

A DEFINIÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO PELO STF E A SUA COMPATIBILIDADE JURÍDICA COM A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NO CONTEXTO DIGITAL

THE DEFINITION OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND ITS LEGAL COMPATIBILITY WITH THE INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION IN THE DIGITAL CONTEXT

Fausto Santos de Morais¹
Luan Berticelli Molozzi²

Resumo: O presente trabalho busca esclarecer o que se compreende como direito ao esquecimento e o seu papel na preservação dos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana, especialmente no contexto digital, onde toda e qualquer informação publicizada se encontra disponível e eternizada para qualquer pessoa com acesso à internet. O Supremo Tribunal Federal, em tema de repercussão geral, determinou que o direito ao esquecimento seria incompatível com a constituição, em razão da supressão que sua aplicação causa às liberdades informativas, levantando a questão: o direito ao esquecimento, conforme definido pelo STF, é juridicamente compatível com o fundamento da autodeterminação informativa, no contexto digital? Desta forma, propõe-se que a Lei Geral de Proteção de Dados pode servir como parâmetro no exame da proporcionalidade do caso concreto, especialmente quanto ao uso de medidas como a remoção, desindexação, anonimização, atualização e edição de conteúdo na efetivação do direito ao esquecimento. A pesquisa foi realizada utilizando uma abordagem dedutiva, juntamente com a revisão bibliográfica em fontes primárias e secundárias do direito e examina, através de uma análise discursivo-argumentativa, se o direito ao esquecimento é juridicamente congruente com o fundamento da autodeterminação informativa no contexto digital.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Autodeterminação informativa. Princípio da proporcionalidade.

Abstract: This paper endeavors to elucidate the concept of the right to be forgotten and its significance in upholding the fundamental rights pertaining human dignity, particularly within the digital realm, where all disseminated information remains perpetually accessible to anyone within the internet. The Brazilian Supreme Court, in

¹ Doutor em Direito. Membro Fundador da Associação Ibero Americana de IA e Direito - AID-IA. Editor Chefe da Revista Brasileira de Direito - Qualis A2. Editor Chefe da Revista Brasileira de IA e Direito - RBIAD. Docente do Mestrado em Direito, da Atitus Educação (Passo Fundo - RS). Coordenador do IAJUS TEAM Grupo de Pesquisa sobre IA e Direito. Apresentador do PodCast: IAJUS TALK: seu bate-papo sobre Direito e IA. Advogado. Autor dos livros: Ponderação e arbitrariedade: a (in)adequada recepção de Alexy pelo STF; e A (des)regulamentação da Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro. <https://orcid.org/0000-0002-4648-2418>. [lattes: https://lattes.cnpq.br/2028518764749733](https://lattes.cnpq.br/2028518764749733). E-mail: faustosmorais@gmail.com

² Mestrando em Direito pela Atitus Educação, com dupla titulação pela Università degli Studi di Perugia, Itália. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-graduado em Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Privacidade e Proteção de Dados pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Pós-graduado em Advocacia Corporativa pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP/RS). Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Advogado e assessor jurídico. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8648544621707042>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-7103-8185>. E-mail: luanmolozzi@gmail.com

a case of general repercussion, has ruled the right to be forgotten as incompatible with the Constitution due to its conflict with informational freedom, prompting the inquiry: does the right to be forgotten, as interpreted by the Supreme Court, align legally with the principle of informational self-determination in the digital context? Therefore, is proposed that the Brazilian Data Protection Law could serve as a benchmark in assessing the proportionality in individual cases, notably concerning the implementation of measures such as content removal, de-indexation, anonymization, updating, and editing in realizing the right to be forgotten. Employing a deductive approach alongside a review of primary and secondary legal sources, this study undertakes a discursive-argumentative analysis to examine whether the right to be forgotten is legally congruent with the principle of informational self-determination in the digital context.

Keywords: Right to be forgotten. Informational self-determination. Principle of proportionality.

1 INTRODUÇÃO

Em um mundo hiper conectado, em que qualquer informação está a poucas palavras e alguns cliques de distância em qualquer buscador conhecido, a memória sobre qualquer acontecimento se torna absoluta, “a internet não esquece, ao menos não espontaneamente” (Coelho, 2020, p. 161). Essa abundância de informações revela o poder detido pelos provedores de busca e, conseqüentemente, o impacto dos seus resultados aos usuários, uma vez que qualquer dado pode estar acessível a uma legião de usuários. Justamente por estarmos neste cenário de preservação perpétua das informações, que surge a necessidade de avaliarmos medidas para que o excesso de conteúdo não se torne um revés ao desenvolvimento humano. Neste contexto, o direito ao esquecimento, que será analisado neste trabalho, nasce de uma necessidade humana, que é o direito de ser deixado em paz.

Em sede de repercussão geral, no tema 786, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o que se compreende como “direito ao esquecimento” deva ser analisado conforme cada caso concreto e a partir dos parâmetros constitucionais para que seja aplicado. Ocorre que ao invocar a aplicação deste direito, frequentemente o julgador se encontra diante de um embate entre princípios, em especial os princípios da liberdade de expressão e de informação indo de encontro aos princípios relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral. Porém, o julgado da repercussão geral, ao considerar erroneamente o direito ao esquecimento incompatível com a Constituição, falha ao ignorar a importância deste conceito e em estabelecer qualquer parâmetro para a ponderação entre os princípios colidentes em sua aplicação.

Neste contexto, e em um cenário de aplicação do direito ao esquecimento nos meios digitais, propõe-se que o uso de determinados mecanismos contidos na Lei Geral de Proteção de Dados pode orientar e respaldar os parâmetros usados na ponderação destes princípios, permitindo que o sujeito exerça maior controle sobre suas próprias informações. O objetivo deste trabalho é demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro, como é hoje, suporta medidas como a remoção, desindexação, anonimização, edição e atualização de conteúdo. Tais medidas, quando examinadas pelo princípio da proporcionalidade de Robert Alexy, podem ser úteis na efetiva aplicação do direito ao esquecimento, garantindo um equilíbrio adequado entre a proteção da privacidade e a liberdade de informação.

Para isso, o trabalho aborda, em primeiro momento, o direito ao esquecimento a partir do seu inerente conflito entre o direito à informação e o direito à privacidade, compreendendo as suas origens e impactos na salvaguarda da privacidade do indivíduo na sociedade da informação e a sua inaplicabilidade diante da preservação do interesse público de preservação dos direitos comunicativos.

Em segundo momento, apresenta o princípio da proporcionalidade elucidada na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, explicando a metodologia envolta na aplicação das regras submáximas da proporcionalidade, sendo elas a adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito, elencando os pré-requisitos de cumprimento no exame de cada uma delas.

Por fim, o trabalho expõe as possíveis medidas de aplicação do direito ao esquecimento previstas na legislação pátria, abordando o conceito por trás da remoção, desindexação, anonimização, edição e atualização de conteúdo. Compreendidos estes conceitos, é possível visualizar como a sua caracterização pode contribuir, de forma positiva, ao debate e à análise da proporcionalidade diante do inerente conflito entre princípios que a aplicação do direito ao esquecimento evoca.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO, DIREITO À INFORMAÇÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE

Apesar da conotação negativa que a palavra “esquecimento” possa soar ao intérprete, quando se fala em direito ao esquecimento, direito derivado do direito da personalidade, se refere exclusivamente ao direito de um sujeito não ser lembrado pelos outros quando essa informação causar algum dano ao desenvolvimento da sua personalidade. O direito de ser esquecido, ou em inglês “*right to be forgotten*”, é um direito a ser invocado por um sujeito frente a uma informação que retrate fatos negativos vexatórios, depreciativos ou constrangedores ocorridos no seu passado e que não correspondam mais com o seu presente, afinal, “ninguém tem a obrigação de conviver com seus erros, o mesmo se diga da vítima de um crime ou de seus familiares, que não querem lembrar fato doloroso. Podem até ter essas lembranças, mas querem que haja esquecimento social” (Diniz, 2017, p. 11).

O direito ao esquecimento, também se manifesta no campo das condenações criminais como uma parcela importante do direito do ex-detento à sua ressocialização. Tal direito foi incluído na tutela da dignidade da pessoa humana pelo enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, enunciado elaborado pelos juristas em razão da evolução dos meios de comunicação e o acúmulo dos danos provocados por essas novas tecnologias de informação, especialmente no contexto digital do século XXI, em que toda informação fica permanentemente disponível para todos aqueles que tiverem acesso à internet. Essa tese serve, portanto, ainda que prematura devido seu fato social igualmente recente, como um ponto de ponderação e uma forma de garantir que os meios de comunicação não se tornem um campo onde o direito e os seus princípios fundamentais sejam completamente deixados de lado (Andrade; Damázio, 2016, p. 85).

Atrelar o direito ao esquecimento à tutela da dignidade da pessoa humana significa que, em sua dimensão material e na condição de direito fundamental, se justificativa em princípios superiores, guardando direta relação com outros direitos humanos e fundamentais, permitindo o seu reconhecimento e proteção como tal (Sarlet, 2021, p. 376). Ainda que o direito ao esquecimento seja considerado, por seus críticos, como um “camuflado retorno da censura” que permitiria ao judiciário apagar fatos marcantes da história da sociedade, legitimando a perda da memória de um povo (Andrade; Damázio, 2016, p. 85), pontua-se que “direito ao esquecimento”

não é sinônimo de um direito ao segredo. “Enquanto o direito ao segredo busca impedir que determinados fatos se tornem públicos, o direito ao esquecimento pretende tutelar os fatos que já se tornaram públicos de novas explorações” (Andrade; Damázio, 2016, p. 86.).

A despeito da existência de posições contrárias e a ausência de consenso em relação aos diversos pontos ligados ao tema, especialmente no que diz respeito ao seu alcance, conteúdo, limites e critérios de aplicação, a doutrina e a jurisprudência reconhece a existência deste direito, inclusive, atribuindo-lhe a condição de um direito fundamental (Sarlet, 2021, p. 376). Para Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 375), a denominação de “direito ao esquecimento” não seria a forma mais adequada de chamar o direito, uma vez que, sob este rótulo, em termos técnicos, o objetivo é somente assegurar que indivíduos tenham o direito de apagar uma publicação a seu respeito, mas também de impedir a publicização, divulgação e o acesso a determinada informação, como ocorre nos pedidos de desindexação³ aos provedores de busca na internet, que será debatido mais adiante.

Em certo nível, portanto, compreende-se que o direito ao esquecimento não pretende legitimar a exclusão de fatos dos registros históricos, sejam eles físicos ou virtuais, muito menos impedir a livre manifestação, mas sim conferir a possibilidade de discussão a utilidade dada a determinados fatos que já foram explorados (Andrade; Damázio, 2016, p. 89 – 90). Mais do que permitir a discussão da forma com a qual os dados⁴ foram usados, o direito ao esquecimento também se fundamenta e está diretamente atrelado ao direito à privacidade, existindo como um mecanismo que permitiria ao indivíduo manter as informações a seu respeito dentro de um círculo determinado, ou em outras palavras, o direito de não ser lembrado contra a sua vontade (Sá; Neves, 2021, p. 202).

Inaugurado no seminal artigo “*The Right to Privacy*” de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis como “*the right to be let alone*” (Warren; Brandeis, 1890, p. 195), ou “o direito de ser deixado em paz”, o direito à privacidade inclui o sigilo da vida privada, “o direito de se opor à divulgação de fatos pessoais, imagens ou representações que estejam nessa esfera não compartilhada de informações” (Sá; Neves, 2021, p. 203).

Ao contrário dos argumentos que enfrentam o direito ao esquecimento com o que se entende por direito à memória⁵, colidindo-o com a tutela da liberdade de expressão ou liberdade de imprensa, consagradas no artigo 5º, incisos IV e IX e artigo 220º da Constituição Federal (Sarmiento, 2017, p. 204), a sua concepção como direito à privacidade, que lhe dá origem, não proíbe a comunicação de qualquer assunto que seja de interesse público, ou ainda, mesmo que de natureza privada, que não viole nenhum outro dispositivo, como a difamação ou a calúnia, preservando à vida privada todos aqueles assuntos que digam respeito somente ao indivíduo e não tenham sido por ele próprio divulgado (Warren; Brandeis, 1890, p. 214 - 218).

³ Desindexar significa realizar o registro do endereço de uma página na *web* em banco de exceções aos resultados de buscadores. Assim, mesmo que se busque um conteúdo público ele não aparecerá na lista de resultados. O propósito é diminuir o alcance da informação e, conseqüentemente, sua potencialidade de dano (Sá; Neves, 2021, p. 204).

⁴ Compreende-se, aqui, como “dados” toda e qualquer informação relacionada à uma pessoa natural, nos termos dos incisos I e II do artigo 5º da Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados).

⁵ O direito à memória, ou também direito à verdade, é uma dimensão do direito à informação, e envolve a obrigação do Estado em revelar e difundir fatos históricos profundamente negativos à sociedade, como violações aos direitos humanos, geralmente ocorridos em períodos ditatoriais e que eram mantidos em sigilo (Sarmiento, 2017, p. 202).

O direito deve ser estruturado de forma a proteger essas pessoas, cuja privacidade não seja do legítimo interesse da comunidade, de serem arrastadas para uma situação indesejada ou indesejável de publicidade e de proteger todas as pessoas, independente de status ou posição, de terem suas questões pessoais, as quais eles possam preferir manter privadas, de serem tornadas públicas contra a sua vontade. É a injustificada invasão da privacidade individual que deve ser reprimida e, na medida do possível, impedida (Warren; Brandeis, 1890, p. 214 – 215). (Tradução nossa)

Na perspectiva da sua justificativa constitucional, o direito ao esquecimento radica da dignidade da pessoa humana, no seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade e nos direitos individuais especiais, como é o caso dos direitos à vida privada, honra e imagem (Sarlet, 2021, p. 377). Em outras palavras, a possibilidade de não sofrer de forma permanente e indeterminada às repercussões negativas de fatos do passado é algo essencial, não só para uma vida saudável do ponto de vista físico e psíquico, mas para a plena integração do sujeito na sociedade, seja em um contexto de ressocialização do indivíduo ou de simplesmente dar para ele a possibilidade de “autogovernar a própria memória” (Sarlet, 2021, p. 377 – 378), conceito semelhante, inclusive, com o que se entende como “autodeterminação informativa”, fundamento presente no artigo 2º, inciso II da Lei Geral de Proteção de Dados (Brasil, 2018). Ainda assim, a questão do direito ao esquecimento é controversa, vez que frequentemente contrasta com o direito, também fundamental, de liberdade de expressão (Mazzuoli, 2021, p. 116).

Apesar de se reconhecer o fato de que a privacidade pode vir a ceder ante outros direitos e interesses, sobretudo os direitos à manifestação do pensamento, à liberdade de imprensa e à livre circulação de informação, é necessária uma avaliação casuística, que considere o tipo de informação divulgada e o quanto ela atinge a vida privada do indivíduo em relação ao interesse público sobre aquelas informações (Sá; Neves, 2021, p. 203). Trata-se, portanto, de direitos bifrontes, uma vez que permitem a expressão das ideias e opiniões ao mesmo tempo que resguardam os direitos dos que foram impactados pela veiculação da informação (Mazzuoli, 2021, p. 105). Sopesados, portanto, os direitos em jogo, especialmente os integrantes do grande mosaico de direitos comunicativos⁶, é possível sobrepor o direito ao esquecimento ao direito de liberdade à profusão de ideias e de opiniões quando houver verdadeiro prejuízo à dignidade da pessoa humana (Mazzuoli, 2021, p. 116).

2.1 Direito ao esquecimento e o caso paradigma do STF

A. C. foi uma jovem de 18 anos, morta no ano de 1985, no bairro Copacabana, na do Rio de Janeiro. Dois rapazes, em conluio com o porteiro do prédio, a levaram ao topo do Edifício Rio Nobre, onde foi abusada sexualmente. A perícia constatou que a vítima havia sido torturada mediante luta intensa contra os três agressores que, a fim de simular o seu suicídio, lançaram-na do terraço do décimo segundo andar do prédio. A. C. faleceu em função da queda.

Passados 50 anos do ocorrido, a TV Globo preparou uma reportagem especial sobre a vida, morte e pós-morte de Aída Curi no programa Linha Direta – Justiça, que narrava com riqueza os detalhes do feminicídio. Os familiares de A. C., ao tomarem

⁶ Entende-se por “direitos comunicativos” todo o conjunto de direitos relativos às formas de expressão ou de recebimento de informações. Trata-se da liberdade que todos os cidadãos têm de expressar suas ideias e opiniões, pontos de vista em matéria científica, artística ou religiosa, em quaisquer que sejam os meios de comunicações, sendo inseparável dos direitos daqueles que sofreram impacto pela profusão de tais ideias, opiniões, conceitos ou pontos de vista (Mazzuoli, 2021, p. 105).

conhecimento da gravação do episódio, notificaram a TV Globo para que o programa não fosse veiculado. Não obstante a notificação, o episódio foi exibido, o que motivou os familiares a ajuizarem ação judicial pleiteando a ilicitude do uso de imagem, nome e história pessoal de A. C., bem como a respectiva indenização por danos morais por fazê-los reviverem o passado, e os danos materiais pela exploração comercial da imagem, nome e história pessoal da vítima.

Tal caso sobre o uso da imagem, nome e história pessoal de A. C. iniciou a discussão sobre o direito ao esquecimento, como um direito da personalidade no Supremo Tribunal de Justiça, pelo julgamento do REsp nº 1.335.153-RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que por três votos a dois em sua Quarta Turma, negou aos familiares de A. C. o direito ao esquecimento e as indenizações pleiteadas. No entendimento do Ministro Relator, a resolução adequada do caso exige a ponderação entre a historicidade do fato narrado com a proteção à intimidade e privacidade dos ofendidos, concluindo o Relator que o crime em tela já havia entrado para domínio público, tornando-se um fato de natureza histórica, não sendo passível de ser transformado em um fato inacessível à imprensa e à coletividade (STF, 2021, p. 225 - 226). Ressaltou, ainda, que devido à ampla difusão do fato na época dos acontecimentos, bem como a conexão direta com o nome da vítima, seria impossível “retratar o caso A. C., sem A. C.”, sendo desproporcional a restrição da liberdade de imprensa, se comparada ao desconforto gerado pela lembrança dos fatos pelos familiares da vítima, especialmente considerando o largo lapso temporal transcorrido desde a data dos fatos (STF, 2021, p. 225).

Negado o pleito ao STJ, os familiares de A. C. requereram a modificação das decisões anteriores ao Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a Repercussão Geral da discussão e inscreveu o Recurso Extraordinário nº 1.010.606-RJ como Tema nº 786, uma vez que o recurso seria passível de apreciação pelo STF em sede de Recurso Extraordinário a alegação de que o direito ao esquecimento é um atributo indissociável da garantia da dignidade humana e que a liberdade de expressão não possui um caráter absoluto, não devendo ser sobreposta às garantias individuais como à inviolabilidade da personalidade, da honra, da dignidade, da vida privada e da intimidade da pessoa humana (STF, 2021, p. 225 - 226).

O Ministro Relator, Dias Toffoli, convocou Audiência Pública para oitiva de autoridades e expertos, representantes de diversas entidades públicas e privadas, para deporem sobre:

i) a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera cível e ii) 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 intimidade. (Tema 786/STF) (STF, 2021, p. 16).

Após as diversas manifestações e a realização da audiência pública, os autos foram novamente remetidos ao Procurador-Geral da República, que apontou a necessária ponderação dos interesses em conflito, vez que diante da manifesta impossibilidade de se estabelecer uma ordem de prevalência dos interesses em conflito, sendo a inviolabilidade da imagem e o direito à privacidade, de um lado, e a liberdade de expressão, de imprensa e o direito à informação, de outro, a solução das controvérsias depende do exame das peculiaridades de cada caso concreto, a fim de apurar se “na específica situação discutida, a divulgação de determinada informação extrapolou os limites da liberdade de expressão e violou o direito ao esquecimento” (STF, 2021, p. 17), sendo possível compreender que “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” (STF, 2021, p. 17).

Analisando o caso concreto, a corte decidiu que o direito ao esquecimento não seria cabível no caso em tela, tendo em vista que a exibição do programa televisivo “Linha Direta: Justiça” apresentou, dentre diversos casos verídicos, o caso de A. C., que à época já havia sido objeto de farta documentação social e jornalística, não incorrendo em nenhuma afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares. Nesta senda, o STF, por maioria, negou provimento ao Recurso Extraordinário, indeferiu o pedido de reparação, e fixou a seguinte tese:

É incompatível com a Constituição 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 das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível (Tema 786/STF) (STF, 2021).

Reconhece o Supremo Tribunal Federal, de forma equivocada, que a ideia do direito ao esquecimento seria “incompatível com a Constituição”, e que eventuais abusos da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso a partir dos parâmetros constitucionais, falhando em estabelecer qualquer parâmetro para aplicação deste inegável direito. Essa indeterminação torna necessária a elaboração de um aparato de orientações para a ponderação entre as ameaças ao direito à informação e liberdade de expressão e a proteção dos direitos relativos à privacidade e à dignidade humana. Portanto, para que esse direito seja aplicado sem leviandades ou injustiças, precisa passar por uma criteriosa ponderação, a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, pelos quais o julgador terá que discorrer, analisando todas as vertentes apresentadas pelo caso concreto e permitidas pelo ordenamento jurídico, uma vez que o direito ao esquecimento, assim como qualquer direito fundamental, não é absoluto (Andrade; Damázio, 2016, p. 89).

Para realizar a ponderação desses princípios colidentes, é necessário que tratemos, pelo menos de forma breve, sobre o direito à informação e o direito à privacidade.

2.2 Direito à Informação

O direito de informar deriva da liberdade de manifestação de pensamento, direito individual contaminado de sentido coletivo, especialmente em virtude das transformações dos meios de comunicação, de tal sorte que o direito de comunicação, quando concretizado pelos meios de comunicação social, se transmuta do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento (Silva, 2005, p. 260). O direito à informação, compreendido como um direito comunicativo, compõe um eixo fundamental dos direitos humanos, tendo sua expressão, inclusive, de forma multifuncional. Desses direitos decorrem: “a liberdade de expressão stricto sensu, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicações e de comunicação em rede” (Mazzuoli, 2021, p. 120).

Partindo da premissa de que a liberdade de informação abrange os direitos de informar, de se informar e de ser informado (Novelino, 2016, p. 365), subentende-

se que ela advém das liberdades de expressão e de imprensa, podendo ser compreendido como o direito de acesso à informação e como o direito da coletividade receber as informações que sejam de interesse público (Sarmiento, 2017, p. 195).

Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV). Aqui se ressalva o direito do jornalista e do comunicador social de não declinar a fonte onde obteve a informação divulgada. Em tal situação, eles ou o meio de comunicação utilizado respondem pelos abusos e prejuízos ao bom nome, à reputação e à imagem do ofendido (art. 5º, X) (Silva, 2005, p. 246).

Dentre os direitos à informação e liberdade de comunicação, deriva-se a livre manifestação do pensamento, como já mencionado. Essa manifestação, assegurada independente de licença ou qualquer espécie de censura (CF, art. 5º, IX), é dirigida sobretudo ao Estado, impedindo-o de impor sanções a opiniões controversas ou discursos não aprovados pelo governo, vez que mesmo nos casos em que há risco significativo de determinado discurso causar algum dano ou gerar perigo, em sociedades livres, nenhuma forma de censura encontra justificação constitucional (Novelino, 2016, p. 347).

Ocorre que, em determinadas hipóteses, essa manifestação do pensamento pode atingir direitos fundamentais de terceiros, como a honra e a imagem (CF, art. 5º, X), motivo pela qual a identificação de quem emite o pensamento é mandatória para a livre manifestação do pensamento, viabilizando a eventual responsabilização nos casos em que a manifestação do pensamento for abusiva. Essa vedação ao anonimato, cláusula restritiva contida no art. 5º, IV da CF possui tanto o condão preventivo, desestimulando manifestações abusivas de pensamento, quanto o condão repressivo, permitindo o exercício do direito de resposta ou a responsabilização civil e/ou penal (Novelino, 2016, p. 347).

2.3 Direito à Privacidade

Já abordado pela sua estrita relação com o direito ao esquecimento, o direito à privacidade está abarcado pelo artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, que declara ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o seu direito a indenização pelo dano material ou moral sofrido em decorrência da violação (Brasil, 1988). Significa que a carta constitucional erigiu, de forma expressa, esses valores humanos à condição de direito individual, razão pela qual podemos considera-lo como um direito conexo ao da vida (Silva, 2005, p. 206).

A expressão “direito à privacidade”, num sentido genérico e amplo, abarca todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, consagradas no texto constitucional (Silva, 2005, p. 206). Assim, o direito à privacidade se torna o conjunto de informações acerca de um indivíduo e que pode ser mantido sob o seu exclusivo controle, tornando ampla a esfera da inviolabilidade, abrangendo todas as relações do sujeito, sejam elas domésticas, familiares, afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, suas origens e os planos futuros do indivíduo (Silva, 2005, p. 206).

Desta forma, devida a sua importância, proteger a privacidade (gênero), permite que o indivíduo conduza a sua própria vida da maneira que julgar mais conveniente, sem a intromissão da curiosidade alheia, razão pela qual a Constituição

pátria assegura a inviolabilidade da sua intimidade, bem como de sua vida privada, da sua honra e da sua imagem (espécie), devendo a intensidade desta proteção variar conforme a área da personalidade afetada, “quanto mais próxima das experiências definidoras da identidade do indivíduo, maior deve ser o peso conferido ao direito à privacidade” (Novelino, 2016, p. 337).

Os direitos que compõem a privacidade se desenvolvem de diversas formas, enquanto a vida privada abrange as relações do indivíduo no meio social, em que não há o interesse público da divulgação, a honra consiste na reputação do indivíduo perante o meio social (ou até na estima que possui de si próprio) e, por fim, o direito à imagem impede a sua respectiva captação e difusão sem o consentimento dele. A proteção ao direito à imagem, inclusive, é autônoma em relação à proteção da honra, uma vez que não é necessária uma ofensa à estima ou reputação do indivíduo para que ocorra (Novelino, 2016, p. 337).

São diversos os contextos em que a segurança ou o interesse público justificam intervenções ao direito à privacidade. Divulgar imagens dentro de um contexto adequado, seja ele jornalístico, científico, histórico, cultural, didático ou de interesse público, se caracteriza como uma intervenção legítima. Podemos dizer, portanto, que a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas não é, e sequer pode, ser assegurada de modo absoluto (Novelino, 2016, p. 338).

Dessa forma, o grande cerne da questão, principalmente para a aplicação do direito ao esquecimento, é determinar quais as situações que legitimam as intervenções ao princípio da liberdade de expressão em favor da proteção dos direitos à dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade. Como destacado anteriormente no texto, o conflito entre dois princípios deve fazer uso da ponderação, por meio do princípio da proporcionalidade, que determinará a forma mais adequada ao fomento de um princípio constitucional diante da inexistência de outro meio de eficácia similar e que promova a realização máxima de um princípio (Novelino, 2016, p. 338).

3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Uma das discussões que cercam o direito positivado em textos trata sobre o alcance das suas normas jurídicas, especialmente quanto ao limite interpretativo das normas que constituem direitos fundamentais. Com base na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, compreende-se o princípio da proporcionalidade como uma exigência de reconhecimento da substancialidade contida nos direitos fundamentais, vez que a sua proteção, implica a máxima da eficácia, ou seja, a proteção dos direitos fundamentais da maneira mais extensiva possível (Morais, 2022, p. 39).

Assim, quando um princípio entra em rota de colisão com outro, considerando a sua exigência de cumprimento *prima facie*, é necessário que se estabeleça uma relação de precedência entre eles, fazendo com que um dos princípios ceda ao outro diante das situações fáticas e jurídicas proporcionadas pelo caso concreto (Morais, 2022, p. 57). É justamente para estabelecer a precedência entre os princípios, que se deve utilizar a proporcionalidade, medindo a invasão indevida aos direitos fundamentais, valendo-se das regras submáximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Morais, 2022, p. 61).

As submáximas possuem uma ordem, vez que a “análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em

sentido estrito” (Silva, 2002, p. 35). A importância desta ordem fica mais clara quando se compreende que a aplicação da regra de proporcionalidade não implica a análise de todas as submáximas, podendo-se dizer, inclusive, que essas regras submáximas se relacionam de forma subsidiária⁷ entre si (Silva, 2002, p. 35), em que só será necessário seguir para o exame da próxima regra, caso a medida passe pelo crivo da anterior.

3.1 Adequação

Primeiramente, a adequação deverá avaliar se a medida adotada é suficiente para alcançar um fim e também o meio a qual sua realização será fomentada e promovida (Silva, 2002, p. 37-38). Ou seja, “se a medida não fomenta ou realiza o fim, ela deve ser descartada, pois em contraposição estaria, desde já, produzindo uma intervenção indevida em outro princípio” (Morais, 2022, p. 61).

Para superar o crivo da adequação, a medida avaliada terá de cumprir com duas exigências, que devem ser satisfeitas de forma simultânea. A primeira delas requer a legitimidade dos fins perseguidos pelo Estado em seu ato, enquanto a segunda requer que os meios adotados sejam aptos para contribuir com a finalidade almejada, demandando que as medidas estatais contribuam para a persecução eficaz apenas de finalidades legítimas (Souza Neto; Sarmento, 2012, p. 384-385).

Assim, se a medida adotada não for adequada e eficaz na realização de um princípio sem que intervenha em outro, não poderá ser considerada adequada. No entanto, caso cumpra com o requisito de adequação, a medida deverá passar pelo crivo da necessidade (Morais, 2022, p. 61).

3.2 Necessidade

O que diferencia o exame da adequação do da necessidade é que o exame da adequação é um exame absoluto, enquanto o exame da necessidade é imprescindivelmente comparativo (Silva, 2002, p. 40). A máxima da necessidade analisa quais das medidas exequíveis afetará menos (ou não afeta em nada) o princípio antagônico colidente. Para isso, é necessário um sopesamento do ato e a possibilidade de substituição por outro que realize a finalidade com a mesma intensidade, mas com menor interferência aos direitos fundamentais em análise (Morais, 2022, p. 61).

Em outras palavras, a submáxima da necessidade faz com que dentre as diversas medidas possíveis, o Estado opte sempre pela menos gravosa. É com base no exame de necessidade que se torna possível invalidar as medidas estatais excessivas e que restringem em demasia direitos ou interesses juridicamente protegidos, optando sempre pela medida que causar menos restrição no alcance do mesmo objetivo (Souza Neto; Sarmento, 2012, p. 387).

A análise de conformidade de uma medida estatal com o subprincípio da necessidade desdobra-se em duas etapas. Primeiro, examina-se se as eventuais medidas alternativas àquela questionada possuem ou não idoneidade, no mínimo, equivalente, para promover o objetivo visado. Em seguida, verifica-se se as medidas alternativas que passaram no primeiro teste são ou não menos gravosas do que aquela que foi adotada. Se existir

⁷ “Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade” (Silva, 2002, p. 36).

medida alternativa com pelo menos o mesmo grau de idoneidade para atingimento dos fins colimados e que seja menos gravosa que a implementada, houve violação ao subprincípio da necessidade (Souza Neto; Sarmiento, 2012, p. 388).

As etapas referidas envolvem diversas dimensões. A primeira delas compara as medidas alternativas a serem adotadas sob a perspectiva: a) quantitativa, auferindo se as alternativas promovem o objetivo almejado; b) qualitativa, determinando a qualidade da promoção ao objetivo almejado; c) probabilística, abordando a chance de êxito entre as alternativas; e d) temporal, medindo a velocidade com que a alternativa promove o objetivo almejado (Souza Neto; Sarmiento, 2012, p. 388).

Uma medida só será considerada pelo menos tão idônea quanto à adotada pelo Estado se for igual ou superior àquela sob todas estas perspectivas. Se, por exemplo, tivermos uma medida que promova mais o objetivo perseguido, mas que envolva um risco mais elevado de fracasso, ela não poderá ser considerada igualmente idônea. Neste caso, o juízo político ou técnico do órgão estatal sobre o que priorizar – quantidade ou risco – deve prevalecer, em razão do princípio da separação dos poderes (Souza Neto; Sarmiento, 2012, p. 388).

Em outras palavras, um ato estatal limitante e invasivo à um direito fundamental somente supera o crivo da necessidade quando a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida com a mesma intensidade por qualquer ato alternativo que limitar, em menor medida, o direito fundamental atingido (Silva, 2002, p. 39 – 40).

3.3 Ponderação em sentido estrito

Por fim, a última das regras submáximas, a proporcionalidade em sentido estrito, cuja aplicação avalia se a restrição ao bem jurídico, imposta pela medida estatal, é compensada diante da maximização do interesse antagônico. A proporcionalidade é quem determina se o grau de afetação a um direito pela medida questionada, será justificado pelo nível de realização do direito cuja tutela é almejada (Souza Neto; Sarmiento, 2012, p. 389).

Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional (Silva, 2002, p. 43).

A comparação entre as medidas deve considerar diversos fatores, em especial o peso abstrato dos bens jurídicos colidentes. Isso não significa que deva existir uma hierarquia rígida entre os princípios presentes em nosso ordenamento, mas de reconhecer que determinados interesses possuem uma proteção maior no ordenamento constitucional do que outros, e que nas hipóteses em que houver conflito, existe uma tendência *prima facie* para que prevaleçam sobre os demais (Souza Neto; Sarmiento, 2012, p. 390).

Definir um grau de importância de um direito, interesse ou bem jurídico defendido no nosso sistema constitucional deve levar diversos elementos em consideração, particularmente a sua proximidade com os valores mais fundamentais

do ideário constitucional democrático, notadamente a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o Estado Democrático de Direito (Souza Neto; Sarmiento, 2012, p. 390).

Porém, mais do que o peso abstrato, também é preciso analisar o peso concreto dos interesses colidentes, ou seja, a intensidade com que estes são afetados pela medida avaliada (Souza Neto; Sarmiento, 2012, p. 390). Ainda, deve-se examinar a confiabilidade das premissas empíricas em que ocorre a ponderação, vez que havendo incertezas quanto à realização concreta do objetivo promovido, será necessária maior cautela na aplicação de uma medida restritiva. “Se o agente responsável pela edição da medida (legislador, administrador ou juiz) possui apenas dados empíricos pouco confiáveis, o peso abstrato do princípio e o grau de interferência deverão ser ainda maiores” (Souza Neto; Sarmiento, 2012, p. 390).

Dessa forma, quando se fala em proporcionalidade em sentido estrito, trata-se do sopesamento (ponderação) das condições jurídicas, harmonizando os comandos normativos dos princípios colidentes, mediante a lei de sopesamento ou de precedência, conforme cada caso concreto, que fornecerá os elementos fáticos para que se determinem as condições em que um princípio deverá preponderar ou preceder o outro (Morais, 2022, p. 63).

[...] a relação de precedência deve ser condicionada, pois considera as circunstâncias do caso concreto. Ao contrário, se procurasse estabelecer uma precedência incondicionada entre princípios, especular-se-ia o problema quanto a uma fixação in abstrato de regras de preferências entre princípios. Isto porque os princípios considerados abstratamente não podem reclamar um peso maior ou menor sobre outro princípio. Desta forma, o caso concreto que fornece as circunstâncias pelas quais se estabelece uma relação de precedência é o elemento determinante à resolução do conflito (Morais, 2022, p. 63).

Portanto, a melhor forma de se aplicar o dever de otimização ao caso concreto seria justamente através da análise da proporcionalidade em sentido estrito, “é por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação” (Silva, 2002, p. 46). Assim, a otimização de um direito fundamental depende apenas das possibilidades jurídicas presentes, resultado do sopesamento entre os princípios colidentes no caso concreto. Compreendida a proporcionalidade, abordaremos no tópico a seguir algumas medidas cuja aplicação, no contexto digital, pode contribuir para o exame das submáximas da necessidade e da ponderação na efetivação do direito ao esquecimento.

4 A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Entender o direito de ser esquecido como uma prerrogativa variante do direito à vida privada, que por sua vez esbarra no direito à personalidade e de dignidade da pessoa humana, significa assumir que se trata de um “direito subjetivo *excludendi alios*” (Diniz, 2017, p. 9), ou em outras palavras, o direito de um sujeito excluir e impedir outros de fruírem ou fazerem uso de um bem de sua propriedade (Diniz, 2017, p. 9). Desta forma, se torna plenamente possível que o sujeito, enquanto titular de dados⁸, possa impedir outros de utilizem, injustificadamente, de determinada informação sobre si próprio e que possa vir causar qualquer dano à pessoa e ao livre desenvolvimento de sua personalidade (Diniz, 2017, p. 9).

⁸ A Lei Geral de Proteção de Dados reconhece como titular toda a pessoa natural a quem se referirem os dados pessoais tratados (Brasil, 2018).

O direito a ser esquecido confere à pessoa o poder de controlar, juridicamente, fatos pretéritos ocorridos em sua vida, resguardando sua privacidade, sua imagem e sua liberdade de autodeterminação, na escolha de eventos que devam ser olvidados. Em certos casos é totalmente impossível viver sem esquecer. É preciso esquecer para viver, abrindo espaço para o que vem, apagando da memória certos fatos ruins, fazendo prevalecer as lembranças boas. (Diniz, 2017, p. 20)

Este direito de defesa à determinado bem, cuja fonte radica da própria dignidade da pessoa humana, é o que caracteriza a autodeterminação informativa, positivada no art. 2º, inciso II, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que nada mais é do que o direito conferido ao titular para que ele possa exercer o devido controle sobre os seus dados. Neste contexto, o direito ao esquecimento pode servir como uma ferramenta adequada à efetiva promoção dos valores e princípios garantidos pela Constituição Federal, permitindo o exercício da liberdade para o desenvolvimento e realização pessoal, direitos fundamentais da pessoa (Coelho, 2020, p. 45).

Ao contrário do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), que prevê no seu artigo 17 o direito ao esquecimento, ou “direito ao apagamento dos dados”, a LGPD não possui nenhuma menção expressa a este direito, encontrando subsídio normativo em uma leitura conjunta de diversos de seus dispositivos, em especial o artigo 18 e seus incisos III, IV e VI, que garantem ao titular o direito de obter a correção, anonimização, bloqueio ou a eliminação de seus dados pessoais. Tal ausência expressa, porém, não parece impactar em nada a adesão do conceito na legislação pátria, uma vez que, apesar da positivação do direito ao esquecimento na GDPR, sua existência parece existir mais como uma importância simbólica do que um efeito substantivo quando analisadas as suas condições e modalidades de aplicação (Voss; Castets-Renard, 2016, p. 307).

A denominação de “direito ao apagamento dos dados” (ou “*right to deletion*”), dada pela legislação europeia, pode ser a maior responsável pela conotação negativa que o direito ao esquecimento carrega, especialmente pelo fato de que a exclusão de uma informação seja a aplicação do remédio jurídico que mais atente quanto à livre expressão e o direito à informação. Apesar da conotação negativa, a remoção de conteúdo é a medida mais extrema e só deve ocorrer quando a informação retratada tenha sido colhida de forma incompleta, imprecisa (Ehrardt; Matta, 2021, p. 1770), obsoleta, irrelevante, excessiva (Voss; Castets-Renard, 2016, p. 307) ou então pelo término de sua finalidade de tratamento, conforme expresso no artigo 16 da Lei Geral de Proteção de Dados (Brasil, 2018).

Apesar da remoção de conteúdo ser o remédio mais extremo à efetivação do direito ao esquecimento, justamente por representar maior restrição aos direitos informativos, não significa que ele deva ser evitado a todos os custos ou então reservado apenas às situações excepcionais, vez que é impossível determinar, em abstrato e a priori, quais circunstâncias concretas justificam o uso de uma ou outra medida (Coelho, 2020, p. 245 – 246). Importa ressaltar que o a remoção de conteúdo, como aplicação do direito ao esquecimento, não deve se confundir com os demais remédios disponíveis para a sua efetivação, a exemplo da desindexação total ou parcial, anonimização e a atualização ou edição. Enquanto o direito ao esquecimento instrumentaliza a proteção de interesses fundamentais, significa que, na prática, é possível a aplicação de diversos mecanismos de tutela que sirvam tanto para a prevenção quanto para a reparação de lesões à personalidade (Coelho, 2020, p. 94).

Sob essa perspectiva, a concretização do direito ao esquecimento não depende, necessariamente, da supressão do conteúdo, sendo possível, em alguns casos, alcançar o resultado desejado através de remédios menos extremos e que permitam a conjugação dos diferentes interesses em jogo. Desmistificada a suposta interdependência do direito ao esquecimento e a remoção da informação, há que se pensar sobre a correlação entre o primeiro e a desindexação e, ainda, sobre a real capacidade de a retirada de resultados de pesquisa produzir os efeitos almejados pelo titular desse direito. (Coelho, 2020, p. 160)

Essas alternativas de aplicação ao direito ao esquecimento permitem que sejam adotadas soluções menos radicais (Coelho, 2020, p. 133) e que sirvam tanto para preservação dos direitos à personalidade e privacidade do sujeito, enquanto resguardam o direito à liberdade de expressão e de informação da sociedade. Neste sentido, apresentaremos as propostas de medidas de desindexação total e parcial, oponíveis aos provedores de busca, e as medidas de anonimização, edição e atualização, oponíveis aos provedores de informação e conteúdo (Coelho, 2020, p. 165).

4.1 Desindexação de conteúdo

Seguindo nesta linha, não podemos compreender a remoção de conteúdo como único mecanismo de tutela do direito ao esquecimento, muito menos confundir-la como a sua única aplicação (Coelho, 2020, p. 117). Neste sentido, a desindexação, assim como outros métodos apresentados mais adiante, se mostra um remédio eficaz na instrumentalização do direito ao esquecimento, especialmente no que diz respeito aos provedores de busca, evitando soluções evidentemente drásticas como a exclusão ou remoção de conteúdo (Coelho, 2020, p. 117).

A desindexação consiste na retirada de um determinado link ou resultado dos provedores de busca quando pesquisado determinados termos, não apagando, efetivamente, os dados em questão, apenas dificultando o seu acesso (Ehrardt; Matta, 2021, p. 1770 – 1771). Importante ressaltar que a decisão de desindexação não implica que a informação será “completamente esquecida”, uma vez que a sua aplicação implica na simples retirada de um link ou resultado, e não na remoção da publicação, preservando a fonte que a publicou (Voss; Castets-Renard, 2016, p. 326), causando um impacto significativamente menor do que a remoção ao tornar a informação apenas mais difícil de ser encontrada (Voss; Castets-Renard, 2016, p. 335).

Na realidade, a desindexação de um conteúdo pode evitar que o sujeito pesquisado seja automaticamente associado a alguma informação desatualizada, descontextualizada, excessiva, irrelevante ou incompleta. Tal possibilidade vai diretamente ao encontro do que se entende por direito ao esquecimento, cujo objetivo é de não trazer à tona, ou manter um foco permanente, neste tipo de informação (Coelho, 2020, p. 161). Portanto, caso deferido o pedido de desindexação, o provedor de busca deixará de exibir determinados sites e resultados, servindo como um remédio apropriado, porém, sob esta perspectiva, também é impróprio afirmar que o conteúdo não tenha sido, ainda que indiretamente, removido (Coelho, 2020, p. 135 – 141). Mesmo que efetivamente não remova, a desindexação também não facilita o acesso ao conteúdo, mesmo que os usuários possam chegar ao resultado por outros meios (Coelho, 2020, p. 161). Em razão dessas objeções à desindexação total, ou ao menos ao modo como ela foi concebida até o momento, se propõe uma forma ainda mais mitigada de aplicação, qual seja a desindexação parcial.

4.2 Desindexação parcial de conteúdo

Dada a relevância de se selecionar o remédio mais adequado na aplicação do direito ao esquecimento, cumprindo com os requisitos de adequação, necessidade e proporcionalidade, uma alternativa capaz de mitigar ainda mais os efeitos pretendidos na desindexação é a sua aplicação parcial. Seguindo o mesmo conceito da desindexação total, a desindexação parcial significa alterar a ordem das informações exibidas pelo buscador, alterando o ranking de resultados e tornando-os, essencialmente, menos visíveis, sem efetivamente retirá-los da lista de sugestões exibida pelos provedores de busca (Coelho, 2020, p. 141), “nesse cenário, ao invés de não ser mais exibido, ele deixaria de aparecer, por exemplo, nas primeiras páginas de resultados” (Coelho, 2020, p. 141).

Tal prática, sequer difere do que já é praticado pelos buscadores. Apesar dos provedores de busca efetivamente controlarem o que é exibido para cada pesquisa, eles não são objetivamente responsáveis pelo conteúdo que cada site disponibiliza, sendo impossível que intervenham em sua substância. Contudo, é plenamente possível que os buscadores exerçam controle sobre a forma de exibição, afinal, são os responsáveis pela seleção do que consta na lista de resultados para certos termos de busca e, inclusive, pela ordem de cada um deles para cada usuário (Coelho, 2020, p. 119).

4.3 Anonimização dos dados pessoais

Prevista no artigo 18, inciso IV da Legislação de Proteção de Dados, anonimizar um dado significa fazer com que ele deixe de ser identificável, como bem define o artigo 5º, inciso III da mesma lei (Brasil, 2018), ou seja, de forma mais simples, significa que a anonimização impede que se reconheça (ou identifique) o sujeito a qual a informação diz respeito. A aplicação da anonimização no direito ao esquecimento permite que os ajustes à informação sejam apenas direcionados aos elementos que expõe a identidade do indivíduo, sem que essas alterações interfiram nos aspectos substanciais do conteúdo, onde “o fato continuará sendo narrado da mesma forma, apenas sem revelar de quem se trata” (Coelho, 2020, p. 183).

A anonimização é um remédio importante para os casos em que a identidade do sujeito seja dispensável para a efetiva transmissão de um fato de interesse público, cuja anonimização do sujeito não intervira em nada na relevância e na fiel e contextualizada retratação da informação (Coelho, 2020, p. 183). Esse remédio jurídico faz com que a informação seja preservada, mantendo a sua relevância independentemente do transcurso do tempo, sem ferir, contudo, os direitos personalíssimos do sujeito (Coelho, 2020, p. 264). Anonimizar os dados, também se mostra muito efetivo em situações que as informações retratadas sejam excessivas, com caráter lesivo, como é o caso dos dados sensíveis, discriminados pela LGPD no seu artigo 5º, inciso II, como todos os dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação, dados sobre a saúde ou vida sexual, dado genético ou biométrico (Brasil, 2018).

A classificação de determinados dados em dados pessoais sensíveis, cuja restrição legal ao seu processamento se justifica nos possíveis riscos aos direitos fundamentais e às liberdades que o conhecimento e circulação dessas informações criam aos seus titulares (Coelho, 2020, p. 225), faz com que eles devam ser motivo de avaliação na aplicação do direito ao esquecimento. A presença de dados pessoais sensíveis faz com que a aplicação do direito ao esquecimento deva avaliar se a redução de conteúdo é pertinente, se a anonimização é suficiente ou se, para

resguardar estes direitos, será necessária uma medida mais imponente como a remoção de conteúdo.

4.4 A Atualização e a edição de conteúdo

A possibilidade de retificação de dados é há muito reconhecida pelo direito pátrio, previsto no instituto do habeas data, remédio processual previsto no art. 5º da CF/88, que serve para assegurar o conhecimento das informações relativas à pessoa do sujeito e a retificação de dados incorretos, quando este não preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (Brasil, 1988). Embora esse mecanismo, em relação às outras formas de tutela, quando aplicado em um contexto de “redução de conteúdo irrelevante ao fato”, ainda que de maneira menos agressiva, também representa uma intervenção na forma como aquela informação será passada (Coelho, 2020, p. 180), interferindo nas liberdades comunicativas, ao mesmo tempo atua como um importante mecanismo de preservação das mesmas, que em qualquer outro caso, poderiam ser pontualmente afastadas em medidas mais agressivas, como a remoção e a desindexação total de conteúdo (Coelho, 2020, p. 182).

Fora de um contexto de redução ou retificação de conteúdo, a edição ou atualização também pode ser aplicada como inclusão de dados, servindo como um meio de contextualizar o fato adequadamente, agregando conteúdo à informação (Coelho, 2020, p. 187). Essa inclusão de informações, em um contexto de atualização, pode ocorrer em situações que a representação de um episódio pretérito, que tenha sido divulgado com os dados acessíveis à época, possua um fato novo e que altere significativamente a sua substância (Coelho, 2020, p. 188), a exemplo de um indiciado que vem a ser inocentado.

As informações desatualizadas, além de poderem impactar adversamente os atributos da personalidade do sujeito por elas retratado, são prejudiciais para o direito à informação. Isso porque, sem a atualização, o conhecimento restaria limitado a um relato anacrônico dos fatos. Sob essa ótica, ela pode colaborar para a realização do direito à informação de maneira ainda mais eficaz, permitindo que a informação seja retratada de forma mais completa, fidedigna e consoante ao momento atual. (Coelho, 2020, p. 188)

Assim, a edição ou a atualização de conteúdo, por se tratar de uma medida que contribui para a qualidade das informações sobre o sujeito, pouco irá impactar adversamente as liberdades comunicativas e o direito à informação, podendo, inclusive, contribuir para a maximização destes direitos (Coelho, 2020, p. 189).

4.5 Aplicação do direito ao esquecimento

Dentro desta miríade de opções de aplicação do direito ao esquecimento, é evidente que as diferentes possibilidades em muito contribuem para o exame das submáximas na otimização do direito fundamental conflitante. Conforme abordado no tópico 3, cada medida de efetivação do direito ao esquecimento deve ser analisada conforme o caso concreto, optando sempre o julgador por aquela que melhor efetivar um direito com o menor prejuízo do outro.

A análise de cada um desses remédios jurídicos pela proporcionalidade pode determinar qual a medida a ser aplicada. A título exemplificativo, no exame da adequação de uma aplicação da desindexação, caso o resultado não corresponda com os critérios de busca identificadores utilizados, seria completamente ineficaz e inadequado solicitar a desindexação daquele endereço eletrônico, uma vez que os critérios de busca não remetam à identificação do sujeito. Assim, se determinado site

não tenha sido indexado e classificado pelo buscador como um resultado da pesquisa realizada a partir dos termos de busca que correspondam à identidade do sujeito, não há o que se discutir com o fato de que a desindexação não será a medida adequada (Coelho, 2020, p. 224).

As diferentes medidas aplicáveis na efetivação do direito ao esquecimento podem ser, em muitos dos casos, complementares entre si, fazendo com que a adoção de uma delas não necessariamente exclua a possibilidade de aplicação das outras, sendo recomendável, inclusive, que se analise em concreto a possibilidade de combinar remédios menos invasivos para justamente efetivar a maximização de um direito protegido, evitando também, na maior extensão possível, a restrição dos direitos fundamentais conflitantes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto é possível perceber que o conceito por trás do direito ao esquecimento não só possui respaldo no nosso ordenamento jurídico, como serve um importante papel na retomada do controle sobre as informações de um sujeito. É preciso, com isso, mudar a percepção de que o direito ao esquecimento possui o condão de cancelar o passado, mas sim que a sua aplicação se sustenta na proteção do presente (Sá; Neves, 2021, p. 205).

A sua aplicação, portanto, não impede a garantia à justiça, a revelação da verdade, a preservação da memória histórica e o fomento do debate de questões sociais relevantes, porém, se sublinha que o reconhecimento do direito ao esquecimento deve ter caráter excepcional, enquanto observa um conjunto de critérios rigorosamente controlados nas suas diversas aplicações. A sua aplicação não poderá ocorrer frente a qualquer manifestação que exponha aspectos da vida privada, sendo necessário o uma análise minuciosa entre os direitos de personalidade e a liberdade de expressão e informação, fazendo com que o ônus argumentativo da sua aplicação esteja condicionada à elevada prevalência dos direitos à personalidade ante os direitos à informação (Sarlet, 2021, p. 396).

De primeiro momento, destaca-se a relevância e a importância do direito ao esquecimento na manutenção dos direitos relativos à dignidade da pessoa humana, reforçando que a sua aplicação, quando excessiva, pode de fato lesar as liberdades informativas. Após compreendido o conceito por trás do direito ao esquecimento e a inerente colisão entre princípios que a sua aplicação causa, advoga-se pela utilização da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy para resolução do conflito. Em seguida, apesar da colisão entre os princípios da liberdade de informação e da privacidade, este trabalho busca demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro possui, em diversos dispositivos, variadas formas de aplicação deste direito.

Estes remédios jurídicos, quando examinados pelas submáximas do princípio da proporcionalidade, permitem que o julgador encontre um denominador comum na aplicação do direito ao esquecimento. Uma adequada ponderação, considerando a aplicação de outras medidas jurídicas ao caso concreto, pode preservar a máxima eficácia do direito à privacidade, resguardando o máximo possível o direito à informação e garantindo ao sujeito o exercício da autodeterminação informativa.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Diogo Calasans Melo.; DAMÁZIO, Marcela Queiroz de França. Direito ao esquecimento como direito da personalidade versus liberdade de expressão como direito à informação: ponderação entre direitos fundamentais com a aplicação da proporcionalidade e razoabilidade. **Interfaces Científicas - Direito**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 79–92, 2016. DOI: 10.17564/2316-381X.2016v4n2p79-92. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/2391>. Acesso em: 14 jan. 2024.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 jan. 2024.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **VI Jornada de Direito Civil**, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.
- BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.010.606**. Recurso improvido por maioria. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data do julgamento: 11 fev. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446557/false>. Acesso em: 20 jan. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.153/RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 jan. 2024.
- CARVALHO, W. A. O direito ao esquecimento e o habeas data “negativo”: uma análise a partir da audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 18, n. 212, p. 113-125, 7 jan. 2019. Disponível em: <https://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/41025>. Acesso em: 16 abr. 2024.
- COELHO, Juliana Costa de Oliveira. **Direito ao esquecimento e seus mecanismos de tutela na internet**: como alcançar uma proteção real no universo virtual? Indaiatuba, São Paulo, Editora: Foco, 2020.
- DAMASCENO, Gabriel Pedro Moreira; VIEIRA, Vânia Ereni Lima; MARTINS, Maria Fernanda Matos. O direito ao esquecimento e a lei geral de proteção de dados. **Revista Parajás**, v. 6, n. 1. 2023. Disponível em: <https://revista.institutoparajas.org/index.php/parajas/article/view/136>. Acesso em: 10 abr. 2024.
- DINIZ, Maria Helena. Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 7-25, ago. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em:

<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1670>. Acesso em: 06 abr. 2024.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos; MATTA, Guilherme Lopes da. LGPD e o direito ao esquecimento no cenário de proteção de dados pessoais no direito brasileiro. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021_05_1763_1795.pdf. Acesso em: 08 abr. 2024.

GASPARETTO, Higor Lameira; OBALDIA, Bruna Andrade. O direito ao esquecimento no Brasil a partir do tema 786/STF: uma investigação hermenêutica acerca do julgamento do recurso extraordinário Nº 1.010.606. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, [S. l.], n. 9, p. 865–880, 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2505>. Acesso em: 21 jan. 2024.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à Internet e direito ao esquecimento. In: MENDES, Laura Schertel; ALVES, Sérgio Garcia; DONEDA, Danilo (org.). **Internet & Regulação**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 104-120.

MORAES, Fausto Santos de. Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF. 3. ed., São Paulo: Editora JusPodivm, 2022

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O direito ao esquecimento e a decisão do Supremo Tribunal Federal na Tese de Repercussão Geral nº 786. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 28, p. 193-206, abr./jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas acerca do assim chamado direito ao esquecimento na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro. In: MENDES, Laura Schertel; ALVES, Sérgio Garcia; DONEDA, Danilo (org.). **Internet & Regulação**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 373-397.

SARMENTO, D. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 7, n. 01, 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/76>. Acesso em: 14 jan. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direito fundamentais e interesses coletivos. In: Fernando Dias Menezes de Almeida et al (orgs.). **Direito público em evolução**: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar, Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 735-747.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. **Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”**: A study on the convergence of norms. Colorado Technology Law Journal, Boulder, v. 14, n. 2, p.

298, 2016. Disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800742. Acesso em: 08 abr. 2024.