais e liberdade de expressão: ódio, mentiras e a busca da verdade possível. In: **Revista Direitos Fundamentais & Justiça** | Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 285-311, jul./dez. 2023. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2024/03/D8_Luis-Roberto-Barroso_DN.pdf, Acesso em: 12 jul. 2024.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. **Direito ao Esquecimento**: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – 2. ed. [30a Reimp.]. – Rio de Janeiro: GEN | Grupo Editorial Nacional. Publicado pelo selo Editora Atlas, 2022. *Kindle*.

BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória**: De Senectude e outros escritos autobiográficos. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti; rev. Da tradução Silvana Cobrucci Leite. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVITA, Simone. **Il Diritto All'oblio e La Gestione Delle Informazioni Nella Società Iperconnessa**. Tese de Doutorado – Universidade de Bologna, 2016

BORGIA, Luisa. I diritti umani oltre la malattia: i sopravvissuti al cancro e il diritto all'oblio oncologico. In: **Archivio giuridico Filippo Serafini**: suplemento 2, 2023, Modena: Editora Enrico Mucchi, 2023. Disponível em: <http://digital.casalini.it/10.53148/AGO20230210>. Acesso em: 14 jul. 2024.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Os limites à Liberdade de expressão. **USP Opinião**. Publicado em: 19/07/2021. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/4bdc11296800-os-limites-a-liberdade-de-expressao-> Acesso em: 12 nov. 2024.

BRASIL. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Secretária Especial de Políticas para as Mulheres. **Diretrizes Nacionais para o Feminicídio**. Brasília, 2016.

BRUSCATO, Wilges. Há Espaço para a Dignidade Humana no Direito Empresarial? In: A Contribuição de Newton De Lucca para o Direito Comercial, In: **Direito Empresarial, Direito do Espaço Virtual e Outros Desafios do Direito, Homenagem ao Professor Newton De Lucca**. Paula A. Forgioni, Patrícia Aurélia Del Nero, Renata Mota Maciel e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques (Coords.), São Paulo: Quartier Latin, 2018.

BUNDESGERICHTSHOF (BGH). Urteil vom 27. Juli 2020 - VI ZR 405/18. 2020. Disponível em:

<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020107.html>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. BVerfGE 35, 202 - Lebach, de 5 de junho de 1973.

CANDAU, Joël. La mémoire, la perte et le doute. In: FERREIRA, Maria Letícia Mazzucchi; MICHELON, Francisca Ferreira. **Memória e esquecimento**. E-book. Pelotas: Editora da Universidade Federal de Pelotas, 2012. p. 14-34. Disponível em: https://wp.ufpel.edu.br/ppgmp/files/2016/11/Memoria__Esquecimento_e-book.pdf. Acesso em: 12 jul. 2024.

CANDAU, Joël. **V Seminário Internacional sobre Memória e Patrimônio**. Universidade de Pelotas, 2011.

CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. Dissertação de Mestrado, São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015 doi:10.11606/D.2.2016.tde-05022016-090727. Recuperado em 2024-08-11, de www.teses.usp.br Acesso em: 12 jul. 2024.

CARELLO, Clarissa Pereira. **Direito ao Esquecimento**: parâmetros jurisprudenciais. 1 ed. Curitiba: Editora Appris, 2019.

CASTELLANO, Pere Simón. **El Régimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital** (Spanish Edition). Tirant lo Blanch, 2012. *Kindle*.

CASTELLANO, Pere Símon. **El Régimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital** (Spanish Edition) Valencia: Ed. Tirant Le Blanch.2012. *Kindle*.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 24 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

CHAVES, Antonio. O Direito à própria imagem. **Revista de Informação Legislativa**. v. 9, n. 34 (abr./jun. 1972). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180562> Acesso em: 12 nov. 2024.

COMISSÃO DA UNIÃO EUROPEIA. **The Digital Services Act**: ensuring a safe and accountable online environment (Comissão da União Europeia, 2020) <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en> Acesso em: 6 abr. 2022.

COMPARATO, Fabio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, v. 732, n. 85, p. 38-46, 1996. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/238790/mod_resource/content/1/Estado%2C%20Empresa%20e%20Fun%C3%A7%C3%A3o%20Social%20-%20F%C3%A1bio%20Konder%20Comparato.pdf Acesso em: 12 nov. 2024.

COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesas. In: **Direito Constitucional Estado de Direito e Democracia**: Estudos em Homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Ed.Quartier Latin, 2011.

DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor - Teoria Geral da Relação de Consumo**. 2ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). **Direito & Internet**, vol. II – Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008

DE LUCCA, Newton. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet – uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares em DE LUCCA, Newton, SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito & Internet III** - Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira; MACIEL, Renata Mota (Coords.). **Direito & Internet III**. Tomo I: Marco Civil da Internet Lei n. 12.9625/2014. São Paulo: Quartier, 2019.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira; MACIEL, Renata Mota (Coords.). **Direito & Internet III**. Tomo II: Marco Civil da Internet Lei n. 12.9625/2014. São Paulo: Quartier, 2015.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira; MACIEL, Renata Mota (Coords.). **Direito & Internet IV**: Sistema de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Quartier, 2019.

DE LUCCA, Newton; DEZEM, R. M. M. . Princípios, Fundamentos e Conceitos relacionados ao sistema de proteção de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota. (Org.). **A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**: a disciplina normativa que faltava. 1 ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2019.

DENNINGER, Erhardt. Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno. Doxa. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Núm. 14, 1993. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcw95k0>. Acesso em: 12 jul. 2024.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de dados pessoais**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

DOSSIÊ FEMINICÍDIO. O que é feminicídio? **Agência Patrícia Galvão**. 2015. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/o-que-e-feminicidio/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESTADO DA CALIFÓRNIA, Tribunal de Apelação. Melvin v. Reid, 112 **Cal.App. 285**, 297 p. 91 (Cal. Ct. App. 1931), disponível em <https://casetext.com/case/melvin-v-reid/case-details>. Acesso em 1/6/2024.

FACCIOLI, Mirko. Il diritto all'oblio oncologico nella l. n. 193/2023: la via italiana alla tutela giuridica dei cancer survivors. **BioLaw** [internet]. 2024. Disponível em: <https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/2989>. Acesso em: 14 jul. 2024.

FACHIN, Edson Luiz; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista, **Revista eletrônica do curso de direito da Opet**. Ano III, v.5, p. 18-41, jan.2012. Disponível em <http://www.NIM->

opet.com.br/pdf/anima5-ConselheirosLuizEdson-Fachin.pdf>p.1. Acesso em: 14 jul. 2024.

FARIA, José Eduardo (org.). **A Liberdade de Expressão e as Nova Mídias**. 1 ed. São Paulo: Perspectiva, 2020.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação. 3 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

FLEISCHER, Pieter. **Foggy thinking about the Right to Oblivion**. 2019. Disponível em: <https://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>. Acesso em: 16 jun. 2024.

FRISCHMANN, B.; SELINGER, E. **Re-Engineering Humanity**. Cambridge University Press, 2018.

FRITZ, Karina Nunes. **Direito ao esquecimento não é absoluto, diz Bundesgerichtshof**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/336206/direito-ao-esquecimento-nao-e-absoluto--diz-bundesgerichtshof>. Acesso em: 12 jul. 2023.

FRITZ, Karina Nunes. **Jurisprudência comentada dos tribunais alemães**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

HAN, Byung-Chul. **Infocracia**: digitalização e crise da democracia. Petrópolis: Vozes, 2022. *Kindle*.

HARTZOG, Woodrow. **Privacy's Blueprint**: The Battle to Control the Design of New Technologies (English Edition). Cambridge. Ed. Harvard University Press (2018). *Kindle*.

HUDSON JR., David L. **Strict Scrutiny**. Disponível em: <https://firstamendment.mtsu.edu/article/preferred-position-doctrine/>. Acesso em: 15 jul. 2024.

JABOUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JUNQUEIRA, Thiago; FERRAZ, José Eduardo Junqueira. MANCHETES NO DIVÃ: UMA INTRODUÇÃO AO EXAME DOS TÍTULOS NOTICIOSOS. In: SCHEIBER, Anderson, MORAES, Bruno Terra de, e TEFFÉ, Chiara Spadaccini (coord.). **Direito e Mídia** - Tecnologia e Liberdade de Expressão. 2ª Ed. São Paulo: Editora Foco, 2022.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. Trad. Luiz Paulo Rouanet. 10. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.

LONGHI, João Victor Rozatti. Censura reversa, riscos à democracia e conteúdos tóxicos: por um repensar da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por conteúdo inserido por terceiros. In: SCHREIBER, Anderson; MARTINS, Guilherme Magalhães; CARPENA, Heloísa. **Direitos Fundamentais e Sociedade Tecnológica**. Indaiatuba: Foco, 2022.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Diálogo das Fontes**: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *Kindle*.

MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1–30, 2022.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. O PRINCÍPIO ETICO DO BEM COMUM E A CONCEPCÃO JURÍDICA DO INTERESSE PÚBLICO. **Rev. TST**, Brasília, vol. 66, nº 2, abr/jun 2000.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental**, 1ª ed, (ano 2003), 7ª tir./Curitiba: Juruá, 2012.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental**, 1ª ed,(ano 2003), 6ª tir./Curitiba: Juruá, 2008.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Direito ao Esquecimento como Direito Fundamental. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 133, p. 19-73, 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Direito ao esquecimento na internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). **Direito Privado & Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**. The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press. 2011. *Kindle*.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; LEITE, Flavia Piva Almeida. A Liberdade de Expressão e o Direito à Privacidade no Marco Civil da Internet. In: DE LUCA, Newton, SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). **Direito & Internet III - Tomo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MENDES, Gilmar. Liberdade de expressão, redes sociais e democracia: dois paradigmas de regulação. In: **Revista Consultor Jurídico**. 14.6.2023. Artigo disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jun-14/gilmar-mendes-liberdade-expressao-redes-sociais-democracia/>. Acesso em: 11 dez. 2024.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 102, p. 19-43, nov./dez. 2015 Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/872>. Acesso em: 26 out. 2024.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ**, n. 52, abr./jun. 2014.

MORAES, Bruno Terra. *Mídia Democrática: Controle de Qualidade da Notícia a Serviço da Plenitude do Direito à Informação*. In: SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra; TEFFÉ, Chaira Spadaccini (coord). **Direito e Mídia: Tecnologia e Liberdade de Expressão**. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (organizadores). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em <https://arquivos.integrawebsites.com.br/36192/4c97d92004aee47b8a3eac4f7b9c4e05.pdf> Acesso em: 12 jul. 2024.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Honra, liberdade de expressão e ponderação. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 1–17, 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/89>. Acesso em: 21 jul. 2024

NISSENBAUM, Hellen. **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**. Stanford: Stanford University Press. 2010. *Kindle*.

O'MAHONY, Conor. There is no such thing as a right to dignity. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 10, Issue 2, 30 March 2012, p 551–574, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mos010> Acesso em: 10 jun. 2024.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PACELLE JR., Richard L. **The Preferred Doctrine**. Disponível em <https://firstamendment.mtsu.edu/article/preferred-position-doctrine/>. Acesso em: 15 jul. 2024.

PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (Right to Oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). **Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)**. São Paulo: Quartier, 2015.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação**. São Paulo: RT, 2002.

PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Julho de 2016 Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 13/12/2024.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 8ª ed. São Paulo: Ed Saraiva, 1981.

RICHARDS, Neil. **Why Privacy Matters**. New York: Oxford Press University. 2021. *Kindle*.

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

RODOTÀ, Stefano. **Dai ricordi ai dati l'oblio è un diritto?** La Repubblica.it. 2021. Disponível em: <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio-un.html>. Acesso em: 12 mar. 2024.

RODOTÀ, Stefano. **La Vita e le Regole**: Tra Diritto e Non Diritto. Milano: Feltrinelli, 2006.

RODOTÀ, Stefano. **Privacy, libertà, dignità**. Discorso conclusivo della Conferenza Internazionale sulla protezione dei dati. 2004. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1049293>. Acesso em: 12 jul. 2024.

RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti** (Italian Edition). Bologna: Il Mulino, 1995. *Kindle*.

SARLET, I. W.; SIQUEIRA, A. de B. (2020). LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: o caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, 6(2), 534–578. <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.522>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. **Revista Consultor Jurídico**: 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez/>> Acesso em: 08 jul. 2024.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana** (Portuguese Edition). São Paulo: Editora Fórum, 2022. *Kindle*.

SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na Ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**. IBDCivil Vol 7 – Jan / Mar 2016.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento. In: SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Direito e mídia**. Tecnologia e liberdade de Expressão. 2 ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

SCHREIBER, Anderson. Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-admitem-proprietarios-passado/> Acesso: 14 jul. 2024.

SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. **Diálogos sobre direito civil**, v. 2, p. 1, 2008.

SCHREIBER, Anderson... et al; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. **Liberdade de Expressão e Tecnologia**. 2ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

SCHREIBER, Anderson; MARTINS, Guilherme Magalhães; CARPENA, Heloísa. **Direitos Fundamentais e Sociedade Tecnológica**. Indaiatuba: Foco, 2022.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? ... in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira; MACIEL, Renata Mota (Coords.). **Direito & Internet III**. Tomo II: Marco Civil da Internet Lei n. 12.9625/2014. São Paulo: Quartier, 2015.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2018.

SENNETT, Richard. **Respeito**: a formação do caráter em um mundo desigual. Rio de Janeiro. São Paulo. Ed. Record. 2004.

SILVA, José Afonso da. (1998). A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista De Direito Administrativo**, 212, 89–94. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169> Acesso em: 12 nov. 2024.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. In: **Tratado de Direito Constitucional**, vol. 1, coord. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), **Interpretação constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: **Revista de Direito do Estado** 4. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In **Revista dos Tribunais** 798 (2002): 23-50.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

SOLOVE, Daniel. **Understanding Privacy**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

STF - **HC: 82424 RS**, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

STF - **Rcl: 15955 RJ**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 24/09/2014, Data de Publicação: DJe-189 DIVULG 26/09/2014 PUBLIC 29/09/2014.

STF - **Rcl: 46059 SP** 0048781-32.2021.1.00.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 11/04/2022, Primeira Turma, Data de Publicação: 18/04/2022.

STF. Supremo Tribunal Federal. **ADPF: 130 DF**, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 30/04/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009.

STF. Supremo Tribunal Federal. **RE 1010606 RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento 11/02/2021. Publicação 20/05/2021.

STJ - **REsp: 1316921 RJ** 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012.

STJ - **REsp: 1334097 RJ** 2012/0144910-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/11/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022.

STJ - **REsp: 1961581 MS** 2021/0092938-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/12/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2021.

STJ. Supremo Tribunal Federal. 4ª Turma, **REsp 1.335.153**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 28.05.2013.

STJ. Supremo Tribunal Federal. 4ª Turma, **REsp 1.334.097**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 28.05.2013.

STUART, John Mill. **Sobre A Liberdade** (Coleção Clássicos para Todos). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. *Kindle*.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Liberdade de Expressão e Direito à Imagem: Critérios para a Ponderação. In: SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra; TEFFÉ, Chaira Spadaccini (coord). **Direito e Mídia: Tecnologia e Liberdade de Expressão**. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

TJ-RJ - **APELAÇÃO: 00040273020108190209** RIO DE JANEIRO BARRA DA TIJUCA REGIONAL 2 VARA CÍVEL, Relator: CLAUDIO DE MELLO TAVARES, Data de Julgamento: 20/03/2013, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/03/2013.

TJ-RJ - **APELAÇÃO: 00247178020108190209** 201500121012, Relator: Des(a). VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO, Data de Julgamento: 02/05/2017, VIGESIMA PRIMEIRA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 19ª CÂMARA CÍVEL), Data de Publicação: 05/05/2017. Fls. 71/72 e-STJ.

TJUE. Acórdão de 13 de maio de 2014. **Processo C-131/12**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=248867>>. Acesso em: 12 jul. 2024.

TORRES, Sergio. Justiça absolve 3 acusados de chacina. **Folha de S. Paulo cotidiano**. Publicado em: 11 dez. 1996. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/12/11/cotidiano/34.html>. Acesso em: 12 jul. 2024.

TURILLAZZI, A., TADDEO, M., FLORIDI, L., & CASOLARI, F. (2023). The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications. **Law, Innovation and Technology**, 15(1), 83–106. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17579961.2023.2184136>. Acesso em: 30 jun. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento dos Serviços Digitais**. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act_pt. Acesso em 12 jul. 2024.

VOLOKH, Eugene. The Reverse Spider-Man Principle: With Great Responsibility Comes Great Power. In: LANGVARDT Kyle, HURWITZ, Justin (Gus), editores. **Media and Society After Technological Disruption**. Cambridge University Press; 2024.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1980. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2024.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca Ltda., 2021.