

CLÁUDIA DA COSTA TOURINHO SCARPA

**O AVANÇO TECNOLÓGICO, A
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O
CHAMADO DIREITO AO
ESQUECIMENTO**


EDITORA
CEI

2023

Cláudia Oliveira da Costa Tourinho Scarpa

**O AVANÇO TECNOLÓGICO, A LIBERDADE
DE EXPRESSÃO E O CHAMADO
DIREITO AO ESQUECIMENTO**


EDITORA
CEI

2023

- Direitos autorais exclusivos para o Brasil na língua portuguesa.
- Copyright © 2023 by EDITORA CEI.
- www.editoracei.com
- Diagramação: Luciana Aparecida Ribeiro
- Data de fechamento: 16/02/2023

SCARPA, Cláudia Oliveira da Costa Tourinho, O avanço tecnológico, a liberdade de expressão e o chamado direito ao esquecimento. Salvador/BA: CEI, 2023.

ISBN: 978-65-00-55468-7

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, meu maior exemplo, como ser humano e profissional, meu verdadeiro ídolo e inspiração.

À minha mãe, mulher forte e lutadora, que tanto se dedicou à minha educação, minha eterna incentivadora.

A Scarpa, meu amado marido, ser humano de inteligência rara, pelas preciosas contribuições e pela meticulosa revisão dadas a este livro.

Aos meus queridos filhos, Tiago e Mateus, meus faróis, seres humanos empáticos e inteligentes, pelo entusiasmo.

Às minhas irmãs, Lilian e Fernanda, exemplos de persistência e dedicação em tudo que fazem.

Ao Dr. Artur, meu amigo e conselheiro de todas as horas.

Aos amigos e servidores da 4ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária da Bahia, equipe que muito me orgulha, formada por profissionais extremamente comprometidos, que prestam um serviço público de excelência e me impulsionam.

Aos professores do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do CEI (Círculo de Estudos pela Internet), competentes e dedicados, que tanto contribuíram para que conseguisse escrever este livro.

1. INTRODUÇÃO

Estamos em uma era na qual a exposição da vida privada está cada vez mais intensa. Vivemos uma revolução digital sendo a internet, no dizer de Klaus Schwab, “uma ferramenta sem precedentes de libertação e de democratização e, ao mesmo tempo, um facilitador da fiscalização maciça, indiscriminada, de longo alcance e quase impenetrável.”¹

As pessoas têm necessidade de publicar, nas diversas redes sociais disponíveis (facebook, whatsapp, instagram, youtube, tiktok, twitter, pinterest, facebook messenger, linkedln, snapchat, entre outros), fatos marcantes que acontecem em suas vidas e, às vezes, utilizam as redes como se fossem verdadeiros diários, com uma narrativa autobiográfica, não deixando de publicar nenhum fato relevante ocorrido durante seu dia, e não raro fatos sem maior relevância. Na verdade, quem não possui rede social é visto com desconfiança e até estigmatizado, questiona-se qual problema a pessoa possui por não ter rede social.

Esses dados publicados nas redes sociais estão sendo usados de diversas formas, como pelos departamentos de recursos humanos das empresas no momento da escolha dos empregados, pelos profissionais de direito ao redigirem suas peças nos processos, por clientes ao contratar profissionais liberais de diversos setores, por empresas para oferecer produtos e em outras inúmeras situações.

Como bem destacou o autor alemão Wolfgang Hoffmann-Riem, “as tecnologias oferecem um enorme potencial, e não é exagero referir-se às oportunidades decorrentes da sociedade da informação. Na maioria dos aspectos da vida diária, os cidadãos são hoje obrigados a utilizar as novas tecnologias para não serem social e economicamente marginalizados. Mas as novas tecnologias também trazem consigo um potencial de perigo: não só o de terceiros, incluindo o Estado, penetrando na esfera privada, mas também o desenvolvimento de um poder de comunicação e de poder econômico que impõe seus interesses seletivamente através de manipulação ou por outros meios.”²

1 SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2019, p. 5

2 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Innovaciones en La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a Propósito de la Garantía De Los Derechos Fundamentales En Respuesta A Los Cambios Que Conducen A La Sociedad De La Información*. ReDCE, n. 22, 2014. (tradução livre do autor)

Acredita o autor Klaus Schwab que estamos vivendo a Quarta Revolução Industrial, que não está mudando apenas o que fazemos, mas também quem somos. Acrescenta que “a inexorável integração da tecnologia em nossas vidas impactará nossa noção de identidade e ela poderia diminuir algumas das nossas capacidades humanas essenciais, como autoreflexão, a empatia e a compaixão”³.

Com esta mudança de comportamento da população em razão do avanço tecnológico, inúmeras questões passaram a surgir envolvendo os direitos de personalidade e a liberdade de expressão. Para o jurista Sérgio Branco, é indiscutível que todos nós somos titulares de ambos os direitos, “todavia, quando em choque – quando um indivíduo exerce seu direito subjetivo de se expressar em contraponto ao direito subjetivo de outro proteger sua privacidade – qual deles deve subsistir?”⁴ E, Klaus indaga, ainda, “como manter nossa individualidade, a fonte da nossa diversidade e democracia, na era digital?”⁵. Este será o ponto central deste trabalho.

Além dessa colisão de direitos fundamentais, essa revolução digital tem aumentado a defesa da existência, no nosso direito brasileiro, do chamado direito ao esquecimento. Muitos estão invocando o direito ao esquecimento como forma de apagar fatos verdadeiros e notórios, que foram publicados ou que poderão vir a ser publicados, sobre algo que aconteceu na sua vida. Não se trata de combater notícias falsas ou imprecisas, estas, não há dúvida, devem ser excluídas e se têm recursos jurídicos para tanto, mas querem apagar notícias verídicas.

Iremos, assim, estudar como conciliar dois importantes princípios presentes na nossa Constituição Federal de 1988: o princípio da liberdade de expressão e o princípio da garantia à preservação dos direitos da personalidade, como a vida, integridade física, intimidade, privacidade, honra, imagem e integridade psíquica. Analisaremos, ainda, se realmente há no Brasil o chamado direito ao esquecimento, independente da plataforma – tradicional ou virtual – em que se queira aplicar tal direito, e como tal tema é abordado na doutrina e na jurisprudência nacional e internacional. Para tanto, abordaremos, também, a Lei sobre

3 Ibidem, p. 30.

4 BRANCO, Sérgio. *Memória e Esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p.15.

5 Ibidem, p.15.

a Proteção de Dados e o Marco Civil da Internet.

Enfim, o objetivo do estudo é buscar como equalizar o direito à informação, à liberdade de expressão, à proteção aos dados e à vida privada. Temos de verificar soluções factíveis, respeitando a dignidade da pessoa humana e a democracia, para resolver conflitos que passaram a surgir com as novas tecnologias. E, para se alcançar as soluções viáveis à resolução dos conflitos faz-se mister estudar os direitos fundamentais, sua natureza, a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

A nossa Constituição Federal de 1988 é a primeira Constituição a tratar dos direitos fundamentais e, inclusive, os considerando como cláusula pétrea, ou seja, estes direitos fundamentais não podem ser abolidos por emenda constitucional e todos eles têm o mesmo *status* jurídico, ocupando o mesmo grau axiológico.

A expressão “direitos fundamentais” tem conteúdo genérico e abrange as espécies ou categorias de direitos fundamentais constantes dos capítulos que integram o Título II da Constituição Federal de 1988, a saber: direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I); direitos sociais (Capítulo II); a nacionalidade (Capítulo III); os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V).

Ressalte-se que, embora muitas vezes os termos direitos fundamentais e direitos humanos sejam utilizados como sinônimos há de se fazer a devida diferenciação. Os direitos fundamentais se diferenciam dos direitos humanos. Os primeiros têm como fonte a Constituição Federal e os segundos os tratados, convenções internacionais, sendo o ser humano reconhecido “independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”⁶ Mas, os direitos fundamentais não podem estar aquém dos direitos humanos, é exigido pelo menos um padrão mínimo de direitos e garantias e, inclusive, no parágrafo segundo do art.5º da Constituição Federal é assegurado que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Os direitos fundamentais são considerados, então, como garantias para preservar a dignidade da pessoa humana.

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são dotadas de eficácia (possibilidade que as normas de direitos fundamentais têm de gerar efeitos jurídicos), aplicação imediata (possibilidade de as normas dotadas de eficácia jurídica serem aplicadas a situações nas

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 36.

quais elas se destinam) e efetividade/eficácia social (quando as normas constitucionais são aplicados ao caso concreto gerando efeitos). A grande maioria dos direitos e garantias fundamentais, assim, independem de intermediação legislativa prévia e não podem ser tratados como normas programáticas, não autoaplicáveis ou de eficácia limitada.

A aplicação imediata do direito fundamental está, inclusive, expressamente prevista no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe textualmente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal disposição preserva e garante a dignidade da pessoa humana, pois para um direito ou garantia fundamental ser concretizado não é necessário, em regra, nenhuma interferência externa, seja do legislativo ou do executivo, estabelecendo a própria Carta Magna os remédios jurídicos que devem ser utilizados para assegurar a efetivação desses direitos fundamentais, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança, o *Habeas Corpus* e o *Habeas Data*.

Embora não tenha o texto constitucional mencionado expressamente as expressões eficácia e efetividade, esse parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição Federal abarca também tais efeitos, tanto que estes efeitos são considerados pela doutrina e jurisprudência dominantes como característicos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e, além disso, tem-se entendido que o disposto nesse parágrafo não se restringe aos direitos fundamentais previstos nesse artigo, mas também a todos aqueles direitos fundamentais implicitamente positivados em qualquer Título da Constituição Federal de 1988 ou nos tratados/convenções internacionais de direitos humanos que o Brasil tenha ratificado.

No que tange à eficácia, é importante estudá-la conforme critério de classificação das normas constitucionais. Por isso, o jurista José Afonso da Silva, que classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada ou reduzida, esclarece que “por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto que as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma legislação integradora, são de eficácia limitada,

de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais”⁷.

A Constituição, na verdade, tem uma inegável força normativa, enfatizando Konrad Hesse que “a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”⁸.

Para Antonio Scarpa, é “superada a ideia da Constituição como um mero repositório de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples diretivas cuja concretização pelo legislador ia-se dando de forma mais ou menos discricionária. Todavia, nem todas as normas constitucionais têm a mesma natureza, estrutura e função, sendo variável a sua eficácia imediata, embora seja certo que todas possuem uma eficácia normativa.”⁹

Esta variabilidade está relacionada ao conteúdo da norma definidora do direito e garantia fundamental. Por exemplo, a própria Constituição, no caso dos direitos sociais, que também são considerados como fundamentais, condiciona sua eficácia, em regra, à necessidade de uma legislação regulamentadora. E, esta supremacia da Constituição, a sua força normativa, obriga a realização, pelo Poder Executivo, de políticas públicas necessárias para a concretização dos direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário, quando não implementadas, garantir a eficácia dos direitos fundamentais. Ensina Eros Grau que “o dever de aplicação imediata autoriza o Poder Judiciário a suprir, no caso concreto, lacunas (falta de norma legislativa ou medida administrativa) que obstaculizam a exequibilidade imediata de direito ou garantia fundamental; autoriza o Poder Judiciário a ‘inovar o ordenamento jurídico’, a ‘produzir direito’, se necessário for.”¹⁰

É de se frisar, no entanto, que o jurista Eros Grau possui uma po-

7 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.179.

8 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, p.11.

9 SCARPA, Antonio Oswaldo. *Direitos Fundamentais Sociais: conteúdo essencial, judicialização e direitos sociais em espécie*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p.92-93.

10 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 284.

sição mais radical, entendendo que os direitos fundamentais têm aplicação imediata em toda e qualquer situação, enquanto o jurista Ingo Sarlet tem posicionamento com o qual coaduno, defendendo que, partindo-se do pressuposto de que a norma de direito fundamental tem natureza de princípio, os direitos fundamentais devem ser efetivados na máxima medida possível, somente se podendo aferir o grau de concretização examinando-se cada caso concreto. Não se faz possível, *a priori*, estabelecer que determinado direito fundamental seja aplicável, de imediato, em todos os seus possíveis efeitos¹¹. E, conforme veremos mais adiante, este raciocínio de Ingo Salert está de acordo com o que se tem adotado no direito brasileiro quando se aplica o princípio da proporcionalidade na concretização dos direitos fundamentais.

Quanto à titularidade dos direitos fundamentais, é importante pontuar que o Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado e atribuído aos estrangeiros, residentes ou não, uma série de direitos fundamentais, adotando como critério o princípio da universalidade, fundado em outro princípio, o da dignidade da pessoa humana. Assim, por exemplo, o STF tem considerado como de titularidade universal os direitos de liberdade de comunicação, expressão, reunião e de personalidade. Além disso, em outras situações, a própria Constituição Federal, ao estabelecer, por exemplo, que “ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano degradante”, expressamente estende determinados direitos fundamentais a todos: brasileiros e estrangeiros. Ademais, os direitos fundamentais catalogados nos tratados/convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil são pela própria natureza estendidos aos estrangeiros não residentes.

Em relação às pessoas jurídicas, embora não haja previsão constitucional sobre a possibilidade de serem titulares de direitos fundamentais, já se tem admitido na jurisprudência essa aplicabilidade, como é o caso específico do direito à honra, tendo o STJ sumulado que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral (súmula 227).

Os direitos fundamentais são, ainda, subdivididos em três blocos: direitos positivados no título II (artigos 5º ao 17), direitos positivados na Constituição, mas fora do título II (neste caso deverá ser demonstra-

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.152.