XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

NEWTON CESAR PILAU

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Lucas Gonçalves da Silva; Newton Cesar Pilau; Riva Sobrado De Freitas.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-623-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS DO LIVRO: DIREITOS FUNDAMENTAIS I

Em Santa Catarina, na cidade de Camboriú, na tarde de 8 de dezembro de 2022, reuniram-se nas dependências da Universidade do Vale do Itajaí professores e alunos do curso de Pós-Graduação strictu sensu em Direito para dar seguimento a mais um Grupo de Trabalho do XXIX congresso Nacional do CONPEDI, reunindo trabalhos de excelência, os mais variados, versando sobre a temática da efetivação dos DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A apresentação dos trabalhos e os debates realizados nessa oportunidade foram presenciais e estiveram sob a coordenação dos professores: professor Doutor Newton Cesar Pilau, da UNIVALI: professora Doutora Riva Sobrado de Freitas, da UNOESC; e professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva da UFS.

Os artigos debatidos tocaram temas polêmicos e atuais o que permitiu debates acalorados, e a possibilidade de considerá-los sob diferentes perspectivas, cumprindo o que realmente se espera de um Congresso: a circulação de ideias plurais, tão necessárias à eficácia material da Democracia contemporânea.

Entre os temas selecionados para essa tarde, observamos trabalhos que pontuaram a necessidade da proteção dos Dados Pessoais enquanto Direitos Fundamentais e ressaltaram a necessidade do respeito à privacidade;

De outra parte, diferentes trabalhos retomaram o debate acerca da Liberdade de Expressão, agora com novos contornos, levando em conta os desafios contemporâneos da tecnologia e das mídias sociais. Também o Direito ao Esquecimento, esteve presente nos debates, ressaltando a sua importância para a proteção da Dignidade Humana;

Ainda sobre Dignidade Humana, observou-se um debate interessante sobre que foi chamado de" fetichização" da Dignidade Humana, como uma forma de banalização desse princípio, enquanto norma de tessitura aberta, o que muitas vezes pode levar ao comprometimento de uma decisão judicial.

Os desafios contemporâneos em relação ao Direito à Educação em face do retrocesso promovido pelas pautas conservadoras e pela intolerância religiosa também foram tratados, onde se evidenciou uma inequívoca deterioração ética, para além da exclusão de setores vulneráveis da população, como por exemplo o impacto e a violência promovidos às crianças;

Temas relativos à igualdade de gênero, numa perspectiva de “empoderamento” da mulher foram apresentados e debatidos nessa tarde, assim como a preocupação com a homofobia, racismo, e a proteção de seguimentos sociais, objeto de exclusão também foram refletidos em diferentes artigos.

Observamos portanto, nos trabalhos apresentados e nos debates que se seguiram uma grande gama de temas contemporâneos de extrema relevância.

Convocamos todos à leitura e à reflexão.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: UM DIREITO A PRIVACIDADE OU A VIOLAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

RIGHT TO OBLIVION: A RIGHT TO PRIVACY OR A RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION?

Mariana Scholler Chehade
Larissa Farion Siqueira
Luiza Seger

Resumo

Na sociedade das novas relações sociais, moldadas pelas novas tecnologias das informações e circulação de dados, a privacidade dos indivíduos se torna cada vez mais exposta. Neste sentido, se faz necessário analisar o direito ao esquecimento na sociedade da informação, com base nos direitos fundamentais principalmente no que diz respeito à proteção da privacidade e da dignidade da pessoa humana. Busca-se dessa forma, investigar a aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico como forma de garanti o direito à privacidade ou se pode ser considerado uma violação a liberdade de expressão e livre circulação de informação. Pela análise a partir do método dedutivo, buscou compreender o conceito de direito ao esquecimento, sua configuração jurídica no ordenamento jurídico brasileiro e por fim, a possível violação do direito a liberdade de expressão. Assim, conclui-se que deve prevalecer a ponderação em cada caso, sendo indispensável à determinação do interesse público de determinada informação para a aplicação do direito ao esquecimento.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Sociedade da informação, Direito ao esquecimento, Liberdade de expressão

Abstract/Resumen/Résumé

In the society of new social relations, shaped by new information technologies and data circulation, the privacy of individuals becomes increasingly exposed. In this sense, it is necessary to analyze the right to be forgotten in the information society, based on fundamental rights, especially with regard to the protection of privacy and human dignity. In this way, it seeks to investigate the application of the right to be forgotten in the legal system as a way of guaranteeing the right to privacy or whether it can be considered a violation of freedom of expression and free flow of information. Through the analysis from the deductive method, it sought to understand the concept of the right to be forgotten, its legal configuration in the Brazilian legal system and, finally, the possible violation of the right to freedom of expression. Thus, it is concluded that the weighting must prevail in each case, being essential to determine the public interest of certain information for the application of the right to be forgotten.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Information society, Right to oblivion, Freedom of expression

1 INTRODUÇÃO

As transformações tecnológicas de informação e comunicação por meio da internet modificaram a forma do ser humano de se relacionar com o mundo em busca de informações. As plataformas digitais facilitaram a disseminação de informações e a busca por conhecimento, sendo pautado pela livre comunicação e circulação de dados informacionais.

Entretanto, o compartilhamento de forma instantânea de informações e dados através das mídias socias e plataformas de pesquisas, tem gerado certa preocupação no que diz respeito a proteção do direito à privacidade individual dos usuários, sendo necessário buscar uma integração harmônica entre os direitos fundamentais que permeiam o ordenamento jurídico e a nova configuração social na era digital da informação.

Neste contexto, surge a demanda dos indivíduos de recorrer ao direito ao esquecimento, ou conhecido como o "direito de ser deixado em paz", sendo conceituado como o direito que protege o indivíduo de ter determinado fato ou ocorrência de sua vida passada exposta ao público em geral, podendo ocasionar algum sofrimento ou constrangimento pessoal.

Inicialmente, o direito ao esquecimento teve sua origem no direito penal, no campo das condenações criminais. Assim, apesar de não ser um tema novo, o progresso tecnológico constante, clama por novas abordagens no que diz respeito proteção à privacidade individual.

Dessa forma, na era digital, direito ao esquecimento se liga ao campo civil, principalmente no que diz respeito a proteção dos direitos fundamentais como direito a dignidade da pessoa humana e direito à privacidade.

No Brasil, embora ainda não haja previsão legal que consolide o direito ao esquecimento, sua interpretação está vinculada diretamente com o direito constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à privacidade, bem como amparado pelas legislações auxiliares como o Código Civil e A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n° 13.709/2018).

Em virtude de não haver a consolidação especificada em lei do direito ao esquecimento, mas tão somente por aplicação análoga de leis constitucionais e infraconstitucionais, este direito ainda é objeto de muita discussão jurídica quanto a sua aplicabilidade e constitucionalidade.

De um lado, o direito ao esquecimento é uma garantia essencial na proteção do direito a privacidade e da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a existência e possível consolidação do direito ao esquecimento podem ser vistos como uma violação ao direito à liberdade de expressão, a livre circulação de informações e a possível promoção da desinformação social, por conta da supressão de fatos antecedentes, relevantes a compreensão de certas questões.

Dessa maneira, o presente artigo tem por objetivo, discutir a possível violação do direito à liberdade de expressão e livre circulação de informação pela aplicação do direito ao esquecimento, sendo importante para tanto, compreender o conceito do direito ao esquecimento, desde sua origem, até sua aplicação na era digital, analisar a configuração jurídica do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, analisar a possível violação do direito à liberdade de expressão e livre circulação de informação pela aplicação do direito ao esquecimento.

Como forma de melhor compreender o direito ao esquecimento, o artigo será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo abordará o entendimento do direito ao esquecimento, sua origem, vínculo com os demais direitos fundamentais e atual aplicação na era digital. No segundo capítulo, será abordado a aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, analisando de forma complementar o REsp 1.335.153-RJ/ STJ. Por fim, no último capítulo, será discutido o conflito vigente entre o direito à liberdade de expressão e a livre circulação de informação e o direito ao esquecimento, enfrentando os pontos expostos ao longo dos capítulos anteriores.

A metodologia a ser utilizada é a dedutiva, levando-se em consideração as bibliografias que abordam questões da era digital e dos direitos fundamentais, tais como Stefano Rodotá e Danilo Doneda, bem como, demais bibliografias complementares, a fim de testar a validade e sustentação da hipótese formulada.

2 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Todo indivíduo tem o direito natural de ter sua privacidade assegurada de qualquer forma de violação e divulgação. Entretanto, na sociedade em rede ou sociedade da informação há a rápida difusão de informações e dados pessoais, interferindo na esfera pública e na esfera privada dos indivíduos, necessitando, por vezes, que sejam impostos limites a esta ampla

divulgação de informações. Desta forma, cumpre analisar o direito ao esquecimento como uma alternativa de proporcionar a proteção de dados e informações pessoais.

O direito ao esquecimento é baseado no termo inicial francês da década de 70, *droit à l'oubli (right of oblivion),* sendo restringido seu uso nas situações de condenação penal, excepcionalmente depois de cumprido a sentença penal, o individuo não desejava ser associado com as ações criminosas.

Assim, era possibilitado ao individuo uma dissociação do seu passado criminoso perante terceiros, através do direito de privacidade em manter certas informações pessoais indisponíveis perante meios públicos de divulgação de informação.

Mais tarde, a concepção do "direito de ser deixado em paz" (em inglês *the right to be let alone*) foi moldada por Warren e Bradeis, descrito como um dos direitos fundamentais de proteção à privacidade. A preocupação dos autores dizia respeito a possível interferência na privacidade dos indivíduos com a rápida expansão comunicativa através das novas tecnologias de informação.

Ainda, conforme menciona Rodotá, o surgimento do direito de ser deixado em paz, além de dizer respeito a proteção convencional da privacidade, também engloba a proteção das crenças e opiniões individuais, assim, portanto, também defende a livre manifestação e desenvolvimento da personalidade.

Desde que foi publicado o artigo por Warren e Bradeis, a jurisdição norte-americana estabeleceu por meio de julgados a consolidação do direito a privacidade frente ao desenvolvimento tecnológico.

Diante disso, como forma de proteger a honra e a privacidade individual na sociedade atual, surge o direito ao esquecimento, que tem sua origem a partir da definição anteriormente consolidada do direito de ser deixado em paz, como sendo o direito que o indivíduo possui de não permitir que fatos verídicos ou não sobre sua vida pessoal passada sejam expostos, causando-lhe constrangimentos e transtornos.

O direito ao esquecimento está ligado diretamente com a tutela da privacidade, sendo um instrumento garantido pela lei de limitar a circulação de informação pessoal no meio digital, como refere Rodotá: "direito a controlar o uso que os outros façam das informações que me digam respeito".

A tutela da privacidade passou ao longo do tempo a ser associada com a tutela da personalidade, desvinculando-se da tutela anteriormente associada de propriedade. Isso porque, a sistematização global da informação diz respeito as informações e dados dos

indivíduos, ou seja, relaciona-se pela forma como os indivíduos serão vistos perante a sociedade.

É pertinente pontuar que esta exposição do indivíduo perante a sociedade é consequência direta das mudanças tecnológicas nas relações sociais dos indivíduos, como o teletrabalho, os aplicativos de compras pelo celular, aplicativos de transporte, videoconferências entre outras, moldando novos recortes da esfera privada.

Conforme apresenta Rodotá:

> A tecnologia ajuda a moldar uma esfera privada mais rica, porém mais frágil, cada vez mais exposta a ameaças: dai deriva a necessidade do fortalecimento contínuo de sua proteção jurídica, da ampliação das fronteiras do direito à privacidade.

Como mencionado acima, a sociedade da informação tende a estreitar os divisores entre a esfera privada e a esfera pública, necessitando impor por meios legais a limitação de interferência na vida pessoal, em especial, na esfera privada de cada indivíduo.

Dessa maneira, a esfera privada pode ser definida como "conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferencias, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo" (Rodotá).

Nesta via, a privacidade pode ser entendida segundo Doneda, como um direito fundamental, ou seja, o direito que individuo possui de manter o controle sobre suas próprias informações (esfera privada).

Diante desse "agir em público" dos indivíduos na era digital, se faz necessário garantir o direito de escolha que cabe a cada indivíduo de decidir mostrar ou deixar que seja mostrado apenas aquilo que quer, qual imagem e quais fatos a seu respeito deseja que seja circulado no meio digital.

Assim, cabe analisar os direitos fundamentais que sustentam o direito ao esquecimento e que estão positivados na Constituição Federal e na lei infraconstitucional.

3 APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito ao esquecimento vem ganhando maior notoriedade à medida que o fluxo de informações pela internet se desenvolve com maior rapidez e facilidade de acesso pelos indivíduos, necessitando ser garantido o direito à privacidade dos indivíduos frente a livre circulação de informação. Entretanto, no Brasil, o direito ao esquecimento ainda enfrenta adversidades entre juristas.

A aparição do direito ao esquecimento inicialmente se deu no campo do Direito Penal, garantindo que não poderá ser mantido permanentemente registro de um indivíduo condenado por crime, sendo observado e assegurado a dignidade da pessoa humana, de modo a permitir a ressocialização do detento.

Entretanto, no âmbito do Direito Civil, o direito ao esquecimento ficou conhecido sobretudo no âmbito dos direitos de personalidade, contemplado pelo Enunciado 531 e aprovado durante o VI Jornada de Direito Civil promovido pelo Conselho de Justiça Federal – CJF em março de 2014.

Os chamados de direitos da personalidade são aqueles que invocam o poder de escolha e autodeterminação do titular da informação, podendo por ele próprio escolher a finalidade/objetivos das informações, o seu recolhimento e também, seu compartilhamento de dados perante terceiros.

É notório que os direitos da personalidade têm sofrido grande avaria com a grande circulação de informações e dados fornecidos na sociedade atual, os indivíduos estão cada vez mais vulneráveis e com suas privacidades expostas, necessitando que sejam segurados certos limites que contenham as exposições das informações privadas.

No ordenamento jurídico brasileiro, este direito é associado aos direitos já garantidos na Constituição Federal, principalmente, o direito à privacidade e a dignidade da pessoa humana, artigos 1°, inciso III e artigo 5°, inciso X, ambos da Constituição Federal.

Diante disso, Doneda afirma que “o ordenamento jurídico brasileiro contempla a proteção da pessoa humana como seu valor máximo e a privacidade como um direito fundamental.”.

O direito à privacidade assegurada na Constituição Federal tem a responsabilidade de garantir a inviolabilidade constitucional no que diz respeito à honra, à intimidade e a vida privada, sendo resguardadas as informações intimas e que não demonstrem qualquer finalidade pública de serem divulgados de modo injustificado.

Para Farias (1996), o direito a intimidade é uma exigência moral da personalidade, que constitui “um direito de controlar a indiscrição alheia aos assuntos privados que só a ele interessa...”.

Do ponto de vista constitucional, o direito à privacidade deve ser interpretado de forma ampla, levando em consideração as informações de cunho extremamente pessoal e por vezes delicado, devendo haver um maior controle da intromissão externa, principalmente, na sociedade atual, em que os meios de divulgação de informações e dados não possuem um meio estável de controle das informações em circulação.

No que tange a dignidade da pessoa humana, este direito pode ser interpretado como uma unidade de direitos e garantias fundamentais assegurados aos indivíduos que os protegem das interferências estatais, sendo assegurada a liberdade individual e moral inerente à pessoa.

Assim, é inegável que o direito a dignidade da pessoa humana e o direito a privacidade elencados na Constituição Federal são peças importantes na construção e solidificação do direito ao esquecimento, garantindo assim, a liberdade de cada individuo no controle de divulgação e circulação de suas informações e dados pessoais na sociedade em rede.

Além das disposições constitucionais, a lei infraconstitucional atua no mesmo sentido de conservar e garantir o direito à privacidade e dignidade da pessoa humana. Nos artigos 20 e 21 do Código Civil há a previsão de restrição do uso da imagem ou informações que atingirem a honra, boa fama e respeitabilidade do indivíduo, devendo o judiciário adotar medidas necessárias a manutenção da inviolabilidade destas garantias no caso de prejuízo.

Dessa forma, apesar de não estar positivado, o direito ao esquecimento pode ser tratado com um direito individual a ser assegurado pelo Estado, visando garantir, sobretudo os demais os direitos fundamentais, tais como inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem e também, assegurar a dignidade da pessoa humana.

Faz-se importante destacar alguns elementos essenciais ao direito ao esquecimento que legitimam sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a licitude da informação e o decurso do tempo.

No que tange a licitude de informação, é relevante esclarecer que no contexto do direito ao esquecimento não há que se falar em informação inverídica, ou seja, o direito ao esquecimento não terá amparo para informações ilícitas, uma vez que para tais informações o ordenamento jurídico dispõe de outras formas de proteção legal.

Assim, o direito ao esquecimento deve ser invocado tão somente diante a divulgação de fatos ou dados lícitos e verídicos, ao passo que a ocultação de tais informações seria direito do individuo abarcado principalmente pela proteção dos direitos de privacidade e personalidade.

Outra característica do direito ao esquecimento, diz respeito ao decurso do tempo, vez que a informação ou dado que se pretende “esquecer” foi divulgado em época ou situação anterior, desatualizada e descontextualizada com a realidade atual do indivíduo, não mais possuindo significância e possibilitando de alguma forma uma percepção distorcida da pessoa envolvida.

É cediço que na sociedade atual, a facilidade de circulação e manutenção de informações e dados pessoais, principalmente nos meios digitais, é capaz de gerar em algumas

situações incômodas e constrangimentos, sendo necessário observar os elementos de licitude do fato em questão e do decurso temporal, ainda que decorrido muito tempo do fato exposto.

Nesse sentido, pode-se entender o direito ao esquecimento também como uma forma de "recomeço" aos indivíduos que tiveram alguma situação de sua vida privada exposta no meio digital. Uma forma de garantir a dignidade do indivíduo sem atrelar sua vida futura com algum estigma do passado.

No Brasil, a discussão acerca do direito ao esquecimento teve repercussão no Superior Tribunal Justiça no Recurso Especial n° 1.335.153/RJ, que apesar de analisar especificamente o caso de publicações na mídia televisiva, levanta pontos importantes do que diz respeito ao direito ao esquecimento e sua consolidação perante os demais direitos fundamentais, que possibilita sua aplicação no âmbito das informações circuladas na internet.

Desse modo, o STJ reconhece o direito ao esquecimento como um direito de personalidade que decorre da nova concepção de privacidade, moldada a partir das mudanças tecnológicas e da divulgação de informações.

Nesta senda, a noção de privacidade esteve muito tempo ligada apenas ao "direito de ser deixado só", entretanto, sua definição foi alterada juntamente com as mudanças socias da tecnologia de informação, como expõe Rodotá "a privacidade pode ser definida, mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações".

O conceito de privacidade ainda pode assumir maior relevância nos dias atuais, sobretudo, no que se refere a evitar que a circulação de informações e dados possa fazer surgir situações de discriminação, com futuros danos aos titulares da informação divulgada.

Com o advento da Lei 13.709 de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dado como é usualmente conhecida no Brasil, o tratamento acerca da privacidade individual resta consolidada inicialmente no inciso IV do artigo 3° da referida lei, promovendo como uma dos fundamentos legais a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem.

Ainda, a Lei Geral de Proteção de Dados possui grande relevância em se tratando de direitos no âmbito digital, consolidado no artigo 1° da lei, a proteção dos direito fundamentais de liberdade, privacidade e desenvolvimento da personalidade no tratamento dos dados pessoais em especial, nos meio digitais.

Muito embora, no que se refere ao direito ao esquecimento, a LGPD se mostra um tanto quanto omissa, apresentando apenas uma referencia de uma possível exclusão de dados no inciso XIV do artigo 5°, demonstrando uma ideia vaga do funcionamento deste dispositivo no caso de ser invocado o direito ao esquecimento.

Entretanto, a LGPD de certa forma, apesar de sua omissão direta em não mencionar o direito ao esquecimento em seus dispositivos, não torna prejudicado invocar este direito em eventual situação, uma que determina através das disposições proteções ainda mais amplas no que diz respeito à privacidade dos dados pessoais, determinando que é assegurado a pessoa natural a titularidade de seu dados pessoais e a garantia do direitos fundamentai, artigo 17 da LGPD.

Em vista disso, o direito a privacidade ainda consolida outros direitos relacionados a proteção da informação individual, como o a tutela dos dados pessoais e o direito de acesso. Esses direitos relacionados assumem a forma de tornar mais transparentes e controláveis as informações e dados que circulam no espaço digital.

Em suma, no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não haver a consolidação legal do direito ao esquecimento, este direito pode ser sustentado pelos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, bem como, das demais leis infraconstitucionais, como o Código Civil e a Lei Geral de Proteção de Dados.

Ademais, levando em conta algumas decisões jurídicas relacionadas ao direito do esquecimento, estas estão sustentadas também aos direitos de personalidade, em especial, ao conceito de privacidade moldado a partir da nova construção social neste ambiente da tecnologia de informação e circulação de dados.

Entretanto, a aplicação do direito ao esquecimento ainda apresenta alguns conflitos entre direitos fundamentais, principalmente entre os direitos que os fundamentam (dignidade da pessoa humana e privacidade) e os demais direitos que são assegurados constitucionalmente como a liberdade de expressão e a livre circulação de informação, sendo necessária sua análise.

4 CONFLITO DE DIREITOS – LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento apresenta um conflito deliciado de interesses, de um lado se tem a liberdade de expressão e livre circulação de informação no que se refere a relembrar e manter fatos passados. Por outro lado, há o direito à privacidade e da dignidade da pessoa humana, que assegura a garantia manter os fatos passados na esfera privada, livre de qualquer incomodo que possa a surgir com a vida futura do titular das informações.

Como abordado anteriormente, o direito ao esquecimento é sustentado por alguns direitos constitucionais que autorizam sua garantia e aplicação em determinadas situações, inclusive, nas situações atuais de divulgação de informações e dados de maneira descontrolada, muitas vezes atingindo a intimidade e vida privada dos usuários digitais.

Entretanto, é comumente questionado até que ponto se pode aplicar o direito ao esquecimento nas informações e dados que circulam pelos meios digitais sem que sejam afetados os direitos de liberdade de expressão e livre circulação de informações, sem configurar de modo mais excessivo a censura.

O direito a liberdade de expressão e informação constitui uma das características das sociedades democráticas atuais, conforme Farias (1996), a liberdade de expressão esta ligada a manifestação de pensamento, assim "Na verdade, ambas estão sempre unidas porquanto a liberdade de pensamento teria escasso valor sem a correspondente possibilidade de expressar-se ou difundir-se".

A liberdade de expressão está garantida na Constituição Federal no inciso IX do artigo 5°, sendo assegurada a livre manifestação da atividade intelectual e de comunicação, sendo livre a censura. Este direito pode ser interpretado de forma mais ampla quando aplicado aos meios de divulgação de informação, sobretudo, nos meios digitais, sendo garantido a direito de informação e de liberdade comunicativa.

Ainda, a Carta Magna trata da liberdade de expressão em especial nos meios de comunicação no artigo 220, sendo protegida a livre manifestação de pensamento, expressão e informação, assegurando que o processo e o veículo de divulgação não sofrerão qualquer restrição, desde que observados o artigo 5° da mesma Lei.

Atrelado à liberdade de expressão, compreende-se a liberdade de impressa, que assegura como direito a livre manifestação dos veículos comunicativos de informar e publicar informações e opiniões ao público, sendo protegida a liberdade a favor do emissor da informação.

De igual forma, pode-se interpretar a liberdade de expressão e de comunicação como um dos pilares fundamentados também pela dignidade da pessoa humana, pois, deve ser garantido ao individuo sua liberdade de expressar suas próprias opiniões, crenças e convicções, sem que lhe seja tolhido esta garantia, ainda mais em uma sociedade democrática.

A livre circulação de informação possibilita que individuo tenha contato com diferentes opiniões e ideias, permitindo a ele próprio a partir de diferentes pontos de vista

apresentar sua forma própria de pensar, desenvolvendo livremente suas convicções conforme as informações que lhe foram apresentadas pela mídia comunicativa.

Desse modo, é notável observar que a proteção a liberdade de expressão, bem como, a livre circulação de informação é aplicável tanto no âmbito das mídias tradicionais como aquelas que se valem das plataformas digitais, como redes sociais e aplicativos de pesquisa.

Não obstante, na tese levantada pelos julgados do Recurso Especial n° 1.335.135/RJ do STJ, há o enfrentamento do conflito entre o direito ao esquecimento e a possibilidade de ferir no direito fundamental da liberdade de expressão e livre circulação de informação.

A respeito disso, o Ministro relator Luís Felipe Salomão ressalta que é indivisível o vinculo entre a liberdade de expressão e de imprensa em qualquer estado que se determine democrático, afirmando que a livre circulação de informação é imprescritível para sustentar um dos pilares da democracia.

Entretanto, salienta que por mais que sejam garantidos o direito a liberdade de expressão e de informação, estes não podem se sobrepor às custas dos valores e garantias da pessoa humana, ou seja, por mais que o estado democrático deve ser responsável por garantir a liberdade de expressão e livre circulação de informação, este não deve sobre ultrapassar os limites das garantias e direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesta senda, Farias (1996), convenciona:

> A liberdade de expressão e informação, que atinge o nível máximo de sua proteção quando exercida por profissionais dos meios de comunicação social, como qualquer outro direito fundamental, não pé absoluta, tem limites. Assim, além do limite interno referido da veracidade da informação, a liberdade de expressão e informação deve compatibilizar-se com os direitos fundamentais do cidadão afetados pelas opiniões e informações..."

Assim, embora o julgador entenda que seja necessário analisar o caso concreto, através da proporcionalidade e razoabilidade, entende que os direitos de liberdade de expressão e livre comunicação apesar de garantidos pelo estado democrático e constitucionalmente, não devem ser considerados absolutos frente aos demais direitos da personalidade, como a proteção da intimidade, vida privada e honra.

Dessa forma, apesar dos termos formulados pela decisão do STJ não estarem a favor da recepção do direito ao esquecimento pela Constituição Federal brasileira, em decorrência da eminente ameaça as liberdades comunicativas. No campo cibernético e do controle de dados pessoais o direito ao esquecimento pode apresentar uma diversa conceituação e desenvolvimento no campo jurídico.

Entretanto, é importante ressaltar que o direito ao esquecimento frente a liberdade de expressão não se limita apenas entre o interesse do indivíduo que tem sua informação veiculada e do comunicador desta informação, mas também abrange a coletividade dos demais indivíduos da sociedade que restam privados de conhecer os fatos em toda sua abrangência.

A questão acerca do direito ao esquecimento e a possível restrição de informações divulgada pelos meios de comunicação, gera, sobretudo, uma tendência à desinformação social, uma vez que permitido a ocultação de fatos sobre determinada situação há o conhecimento parcial da "verdade" pela sociedade.

Portanto, a discussão em torno do direito ao esquecimento aplicável ao campo da internet diz respeito, sobretudo, na proteção dos dados pessoais, seu acesso e suas condições de armazenagem. Como exposto anteriormente, a forma como são conduzidas e armazenadas as informações e dados pessoais contribui de forma sensível para a possível violação da privacidade individual e de uma possível restrição dos demais indivíduos da sociedade de conhecerem de forma verídica todos os fatos.

Neste cenário, é importante garantir ao individuo certo controle das informações a seu respeito, em especial, determinar certo grau de responsabilização dos veículos de informação e programas de busca na circulação e tratamentos dos dados e informações colhidos e disseminados.

Um dos critérios de solução dos conflitos entre o direito ao esquecimento e a possível violação da liberdade de expressão e circulação de informação seria a determinação das informações sendo elas de interesse público ou não.

Diante desse critério, seria possível ponderar o conflito dos direitos determinando ao campo do direito ao esquecimento apenas as informações isentas de interesse público, ou seja, aquelas informações que dizem respeito apenas a privacidade do titular da informação.

Assim, portanto, frente a este conflito de direitos fundamentais entre o direito ao esquecimento e a possível violação da liberdade de expressão se faz importante pontuar alguns pontos que seja possível aplicar em cada caso. Dessa maneira, é deve se observar se o fato a ser veiculado é de interesse público ou não, pois em caso afirmativo, a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento poderia violar as liberdades comunicativas.

5 CONCLUSÃO

Na sociedade atual, a velocidade de propagação de informação e circulação de dados torna-se um capo delicado na garantia do direito a privacidade, dificultando o controle e o acesso das informações mantidas na rede.

Cumpre destacar que com os avanços dos meios de comunicação digitais a tutela por direitos constitucionais que normatizem o uso e a proteção dos dados pessoais emerge cada vez mais no âmbito social, necessitando que as normas já existentes se adequem aos novos conflitos sociais no âmbito digital.

O meio digital de informações se sustenta em um ambiente democrático, garantindo o direito da liberdade de expressão e de imprensa das interações entre os usuários da internet e o acesso à informação, com garantia prevista no inciso IX, artigo 5° da Constituição Federal, sendo livre a expressão da atividade intelectual e de comunicação, protegido de qualquer censura ou licença, consolidando a liberdade de expressão como direito fundamental na garantia do pleno desenvolvimento de uma sociedade democrática, permitindo aos seus cidadãos se expressarem livremente, conforme suas crenças e valores.

Além de assegurados estes direitos na Carta Magna, a Lei Geral de Proteção de Dados também reforça a proteção destes direitos, em especial no âmbito digital, sendo consolidado no artigo 1° da lei, a proteção dos direito fundamentais de liberdade, privacidade e desenvolvimento da personalidade no tratamento dos dados pessoais em especial, nos meio digitais.

No que se refere ao direito ao esquecimento, a LGPD se mostra omissa na proteção especificada deste direito, principalmente na questão da disseminação de informação de forma digital. Entretanto, a Lei apresenta dispositivos que permitem que sejam invocados numa eventual demanda pelo direito ao esquecimento, não restando prejudicado, uma que determina através das disposições, proteções ainda mais amplas no que diz respeito à privacidade dos dados pessoais.

Porém, este espaço que deveria ser sustentado pela democracia, pela livre exposição de ideias na era da super informação, pode estar sofrendo restrições em prol do direito à privacidade individual. Esta restrição esta fundada no chamado “direito ao esquecimento” sendo a possibilidade de controle de divulgação de certas informações e dados em nome de proteger o direito à privacidade dos usuários das redes sociais.

Conforme abordado, o direito ao esquecimento surgiu na França na década de 70, sendo usada principalmente nas questões de ordem penal, com o objetivo de “apagar” da vida do individuo sentença penal já cumprida, de modo a desassociar o individuo das ações criminosas cometidas anteriormente.

Com a repercussão cada vez maior de casos em que se requeria o direito ao esquecimento de situação passadas, este direito passa a ser sustentada pela Constituição Federal, pelos direitos já consolidados como a dignidade da pessoa humana e o direito a inviolabilidade da privacidade pessoal, especial, nos que tange a honra, imagem e vida pessoal.

Importante destacar que a caracterização do ao direito ao esquecimento depende de dois elementos essenciais a sua legitimação, sendo licitude da informação e o decurso do tempo.

Assim, a licitude de informação diz respeito ao amparo do direito ao esquecimento em informações e dados lícitos e verídicos, já o decurso do tempo, trata-se da passagem do tempo, vez que a informação ou dado que se pretende “esquecer” foi divulgado em época ou situação desatualizada e descontextualizada com a realidade atual do indivíduo.

Assim, cumpriu discutir se no campo jurídico há espaço para aplicar o direito ao esquecimento como forma de garantir o direito a privacidade e de controlar os dados pessoais que circulam na sociedade em rede, sobretudo, analisado diante do conflito de interesses.

De um lado, se apresenta a proteção das informações de livre circulação e armazenagem infinita nas plataformas digitais, bem como, a manutenção de informações passadas dos indivíduos. Por outro lado, há a possível violação da liberdade de expressão e circulação de informação quando utilizado o direito ao esquecimento para retirar de circulação alguma informação ou dado que esteja causando desconforto ao seu titular, permitindo inclusive espaço para a desinformação social.

Assim, há que se considerar que por mais que estejam garantidos e assegurados, os direitos fundamentais não são absolutos, devendo sua aplicação ser limitada quando houver o conflito de interesse entre eles, devendo ser analisado caso a caso de modo a garantir a satisfação e garantia dos direitos e a não violação de um direito em detrimento de outro.

Dessa maneira, o interesse público da informação veiculada em cada caso se mostra como uma forma de limitar os direitos fundamentais em conflito. Portanto, a aplicação do direito ao esquecimento deve ser limitada quando a informação for imune ao interesse público. No caso de haver o interesse público, deve os direitos de liberdade de expressão e

livre circulação de informação assegurada, como forma de garantir o direito social de acesso à informação, fundamental em um estado democrático, evitando a desinformação.

REFERÊNCIAS

BIONI, B. DONEDA, D. SARLET, I.W., SCHERTEL, L. RODRIGUES JR (Orgs). Tratado de proteção de dados pessoais. São Paulo: Forense, 2021.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 05 de fev. de 2022.

BRASIL. Lei n° 10.406 de 2002. **Código Civil:** promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm > Acesso em: 05 de fev. de 2022.

BRASIL. Enunciado 531. VI Jornada de Direito Civil**:** promulgada em março de 2014. Disponível em < https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142 > Acesso em: 06 de fev de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Recurso Especial n° 1.335.153 (2011/0057428-0)**. Recurso especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do superior tribunal de justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Homicídio de repercussão nacional ocorrido no ano de 1958. Caso "aida curi". Veiculação, meio século depois do fato, do nome e imagem da vítima. Não consentimento dos familiares. Direito ao esquecimento. Acolhimento. Não aplicação no caso concreto. Reconhecimento da historicidade do fato pelas instâncias ordinárias. Impossibilidade de desvinculação do nome da vítima. Ademais, inexistência, no caso concreto, de dano moral indenizável. Violação ao direito de imagem. Súmula n. 403/STJ. Não incidência. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ, 28 de maio de 2013. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf > Acesso em: 07 de fev. de 2022.

DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: A Honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento como direito fundamental. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: < https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/527/585 > Acesso em: 08 de fev. de 2022.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo, Editora Atlas S.A, 2003.

RODOTÁ, S. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de janeiro. Renovar, 2008.