

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

MELINA FERRACINI DE MORAES

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET NO CONTEXTO DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL**

São Paulo

2016

Melina Ferracini de Moraes

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET NO CONTEXTO DAS DECISÕES
JUDICIAIS NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Professor Doutor Hécio Ribeiro

São Paulo

2016

M828d Moraes, Melina Ferracini de

O direito ao esquecimento na internet no contexto das decisões judiciais no Brasil. / Melina Ferracini de Moraes. – 2016.

140 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016.

Orientadora: Hécio Ribeiro

Bibliografia: f. 131-140

1. Direito ao esquecimento. 2. Internet. 3. Poder Judiciário. 4. Desindexação de dados. 5. Sociedade da informação I. Título

CDDir 340.0285

Melina Ferracini de Moraes

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET NO CONTEXTO DAS DECISÕES
JUDICIAIS NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie,
como requisito para a obtenção do título de
Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hécio Ribeiro

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Rodrigo Scalquette

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Fernando Rister de Sousa Lima

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

A Otto Artur, pelo acolhimento e apoio incondicionais.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que me amparou e me fortaleceu em todos os momentos.

À minha família, aos meus amigos e aos meus irmãos, que foram fundamentais no meu crescimento intelectual e sempre me deram suporte quando tudo parecia mais difícil.

Aos irmãos que “reencontrei” neste caminho acadêmico e que foram verdadeiras luzes quando tudo parecia escuridão. A amizade, o apoio e as nossas reuniões para discutir temas variados trouxeram sentimentos indescritíveis de felicidade e gratidão à alma. Sem vocês, nada disso seria possível: Raquel Santos, Danilo Vilela, Juliana Faleiros, Ana Paula Bagaiolo, Orly Kibrit, Andreia Schneider e Andrea Uemura.

A todos os professores (mestres e doutores) que me conduziram nesta importante etapa da minha vida. Vocês foram verdadeiramente como pontes, ligando um mundo sedento de aprendizado a outro mundo mais abastado e de infinitas possibilidades. Muito obrigada a todos!

Em especial, agradeço ao meu orientador, professor doutor Hécio Ribeiro, pela dedicação e paciência com que me conduziu para a concretização deste trabalho. Muito mais do que conhecimento técnico, sua presença em minha caminhada se revelou como uma nova forma de pensar a vida. Obrigada por tudo!

“Nenhuma sociedade que esquece a arte de questionar pode esperar encontrar respostas para os problemas que a afligem”.

(ZYGMENT BAUMAN)

RESUMO

O avanço tecnológico das últimas décadas trouxe consigo novos paradigmas para um novo tipo de sociedade: a sociedade da informação. O uso constante da rede mundial de computadores, a fluidez na veiculação das informações e dados, e a permanente sensação de vigilância eletrônica contribuíram para se repensar o Direito e sua aplicabilidade. Se antes era possível separar a atuação do indivíduo no espaço público e no espaço privado, hoje, com a penetrabilidade da informação, a atuação em tais espaços se confunde, tornando-se impossível estabelecer uma proteção tradicional à privacidade. É preciso pensar a privacidade como a forma pela qual o sujeito pretende ser lembrado ou conhecido na sociedade e, também, como um direito ao esquecimento. Diante desse cenário, a ideia de direito ao esquecimento na Internet surgiu amparada por *leading cases* estrangeiros europeus (casos “Lebach” e “Mario Costeja”), juntamente com diretivas da União Europeia que garantiram a proteção de dados sensíveis e pessoais aos envolvidos. No Brasil, não há previsão legal do instituto, e apesar dos esforços empreendidos pelo Poder Judiciário na tentativa de solucionar a questão em processos emblemáticos, como os casos “Aída Curi” (REsp. nº 1.335.153/RJ), “Chacina da Candelária” (REsp. nº 1.334.097/RJ) e “Xuxa versus Google” (Processo nº 0024717-80.2010.8.19.0209), os fundamentos apresentados foram insuficientes para a sua efetivação. Além da falta de conhecimento técnico e específico do Poder Judiciário ao lidar com a matéria, dois outros fatores devem ser considerados: o funcionamento da sociedade da informação e o poder de vigilância que o Estado exerce sobre os indivíduos. Esses argumentos, somados à manipulação das normas jurídicas no sentido de legalizar violações e ao discurso de relativização de direitos em detrimento da segurança nacional e da proteção de barreiras, atentam contra a democracia e, portanto, impedem a aplicação do direito ao esquecimento na Internet, caracterizando, também, um Estado de Exceção.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Internet. Poder Judiciário. Desindexação de dados. Sociedade da informação.

ABSTRACT

The technological advance of the last decades has brought new paradigms for a new kind of society: the information society. The constant use of the World Wide Web, the fluidity in the placement of information and data, and the permanent feeling of electronic surveillance contributed to rethink the Law and its applicability. If it was possible to separate the actuation of the individual in the public space and in the private space, today, with the pervasiveness of information, acting on such spaces is confused, making it impossible to establish a traditional privacy protection. It's necessary to think about privacy as how the subject wants to be reminded or known in society as a right to oblivion. In this scenario, the idea of right to oblivion on the Internet appeared supported by leading European foreign cases (cases "Lebach" and "Mario Costeja"), together with the European Union directives that ensured the protection of sensitive and personal data to those involved. In Brazil, there isn't legal provision of the institute, and despite the efforts made by the Judiciary in an attempt to resolve the matter in important cases, such as cases "Aída Curi" (Resp. n. 1.335.153/RJ), "Slaughter of Candelária" (Resp. n. 1.334.097/RJ) and "Xuxa versus Google" (Process n. 0024717-80.2010.8.19.0209), the foundations presented were insufficient for its application. Besides the lack of technical and specific knowledge of the Judiciary in dealing with the matter, another two factors must be considered: the functioning of the information society and the power of surveillance that the State exercises over individuals. These arguments, added to the manipulation of the legal rules to legalize violations and to the relativization speech of rights at the expense of national security and protective barriers, undermine democracy and, therefore, put away the application of the right to oblivion on the Internet, featuring, also, an exception state.

Keywords: Right to oblivion. Internet. Judiciary. Data desindexation. Information society.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AEPD	<i>Agencia Española de Protección de Datos</i>
ARE	Agravo no Recurso Extraordinário
Art.	Artigo
CCTCI	Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CIA	<i>Central Intelligence Agency</i>
CJF	Conselho de Justiça Federal
CNIL	Comissão Nacional de Informação e Liberdades
Coreper	Comitê de Representantes Permanentes
NSA	<i>National Security Agency</i>
REsp	Recurso Especial
REx	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
URL	<i>Uniform Resource Locator</i>
ZDF	<i>Zweites Deutsches Fernsehen</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITO À INFORMAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	20
1.1 Direito à informação na legislação brasileira.....	20
1.2 Direitos constitucionais da personalidade na sociedade tecnológica	27
1.3 Privacidade: tentativa de conceituação e abrangência.....	30
1.4 Sociedade da informação: a proteção de dados como fundamento do direito à privacidade	35
1.5 Panorama nacional e internacional de proteção de dados.....	42
2 DIREITO AO ESQUECIMENTO	48
2.1 Contornos gerais e conceito	48
2.2 <i>Leading cases</i> estrangeiros relevantes.....	52
2.3 Discussão do tema no direito brasileiro: o direito ao esquecimento nos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”	59
2.4 Direito ao esquecimento na Internet: debates recentes na jurisprudência e na doutrina.....	79
3 DESAFIOS PARA REGULAMENTAR O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET EM UMA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	100
3.1 As esferas pública e privada na sociedade da informação	100
3.2 Autodeterminação informativa e controle de dados na sociedade de vigilância.....	105
3.3 O Poder Judiciário e o desafio da efetivação do direito ao esquecimento.....	117
CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

A dinâmica das relações interpessoais e sociais sofreu uma importante mudança com o desenvolvimento tecnológico ocorrido a partir da década de 1970. O surgimento dos microcomputadores e o investimento maciço de alguns países em tecnologia mudou a forma de interagir e de se comunicar, tanto na dimensão pública como na esfera privada.

Em tempos atuais, a informação e a velocidade com que ela pode ser transmitida tornou-se o centro das atenções. É possível, pelo uso da rede mundial de computadores, ter acesso a diversas informações sobre um indivíduo, inclusive àquelas que particularmente o caracterizam.

Além disso, cabe notar que o tratamento e a manipulação desses dados também causam preocupação, pois, com o acesso facilitado pelos meios tecnológicos a banco de dados, o indivíduo pode ter divulgadas imagens, notícias e informações a seu respeito que o desagradam e maculam a sua privacidade.

Dessa forma, o conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade ganha um novo paradigma: o tecnológico. E, nesse contexto, é fundamental revisitar o tema privacidade sob uma ótica diferenciada, não só como garantia de proteção de uma esfera íntima, mas também como amparo para a forma como o indivíduo quer ser reconhecido na sociedade.

A ideia da proteção de acesso e tratamento de dados pessoais sensíveis, que teve como berço o ordenamento europeu, começa a ganhar corpo no Brasil. E por aqui muito há o que se pensar, pois além da proteção de acesso a informações pretéritas do indivíduo, há que se considerar ainda a questão pessoal de como o indivíduo deseja ser reconhecido na sociedade em que vive

Nesse sentido, o “direito ao esquecimento” foi reconhecido em duas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), especialmente em relação aos já garantidos direitos à vida privada, à liberdade de imprensa e à dignidade da pessoa humana. Não se pode ignorar, também, que o assunto foi ventilado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), que teve como resultado o Enunciado nº 531, proferido na VI Jornada de Direito Civil.

O referido enunciado proclama que, entre os direitos da personalidade protegidos no artigo 11 do Código Civil brasileiro, encontra-se também o de ser

esquecido, baseado, por sua vez, em entendimentos das Cortes superiores norte-americanas e alemã, bem como em diretivas editadas pela União Europeia (UE).

Nesse contexto, o presente trabalho traz à baila a discussão sobre a interpretação que se deu aos conceitos acima descritos nas decisões internacionais e nacionais, analisa a atuação da esfera pública na intimidade e na vida privada, e também situa o “direito ao esquecimento” frente aos princípios constitucionais, visando a criticar, por um lado, a insuficiência de argumentos utilizados nas principais decisões judiciais sobre o controle de dados e a autodeterminação, e, por outro, a possibilidade ou não de aplicação do instituto diante do panorama brasileiro de inovação tecnológica.

O Poder Judiciário brasileiro tem atuado como protagonista nas questões da esfera virtual, pois, enquanto não se normatiza a matéria, as decisões judiciais de diferentes instâncias vêm atuando como verdadeiras garantias de preservação da privacidade, ainda que incompletas e dissociadas da realidade.

Para uma melhor compreensão do tema, no primeiro capítulo deste estudo, tratar-se-á do novo paradigma tecnológico informacional trazido por todas as tecnologias desenvolvidas em meados da década de 1970 e suas características principais, que são a utilização da tecnologia como matéria-prima; a penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias; a lógica das redes para o funcionamento da sociedade da informação; e a flexibilidade e a convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado.

Assim, pode-se afirmar que o conceito de sociedade da informação se refere àquela sociedade pós-industrial, caracterizada pelo avanço técnico em novas tecnologias que facilitam a vida dos indivíduos e, ao mesmo tempo, dificultam-na, quando criam um novo espaço para convivência entre eles.

Esse novo espaço de convivência, chamado de *ciberespaço*, é a nova arena de enfrentamento da relação entre os indivíduos na sociedade e dos mesmos com o Estado e seus órgãos representativos. Desse modo, necessário se faz abordar, neste capítulo, o conceito de direito à informação e de privacidade.

A Constituição Federal de 1988, em consonância com o paradigma tecnológico, garante o direito à informação em seu artigo 5º, incisos XIV e XXXIII, e também assegura o direito à privacidade no inciso X do mesmo dispositivo, sendo, todos eles, verdadeiras diretrizes para a atuação dos operadores do Direito.

O direito à informação abrange tanto o direito de informar quanto o direito de ser informado. Vale lembrar que, para efetivar o direito de ser informado, o indivíduo possui, a seu dispor, um instrumento legal, que lhe garante o acesso à informação e ao conteúdo que lhe diga respeito. Tal instrumento é o *habeas data*, previsto no artigo 5º, inciso LXXII, da Carta Magna, o qual assegura o conhecimento de informações pessoais de interesse do indivíduo e também a possibilidade de retificá-las.

No entanto, apesar de o *habeas data* ter representado um progresso significativo na efetivação do direito a ser informado e no acesso à informação, ele não foi capaz de tutelar de forma integral o acesso a dados e informações, bem como a retificação e a exclusão dos mesmos. Sendo assim, o instrumento não tem sido utilizado para solucionar demandas relativas ao tema apresentado.

O capítulo traz, ainda, a análise dos direitos da personalidade e sua nova abrangência, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana e sob a ótica constitucional. Isso porque a interpretação dada a tais direitos não deve se restringir apenas ao disposto no Código Civil.

Os direitos da personalidade são aqueles direitos subjetivos mais essenciais à pessoa, considerando aspectos de ordem física, moral e intelectual. São aquelas garantias relacionadas à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada, ao nome e ao direito moral do autor, dentre outras.

E, nesse sentido, o âmbito de proteção a esses direitos, constitucionalmente garantidos, tangencia o conceito de privacidade, quando esta determina a preservação de um espaço privado, longe de influência externa, onde o indivíduo possa gozar de um estado de paz relativo.

Portanto, a privacidade deve ser entendida, de um modo mais amplo, de forma a englobar todas as situações que envolvam uma esfera de proteção ao indivíduo e seus valores mais íntimos.

Nesse diapasão, a doutrina tenta conceituar privacidade dentro de um prisma unitário, buscando enquadrá-la em quatro categorias: (i) o direito a ser deixado só (*the right to be let alone*); (ii) o resguardo contra interferências alheias; (iii) o segredo ou sigilo; e (iv) o controle sobre informações e dados pessoais.

O prisma interessante para este trabalho é a privacidade como controle sobre informações e dados pessoais. O direito à privacidade deixa de ser intimista e revela-se como relacional, na medida em que determina o nível de relação da própria personalidade do indivíduo com as outras pessoas e com o mundo exterior.

E, nesse aspecto, a pessoa tem a capacidade de escolher sobre a sua inserção ou não no meio, bem como sobre a forma como quer ser vista e conhecida na esfera pública. E como se vive inserido na sociedade da informação, quem dá a tônica para esse modelo do direito à privacidade são os dados e conteúdos pessoais.

Todavia, se a privacidade for considerada apenas como o controle sobre informações e dados pessoais, poderá ser, ao mesmo tempo, muito abrangente – na ausência de uma definição para “controle” e de delimitação de quais dados devem ser protegidos –, ou muito restritiva – em razão de reduzir a privacidade a aspectos relacionados apenas a informações e de enfatizar a autonomia da vontade do indivíduo.

É preciso integrar o conceito de privacidade aos paradigmas da penetrabilidade das informações em rede e ao uso de tecnologias para integrar as pessoas, o mercado e os órgãos governamentais. Dessa maneira, é útil ao presente trabalho trazer a discussão sobre o conceito de dados pessoais e sobre como funciona o seu controle de armazenamento, manipulação e veiculação dentro do ordenamento pátrio e de outros países.

Nesse viés, o Marco Civil da Internet, vigente no ordenamento jurídico brasileiro, trouxe a previsão da proteção de dados, incluindo a possibilidade de excluí-los quando violam a esfera de intimidade. Contudo, não trouxe a previsão específica e a normatização do que seja dado pessoal e dado sensível nem sobre a maneira como deve ocorrer o consentimento prévio à publicação de uma informação na rede mundial de computadores.

Diante disso, foi proposto o Projeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais (Projeto de Lei nº 4.060, de 13 de junho de 2012), com o objetivo de regulamentar os conceitos acima expostos, de modo a ser viável a aplicação mais efetiva dos direitos previstos no Marco Civil da Internet. O projeto ainda não foi aprovado, mas é uma promessa de regulamentação na circulação de dados pessoais e sensíveis na rede mundial de computadores.

Cumprir lembrar que a União Europeia se tornou pioneira quando editou suas diretivas a respeito do controle de dados e da possibilidade de exclusão ou retificação dos mesmos no ambiente virtual.

As diretivas são atos legislativos que fixam um objetivo, uma orientação a ser seguida por todos os países signatários da União Europeia, no entanto, não têm poder legislativo vinculativo. A Diretiva nº 95/46/CE, que trata da proteção das pessoas

singulares no que concerne ao tratamento de dados pessoais e à sua livre circulação, é a mais relevante de todas, pois, conforme será analisado, as suas indicações irão desembocar na previsão do direito ao esquecimento na legislação europeia.

No segundo capítulo deste estudo, serão debatidos o direito ao esquecimento e as suas principais características, considerando que a velocidade com que são publicadas informações de interesse de uma determinada pessoa pode afetá-la em sua privacidade, a partir do momento em que tal publicação não é desejada. Para que cesse o injusto e a informação não seja mais lembrada, o indivíduo há de se valer de um instrumento capaz de excluir tal informação do *ciberespaço*.

A discussão, neste capítulo, versa sobre o direito ao esquecimento, ou seja, diante da realidade tecnológica, deve existir um instituto capaz de garantir a proteção da privacidade, inclusive o apagamento ou a retificação das informações. O direito ao esquecimento, com raiz no direito estrangeiro e privilegiando o direito à privacidade, é conhecido como *right to forget* (direito de esquecer), *right to be forgotten* (direito de ser esquecido), *right to be let alone* (direito de ser deixado em paz), *right to be rasured* (direito ao “apagamento”) e *right to delete* (direito de apagar).

Há, ainda, a expressão *right to oblivion*, que melhor se encaixa aos objetivos deste trabalho, porque o seu conceito, como será visto adiante, consegue restringir o esquecimento ao tratamento informatizado dos dados sensíveis.

Cabe notar que o direito ao esquecimento não tem previsão normativa na legislação brasileira, mas possui suas raízes no direito à privacidade e no princípio da dignidade da pessoa humana, como bem prevê o já citado Enunciado nº 531 do Conselho Nacional de Justiça, ao definir que o direito ao esquecimento está incluso na esfera de proteção da dignidade humana.

O enunciado em questão não permite que o indivíduo apague fatos de interesse público nem que, partindo daí, escreva uma nova história desconectada da anterior. O que se pretende é a discussão do uso e da publicização que se dá aos fatos e dados pretéritos de forma indevida, mais especificamente na Internet.

Para entender mais detalhadamente a aplicação do direito ao esquecimento, serão trazidos casos estrangeiros paradigmáticos, como os casos “Lebach” e “Mario Costeja”. Em ambos os casos, as decisões judiciais tentaram proteger a invasão de privacidade praticada, respectivamente, por um canal de televisão alemão e pelo *Google*, em seu motor de busca.

No caso “Mario Costeja”, contra o *Google Inc.*, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reconheceu que os motores conseguem, de alguma forma, fazer o tratamento de dados, visto que tais provedores têm a capacidade de organizá-los e armazená-los. Ainda ficou reconhecido que o direito de exclusão não alcança somente dados falsos, equivocados ou obtidos ilicitamente, mas também os verdadeiros, de modo que nada justifica a remoção de dados de interesse público.

A decisão foi inovadora, e importante se faz retratá-la para compreender os fundamentos utilizados em dois casos emblemáticos julgados no Brasil pelo Superior Tribunal de Justiça, quais sejam: o caso “Aída Curi” (REsp. nº 1.335-153/RJ) e o caso “Chacina da Candelária” (REsp. nº 1.334-097/RJ). Os detalhes de cada caso e o posicionamento adotado em cada um deles serão analisados e debatidos neste segundo capítulo.

Nos dois casos, os autores pleitearam indenização da Rede Globo de Televisão, em razão da transmissão, no programa “Linha Direta”, dos tristes acontecimentos que marcaram cada um deles, sem autorização prévia dos envolvidos. Ademais, requereram a aplicação do direito ao esquecimento. Os processos chegaram até o STJ, que decidiu, no mesmo dia, de forma diferente nos dois casos: no caso “Aída Curi”, julgou incabível a aplicação do direito ao esquecimento, e no caso “Chacina da Candelária”, além da indenização, fora aplicado o direito em questão.

Alguns critérios estabelecidos nessas decisões nortearam a aplicação do direito ao esquecimento. Para o caso “Aída Curi”, o direito ao esquecimento não fora aplicado porque o incidente, narrado pelo programa televisivo, era considerado um fato histórico, não ferindo, assim, o âmbito de proteção da vida privada. Na decisão, sustentou-se que o fato era conhecido da população brasileira e não poderia ter sido veiculado sem citar o nome da vítima.

Já no outro caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que estavam presentes os requisitos para a concessão do direito ao esquecimento, existindo a violação da esfera de intimidade pela forma como fora retratada a situação pelo programa. Houve usurpação da liberdade de imprensa e o autor da ação não estava diretamente envolvido com o fato ocorrido, tanto que fora absolvido no processo-crime. E, além do uso indevido de sua imagem, a história poderia ter sido contada sem citar o nome do envolvido.

Não obstante serem controversos, os julgados trouxeram critérios (insuficientes) para se determinar a aplicação do direito ao esquecimento, tais como: o direito ao esquecimento tem a sua raiz no princípio da dignidade da pessoa humana; a contemporaneidade da notícia; a historicidade do fato, ligada à memória social; e o fato de relevante interesse público. Diante de tais critérios, há de se fazer uma ponderação no caso concreto e analisar a aplicação dos mesmos para a solução do caso.

É importante observar que a tentativa de solucionar os conflitos apresentados deixou de fora o ambiente virtual. Seria possível aplicar os mesmos critérios para o direito ao esquecimento na Internet? Como será analisado, fica claro, durante o presente trabalho, que o *ciberespaço* tem uma dinâmica própria de funcionamento e exige outros critérios para a aplicação do direito ao esquecimento.

Mais uma vez, a União Europeia saiu na frente quando o assunto é proteção de dados, tanto que, há poucos meses, transformou as diretivas, que representavam somente diretrizes, em regulamento, e, assim, teve a adesão de todos os Estados-membros. O regulamento tem como objetivo a proteção de dados e a responsabilização dos sítios que armazenem e realizem o tratamento de informação. A partir de então, se efetiva o direito ao esquecimento em seu artigo 17.

Vale dizer que o direito ao esquecimento previsto no regulamento europeu traduz-se na possibilidade de excluir ou retificar dados que estão circulando na rede mundial de computadores sem o consentimento de seu interessado. Tal medida pode caracterizar, por si só, o direito à desindexação, e não se tratar propriamente de um esquecimento.

No Brasil, quando o assunto é desindexação dos motores de busca, surge mais um processo significativo, que diz respeito à imagem e à reputação de pessoa pública. Trata-se do caso envolvendo a apresentadora Xuxa, que promoveu uma ação contra o *Google*, considerando que, em pesquisas realizadas no *síte* de busca, quando se digitava o termo “Xuxa pedófila”, surgiam informações e fotos da apresentadora, relacionando-as, inclusive, a um filme no qual Xuxa protagonizou cenas eróticas com um menino menor de idade.

A apresentadora não obteve êxito no seu propósito, pois, na decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, o argumento utilizado era o de que Xuxa não teria indicado um sítio específico onde a informação original fora hospedada. A empresa *Google* foi obrigada a remover do seu motor de busca informações negativas a

respeito da apresentadora, mas, segundo alegou, não seria possível eliminar definitivamente os dados e as informações a seu respeito.

Tal decisão não gerou nenhum novo paradigma para casos semelhantes na Internet, visto que não analisou a arquitetura da rede e tampouco os vários conceitos de serviços e provedores na Internet.

Dessa forma, a decisão não abarcou o que será tratado no terceiro capítulo deste trabalho, no qual será apresentada a ligação do tema proposto com a sociedade contemporânea e seus desdobramentos, tendo como marco fundamental a vigilância e a manipulação do direito posto, de modo a garantir o controle sobre os indivíduos. Como será analisado, a sociedade líquida, fluida, alimenta, mesmo indiretamente, o estado de exceção proposto por Giorgio Agamben.

A noção de espaço público e de espaço privado cada vez mais é relativizada. O público e o privado não estão separados em sua atuação, porque um indivíduo pode expor a sua vida privada em um espaço público, mas pode ser que a esfera pública persiga tal sujeito, revelando, sem o seu consentimento, dados, informações e fatos que ele não deseja expor.

Há uma zona conflitiva entre esses espaços, a qual gera violações significativas às liberdades e, muitas vezes, à própria dignidade humana. Tal arena combativa se personifica na rede mundial de computadores. Daí a esfera pública e o agir comunicativo, determinados por Jürgen Habermas, apesar de constituírem base para o entendimento de uma sociedade democrática, não explicam com amplitude a problemática do tema proposto em face da sociedade da informação.

Corroborando essa discussão, foi trazido à baila o tema do direito à autodeterminação informativa, no sentido de que é preciso reforçar uma zona de proteção já garantida constitucionalmente pelo direito à privacidade. Essa zona de proteção seria a capacidade de consentir quando da publicação de dados ou informações que dizem respeito a um determinado sujeito.

Não se trata de estabelecer um conceito entre dados sensíveis ou pessoais nem sobre a exclusão ou retificação de dados, mas sim de ampliar a proteção daquilo que a própria pessoa considera importante para si. O consentimento prévio e a sua manutenção para que se veicule informação, qualquer que seja, na Internet, é o que melhor define esse pretense direito.

Entretanto, de nada adianta levantar o questionamento a respeito da aplicação do direito ao esquecimento e da amplitude que se deve dar ao consentimento, sem uma análise crítica sobre a vigilância acerca dos dados na sociedade da informação.

Muito além do modelo imaginado por Michael Foucault, o controle e a vigilância podem ser exercidos por diversos sujeitos na sociedade contemporânea. Não se concebe um modelo de vigilância estática e imutável; ao contrário, o controle da vigilância dos dados e informações perpassa variados sujeitos em variadas situações, tendo como protagonistas o Estado e o mercado virtual.

E, nesse sentido, Zygmunt Bauman explica melhor o funcionamento da vigilância em uma sociedade da informação, onde o controle total de dados beira o impossível, dada a velocidade de pulverização proporcionada pela rede mundial de computadores.

A todo o tempo alguém controla e vigia milhares de informações que perpassam o espaço virtual. Essa vigilância é exercida, geralmente, por aqueles que detêm o domínio de uso de tecnologia avançada ou a possibilidade de contratar pessoas especializadas para rastrear a vida alheia sem deixar vestígios.

Nesse contexto, a relativização da privacidade em detrimento da segurança nacional e da proteção de barreiras, implantadas pelo presidente George W. Bush, após os atentados de 11 de setembro nos Estados Unidos da América, traduz a necessidade de que sejam propagadas as ideias de terror e de medo para a manutenção do poder e da hegemonia, especificamente, dos Estados norte-americanos.

As informações privadas devem ser violadas, sacrificadas, em nome de um bem maior: o Estado. E toda essa estrutura, de violação da esfera íntima, fora confirmada por Edward Snowden, quando contou ao mundo que o serviço de inteligência americana grampeava ligações de todos os cidadãos americanos, inclusive de Chefes de Estados estrangeiros.

No Brasil, por sua vez, a vigilância sobre informações teve o seu pior momento com as operações “Lava Jato” e “Satiagraha”, nas quais o próprio Judiciário autorizou, de forma ilegal, a quebra do sigilo de conversas telefônicas de políticos, envolvidos ou não, em um esquema de corrupção.

As informações foram obtidas de forma ilícita, com a benção do Poder Judiciário, e, além disso, foram expostas à mídia, que as conduziu a seu bel-prazer,

influenciando a massa ignorante e incitando ódio entre aqueles que pensavam de modo contrário.

Os acontecimentos narrados só endossam o fato de que se vive em uma sociedade balizada pela insegurança das relações estabelecidas no espaço virtual, principalmente quanto às decisões judiciais que deveriam solucionar os eventuais problemas ocorridos nesse espaço.

Como se verá, o direito ao esquecimento na Internet ainda está longe de se efetivar, seja pela falta de um estudo aprofundado da dinâmica da rede, seja pela preservação de fatos históricos e relevantes à memória social, seja pela constante vigilância, instrumento de poder na sociedade líquida, de órgãos governamentais e empresas que mantêm o seu interesse na rede.

Há, portanto, um afastamento da esfera jurídica e da esfera dos acontecimentos. Não há comunicação entre a legislação vigente e o problema apresentado, e, assim, o direito ao esquecimento na esfera virtual ainda não encontra aplicabilidade prática, visto que é impraticável uma exclusão total de dados pessoais que circulam no *ciberespaço*.

O que se tem de palpável é a possibilidade do direito à desindexação, ou seja, o direito de excluir dados de *sites* ou *sítios* virtuais que contenham informações inverídicas ou violadoras do direito à privacidade. Contudo, o direito à privacidade, que representa o direito de autodeterminação informativa, continua abafado para garantir a estabilidade jurídica, social e econômica do Estado.

E, sendo assim, nem o Poder Judiciário brasileiro nem qualquer outra instituição podem reverter o quadro instaurado, que se caracteriza com o achatamento cada vez maior dos direitos fundamentais, dentre eles a privacidade e o alargamento do controle estatal sobre qualquer informação, inclusive sobre dados sensíveis e pessoais.

1 DIREITO À INFORMAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

1.1 Direito à informação na legislação brasileira

A sociedade contemporânea trouxe consigo uma forma peculiar de pensar a vida e as relações humanas. Nas últimas décadas, o desenvolvimento de novas tecnologias em informática e, em especial, o uso de rede mundial de computadores, trouxe, sem dúvidas, muita comodidade ao homem comum.

É só imaginar que um indivíduo consegue acessar a sua conta bancária para pagar as suas despesas pessoais em seu computador ou em seu telefone móvel enquanto trabalha. Valendo-se da Internet, é possível conversar com outra pessoa que está a quilômetros de distância, além de participar de grupos virtuais e redes de relacionamento, e buscar, com toda a facilidade, notícias e material de interesse próprio ou profissional.

O desenvolvimento da tecnologia forçou a sociedade a reinterpretar as normas de direito positivadas, na busca de solução para casos concretos que surgiram a partir de um ambiente chamado virtual, o *ciberespaço*. O *ciberespaço* consiste em um espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial de computadores e das memórias dos computadores. Tal definição ainda inclui o conjunto de sistemas de comunicação eletrônicos, na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização.¹

O Brasil não ficou longe dessa realidade tecnológica e vem lutando para consolidar uma atuação normativa nesse espaço virtual. Tipificar condutas criminosas e positivar comportamentos praticados dentro do ambiente da Internet tem sido o grande desafio do ordenamento pátrio.

O impacto tecnológico foi bem sentido pela sociedade brasileira, tanto que, os parâmetros de divulgação da informação antes, estritamente impressos, tornaram-se majoritariamente digitais, dando espaço à informação instantânea e menos dispendiosa.

Não obstante ser um novo viés trazido pela sociedade da informação e tecnologia, o direito à informação está garantido pela Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, incisos XIV e XXXIII, como corolário do sistema democrático, pois

¹ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 92.

norteia a liberdade de expressão do pensamento e o acesso à informação, acrescido do disposto no artigo 220 do mesmo texto.

Assim pontua o texto constitucional a respeito da matéria:

Art. 5º. [...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

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

[...]

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

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

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

Nota-se que a Carta Constitucional primou pela liberdade de informar e de ser informado, valorizando, inclusive, a importância de o indivíduo obter informações a seu respeito, armazenadas em cadastros públicos ou de caráter público, bem como a possibilidade de retificá-las. Traz, ainda, a proibição da censura, qualquer que seja o seu grau (ideológico, artístico, político) e em qualquer veículo de comunicação social, virtude essa indispensável para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

A respeito dos dispositivos constitucionais, ficam evidentes alguns conceitos sobre o direito à informação. São eles: o direito de informar e o direito de ser informado, e, por consequência, o direito de se informar.

O direito de informar, ou de informar sem obstáculos, diz respeito à possibilidade de conduzir informações, comunicar e transmitir fatos e acontecimentos. Esse papel de conduzir a informação do que acontece em todos os níveis (municipal, estadual e federal) está concentrado nas mãos de emissoras de comunicação, que, por meio do rádio, da televisão e da Internet, veiculam os fatos e as notícias diariamente à população do país. E nem é preciso dizer que, com o desenvolvimento tecnológico, a notícia impressa em jornal ou revista tem declinado seu mercado em favor dos meios eletrônicos.

Mas, se por um lado, a eficiência e a rapidez da informação acrescentam em debates públicos e discussões de temas variados entre a população, há de se destacar que nem sempre a informação chega aos receptores de forma imaculada.

O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que essencialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e da manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva.²

É importante observar que a informação a ser veiculada deve se aproximar ao máximo do acontecimento a ser noticiado. Não há como preservar uma notícia que não tenha como respaldo o mínimo de consistência material ou nexos causal para existir. A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira, ou seja, aquela que tenha relação com o fato ocorrido.

No entanto, a carga de subjetividade que o veículo de comunicação imprime à informação a ser transmitida não torna a informação verídica ou inverídica, pois a própria Constituição protege a liberdade de pensamento, de exprimir ideias, opiniões a respeito de um fato ocorrido.

Parafraseando Luís Roberto Barroso:

A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento do direito de personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa fé e dentro dos critérios da razoabilidade, a correção do fato a qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga.³

Outro conceito importante é o que diz respeito ao direito de ser informado, que consiste na faculdade de receber, dos órgãos públicos ou dos bancos de dados, informações de interesse particular, coletivo ou geral.

Apesar de não haver um dispositivo constitucional específico que contenha um comando capaz de regulamentar o direito de ser informado, a Constituição Federal de 1988 protegeu de uma outra forma essa faculdade. Por meio do artigo 5º, inciso XXXIII, resguardou o direito de receber informações de interesse particular, coletivo ou geral do indivíduo.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, *passim*.

³ Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004, p. 25. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 20 out. 2015.

Concomitantemente ao que dispõe o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição, o artigo 37, também da Carta Magna, confere ao Poder Público a obrigação de informar todos os indivíduos sobre a dinâmica do exercício do serviço público, ou seja, o princípio da publicidade obriga as instituições públicas a informarem sobre o andamento da Administração, bem como sobre a destinação e o uso de verbas públicas.

O artigo 37 da Constituição Federal assim prevê:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Assim sendo, seja de forma mais pessoal, seja de forma pública, o direito de ser informado assume o formato de prestação tanto dos órgãos públicos quanto de banco de dados que detenham informações a respeito dos indivíduos.

Corroborando a ideia apresentada, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam que

O direito de ser informado, compreendido como o direito de receber informações, não pode ser entendido sem algumas restrições exegéticas. É que só se pode investir alguém no direito de receber informações quando simultaneamente atribuir-se a outrem o dever de informar. Nessa matéria, a Constituição Federal foi terminante ao atribuir exclusivamente ao Poder Público (art. 5º, XXXIII, e 37, *caput*) o dever de informar. Assim sendo, pode-se concluir que o direito de ser informado assume dois sentidos. Primeiro, o direito de receber as informações veiculadas sem interferência estatal, numa interface com o direito de informar. Segundo, o direito de ser mantido constantemente informado sobre os negócios e atividades públicas.⁴

Em última análise, o direito de se informar consiste na faculdade conferida ao indivíduo de buscar informações sem obstáculos ou restrições desprovidas de fundamentação constitucional.⁵ O direito de se informar traduz-se como um meio de acesso à informação constante de registros ou bancos de dados públicos. A garantia não se restringe apenas ao conhecimento, mas também abrange a possibilidade de corrigir essa informação.

É fácil notar a convergência dos conceitos apresentados acima. O direito de ser informado e o direito de se informar estão relacionados à possibilidade de se obter informações, ao passo que o direito de informar relaciona-se com a transmissão de informações. Os três conceitos formam, juntos, o valor fundamental do direito à informação.

⁴ *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120.

⁵ NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 526.

Não obstante a previsão constitucional, ainda assim pode haver empecilho ao fornecimento da informação ao indivíduo interessado. A própria Constituição, prevendo a possibilidade de negativa diante da solicitação de informação ou de dados a quem interessasse, trouxe, em seu texto, nos termos do artigo 5º, inciso LXII, um remédio constitucional chamado *habeas data*.

O *habeas data* tem como objetivo proteger o indivíduo contra o uso de dados que foram coletados ilicitamente e garantir a manutenção de tais dados nos registros públicos. Além disso, assegura aos brasileiros que informações sensíveis não sejam reveladas por bancos de dados, afastando a possibilidade de discriminação social, religiosa ou racial.

Pode o *habeas data* ser definido como o direito que todo indivíduo tem de solicitar, judicialmente, a exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam incluídos seus dados pessoais, para que deles se tome conhecimento, e, se necessário for, sejam retificados os dados ou obsoletos ou que impliquem discriminação.

Desse modo, o *habeas data*, além de ser uma garantia de acesso à informação, também assegura ao interessado a possibilidade de retificar informações e dados que não seja por via judicial ou administrativa.

O artigo 5º, inciso LXXII, da Carta Magna confirma duas hipóteses em que se deve conceder o *habeas data*, sendo uma delas para assegurar o conhecimento de informações pessoais de interesse do indivíduo, e a outra para retificar dados e informações, quando não se queira valer do Judiciário.

Cumpra ainda ressaltar que esse instrumento, garantidor do acesso à informação, até a edição da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, era regulado pelas normas do mandado de segurança. Além das duas hipóteses elencadas pela Constituição, a referida lei trouxe uma nova possibilidade de aplicação para o instrumento. É o caso de anotação em assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, e que esteja sob pendência judicial ou amigável, prevista no artigo 7º.

Não se questiona que o *habeas data*, como meio constitucionalmente previsto para efetivar o acesso à informação, principalmente com relação a dados pessoais, representou um grande avanço, o qual foi complementado pela Lei nº 9.507/97. No entanto, as garantias previstas tanto na Constituição quanto na lei em questão não tiveram um alcance amplo, pois deixaram de conferir normatividade à possibilidade

de exclusão ou cancelamento de qualquer dado ou informação de interesse do indivíduo.

A despeito de a jurisprudência e a doutrina terem investido esforços no sentido de ampliar o conceito de “retificação”, o certo é que, na prática, isso não tem ocorrido. José Carlos Barbosa Moreira deixa a sua contribuição sobre o assunto:

A ampliação não merece censura do ponto de vista constitucional: o que a lei ordinária não poderia fazer é estreitar, diminuir, restringir o campo de atuação do *habeas data*, delimitado na Carta Política. De resto, apesar da diferença ontológica, se o remédio se presta à consecução de providência mais intensa (retificação de dados), é razoável admitir, *a fortiori*, que se preste à de providência menos intensa (simples anotação de explicações fornecidas pelo requerente, sem alteração dos assentos existentes).⁶

Justamente por não tutelar de forma integral o acesso a dados e informação, o *habeas data* não tem sido utilizado com tanta frequência e tem sido substituído por ações ordinárias na Justiça comum ou mandados de segurança.

Cabe salientar que, dentro do contexto de informações pessoais e órgãos públicos, foi publicada a Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que tem como principal objetivo o acesso à informação pública que diga respeito à gestão administrativa da União, estados e municípios. A lei regula também o acesso às informações pessoais, de interesse particular de cada indivíduo.

Trata-se de um mecanismo criado para colaborar com a gestão pública eficiente e transparente, assim como para regulamentar o direito de ser informado sobre os gastos realizados por determinado órgão público; uma verdadeira mistura entre proteção de informações pessoais e publicidade da Administração Pública.

Nesse viés, é pertinente aproveitar o que determina o artigo 6º da Lei nº 12.527/2011, que diz:

Art. 6º. Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:
[...]
III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

A mesma lei dispõe que as informações imprescindíveis para a manutenção da segurança do Estado poderão sofrer restrição temporal em seu acesso. E, para tanto, classifica a informação, em seu artigo 24, § 1º, em: I - ultrassecreta: 25 anos; II - secreta: 15 anos e III - reservada: 5 anos.

⁶ O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 95. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/369/r138-09.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 22 out. 2015.

No entanto, nesse caso, quem define se uma informação deve se manter secreta ou sob sigilo é o órgão público onde ela está armazenada, ou seja, o controle sobre a divulgação ou não de determinados fatos e informações fica a critério do Poder Público, o que dificulta a efetividade do acesso a informações mediante o requerimento de um indivíduo.

Em contrapartida, a mesma lei propõe uma proteção individual a informações privadas em seu artigo 31, determinando que o tratamento de informações pessoais deve respeitar a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como as liberdades e garantias individuais.

Portanto, nota-se que a Lei nº 12.527/2011 foi uma tentativa de proteger, ao mesmo tempo, o interesse coletivo e o privado. E, nesse raciocínio, é permitido limitar a informação ou o acesso a ela quando se tem em conta a divulgação de fato ou notícia que prejudique o exercício de direitos fundamentais, como os da vida privada, da honra e da imagem.

O direito à informação garantido na Constituição Federal encontrou, por meio de normas infraconstitucionais, uma forma de se efetivar. Porém, o seu exercício legal tem limites bem delineados: quando o direito de informar esbarrar no exercício de direitos fundamentais ligados à personalidade, tais como a honra, a imagem e a vida privada, um deles deve ser mitigado, relativizado em sua aplicação ao caso concreto.

O direito a informar e o de ser informado, bem como o de se informar, não devem ser encarados de forma isolada e hierarquicamente superior em um ordenamento, ao contrário, os valores como a liberdade de informação devem se comunicar com outros interesses preservados, como os das liberdades individuais.

A sociedade contemporânea impõe que, no momento de aplicação de normas ao caso concreto, o estudioso busque certa flexibilidade, considerando, inclusive, os contextos social e cronológico em que o fato concreto ocorre.

Urge considerar que a era da informação trouxe consigo um modo diverso de aplicação do Direito. Não se trata somente de aplicar a norma ao caso concreto. É preciso, como dito, considerar outros fatores externos, e, na problemática em questão, a rapidez com que a informação é diluída pelos meios tecnológicos e o quanto de prejuízo ao indivíduo isso pode trazer.

Diante do exposto, mostra-se necessário, neste ponto do estudo, fazer uma incursão nos direitos constitucionais da personalidade, em especial, a privacidade.

1.2 Direitos constitucionais da personalidade na sociedade tecnológica

O Código Civil de 2002, em vigor, trouxe uma importante concepção a respeito dos direitos de personalidade, ao superar a concepção patrimonialista, até então vigente, por uma mais humanista, valorativa, baseada na “cláusula geral da dignidade”.⁷

Por outro lado, não se pode negar que a interpretação do rol de direitos do Código Civil, a todo o momento, busca como fundamento a Constituição Federal de 1988. É o que se pode chamar de constitucionalização do Direito.

A constitucionalização do Direito considera que a Carta Magna não é apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia –, mas, também, um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Em princípio, tal fenômeno poderia ser identificado como filtragem constitucional, que consiste em dizer que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. No entanto, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.⁸

Dessa forma, a Constituição figura no centro de todo o sistema jurídico brasileiro, irradiando seus valores máximos a todo o ordenamento infraconstitucional. Ela funciona não só como parâmetro de validade a todas as normas a ela subordinadas, como também serve de instrumento de interpretação de todo o sistema.

Diante disso, a interpretação dada ao direito de personalidade não deve se restringir apenas à letra fria do Código Civil. Não se pode resumir a personalidade simplesmente à capacidade de seu titular de ser sujeito de direitos e obrigações. Há de se trazer um fundamento constitucional a essa categoria de direitos.

Os direitos da personalidade são aqueles direitos subjetivos mais essenciais à pessoa, considerando aspectos de ordem física, moral e intelectual. São direitos que

⁷ Cf. Enunciado nº 274 do Conselho de Justiça Federal: “Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Teresina, 2010, p. 27. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 27 out. 2015.

constituem o núcleo mais profundo da personalidade e, portanto, são considerados essenciais e, por que não, fundamentais.

Por constituírem o caráter mais intrínseco e essencial do ser humano, pode-se dizer que os direitos da personalidade são o verdadeiro núcleo dos direitos fundamentais. Logo, em razão de sua importância, tais direitos demandam uma tutela jurídica mais “reforçada” do que a generalidade dos demais direitos subjetivos, já que se distribuem nas esferas de ordem constitucional, civil e penal.⁹

Além dessa constatação, não se pode olvidar que os direitos da personalidade configuram expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, o que significa que são decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Igualmente, os direitos da personalidade encontram fundamento não só nos artigos 11 e 12 do Código Civil, mas também apresentam como base estrutural o artigo 1º, inciso III, da Constituição.¹⁰

Se assim é, não se pode classificar os direitos da personalidade em interesses meramente patrimoniais ou atrelados à capacidade jurídica (como pretendem os civilistas), pois eles são decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana. E, nesse sentido, são considerados bens jurídicos imateriais.

Nessa ordem de ideias, não existe um conceito completo e fechado sobre os direitos da personalidade, uma vez que eles se relacionam com a essência do ser humano, que está em constante evolução e ampliação, possibilitando a descoberta e a configuração de novos direitos, tais como o direito ao esquecimento. Os direitos da personalidade ultrapassam e transcendem o direito positivado, não podendo, portanto, sofrer qualquer limitação.¹¹

Todavia, para fins didáticos, a doutrina separou os direitos da personalidade em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome, e o direito moral do autor, dentre outros.¹²

⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. I, p. 249.

¹⁰ Constituição Federal: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

¹¹ MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento*: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, p. 26.

¹² BARROSO, Luís Roberto, Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. *Revista de Direito Administrativo*, *passim*.

Pelo teor deste trabalho, interessa, aqui, a segunda classificação, em especial no que tange aos direitos à vida privada, intimidade, honra e imagem, relacionados, de forma ampla, à privacidade.

A própria Constituição Federal reconheceu a importância de garantir a proteção desse rol de direitos a qualquer ser humano, positivando essa intenção em seu artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Dos direitos decorrentes da personalidade, os que se mostram pertinentes ao tema do presente estudo são o direito à intimidade e o direito à vida privada, pois estão intimamente ligados ao direito ao esquecimento.

Nesse ponto, a doutrina brasileira se divide na tentativa de diferenciar os direitos à intimidade e à vida privada. Para parte dos doutrinadores, os direitos tutelados são distintos da personalidade, e, portanto, devem possuir disciplina própria; já outra concepção entende que os termos possuem semelhança, e, assim, devem ser tratados de forma unificada.

De forma menos complicada e mais atual, a intimidade e a vida privada são esferas diversas, compreendidas em um conceito mais amplo: o direito de privacidade.

E, aqui, encontra-se outra barreira: como conceituar privacidade? Não há um conceito exato para o tema. Dependendo do doutrinador consultado, há conceitos abrangentes ou restritivos de privacidade. Assuntos como liberdade de pensamento, controle sobre o próprio corpo, quietude do lar, recato, controle sobre informações pessoais, proteção da reputação, proteção contra buscas e investigações, desenvolvimento da personalidade, autodeterminação informativa, entre outros, são excluídos ou incluídos, de acordo com a definição adotada.¹³

A principal dificuldade em se conceituar a privacidade é tentar abranger conceitos, excessivamente restritivos por um lado, ou, por outro lado, muito amplos. A conceituação fechada, positivada, da privacidade não seria capaz de abarcar todas as situações a ela relativas.

O fato é que o termo “privacidade”, por si só, é capaz de distinguir-se de outras locuções com as quais eventualmente deve medir-se, como a imagem, a honra ou a

¹³ LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

identidade pessoal; e também é claro o bastante para especificar o seu conteúdo, um efeito da sua atualidade.¹⁴

Da noção de privacidade, decorre o reconhecimento da existência, na vida de cada indivíduo, de um espaço que deve ser diferenciado, preservado do espaço público. Deve haver um espaço privado de atuação do indivíduo, afastado de qualquer interferência da vida pública, externa.

Diante disso, a doutrina, a partir desse ponto, tenta conceituar privacidade dentro de um prisma unitário, buscando enquadrá-la em quatro categorias: (i) o direito a ser deixado só (*the right to be let alone*); (ii) o resguardo contra interferências alheias; (iii) o segredo ou sigilo; e (iv) o controle sobre informações e dados pessoais.

1.3 Privacidade: tentativa de conceituação e abrangência

A privacidade sob o prisma do “direito a ser deixado só” foi desenvolvida por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, no famoso artigo “*The right to privacy*”, publicado em 1890.¹⁵

Os autores descrevem, em seu texto, como o desenvolvimento da tecnologia poderia interferir na intimidade e na vida privada dos indivíduos. À época, o desenvolvimento tecnológico referia-se ao surgimento das fotografias instantâneas e à indústria de jornais sensacionalistas, que, segundo Warren e Brandeis, seriam capazes de tornar pública qualquer situação da vida doméstica e cotidiana do indivíduo.

O “*right to be alone*” compreenderia a imunidade das pessoas em face da ação da imprensa (fotógrafos, repórteres etc.) ou de pessoas que usassem quaisquer aparelhos modernos de som e imagem que viessem a interferir no sossego e na intimidade de outros indivíduos.

Outro propósito trazido no artigo é o de considerar se o direito existente acolhe um princípio que pode ser devidamente invocado para proteger a privacidade do indivíduo, e, em caso positivo, quais seriam a natureza e a extensão dessa proteção.

¹⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 112.

¹⁵ Vide *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 4, n. 5, 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 26 ago. 2015.

Os autores concluem que o direito à privacidade pode ser derivado da *common law*, e o definem como o “*direito a ser deixado só*”.¹⁶

Cumprido notar que a essência da privacidade é a inviolabilidade da personalidade, e não propriamente a questão da propriedade privada. Ela é encarada como valor intrínseco à personalidade, e não como direito de receber indenizações pela conduta ilícita. O que se busca é a paz de espírito, a valorização da intimidade e a possibilidade de impedir qualquer divulgação indevida de imagem ou som.

No entanto, apesar dos esforços dos autores e de o artigo citado ser usado até hoje como paradigma quando o assunto é privacidade, o referido texto não conseguiu definir o que vem a ser privacidade. Isso porque o artigo não aponta em que circunstâncias e mediante qual agressão o indivíduo deve ser “deixado só”, de modo que a ideia de “estar só” e de “ser deixado em paz”, mencionada por Warren e Brandeis, e posteriormente por outros autores, é vaga e não serve como guia para definir o que está ou não incluído no seu âmbito de proteção.¹⁷

Mesmo assim, o conceito trazido por Warren e Brandeis, quando trataram da privacidade e de sua tutela protetiva, posicionou-a em uma nova direção, não mais embasada na propriedade privada, mas sim na inviolabilidade da personalidade.

Desse modo, cabe ainda apresentar uma tentativa de dar um outro rumo à privacidade, qual seja aquele que a considera como “resguardo contra interferências alheias”.

Nesse contexto, o direito à privacidade seria a capacidade de autodeterminação do indivíduo a respeito dos seus assuntos e da maneira como deseja lidar com eles. Se deseja ou não ver submetidos, assuntos que lhe digam respeito, a discussões e opiniões públicas.

A própria Constituição Federal reconhece como direito fundamental um lugar em que, sozinho, ou com sua família, o indivíduo possa gozar de uma esfera jurídica privada e íntima. Desse modo, a casa, como asilo inviolável, comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, o que caracteriza a liberdade das relações familiares (a liberdade de viver junto, sob o mesmo teto), as relações entre pais e seus filhos menores, e as relações entre os dois sexos e entre casais homossexuais (a intimidade sexual).¹⁸

¹⁶ LEONARDI, Marcel, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 53.

¹⁷ *Ibidem*, p. 54.

¹⁸ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 207.

Ao se tentar conceituar a privacidade somente como o resguardo contra interferências alheias, não é possível delimitar a razoabilidade das intromissões na vida íntima. Nem todas as interferências externas violam a privacidade.

A violação da privacidade se dá com interferências em dimensões específicas da pessoa, ou certas informações e assuntos pertinentes a ela. Não se pode generalizar.

Desse modo, o conceito posto não indica qual é o grau de acesso de terceiros em relação ao indivíduo, ou seja, não há parâmetros claros para definir os limites que estipulam quais interferências são ou não razoáveis. Além disso, assim como o direito a ser deixado a só, conceituar a privacidade apenas como o resguardo contra interferências alheias é vago e amplo.¹⁹

A privacidade pode ser entendida como a possibilidade que o indivíduo tem de manter em segredo informações a seu respeito. No que tange às informações relativas a um determinado sujeito, elas podem ser de caráter público ou privado.

Nas palavras de Marcel Leonardi,

O conceito de privacidade como segredo pode ser entendido como uma subdivisão do resguardo contra interferências alheias: manter o sigilo sobre certas informações pessoais não deixa de ser, evidentemente, uma forma de se resguardar contra intromissões de terceiros. Esse conceito, porém, é mais restritivo, pois o segredo envolve apenas uma dimensão de acesso ao indivíduo, que é a ocultação de fatos pessoais.²⁰

No Brasil, o entendimento é de que o sigilo de informações é um dos meios de proteção de privacidade. Como exemplo, é possível citar o sigilo bancário, que existe justamente para proteger fatos e informações pessoais do indivíduo.

Em diversas ocasiões, os Tribunais Superiores brasileiros afirmaram ser o sigilo bancário uma espécie do direito à privacidade, inerente, portanto, aos direitos da personalidade. Ademais, o sigilo bancário possui uma finalidade de ordem pública, na medida em que se relaciona com órgãos de proteção ao crédito, servindo como instrumento de proteção do sistema de crédito.

Para Pietro Perlingieri, porém, a privacidade exprime um valor existencial, ao passo que o sigilo bancário representa apenas um interesse patrimonial do banco ou do cliente, afirmando, assim, o autor, que deve ser recusada a tentativa de justificar o sigilo bancário pela tutela da privacidade.²¹

¹⁹ LEONARDI, Marcel, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 61.

²⁰ *Ibidem*, p. 62.

²¹ *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 158.

No tocante ao sigilo profissional (para médicos, advogados etc.), de alguma forma ele alcança o direito à intimidade, posto que o segredo revelado por seu titular não pode, em hipótese alguma, ser liberado. O profissional não pode revelar segredo, pelo caráter da profissão que exerce, sob pena de sanções civis e penais no ordenamento pátrio.

Cumpra observar que a ideia de que a privacidade está atrelada ao sigilo ou segredo não satisfaz a busca sobre um conceito de privacidade e qual o âmbito de sua proteção. O sigilo como núcleo do direito à privacidade induz ao raciocínio de que aquilo que antes se mantinha na esfera secreta, uma vez publicado, não pode mais ser considerado privado, e, desse modo, perde a proteção legal.

A privacidade tomada sob esse aspecto, portanto, equipara a ideia de segredo a um sigilo absoluto, *erga omnes*, e não relativo e seletivo, ignorando que, ao compartilhar certas informações privadas, nem sempre o indivíduo almeja mantê-las em segredo, mas apenas deseja confidencialidade. Ou seja, ele tem a expectativa de que as informações privadas compartilhadas com um grupo selecionado de pessoas não serão divulgadas a terceiros fora desse círculo de confiança.²²

O segredo ou sigilo como base da privacidade torna esse conceito restritivo, a despeito de ser utilizado como fundamento para alguns julgamentos nos Tribunais brasileiros.

Como conclusão, é relevante esclarecer que a dicotomia “público” e “privado” como elemento regulamentador da privacidade representaria a sua extinção. Na sociedade da informação, não há como viver de forma isolada e tampouco sigilosa. A informação mais rápida e eficaz traz consigo a possibilidade de obtenção de dados a respeito de um indivíduo. E a forma e a finalidade com que são obtidas tais informações poderão refletir diretamente no conceito de privacidade e sua violação.

Nesse contexto, o direito à privacidade como controle sobre informações e dados pessoais toma corpo no atual contexto social. Para Marcel Leonardi:

O atributo básico do direito à privacidade seria, portanto, a capacidade de o indivíduo controlar a circulação de informações a seu respeito. Em oposição às correntes anteriores, a privacidade não é a simples ausência de conhecimento alheio sobre fatos da vida privada do indivíduo, mas sim o controle exercido sobre essas informações e esses dados pessoais.²³

²² LEONARDI, Marcel, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 65.

²³ *Tutela e privacidade na Internet*, p. 68.

A multiplicidade dos meios de informação e o aperfeiçoamento da capacidade de armazenar, processar e utilizar informações foram capazes de modificar a dinâmica do direito à privacidade. Não se trata apenas de proteger da esfera pública fatos ou informações que digam respeito ao indivíduo, mas também de exercer o controle sobre esse fluxo de informações e acontecimentos. Vale dizer, trata-se de um exercício ativo da privacidade.

A tutela da privacidade, que regula possíveis acontecimentos que prejudiquem a intimidade e a vida privada, se fez importante no ordenamento pátrio. Mas, diante de toda a amplitude informacional e midiática, é necessário um outro tipo de tutela para regradar a privacidade: aquela que possa dar ao indivíduo “o poder de revelar-se seletivamente ao mundo”.²⁴ E esse controle não diz respeito apenas ao “direito de ser deixado em paz”, mas também ao direito de se autodeterminar, escolhendo com quais atributos deseja se apresentar ou ser conhecido na sociedade.

Tal conceito de privacidade é pertinente ao tema trabalhado neste estudo. Sendo assim, cabe, neste momento, uma explicação mais demorada acerca da privacidade e da proteção de dados.

²⁴ HUGHES, Eric. *A cypherpunk's manifesto*. [S.l.], 1993, sem paginação. Disponível em: <<http://www.activism.net/cypherpunk/manifesto.html>>. Acesso em: 2 nov. 2015.

1.4 Sociedade da informação: a proteção de dados como fundamento do direito à privacidade

Em um primeiro momento, vale lembrar que a ideia de privacidade está vinculada a vários conceitos, sobretudo ao “direito de estar só”, exposto no caso americano paradigmático. Atualmente, porém, deve ser vista de uma outra forma, bem mais ampla.

O direito à privacidade abrange a proteção das características físicas, do estado de saúde, da crença religiosa e de qualquer informação pertinente à pessoa.

Nessa perspectiva, e avaliando a trajetória da matéria nas últimas décadas, revela-se uma série de interesses a ela relacionados, não somente com respeito à reserva e ao isolamento, mas também à construção de uma esfera pessoal na qual seja possível uma liberdade de escolha e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade.²⁵

A privacidade deixa de ser intimista e revela-se como relacional, na medida em que determina o nível de relação da própria personalidade com as outras pessoas e com o mundo exterior. E, nesse circuito, a pessoa tem a capacidade de escolher sobre a sua inserção ou não no meio, bem como de eleger a forma como quer ser vista e conhecida nesse meio.

O controle sobre as informações direciona a tônica da privacidade na sociedade da informação. Por conseqüência, as formas de violação da privacidade são mais amplas e complexas, não se restringindo apenas aos aspectos íntimos.

Stefano Rodotá, perpassando a ideia sobre a importância das informações na construção da imagem e da personalidade do indivíduo, e, por conseguinte, da sua privacidade, afirma que

As informações fornecidas pelas pessoas para que obtenham determinados serviços são tais, em quantidade e qualidade, que possibilitam uma série de usos secundários, especialmente lucrativos para os gestores dos sistemas interativos. Estes, elaborando as informações obtidas quando do fornecimento de serviços, podem “criar” informações novas (perfis de consumo individual ou familiar, análises de preferência, informações estatísticas etc.), que interessam a outros sujeitos, a quem essas informações podem ser vendidas.²⁶

Diante do avanço tecnológico e da fluidez na transmissão de conteúdo via rede mundial de computadores, o indivíduo não é capaz de controlar todas as informações

²⁵ DONEDA, Danilo, *Da privacidade à proteção dos dados*, p. 144.

²⁶ *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 46.

a seu respeito e o alcance delas. E não se pode negar que há um verdadeiro mercado paralelo de venda de informações e dados, alimentado pela própria mídia e pelas redes mundiais de Internet, as quais têm o poder de transformar a imagem e a intimidade de uma pessoa.

No entanto, não se pode ter uma visão reducionista da privacidade e admiti-la somente como controle de informações que digam respeito a uma determinada pessoa. Como já foi dito, considerando a privacidade apenas como o controle sobre informações e dados pessoais, ela pode ser, ao mesmo tempo, muito abrangente, na ausência de uma definição para “controle” e de delimitação de quais dados devem ser protegidos, ou muito restritiva, em razão de reduzir a privacidade a aspectos relacionados apenas a informações e de enfatizar a autonomia da vontade do indivíduo.²⁷

Assim, uma proposição coerente para a definição de privacidade seria a de um direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada. Vista por esse ângulo, a informação é colocada como elemento objetivo; e a construção da esfera privada, a finalidade, é tomada em consideração juntamente com a cláusula geral da personalidade, que a ressalta com um dos aspectos do livre desenvolvimento da personalidade.²⁸

Para uma compreensão mais detida acerca da privacidade, convém explicar os conceitos de dados e informação, já que são palavras que representam o cerne de toda a discussão aqui exposta. Não obstante a doutrina tratar indistintamente os termos “dados” e “informação”, há de se estabelecer uma diferença entre eles. O “dado” apresenta uma conotação um pouco mais primitiva e fragmentada, como é possível observar, por exemplo, em um autor que o entende como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida; o dado estaria associado a uma espécie de pré-informação. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição, e até mesmo aos efeitos que esta pode apresentar ao seu receptor.²⁹

²⁷ LEONARDI, Marcel, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 78.

²⁸ MARTINEZ, Pablo Dominguez, *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*, p. 147.

²⁹ DONEDA, Danilo, *Da privacidade à proteção dos dados*, p. 152.

Daí se afirmar que a informação é abrangente e se refere a todo conteúdo material ou imaterial a respeito de uma situação ou pessoa. Já a definição de “dados” é restrita, e está contida no conceito de informação; é a veiculação material da informação na sociedade globalizada.

As informações são armazenadas em dados e circulam pela rede mundial de computadores, ou por meio de sistemas internos gerenciados por empresas de cadastros ou por verdadeiros bancos de dados, os quais detêm informações pessoais ou públicas dos indivíduos.

Os bancos de dados conseguem reunir uma infinidade de informações sobre o indivíduo. Utilizando-se da tecnologia, são capazes de agrupar desde o número de telefone de uma pessoa até a sua credibilidade para investimentos no mundo dos negócios.

Dessa forma, reunindo-se um conjunto de informações disponíveis sobre certa pessoa, é possível classificá-las de acordo com critérios estipulados pelo organizador de dados, para construir “perfis” de consumidores, segurados, empregados, devedores, e assim por diante. Esses perfis guiam decisões (inclusive judiciais), ações e estratégias de entidades públicas e privadas.³⁰

Tal comportamento, tão praticado na sociedade atual, merece crítica, especialmente por reduzir todo o complexo físico, psicológico e comportamental que é o ser humano à condição de “dados”. Diante disso, surge a representação virtual do ser humano.

E a questão do direito ao esquecimento se conecta fortemente a essa redução do ser humano a dados e informações, pois as informações trabalhadas e calculadas por um banco de dados nem sempre condizem com a real situação do indivíduo. O armazenamento de dados e a sua manipulação automatizam o homem e minimizam as suas perspectivas de consertar eventuais erros que tenha cometido ou de sonhar com um futuro melhor.

Nesse panorama, a privacidade pode ser vista sob duas dimensões: a procedimental e a substancial.

A dimensão procedimental se apresenta quando o assunto é a coleta de informação pessoal, que deve ser autorizada pelo interessado, sendo vedada a sua obtenção de forma clandestina. É justamente nesse campo que a expressão “*invasão*

³⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 139.

de privacidade” é utilizada. Quando são captadas e armazenadas informações, de cunho pessoal, de um indivíduo, de forma não autorizada, a intimidade e a vida privada são violadas. Disso decorre a necessidade de uma proteção mais abrangente da privacidade.

O intercâmbio permanente de dados na sociedade exige uma proteção não só de forma repressiva à violação da privacidade, mas também de forma preventiva, durante o processo informativo de coleta de dados por órgãos públicos e privados.

A coleta de dados é o núcleo central dessa dimensão da privacidade, e aqui vale registrar o significado de dados pessoais. Segundo o Conselho Europeu, por meio da Convenção de Estrasburgo, datada de 1981, informação pessoal é “qualquer informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável”.³¹

A informação, para ser pessoal, precisa se referir à própria pessoa, revelando algum aspecto objetivo à sociedade. E os dados pessoais, *per se*, não possuem qualquer proteção no ordenamento pátrio. Não são sigilosos; ao contrário, circulam entre as redes de tecnologia e são manuseados e armazenados sem qualquer cuidado ou proteção.

É importante observar que a informação pode possuir um vínculo objetivo com uma pessoa, revelando algo sobre ela. Esse vínculo significa que a informação se refere às características ou ações dessa pessoa que podem ser a ela atribuídas em conformidade com a lei, como no caso do nome civil ou do domicílio, ou então às informações provenientes de seus atos, como os dados referentes ao seu consumo, informações oriundas de suas manifestações, como opiniões, e tantas outras.³²

Essas informações dão características peculiares à pessoa e à sua atuação na esfera pública. E, de acordo com essa atuação no campo social, essas mesmas informações podem ser agrupadas e subdivididas para construir diversos contextos.

Nesse sentido, o reagrupamento de informações pode potencializar a personalização de dados a respeito de uma pessoa, fazendo surgir, então, uma nova categoria específica de dados, os dados sensíveis.

³¹ *Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*. Estrasburgo: Conselho Europeu, 1981, art. 2. a. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

³² DONEDA, Danilo, *Da privacidade à proteção dos dados*, p. 156.

Os dados sensíveis são determinados tipos de informações que, caso sejam conhecidas e processadas, prestar-se-iam a uma potencial utilização discriminatória ou particularmente lesiva, representando maiores riscos potenciais do que a média para a pessoa e, não raro, para a coletividade.³³

Vale notar que a categoria “dados sensíveis” possui um tratamento diferenciado em relação às outras categorias de dados. Isso porque há determinado tipo de informação que, quando posta em circulação, seja por que meio for, pode gerar lesão incalculável ao seu titular.

O indivíduo pode ser aclamado ou humilhado socialmente por suas crenças, opiniões, e até mesmo por imagens e vídeos que venha a produzir. Por isso a importância de tais conteúdos serem preservados do domínio público, como forma de resguardar a intimidade e a imagem.

No âmbito jurídico, a problemática pode se agravar. Quando na esfera criminal, por exemplo, apesar de prevista a ressocialização, a pessoa não consegue se reestabelecer socialmente, mesmo tendo cumprido a pena que lhe foi imposta pela prática de um crime.

Nesse sentido,

A informação pessoal pode ser desvinculada da pessoa, em um certo sentido: ela pode circular, submeter-se a um tratamento, ser comunicada etc. Porém, até o ponto em que continue sendo uma informação “pessoal”, isto é, que identifique a pessoa a qual se refere, ela mantém um vínculo específico com ela, e sua valoração específica deve partir deste dado básico.³⁴

Assim, o conteúdo ou a informação acompanha o seu titular durante toda uma vida. E por dizer respeito à sua biografia, constitui parte de sua personalidade e deve ser vista com outros olhos pelos operadores do Direito.

No que tange ao âmbito de proteção desses dados, mais adiante será realizada uma análise sobre como a legislação brasileira e a legislação comparada têm se posicionado.

Além da dimensão procedimental, relacionada à coleta e ao tratamento dispensado aos dados pessoais, urge acrescentar que a privacidade possui uma dimensão substancial, que se refere ao emprego da informação obtida.

³³ DONEDA, Danilo, *Da privacidade à proteção dos dados*, p. 160.

³⁴ *Idem*, *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo*: para além da informação creditícia. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 29. Disponível em: <http://www.vidaedinheiro.gov.br/docs/Caderno_ProtecaoDadosPessoais.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016. Vide Código Penal: “Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação”.

Toda pessoa tem direito a controlar a representação de si mesma, que é construída a partir de seus dados pessoais. É direito de todo indivíduo exigir que tal representação reflita a realidade, impedindo que o seu uso assuma caráter discriminatório.³⁵

A informatização permitiu que dados pessoais fossem processados de forma quantitativa ou qualitativa. A primeira está relacionada ao poder de processar cada vez mais um maior número de dados, e com menos tempo. Em suma, diz respeito à eficácia e à velocidade com que os dados são transmitidos.

O desenvolvimento dos meios de armazenamento e processamento de dados faria crescer exponencialmente o custo para se manter uma informação em segredo; a privacidade ficaria mais custosa, à medida que a utilização dos dados pessoais se torna mais econômica e acessível.³⁶

Em relação ao grau qualitativo de tratamento dos dados pessoais, a questão é um pouco mais delicada, pois pressupõe a utilização de novos métodos, algoritmos e técnicas. Dentre esses instrumentos de tratamento dos dados pessoais, surge a possibilidade de elaborar “perfis” de comportamento do indivíduo, baseados nas informações que a própria pessoa disponibiliza. É o que se pode chamar de “*profiling*”.

No emprego dessa técnica, são tratados os dados pessoais com o auxílio de métodos estatísticos, técnicas de inteligência artificial e outras mais, com o fim de obter uma “metainformação”, que consistiria em uma síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa.³⁷

Esses perfis atuam no mundo virtual como representantes dos indivíduos na vida real. No entanto, nem sempre representam a verdadeira situação do titular das informações, visto que, durante toda a sua trajetória no mundo virtual, os dados podem sofrer alterações e o conteúdo genuíno referente ao titular da informação se perde.

É nesse momento que a privacidade entra em cena, para proteger eventuais modificações ocorridas nos dados pessoais que atingem a intimidade, a imagem e a honra do seu titular. Dessa maneira, as modalidades de coleta e tratamento de dados pessoais podem provocar um distanciamento entre a informação conscientemente fornecida pela pessoa e a utilidade na qual ela é transformada.

³⁵ SCHREIBER, Anderson, *Direitos da personalidade*, p. 141.

³⁶ DONEDA, Danilo, *Da privacidade à proteção dos dados*, p. 173.

³⁷ *Ibidem*, loc. cit.

A violação da privacidade pode, nesse contexto, significar uma violação direta a outros direitos fundamentais, como a liberdade sexual, a liberdade de pensamento e a liberdade religiosa, por exemplo. Em outras palavras, a privacidade evolui com as transformações sociais, obrigando o conceito e o objetivo iniciais do direito à privacidade se adequarem às novas realidades tecnológicas, o que faz surgir paradoxos para o enfrentamento do tema.

O primeiro desses paradoxos é que a tecnologia trouxe um formato diferente à vida privada das pessoas, ou seja, ela tem ajudado a moldar uma esfera privada cada vez mais rica e, ao mesmo tempo, cada vez mais exposta a ameaças. Daí a necessidade de fortalecimento contínuo da proteção da privacidade e da ampliação de suas fronteiras.

O segundo paradoxo da privacidade relaciona-se aos dados sensíveis, particularmente protegidos contra os riscos de circulação, derivando de sua inicial inclinação para finalidades discriminatórias. Exatamente para garantir plenitude à esfera pública, determinam-se rigorosas condições para a circulação desse conteúdo, as quais recebem um fortíssimo estatuto “privado”. A manifestação dessa ideia se dá por meio da proibição de sua coleta por parte de determinados sujeitos e pela exclusão de legitimidade de certas formas de coleta e circulação.³⁸

E, por fim, o terceiro paradoxo a ser enfrentado pela privacidade é o da evolução legislativa, pois o reconhecimento da privacidade como direito fundamental, principalmente o de poder acompanhar informações pessoais – que digam respeito a seu titular –, flexibilizou o direito de acesso.

Logo, o direito de acesso passou a regular essas relações entre aqueles que, de alguma forma, detêm e veiculam a informação, e aqueles que são, genuinamente, os seus titulares. O fortalecimento do direito individual à privacidade converte-se, portanto, em instrumento para tornar mais transparentes e controláveis as esferas de outros sujeitos. Não por acaso, o desenvolvimento de legislação sobre a tutela dos dados pessoais foi acompanhado pela difusão de leis sobre o acesso à informação.³⁹

Não resta dúvida de que o conceito de privacidade sofreu modificações de forma a atender às demandas sociais. Contudo, no ordenamento pátrio, não há uma legislação clara e coerente que garanta o direito à privacidade, e muito menos que trate do armazenamento e da manipulação de dados pessoais.

³⁸ RODOTÀ, Stefano, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 96.

³⁹ *Ibidem*, p. 97.

Tal fato dificulta, e muito, a efetivação do direito à privacidade, as práticas de coleta e armazenamento de dados, bem como a solução de casos práticos que envolvam risco de lesão moral irreversível.

1.5 Panorama nacional e internacional de proteção de dados

O direito à privacidade, além da proteção constitucional, encontra respaldo em outras normas espalhadas no ordenamento jurídico brasileiro. São elas: a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), este último quanto aos dados relativos a processos de consumo.

Como explanado linhas atrás, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, traz o fundamento da privacidade e sua proteção. Além disso, a Lei de Acesso à Informação determina diversos provimentos, como a inviolabilidade das comunicações e o direito ao *habeas data*.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 43, § 4º, normatiza os bancos de dados de consumidores, considerando-os públicos:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes; [...]

§ 4º. Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

Nesse viés, em uma interpretação integrativa da lei, o acesso aos bancos de dados descritos no CDC, contendo registros pessoais das relações de consumo, é igualmente assegurado por meio de *habeas data*. Qualquer indivíduo, querendo solicitar dados que lhe digam respeito e que estejam armazenados em bancos de dados públicos, pode se valer de tal instrumento jurídico.

A mesma lei que regulamenta o *habeas data* (Lei nº 9.507/97) traz, em seu artigo 1º, parágrafo único, uma definição a respeito da publicidade dos dados contidos em bancos de dados ou em registros:

Art. 1º. [...]

Parágrafo único. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

Fica evidente, pelos textos legais transcritos, a preocupação do legislador com as informações pessoais do indivíduo. Tanto que considera pública a informação que

possa ser repassada a terceiro, através de órgãos públicos, que não traga prejuízo ao informante (banco de dados) nem ao titular genuíno do conteúdo. Além disso, reafirma o caráter sigiloso das informações.

Corroborando a ideia, o artigo 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna vem afirmar que:

Art. 5º. [...]

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

O referido inciso foi regulamentado pela Lei federal nº 12.527/2011, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, estados, Distrito Federal e municípios, com o fim de garantir o acesso a informações, e estabelece, de modo específico, a forma para que o cidadão requisite dados que lhe digam respeito e que estejam em posse da Administração Pública.

Outra novidade trazida por essa lei foi a classificação de documentos do Estado em níveis diferentes de sigilo, buscando uma harmonia em relação ao que dispunha o Decreto nº 5.301, de 9 de dezembro de 2004.⁴⁰

O sigilo dispensado aos dados varia de nível, podendo as informações serem consideradas como ultrassecretas (somente podendo ser acessadas após 25 anos), num grau mais rigoroso, e, em um grau mais ameno, como reservadas, podendo cair em domínio público após o decurso de cinco anos.

Todos esses diplomas legais citados tentam parcialmente regulamentar o tema, mas são defasados, se for considerado o presente momento. Com a criação e o estabelecimento da rede mundial de computadores, aparecem novas demandas a respeito da manipulação de dados, porque o funcionamento da rede fica vinculado à responsabilidade dos geradores de informação.

Dentro desse contexto informacional, surge, no Brasil, o Marco Civil da Internet,⁴¹ que dispõe sobre o uso da Internet, bem como sobre os deveres e as garantias dos usuários e prestadores de serviço do mundo virtual. Em seus primeiros artigos, o referido diploma expõe que:

Art. 3º. A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:

⁴⁰ O mencionado decreto regulamenta o disposto na Medida Provisória nº 228, de 9 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a ressalva prevista na parte final do disposto no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição, e dá outras providências.

⁴¹ Lei nº 12.965, de 13 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; [...]

Quando da elaboração do Marco Civil da Internet, nota-se a preocupação do legislador com as questões de privacidade na rede, assim como em garantir a liberdade de expressão, comunicação e manifestação. O fenômeno da constitucionalização alcançou também a presente legislação.

Em seu artigo 8º, o marco regulatório garante, também, até de forma repetida, o direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações como condições de direito de acesso pleno à Internet.

Outra preocupação da lei foi a questão da veiculação e do fornecimento de informações inseridas na privacidade e nos dados sobre pessoas na Internet. Vale destacar que o Marco Civil da Internet trouxe limitações bastante claras sobre os direitos e as garantias dos usuários da rede (artigos 7º e 8º), como também ao regular a proteção de registros, dos dados pessoais e das comunicações privadas (artigo 10), prevendo, inclusive, a necessidade de ordem judicial para o fornecimento por parte de provedores de Internet de dados isolados ou associados a dados pessoais e outras informações que possam identificar o usuário.⁴²

A principal estranheza da norma em apreço é o disposto no § 3º do artigo 10, que não impede o acesso aos dados cadastrais relativos à qualificação pessoal, filiação e endereço, por autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.⁴³

Em uma análise geral, poder-se-ia até mesmo afirmar que o conteúdo da norma estaria em desacordo com o que estabelece a Constituição Federal (artigo 5º, inciso IV, parte final). No entanto, analisando o dispositivo de uma forma mais detida, é fácil verificar que não há contrariedade, visto que a Carta Magna veda o anonimato no exercício da liberdade de expressão.

⁴² VIANA, Ulisses Viana. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 139.

⁴³ Lei nº 12.965, de 13 de abril de 2014: “Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. [...] § 3º. O disposto no *caput* não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição”.

Além disso, é preciso autorização judicial prévia para se ter acesso aos conteúdos de cunho pessoal.

A proteção da intimidade, da vida privada e da imagem foi resguardada pelo Marco Civil da Internet, com a preservação do núcleo essencial dado pela Constituição Federal. O que ocorreu foi apenas uma contextualização entre a regulamentação do acesso à Internet, a inclusão digital e as garantias constitucionais inseridas nos incisos IV, V, VI, IX, X, XII e XIV do artigo 5º.

Apesar de o marco regulatório da Internet ter representado um grande avanço para a sociedade brasileira, ainda há incongruências a respeito da circulação, do armazenamento e do tratamento de dados no mundo virtual. Não há um caminho que garanta ao indivíduo, interessado no conteúdo da informação, um total controle sobre dados e informações que circulem na Internet.

Assim, para tentar normatizar as situações não alcançadas pelo Marco Civil da Internet e outros dispositivos legais, surge o Projeto de Lei nº 4.060, de 13 de junho de 2012, que se propõe a dispor sobre dados pessoais e privacidade.

O foco principal do referido projeto é a privacidade dos dados sensíveis, sob o aspecto da intimidade e da vida privada. Trata-se de uma tentativa de regulamentar o trânsito frenético de dados pessoais pelas redes, com a inspiração constitucional da privacidade.

Todavia, cabe observar que a conceituação engessada no meio jurídico, em vez de colaborar com a construção de ideais e princípios flexíveis, limita a interpretação dos próprios operadores do Direito, criando um positivismo arraigado.

Por mais que seja tecnológico e atual o conteúdo do mencionado projeto, ainda assim é preciso ter uma visão crítica quando da sua análise. É necessária uma visão mais abrangente e extensiva quando o assunto são os meios tecnológicos e a positivação de direitos.

A esfera de atuação do projeto está delineada em seu artigo 7º, no qual se encontram conceitos referentes a “dado pessoal”, “banco de dados”, “dados sensíveis”, “tratamento de dados”, entre outros:

Art. 7º. Para os fins da presente lei, entende-se como:

I - dado pessoal: qualquer informação que permita a identificação exata e precisa de uma pessoa determinada;

II - tratamento de dados: toda operação ou conjunto de operações, realizadas com ou sem o auxílio de meios automatizados, que permita o armazenamento, ordenamento, conservação, atualização, comparação, avaliação, organização, seleção, extração de dados pessoais;

III - banco de dados: todo conjunto estruturado e organizado de dados pessoais, coletados e armazenado em um ou vários locais, em meio eletrônico ou não;

IV - dados sensíveis: informações relativas à origem social e étnica, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas do titular;

V - responsável: a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compita, na qualidade de possuidora de arquivo, registro, base ou banco de dados, a tomada de decisões referentes à realização de tratamento de dados pessoais; [...]

A partir dos conceitos-base, todo o texto do projeto se desenvolve, normatizando a manipulação dos dados por bancos de dados e, inclusive, trazendo a definição de autodeterminação da informação (artigo 15).

Nesse ponto, vale observar que, não obstante o texto do projeto ter se baseado nas Diretivas e no Regulamento da União Europeia,⁴⁴ a tais documentos não se assemelha, pois o artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia reconhece o direito à proteção de dados como direito fundamental e autônomo, não se vinculando à intimidade e à privacidade das pessoas.

Na esfera de proteção de dados, a legislação europeia avançou significativamente. A União Europeia administra a legislação de proteção de dados por meio das diretivas, que podem ser definidas como

[...] um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da UE devem alcançar. Todavia, cabe a cada país decidir os meios para atingir esse objetivo e através de regulamentos, que é aquele ato legislativo vinculativo, aplicável em todos os seus elementos em todos os países da UE.⁴⁵

Em consonância com o tema discutido, há previsão, na legislação europeia, via Regulamento nº 45/2001, da proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação de dados. Já com relação às diretivas, a Diretiva nº 95/46/CE trata da proteção das pessoas singulares no que se refere ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados; a Diretiva nº 2002/58/CE, além do tratamento de dados pessoais, ainda regulamenta a proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas; a Diretiva nº 2009/136/CE altera a Diretiva nº 2002/58/CE;

⁴⁴ Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal of the European Communities*, Bruxelas, p. 1-22, 18 dez. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2015.

⁴⁵ *Idem*. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Regulamentos, directivas e outros actos legislativos*. Bruxelas, 2015, sem paginação. Disponível em: <http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_pt.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

e, por fim, a Decisão-Quadro nº 2008/977-JHA regula a proteção de dados pessoais no âmbito da cooperação policial e judicial.⁴⁶

A Diretiva nº 95/46/CE é a mais relevante para a investigação do tema, e será analisada mais adiante, com os detalhamentos pertinentes, os quais desembocam no direito ao esquecimento na legislação europeia.

Frente ao exposto neste capítulo, nota-se que a proposta da normatização do armazenamento, da organização e do recolhimento de dados representa um primeiro passo para estabelecer a autodeterminação das informações de um indivíduo e, como consequência, a garantia da forma como deseja ser conhecido pela sociedade. Daí o contexto informático-tecnológico em que está inserida a privacidade e seus derivados, e a importância de se ter regulamentado o direito ao esquecimento na sociedade brasileira.

⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. *European data protection supervisor*. Bruxelas, 2015. Disponível em: <<https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/EDPS/Dataprotection/Legislation>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.1 Contornos gerais e conceito

A sociedade atual tem como características predominantes o excesso de informações midiáticas e a velocidade acelerada com que essas informações se espalham entre os indivíduos.

Sendo a Internet um dos meios mais utilizados por pessoas de todas as condições econômicas e sociais, caracteriza-se como o principal instrumento de veiculação de notícias, dados e informações científicas na atualidade.

Não há como negar: está-se diante de um novo contexto sobre trocas de informações e experiências. As redes virtuais, a comunicação à distância pela rede mundial, a troca de correspondência eletrônica, as videoconferências, o ensino a distância e o comércio digital constituem a realidade atual e são exemplos do que se pode chamar de *ciberespaço*.

O *ciberespaço* pode ser definido como o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição pode englobar, ainda, o conjunto de sistemas de comunicação eletrônicos, pois eles transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização.⁴⁷

Esse novo mundo, que permite a movimentação de conteúdos em tempo real, esbarra frontalmente no direito à privacidade da imagem, da honra e da intimidade do indivíduo, na medida em que um fato ou um dado que diga respeito a apenas uma pessoa pode ser reproduzido, por meio da rede mundial, a um número incalculável de outras pessoas, de forma contínua e indeterminada. E, assim, além do problema da divulgação da informação de forma descontrolada (muitas vezes sem permissão do seu titular), surge um problema maior: a construção de uma opinião de massa, que influencia, sobremaneira, a partir de então, o modo de vida do envolvido.

Dessa forma, há de se enfrentar a dicotomia da perpetuação de informação negativa envolvendo dados sensíveis de um indivíduo e do direito de informação, tendo como base a sociedade da informação e o seu aparelhamento. Em outras

⁴⁷ LÉVY, Pierre, *Cibercultura*, p. 92.

palavras, tem-se o conflito entre o direito à privacidade, à honra ou à imagem e o direito à informação.

Não se pode olvidar que, por meio da rede mundial de computadores, fora promovido um avanço inquestionável na maneira de se transmitir dados e informações; não se imagina a possibilidade de existir um futuro sem as facilidades trazidas por essa verdadeira revolução. No entanto, há de se refletir sobre a forma como isso vem sendo feito e até que ponto essas facilidades comprometeriam o direito de ser deixado em paz.

Nesse contexto, em que a celeridade do tráfego de informações modificou de forma drástica a maneira dos indivíduos se relacionarem entre si e com a sociedade, o direito à privacidade de dados e de imagem vem sofrendo constantes arranhões, inobstante ser um direito constitucionalmente previsto e de aplicação imediata. A Internet deixou de ser apenas um receptor de informações para se revelar um potencial instrumento de compartilhamento de dados e informações, com a agravante da possibilidade de ter se constituído uma memória digital perene e em escala global.

Embora o ato de esquecer tenha sido uma constante na história da humanidade, permitindo o erro como sendo próprio da essência humana, não se pode descartar que, após a criação da memória digital perene e em escala global, a sociedade contemporânea “perdeu essa capacidade”, ao menos a partir da qualidade ímpar de armazenamento da Internet e da utilização generalizada das ferramentas digitais.⁴⁸

Daí se fazer necessária a previsão de um instituto que seja capaz de delimitar a disseminação de informação enganosa ou inverídica de maneira desordenada. O direito ao esquecimento, em um primeiro momento, estabelecidos critérios mais específicos na doutrina e na jurisprudência, seria um instituto a ser pensado para solucionar o problema apresentado.

Como já foi dito, o direito ao esquecimento pode ser traduzido em várias expressões, como *right to forget* (direito de esquecer), *right to be forgotten* (direito de ser esquecido), *right to be let alone* (direito de ser deixado em paz), *right to be rasured* (direito ao “apagamento”) e *right to delete* (direito de apagar). No entanto, aquela que

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson, *Direitos da personalidade*, p. 165.

melhor o define é *right to oblivion*, ou também conhecida como *the droit à l'oubli*, ambas representando o direito ao esquecimento.⁴⁹

Assim sendo, a nomenclatura que mais se aproxima da presente discussão é a que trata o direito ao esquecimento como *right to oblivion*, por restringir o objeto de pesquisa ao tratamento informatizado dos dados sensíveis dos indivíduos. As outras definições existentes dizem respeito à remoção de conteúdo que afronte a privacidade, seja qual for o meio em que foi disseminada.⁵⁰

Não se pode negar que o direito ao esquecimento está incluído na proteção à privacidade, que tem como fundamento a Constituição Federal de 1988, mais especificamente no artigo 5º, incisos X, XI e XII, como também o ordenamento infraconstitucional, no artigo 21 do Código Civil.

Pode-se afirmar que o direito ao esquecimento incorpora uma expressão de controle temporal de dados e preenche com o fator cronológico o requisito de ferramenta protetiva da privacidade. Contudo, não se confunde com a palavra privacidade *per se*, que traz consigo uma conduta atual, e até mesmo material.

De fato, apesar de aparente confusão inicial, o direito ao esquecimento e o direito à privacidade têm objetos jurídicos de proteção diferentes. Enquanto a privacidade visa à proteção de dados pessoais e íntimos contemporâneos, o direito ao esquecimento objetiva a proteção dos dados pretéritos, ou seja, a rememoração indevida de fatos passados e consolidados, que já não tenham qualquer utilidade (interesse público) ou atualidade.⁵¹

Desse modo, não há de se confundir os objetos tratados pela proteção da privacidade com a proteção ao esquecimento. O direito ao esquecimento pode ser considerado um direito de personalidade, pois que engloba direitos como nome, imagem, honra e privacidade; todavia, pelo fato de aqueles valores intrínsecos à

⁴⁹ XANTHOULIS, Napoleon. Conceptualising a right to oblivion in the digital world: a human rights-based approach. *University College London Research Papers*, Londres, p. 1-38, maio 2012, *passim*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2064503>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁵⁰ GRAUX, Hans; AUSLOOS, Jef; VALCKE, Peggy. The right to be forgotten in the internet era. *ICRI Research Papers*, [S.l.], n. 11, p. 1-20, nov. 2012, p. 5. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2174896>. Acesso em: 26 ago. 2015. Texto original, em Inglês: “*This distinction is also reflected in a different focus: while the droit à l’oubli has tended to be invoked as a shield against disproportionate intrusion by mainstream media (papers, news broadcasts, radio plays, etc.) into the private life of people who have entered into the public eye, the right to be forgotten has no such tradition or connotation.*”

⁵¹ MARTINEZ, Pablo Dominguez, *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*, p. 83.

pessoa humana, em sua dinâmica de aplicação, possuem características próprias, ele pode ser considerado um direito de personalidade autônomo.

O direito ao esquecimento tem a sua raiz no princípio da dignidade da pessoa humana, e não nos direitos civis, tanto que, recentemente, em 2013, a VI Jornada de Direito Civil teve como produto o Enunciado nº 531, o qual diz expressamente que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.⁵²

A justificativa apresentada a esse enunciado elucida que

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.⁵³

Na verdade, o enunciado não possui força normativa hábil para tornar obrigatório o seu mandamento, mas é capaz de nortear o pensamento acerca do direito ao esquecimento, que, ao contrário do que se pensa, caminha no sentido da preservação de dados históricos e informações relevantes à sociedade. O que se quer resguardar é o direito de eliminar o conteúdo sobre fato ou dados sensíveis, que digam respeito à vida privada do indivíduo, dos meios de comunicação e, mais especificamente, da Internet.

O que se busca é a preservação dos direitos fundamentais de qualquer ser humano, principalmente a chance de reconstruir uma nova vida, com novos rumos, diferentes daqueles tomados antes. Por isso, fica mais fácil entender o direito ao esquecimento no âmbito criminal, com o instituto da ressocialização, cujo objetivo é trazer ao condenado, que cumpriu sua pena, uma nova oportunidade de viver em sociedade, de buscar refazer sua vida.

De maneira lógica, o direito ao esquecimento pode ser caracterizado como uma esfera de proteção, uma redoma, que permitiria que uma pessoa não autorizasse a divulgação de um fato que lhe diga respeito, ainda que verídico, por causar-lhe

⁵² BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, sem paginação. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

⁵³ *Ibidem*, sem paginação.

sofrimento ou algum transtorno, levando-se em consideração a utilidade e a data da ocorrência em que a informação, objeto de proteção, foi realizada.⁵⁴

Cumprido salientar que o presente enunciado contribui para assentar as bases do direito ao esquecimento no Brasil. Não há qualquer construção doutrinária ou jurisprudencial consolidada a respeito do tema tratado.

É nesse sentido que reside toda a problemática do tema apresentado neste estudo, pois não se pode afirmar com certeza qual o âmbito de proteção do instituto, ou seja, em qual medida seria aplicado e para quem se destinaria a medida de proteção no ordenamento jurídico brasileiro.

O grande desafio é justamente buscar critérios ou uma sistemática para delinear quais situações mereceriam proteção e quais não mereceriam.

O que se tem de concreto é que, a partir de instrumentos jurídicos como a ressociação e a proteção à privacidade, o direito ao esquecimento vem sendo ventilado em julgamentos dos Tribunais Superiores brasileiros. Além disso, por estar diretamente ligado à proteção da dignidade da pessoa humana, e levando-se em consideração a sociedade da informação, o direito ao esquecimento demanda uma aplicação no âmbito virtual.

Cabe notar que a falta de normatização, tanto no âmbito concreto quanto no virtual, tem causado certa instabilidade no poder de decisão do Judiciário. Sem argumentos que compatibilizem o direito posto com os casos concretos, os operadores do Direito se perdem entre decisões que espelham a característica de justiça, mas que, no fundo, não a possuem.

Na discussão do tema, as decisões advindas do Tribunal de Justiça da União Europeia constituem o principal parâmetro na busca de diretrizes para a aplicabilidade do instituto. Desse modo, o próximo passo é tentar entender alguns casos europeus relevantes, bem como o contexto em que foram decididos.

2.2 *Leading cases* estrangeiros relevantes

O entendimento ao direito ao esquecimento perfaz uma trajetória internacional de julgados e diretrizes. É necessário o contato com essa caminhada jurídica

⁵⁴ MARTINEZ, Pablo Dominguez, *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*, p. 58.

internacional para dimensionar os parâmetros utilizados no Brasil nas decisões de aplicabilidade do direito ao esquecimento.

A Alemanha foi quem lançou o primeiro precedente, com o famoso caso “Lebach” (caso BVerfGE 35, 202), que se caracterizou como uma Reclamação Constitucional decidida pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 5 de junho de 1973.

Em resumo, o reclamante participou, com outros homens, de um latrocínio, em 1969. O crime aconteceu em Lebach, onde quatro soldados que guardavam um depósito de munição foram mortos por dois homens, com o auxílio de um terceiro; as armas e munições foram roubadas e os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua em 1970. O reclamante fora condenado apenas como partícipe, por ter auxiliado os outros dois homens na preparação criminosa, cuja pena resultou em seis anos de reclusão.⁵⁵

A *Zweites Deutsches Fernsehen* (ZDF), um canal televisivo alemão, diante da grande repercussão pública do caso, produziu um documentário sobre todo o ocorrido, no qual o reclamante tinha seu nome e sua foto reproduzidos. O documentário deveria ser transmitido em uma sexta-feira à noite, pouco antes da soltura do reclamante. As tentativas do reclamante de conseguir em juízo uma medida liminar que pudesse impedir a transmissão do programa resultaram infrutíferas: tanto o Tribunal Estadual de Mainz quanto o Superior Tribunal Estadual de Koblenz julgaram improcedente o seu pedido.

O Tribunal Constitucional Alemão, por sua vez, julgou procedente a Reclamação Constitucional, por vislumbrar uma violação do direito de desenvolvimento da personalidade (artigo 2 I da Lei Fundamental alemã) perpetrada pelos Tribunais e, por consequência, por considerar que uma intervenção na liberdade de radiodifusão, que se consubstanciaria na proibição de transmissão determinada pelos Tribunais competentes (no caso de deferimento do pedido do reclamante), restaria, neste caso, justificada. O Tribunal Constitucional, portanto, revogou as decisões dos Tribunais civis e proibiu a ZDF de transmitir o documentário até a decisão final da ação principal pelos Tribunais ordinários competentes.⁵⁶

⁵⁵ Cf. SERVAT UNIBE. *BVerfGE 35, 202*. [S.l.], 2016. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html#Rn005>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

⁵⁶ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta años de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Organização de Leonardo Martins. Montevideu: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 486-494.

A decisão do Tribunal foi pautada no argumento de que, embora houvesse o interesse em se divulgar a informação, o mesmo não deveria prevalecer, pois o transcurso do tempo desde os fatos até o momento da condenação tornou a informação desatualizada, ou seja, o interesse público em questão, de salvaguardar a memória social, não estava mais caracterizado. Sendo assim, o Tribunal, aplicando o princípio da ponderação de interesses, cedeu em favor do direito de ressocialização do condenado, por entender que, se a notícia fosse veiculada por meio de um documentário, haveria graves intervenções nos direitos da personalidade (imagem e honra), redundando, por via oblíqua, em nova condenação.

Desse modo, o direito preservado foi o privado, em detrimento de um interesse supostamente público. O Tribunal deixou clara a proteção ao direito da personalidade de uma temporalmente ilimitada exploração do assunto por parte dos meios de comunicação.

No entanto, não obstante representar um grande marco na defesa dos direitos da personalidade, e, principalmente, do direito de não ter publicado dados ou informações que denigram a imagem do indivíduo que tenta a sua ressocialização, a imunidade apresentada na decisão não se reveste de caráter absoluto, pois a intervenção dos meios de comunicação na vida privada será analisada caso a caso.

Outra contribuição para a discussão do tema foi o caso *Google versus Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*.⁵⁷

No início de 1998, um jornal de grande tiragem na Espanha publicou, em sua edição impressa, dois anúncios relativos a uma venda de imóveis em hasta pública relacionada com um arresto originado por dívidas à Segurança Social: a pessoa em causa, o senhor González, era mencionada como sendo o proprietário. Numa data posterior, o editor do jornal disponibilizou, *on-line*, uma versão eletrônica daquela edição.

Em 2009, o senhor González contactou a editora do periódico para que retirasse a informação a seu respeito dos motores de busca da Internet, porque, ao inserir o seu nome nesses locais, era exibida uma referência a páginas do jornal com anúncios relativos à venda de imóveis em hasta pública. Alegou que o processo relativo às suas

⁵⁷ Cf. CURIA DOCUMENTS. *Conclusões do advogado-geral Niilo Jääskinen apresentadas em 25 de junho de 2013*. Processo C-131/12. Google Spain SL, Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/parecer-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

dívidas com a Segurança Social estava completamente resolvido e findo há alguns anos, e que carecia de relevância atualmente. O editor respondeu, afirmando que não procederia ao apagamento dos dados, uma vez que a publicação tinha sido efetuada por ordem do Ministério do Emprego e dos Assuntos Sociais.⁵⁸

Diante da tentativa frustrada de contatar a editora, o interessado buscou a *Google Spain SL*, para que seus dados fossem apagados do motor de pesquisa da *Google Inc.* e, conseqüentemente, não fossem exibidos resultados quando da utilização dessa ferramenta. A *Google Spain SL* remeteu o pedido à empresa *Google Inc.*, que tem sede nos Estados Unidos, Califórnia, pois seria a última quem presta o serviço de pesquisa da Internet.

A *Google Inc.*, diante do pedido recebido, contactou a *Agencia Española de Protección de Datos*, requerendo que o editor da matéria eliminasse ou modificasse a publicação veiculada, retirando os dados pessoais nela contidos.

Por decisão de 30 de julho de 2010, o diretor da AEPD deferiu a reclamação apresentada pela pessoa em causa contra a *Google Spain SL* e contra a *Google Inc.*, exigindo dessas empresas a adoção das medidas necessárias para retirar os dados do seu índice e impossibilitar o acesso futuro aos mesmos, mas indeferiu a reclamação apresentada contra o editor. Tal reclamação foi indeferida porque a publicação dos dados na imprensa tinha fundamento legal. A *Google Inc.* e a *Google Spain SL* interpuseram dois recursos para o órgão jurisdicional de reenvio, pedindo que a decisão da AEPD fosse declarada nula.

O Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu que os mecanismos de busca representam uma formatação de dados pessoais, pois tais programas têm a capacidade de armazenar e organizar dados, inclusive pessoais, e que, portanto, devem ser responsabilizados pela divulgação de tais dados. Consolidou-se o entendimento de que os motores de busca na Internet realizam o tratamento de dados pessoais, nos termos da Diretiva nº 1995/46/CE, ainda que se limitem a indicar onde se encontra a informação, sem qualquer interferência ou controle sobre a fonte dos dados. Destarte, tais mecanismos podem ser compelidos a remover resultados de busca.

⁵⁸ CURIA DOCUMENTS, *Conclusões do advogado-geral Niilo Jääskinen apresentadas em 25 de junho de 2013*, p. 4.

O TJUE esclareceu, também, que a decisão se aplicaria tanto ao *Google Spain SL* como ao *Google Inc.*, porque a atividade de ambos estaria indissociavelmente ligada.

Dessa forma, diante do caso apresentado, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, pioneiramente, que: (i) *o direito ao esquecimento pode ser exercido contra motores de busca na Internet*, e não apenas contra a fonte dos dados; (ii) esse direito *alcança não apenas dados falsos, equivocados ou obtidos ilicitamente, mas também os lícitos e verdadeiros*; (iii) para que se justifique a remoção forçada, *não é preciso provar prejuízo concreto, bastando demonstrar o constrangimento* ao sujeito envolvido, em decorrência da manutenção dos dados além do prazo razoável; e (iv) *a remoção forçada dos dados não é cabível caso exista interesse público* que justifique a preservação.⁵⁹

Isso porque,

Atendendo ao exposto, no âmbito da apreciação dos pedidos apresentados contra um tratamento como o que está em causa no processo principal, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome. A este respeito, importa sublinhar que a constatação desse direito não pressupõe que a inclusão da informação em questão na lista de resultados cause prejuízo à pessoa em causa. Na medida em que a pessoa em causa pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta [refere-se à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia], requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público através da sua inclusão numa lista de resultados deste tipo, há que considerar, como resulta, designadamente, do n.º 81 do presente acórdão, que esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca, mas também sobre o interesse desse público em encontrar a referida informação durante uma pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão em virtude dessa inclusão.⁶⁰

Imediatamente à decisão, o *Google* disponibilizou um formulário do seu tradicional *site* de buscas nas versões europeias, para receber pedidos de retirada de conteúdo, o que representou um grande avanço para a comunidade europeia no que se refere à proteção de dados sensíveis e, sobretudo, com relação à proteção da reputação do indivíduo e eventuais informações a seu respeito.

⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão n.º C-131/12*. Luxemburgo, 13 maio 2014, p. 13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&do clang=PT>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

⁶⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

O que o TJUE fez não foi suprimir totalmente a informação, apenas proibir que fossem exibidas como resultado de pesquisas genéricas feitas por meio do motor de busca as informações pessoais dos indivíduos que assim o requisitassem, a fim de dificultar o seu acesso pelo público em geral, viabilizando o esquecimento. No entanto, os dados continuarão disponíveis na fonte originária, acessíveis somente a quem realizar consulta específica nesse local.

Ao ventilar a matéria em questão, a União Europeia trouxe várias discussões a respeito das informações a serem divulgadas, inclusive de pessoas públicas, que, para apagar possíveis informações condenáveis socialmente, se utilizam do argumento do direito ao esquecimento.

Por outro viés, as instituições econômicas e os bancos europeus vêm se posicionando claramente em desfavor da medida imposta pelo Tribunal Europeu. O aparato jurídico criado tem dificultado a obtenção de informações de clientes para instituições de crédito. E, assim sendo, torna-se mais difícil para os bancos detectar casos de fraude no âmbito das autorizações para a concessão de crédito.⁶¹

Não se pode olvidar que a discussão sobre o direito ao esquecimento tem movimentado muitos países, havendo vários julgados a respeito. Nos Estados Unidos, o direito ao esquecimento está intimamente ligado ao direito à privacidade, o direito de ser deixado em paz (*the right to be let alone*). Com a difusão das notícias por meio da rede mundial de computadores, o país tratou de garantir a privacidade e a intimidade de seus usuários.

Dessa forma, com o intuito de proteger crianças e adolescentes de informações ou conteúdos na Internet que possam contribuir futuramente para a sua má reputação, o estado da Califórnia aprovou uma lei que obriga os *sites* de redes sociais a apagar as postagens dos menores que sejam desabonadoras de sua vida, quando de sua maioridade, caso assim desejem. As operadoras desses *sites* devem colocar em suas páginas um botão que permita ao próprio menor apagar as suas postagens ou uma forma de requerer que a empresa o faça.⁶²

⁶¹ Vide REGRAS europeias de privacidade preocupam bancos. *Diário Económico*, Lisboa, 31 ago. 2015. Disponível em: <http://economico.sapo.pt/noticias/regras-europeias-de-privacidade-preocupam-bancos_227554.html>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁶² Cf. SFGATE. *New law lets teens delete digital skeletons*. [S.l.], 24 set. 2013. Disponível em: <<http://www.sfgate.com/news/article/New-law-lets-teens-delete-digital-skeletons-4837309.php>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

A Lei SB 658 (*State Bill* – projeto de lei estadual), que entrou em vigor em janeiro de 2015, diz, textualmente:

A operadora de *website* na Internet, serviços *on-line*, aplicações *on-line* ou aplicações móveis deve permitir ao menor, que seja um usuário registrado do *website* da operadora na Internet [...], remover ou requerer e obter a remoção de conteúdo ou informação postada.⁶³

Outro caso importante e emblemático ocorrido nos Estados Unidos foi o famoso “Melvin *versus* Reid”, que trata da produção de um filme (“*Red Kimono*”), em 1931, que tinha como protagonista uma mulher que se prostituía e cometeu um assassinato. Não demorou muito para que a mídia e as pessoas mais próximas associassem a protagonista à Gabriele Darley. A cidadã em questão, tendo a sua privacidade devastada, processou o produtor do filme, alegando que já havia cumprido a pena que lhe coube pelo crime de homicídio, que sua vida era completamente diferente da que um dia fora e que tinha o direito de ser esquecida. E, mesmo mudando-se para uma cidade menor e modificando o seu estilo de vida, Gabriele fora perseguida pela imprensa:

No caso Melvin *versus* Reid, decidido em 1931, por exemplo, uma dona de casa que trabalhara como prostituta e fora acusada de homicídio tornou-se a protagonista de um longa-metragem (“O Kimono Vermelho”), sete anos após sua absolvição, baseado em seu julgamento. Apesar de não ter havido a referência específica ao direito ao esquecimento, a Corte permitiu a ação contra o cineasta, nestes termos: “um dos maiores objetivos da sociedade hoje constituída, e da administração do nosso sistema penal, é a reabilitação daquele que falhou e a reabilitação do criminoso”. A Corte considerou desnecessário o uso do nome verdadeiro, inibindo o seu direito de reabilitação.⁶⁴

Esse panorama acerca do direito ao esquecimento é relevante para nortear os critérios brasileiros para a sua aplicação. Por óbvio, muitos outros casos existiram

⁶³ CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. *Senate Bill n° 568*. Califórnia, 2015, chapter 336. Disponível em: <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁶⁴ Tradução nossa. Cf. BENNET, Steven. The “Right to Be Forgotten”: reconciling EU and US perspectives. *Berkeley Journal of International Law*, Berkeley, v. 30, p. 161-194, 2012. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1429&context=bjil&seiredir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fhl%3DptBR%26q%3Dmelvin%2Bversus%2Bmeid%2Bright%2Bto%2Bbe%2Bforgotten%26btnG%3D%26lr%3D#search=%22melvin%20versus%20reid%20right%20forgotten%22>>. Acesso em: 31 ago. 2015. Texto original, em Inglês: “*In Melvin v. Reid decided in 1931, for example, a homemaker, who had once worked as a prostitute and been wrongly accused of murder, became the subject of a feature film (‘The Red Kimono’) seven years after her acquittal, based on the facts of her trial. Although not specifically referencing a right to be forgotten, the court, permitting suit against the film-maker, noted: ‘one of the major objectives of society as it is now constituted, and of the administration of our penal system, is the rehabilitation of the fallen and the reformation of the criminal.’ The court held that the unnecessary use of the plaintiff’s real name inhibited her right to obtain rehabilitation.*”

paralelos a esses, em vários países, mas necessário foi relatar, aqui, os mais significativos.

O que se pode afirmar é que os países citados inovaram e continuam inovando a respeito de decisões que digam respeito aos direitos fundamentais. E como tudo o que envolve o complexo universo do ser humano, as decisões não são pacíficas, ao contrário, movimentam uma carga de interesses sociais e econômicos densos. Por outro lado, estimulam o debate e a ventilação do tema entre os indivíduos que são capazes de repensar novos rumos para a sociedade onde vivem.

Passa-se, então, a partir deste momento, a analisar de que forma essas decisões e esses debates refletiram no ordenamento pátrio.

2.3 Discussão do tema no direito brasileiro: o direito ao esquecimento nos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”

Por falta de regulamentação legislativa, o direito ao esquecimento tem sido delineado pelo Judiciário brasileiro, que, por sua vez, vem decidindo de forma diversa e desconexa em muitos casos apresentados.

Com a superlotação de demandas, o reduzido número de funcionários e a falta de investimento em infraestrutura, o papel atípico do Judiciário de legislar transformou-se em um poder comum, típico.

Não é de se estranhar a prática do ativismo judicial para a solução de diversas demandas. E com o direito ao esquecimento não é diferente.

A matéria, não regulada na legislação brasileira, tem sido motivo de ampla discussão no Judiciário. Sobre o tema em questão, há dois julgados marcantes, proclamados pelo Superior Tribunal de Justiça, que conseguiram dimensionar a importância do tema para o ordenamento jurídico pátrio.

Vale ressaltar que, em relação ao direito ao esquecimento na Internet, não há qualquer regulamentação ou decisão dos Tribunais brasileiros que tenha sequer ventilado a matéria. O que se tem é apenas uma breve menção à problemática em um dos acórdãos que serão analisados a seguir.

Dessa forma, está justificada uma análise mais detalhada das decisões que introduziram o debate do direito ao esquecimento no Brasil.

Os casos a serem analisados foram introduzidos no Superior Tribunal de Justiça no ano de 2013, mais especificamente na sessão de 28 de maio, na qual a

Quarta Turma apreciou o Recurso Especial nº 1.335-153/RJ,⁶⁵ que dizia respeito a um célebre caso criminal envolvendo o nome de Aída Curi, e o Recurso Especial nº 1.334-097/RJ,⁶⁶ que teve como motivo principal a veiculação de um programa de televisão (“Linha Direta”, da Rede Globo) que retratara a chacina da Candelária e divulgara a imagem de um dos interessados no crime sem a sua autorização prévia. O ministro Luís Felipe Salomão foi o relator de ambos os acórdãos. No primeiro (Recurso Especial nº 1.335-153/RJ), divergiram os ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi, ao passo em que, no segundo (Recurso Especial nº 1.334-097/RJ), a votação foi unânime.

Em princípio, analisar-se-á, especialmente, o Recurso Especial nº 1.334-097/RJ, em que o autor, Jurandir Gomes de França, propôs ação de indenização por danos morais em desfavor da Rede Globo de Televisão, baseado nos seguintes fatos: (i) noticiou que foi indiciado como coautor/partícipe dos homicídios de oito jovens, seis menores, assassinados por policiais militares enquanto dormiam nas imediações da Igreja da Candelária, tendo sido denominado o episódio de “Chacina da Candelária”, no dia 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro; (ii) relatou que, submetido a Júri, por unanimidade, foi absolvido por negativa de autoria; (iii) descreveu que foi procurado pela produção do programa “Linha Direta”, mas se recusou a dar entrevista e sequer autorizou a veiculação de sua imagem; e (iv) contou que, ainda assim, mesmo sem qualquer autorização, o programa fora exibido, apontando o envolvimento direto do autor no crime.

Além dos fatos trazidos preliminarmente na petição inicial, outras considerações devem ser feitas no presente caso.

O programa “Linha Direta” tinha como principal característica veicular, mediante dramatização, crimes notórios que haviam acontecido no Brasil e que tiveram solução ou não. O programa atingia um público considerável, mas que, talvez, não tivesse uma capacidade de crítica tão elevada.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.335-153/RJ*. Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 10 de setembro de 2013. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=A%EDda+Curi&&tipo_visualizacao=REUM&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁶⁶ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.334-097/RJ*. Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 10 de setembro de 2013. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Candel%1ria&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

Por isso, além do uso de imagem indevida feita pelo programa, outras consequências vieram a atingir o autor da ação com a veiculação do mesmo. A transmissão da imagem e do nome de Jurandir reacendeu o ódio social contra a sua pessoa, tendo sido ele obrigado a se afastar de seu meio de convivência social.

Ademais, a lembrança do fato pelo programa constrangeu e humilhou o autor e seus familiares, os quais passaram a sofrer ameaças constantes de delinquentes e traficantes, não conseguindo mais estabelecer qualquer vínculo trabalhista.

O autor, que era serralheiro, teve a sua oficina invadida e destruída por populares, precisando se mudar para outro local na tentativa de reestruturar a sua vida.

Assim, o prejuízo causado foi além daquele estabelecido por danos morais, de R\$ 50.000,00, pois a vida privada tornou-se pública e o autor teve de suportar transtornos de toda ordem. Daí assertivamente o Superior Tribunal de Justiça ter concedido, por unanimidade de votos, o direito de ser deixado em paz ao interessado.

O voto do ministro relator, Luís Felipe Salomão, foi acompanhado pelos demais colegas e trouxe argumentos valiosos quanto à aplicabilidade do direito ao esquecimento.

Em primeiro lugar, o ministro levantou a problemática central do tema:

Na verdade, o mencionado conflito é mesmo imanente à própria opção constitucional pela proteção de valores quase sempre antagônicos, os quais, em última análise, representam, de um lado, o legítimo interesse de “querer ocultar-se” e, de outro, o não menos legítimo interesse de se “fazer revelar”.⁶⁷

E, nesse sentido, expôs o compromisso ético que a imprensa precisa ter ao transmitir uma informação, a qual deve ser a mais verdadeira possível, observando os direitos constitucionais à vida privada, à honra, à imagem e à intimidade.

Em outras palavras, a imprensa tem um limite de atuação, não como forma de censura, mas sim como forma de respeito a todo um sistema de direitos e princípios trazidos pela Constituição Federal.

Desse modo, o direito de ser informado e o de buscar a informação devem estar em consonância com outros valores trazidos na Carta Magna. Tanto é assim que, das linhas do julgado em apreço, é possível extrair a seguinte afirmação:

Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade

⁶⁷ *Recurso Especial nº 1.334-097-RJ*, acórdão, p. 13.

em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos os custos.⁶⁸

Em acréscimo à lição trazida, vale lembrar que nenhum direito constitucional é de aplicação absoluta, ou seja, não se pode falar em prevalência de um direito em detrimento do outro quando em conflito. Deve haver uma harmonização baseada no interesse das partes em cada caso concreto, posto que existem casos em que a liberdade de imprensa se faz mais importante, e então é aplicada, assim como há casos em que o interesse íntimo, particular do indivíduo, deve prevalecer.

Contudo, o presente julgado deixou claro que, havendo conflito entre esses dois direitos constitucionais, a prevalência deve ser por aquele direito inerente ao ser humano, ou seja, o direito à privacidade. Nessa linha de raciocínio, o relator esclareceu:

Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 88, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto.⁶⁹

A opção do Superior Tribunal de Justiça para o caso em questão é nítida: há de se privilegiar soluções protetivas à pessoa humana. E como o direito ao esquecimento decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, a decisão não poderia ser diferente se não a de acolher aquele direito.

Por esse caminho, o acolhimento do direito ao esquecimento não atenta contra a liberdade de expressão e de imprensa. Ele simplesmente se transforma em uma medida de proteção pertinente ao caso concreto.

Os acontecimentos sucessivos que transformaram de maneira negativa a vida do autor justificaram uma proteção à sua honra, à sua vida privada e, sobretudo, ao direito de não ter a sua imagem vinculada ao crime ocorrido.

Cumprido acrescentar, ainda sobre o conflito de interesses, que o voto do ministro levantou a discussão de um outro aspecto do direito em questão: a contemporaneidade da notícia.

⁶⁸ *Recurso Especial nº 1.334-097-RJ*, acórdão, p. 20-21.

⁶⁹ *Ibidem*, acórdão, p. 22.

A imprensa, qualquer que seja a sua especialidade, tem o dever de transmitir a notícia de uma forma transparente e o mais próximo possível da verdade dos fatos, não divulgando apenas rumores e suposições.

No caso em pauta, o programa exibido não teve escrúpulos em tratar de um problema antigo, já superado pela sociedade e para o interessado, havendo, portanto, a impertinência da veiculação da notícia.

Não se pode negar que o crime em questão abalou social e politicamente o país, todavia, não existia qualquer pertinência em se rememorar a participação de Jurandir no fato delituoso.

O programa poderia ter exibido a reportagem da chacina da Candelária (fato histórico incontestável) sem ter citado o nome do autor da ação ou utilizado a sua imagem de forma negativa, de forma a lhe prejudicar a vida social:

Nos presentes autos, o cerne da controvérsia transita exatamente na ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento do autor, reabriu antigas feridas já superadas e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole, circunstância que lhe teria causado abalo cuja reparação ora se pleiteia.⁷⁰

Cabe notar que, não obstante o entendimento do STJ ser avançado e garantista, não consegue explicar com maior precisão o aspecto temporal da notícia, ou seja, existe um limite de prazo para veicular a notícia? A notícia teria um prazo de validade?

Essas respostas não foram dadas pelo julgado, mas precisam ser enfrentadas quando da regulamentação efetiva da matéria. Se o direito ao esquecimento está diretamente relacionado a fatos que ocorreram no passado, há de se determinar um lapso temporal em que a notícia possa ser dada.

A regulamentação para a veiculação atingiria, por óbvio, o respeito à memória individual, e não à memória coletiva, importante e necessária para a construção histórica do país. Isso não representa censura, ao contrário, configura uma exaltação de valores intrínsecos a qualquer ser humano e uma ampliação da capacidade de autodeterminação.

Dada a correlação dos argumentos trazidos, cumpre lembrar, neste ponto, que o relator traz à baila a questão da historicidade do fato ocorrido como argumento para a aplicação do direito ao esquecimento.

⁷⁰ *Recurso Especial nº 1.334-097-RJ, acórdão, p. 14.*

Não resta dúvida de que o fato retratado pelo programa “Linha Direta” é relevante para a história e para a sociedade brasileira, no entanto, a sua divulgação deve ser vista com mais cautela.

Os fatos a serem lembrados devem ser aqueles ligados à preservação da memória social, ou seja, a recordação do fato ocorrido deve estar fundamentada em um interesse social e público efetivo.

Contudo, é prudente separar o interesse público que diz respeito a acontecimentos relevantes à construção de uma sociedade mais justa e igualitária do interesse público meramente especulativo, que se traduz em boatos para a satisfação de interesses puramente comerciais.

O argumento do julgado nesse sentido foi o de que:

A historicidade da notícia jornalística, todavia, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela por razões bem conhecidas por todos. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos, mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do *bandido vs. cidadão de bem*.⁷¹

Quando ocorre um crime ou uma conduta delituosa, é de interesse público que ocorra a punição dos que nele se envolveram. O *jus puniendi* do Estado deve agir para coibir condutas atentatórias à paz e ao bom andamento do conjunto social.

Nesse caso, o conhecimento do fato deve ser levado a público para que eventuais comportamentos ofensivos não se repitam e a sociedade consiga evoluir conceitos importantes, como o respeito à vida, à propriedade privada e à coletividade.

Nessa seara, cabe recordar que os sombrios anos de ditadura no Brasil trouxeram consigo violações a direitos e garantias fundamentais irreparáveis. Tais acontecimentos não devem ser esquecidos pelas gerações futuras, a fim de que não cometam as mesmas atitudes e sejam capazes de construir uma sociedade melhor. Assim, por esse motivo, as lembranças de episódios sórdidos de tortura e violação de direitos humanos, nesse período da história, devem fazer parte do acervo de memória coletiva do país.

Porém, a historicidade, referida no julgado, não diz respeito a fatos como esses, mas sim àqueles casos em que a imprensa escrita, virtual ou televisiva ultrapassa os seus limites éticos e morais e perpetua a condenação do ser humano.

⁷¹ *Recurso Especial nº 1.334-097-RJ*, acórdão, p. 14, grifo no original.

Normalmente, o interesse público, e até mesmo dos meios de informação, tendem a desaparecer na medida em que se esgotam todos os meios do procedimento criminal para solucionar uma conduta delituosa. E com a extinção da pena ou a absolvição do acusado, o objeto do crime e seus autores devem se manter no anonimato. Por consequência, não há mais interesse em se veicular qualquer notícia ou informativo sobre o caso.

O desejo daquele que já cumpriu a determinação legal diante de uma atitude criminosa é o de reconstrução de sua própria vida dentro da sociedade, e, para tanto, o passado deve ser esquecido.

Essa ideia foi confirmada pelo julgado em estudo:

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois se afirma, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.⁷²

Não há como negar que o Direito funciona como um estabilizador do passado, conferindo estabilidade às situações pretéritas e mantendo o equilíbrio das situações presentes e futuras.

Na esfera penal, existe um importante estabilizador da relação entre o passado delituoso e um futuro de esperança, a reabilitação. O instituto está previsto no Código Penal (artigo 93 e seguintes), no Código de Processo Penal (artigo 743 e seguintes) e na Lei de Execução Penal – Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.

A reabilitação possibilita àqueles que já cumpriram condenação criminal, ou aos que foram absolvidos pela prática de algum crime, os benefícios do sigilo de sua folha de antecedentes, bem como a exclusão de registros da condenação no Instituto de Identificação.

Baseado nesse argumento, o ministro relator reafirmou o direito de tais pessoas afastarem de si o convívio com qualquer informação que as desabone ou que as impossibilite de reestruturar a sua vida em sociedade.

A regenerabilidade da pessoa humana, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e as garantias fundamentais da privacidade, honra e

⁷² *Recurso Especial nº 1.334-097-RJ, acórdão, p. 25.*

imagem, previstas na Constituição, são os argumentos utilizados para afastar a perpetuação de notícias depreciativas pela imprensa manipuladora de opiniões.

Muito embora o indivíduo se envolva em fatos, criminosos ou não, de grande repercussão social, não se pode perpetuá-los na lembrança da sociedade. A lembrança ou não esquecimento do ocorrido, capaz de causar transtorno na vida do indivíduo envolvido no fato relatado, caracteriza claramente a violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, o já citado Enunciado nº 531, na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal, reforça a ideia de aplicação da tese do direito ao esquecimento pela Quarta Turma do STJ, ao dizer que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”⁷³

Os pontos levantados pelo acórdão analisado foram importantes para corporificar a ideia do direito ao esquecimento na jurisprudência brasileira e, quiçá, na legislação pátria.

Por outro viés, urge ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça julgou um caso em que rejeitou o pedido do direito ao esquecimento. Trata-se do caso “Aída Curi”, Recurso Especial nº 1.335.153/RJ:

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 CURÍ”. 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 DANOMORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aída Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu **direito ao esquecimento**, de não ter revivida, contra a

⁷³ Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, sem paginação.

vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aída Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (Resp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.

4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor–condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi.

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aída Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias – assim também ao que alegam os próprios recorrentes –, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização.

10. Recurso especial não provido.⁷⁴

⁷⁴ *Recurso Especial nº 1.335-153/RJ*, ementa, grifo no original.

Antes de tudo, é preciso explicar o motivo da demanda. A questão principal, que deu causa à ação em primeira instância, foi a veiculação, por meio do programa “Linha Direta Justiça”, da Rede Globo de Televisão, do homicídio ocorrido em 1958, que teve como vítima Aída Curi.

O fato ficou conhecido nacionalmente pelos requintes de crueldade com que fora cometido. Aída contava com 18 anos de idade e fora atirada do alto de um edifício, na cidade do Rio de Janeiro, após ter sido abusada sexualmente por três homens.

Os irmãos da vítima, indignados com a postura da emissora em rememorar um fato já esquecido, propuseram a inicial de indenização por danos morais e materiais. Entre as alegações trazidas, estava a de que o crime fora esquecido pelo passar do tempo, bem como a de que a apresentação do programa com a reconstituição do crime teve o condão de reavivar, na memória dos entes queridos, os traumas emocionais vivenciados e ainda não superados.

Alegaram, ainda, que houve enriquecimento ilícito da empresa de comunicação ao explorar comercialmente um fato tão trágico, visto que auferiu lucro com a publicidade e a audiência do programa. Além desses pedidos, invocaram o direito ao esquecimento, pois o fato apresentado deveria ser esquecido para não causar maiores transtornos emocionais à família.

Em primeira instância, a ação foi considerada improcedente, sob os argumentos de que o homicídio fora amplamente divulgado pela imprensa e que não havia qualquer prova de que a ré (Rede Globo) tivesse atraído patrocinadores ou majorado o lucro com a exibição do episódio no programa.

Inconformados com a sentença, os autores apelaram ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) e também não obtiveram sucesso, considerando que o órgão manteve a sentença de primeiro grau. Então, interpuseram Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, sendo que o mesmo foi negado por maioria de votos dos integrantes da Quarta Turma.

Vale lembrar que os dois casos apresentados neste trabalho (“Chacina da Candelária” e “Aída Curi”) foram julgados no mesmo dia pelos ministros do STJ, e as decisões foram diversas, apesar de tratarem de um assunto comum: o direito ao esquecimento.

No caso “Aída Curi”, o voto do ministro relator Luís Felipe Salomão foi no sentido de que a imagem da vítima não foi usada de forma degradante nem com fins

comerciais e de lucratividade por parte do programa. O foco do programa foi a veiculação do crime, e não a imagem da vítima:

Por outro lado, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias – assim também ao que alegam os próprios recorrentes –, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização. Na verdade, os próprios recorrentes afirmam que, durante toda a matéria, o caso Aída Curi foi retratado mediante dramatizações realizadas por atores contratados, tendo havido uma única exposição da imagem real da falecida. Tal circunstância reforça a conclusão de que – diferentemente de uma biografia não autorizada, em que se persegue a vida privada do retratado – o cerne do programa foi mesmo o crime em si, e não a vítima ou sua imagem. No caso, a imagem da vítima não constituiu um chamariz de audiência, mostrando-se improvável que uma única fotografia ocasionasse um decréscimo ou acréscimo na receptividade da reconstituição pelo público expectador.⁷⁵

O ministro considerou a prevalência da liberdade de imprensa, visto que o fato veiculado no programa não continha, em si, a característica da contemporaneidade, ou seja, a notícia era considerada histórica, de largo conhecimento social.

Ademais, o programa não fez nenhum questionamento ou juízo de valor a respeito da vítima e de seu comportamento que pudesse desaboná-la, ao revés, cuidou de noticiar o crime em si, que é considerado um fato histórico.

Dessa forma, para o Superior Tribunal de Justiça, não há motivo para indenização por danos materiais e tampouco morais.

O ministro Raul Araújo, concordando com o argumento trazido pelo voto do relator, acrescentou que

Os agentes desses crimes, condenados, é que poderão reclamar direito ao esquecimento, a ser examinado em cada caso concreto pelo Judiciário. Mas a vítima do crime, causa-me até uma certa perplexidade que se sinta importunada com a divulgação, porque, afinal, essa lembrança irá onerar ou penalizar, mais uma vez, os condenados pelo crime. As pessoas, normalmente, não querem mesmo o esquecimento do crime de que foram vítimas, a não ser quando a vítima é tratada de uma forma em que ela é quase que transformada em culpada pelo delito, como se tivesse uma parcela de culpa pelo evento.⁷⁶

Há um questionamento, mesmo que implícito, do interesse de agir dos irmãos da vítima na demanda, porque a lembrança ou a divulgação do fato criminoso iria onerar os condenados do crime, trazendo-lhes prejuízo social e pessoal.

Foi exatamente essa a problemática do caso “Chacina da Candelária”, no qual o envolvido com o fato criminoso ocorrido há algum tempo teve a sua imagem e o seu nome veiculados no programa “Linha Direta”, causando-lhe transtornos de toda a ordem.

⁷⁵ *Recurso Especial nº 1.335.153/RJ*, fls. 1447.

⁷⁶ *Ibidem*, fls.1454.

Os ministros Luís Felipe Salomão e Raul Araújo não concordaram com a hipótese de aplicação de direito ao esquecimento e muito menos com o pedido de indenização por danos morais e materiais.

Com relação à indenização dos danos morais e materiais no presente julgado, os autores invocaram a aplicação da Súmula 403 do STJ, a qual afirma que: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Comparando-se a condução do julgado e o texto da referida súmula, fica evidente a opção do Tribunal Superior pela relativização da última, visto que nem sempre a imagem divulgada sem autorização, mesmo que com fins econômicos, deve ser indenizada.

Assim se posicionou o ministro Luís Felipe Salomão:

O valor moral da imagem é vulnerado quando ela é utilizada de forma degradante e desrespeitosa, ao passo que o patrimonial é ofendido quando ocorre a exploração comercial direta da imagem de forma inconstentida, na esteira da máxima segundo a qual a ninguém é dado enriquecer-se à custa de terceiros ou de sua imagem. Daí por que, havendo utilização para fins econômicos ou comerciais (segundo aspecto), dispensa-se a prova do dano (primeiro aspecto). Exatamente por isso que nem toda veiculação inconstentida da imagem é indevida ou digna de reparação, mostrando-se frequentes os casos em que a imagem da pessoa é publicada de forma respeitosa e sem nenhum viés comercial ou econômico. Basta mencionar hipóteses em que pessoas são captadas em locais públicos, sem destaque reforçado, fazendo parte de um cenário maior, que é o objetivo buscado por quem retrata.⁷⁷

Desse modo, o posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de que não há qualquer indenização a ser paga, porque não houve, no processo, qualquer prova que indicasse um aumento dos lucros da empresa demandada e tampouco uma utilização desrespeitosa da imagem da vítima.

O direito ao esquecimento não tem aplicação no caso em tela, devido à historicidade do fato criminoso, que ocorrera há mais de 50 anos e fora bastante divulgado pela mídia. Além disso, a veiculação não trouxe prejuízo emocional aos requerentes e a fotografia exibida no programa, que poderia ter sido o principal motivo do constrangimento, já fora divulgada no passado.

Os votos vencidos foram dos ministros Marcos Buzzi e Maria Isabel Gallotti, que confirmaram a possibilidade de indenização e a aplicação do direito ao esquecimento no caso. Vale, aqui, relatá-los, pois os ministros entendem que a ausência de autorização dos requerentes para a exibição do programa, e

⁷⁷ *Recurso Especial nº 1.335.153/RJ*, fls. 1445.

especificamente para a veiculação da imagem da vítima, enseja a indenização por danos morais e materiais.

O ministro Marco Buzzi sustentou que

A concessionária do meio de comunicação, no caso, fez a sociedade rememorar de um crime horrendo, a respeito do qual a família da vítima não gostaria de recordar. Queriam que o fato ficasse no esquecimento. O delito representou um fato grave. Mas um fato que não está envolto em nenhuma atividade política, social ou sociológica, de modo que não havia interesse público latente a autorizar a mitigação da privacidade em detrimento do direito de informar.⁷⁸

A ideia de interesse público foi novamente ventilada, posto que, na opinião do ministro, não havia qualquer interesse social legítimo para que a emissora recordasse um crime horrendo que chocou a família. Por óbvio, não desejam os familiares se recordarem dos fatos.

O ministro salientou, ainda, que a indenização é devida não só pelo fato de a emissora, pela veiculação do programa, ter divulgado novamente um fato pretérito, como também por ter desatendido o pedido dos requerentes.

Sendo assim, a natureza do documentário não foi estritamente jornalística, mas sim usurpadora dos sentimentos e dos direitos dos requerentes, e, portanto, ensejadora da aplicação da indenização e do direito ao esquecimento aos requerentes.

Nesse mesmo sentido, a ministra Maria Isabel assim se manifestou:

No caso, não houve autorização da vítima (falecida) e nem de seus familiares. Pelo contrário, houve recusa expressa, com notificação extrajudicial enviada à emissora. Igualmente, não se pode dizer que a exibição do programa, a respeito de fatos ocorridos há décadas, com persecução criminal já encerrada de há muito, fosse necessária para a administração da justiça ou para a manutenção de ordem pública (grifo nosso).⁷⁹

O interesse público em veicular o fato no programa não foi comprovado e, desse modo, houve exploração econômica da notícia pela ré. Portanto, declarou-se pertinente a aplicação da Súmula 403 do STJ e do direito ao esquecimento como forma de respeito à dignidade da vítima e à dor dos familiares.

O recurso especial em questão, improvido pela Quarta Turma, foi objeto de recurso extraordinário (REx) ao Supremo Tribunal Federal (STF). Trata-se do Agravo no Recurso Extraordinário (ARE) nº 833248/RJ:

EMENTA. DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE

⁷⁸ Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, fls. 1451.

⁷⁹ *Ibidem*, fls.1449.

ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVOLABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.⁸⁰

O ministro Dias Toffoli, relator do caso, entende ser necessário reconhecer a repercussão geral do tema, pois as matérias abordadas no recurso são de densidade constitucional e extrapolam os interesses das partes envolvidas. O conflito em questão diz respeito a direitos constitucionais necessários para a manutenção do Estado Democrático de Direito, daí a importância de uma análise mais apurada sobre a harmonização dos mesmos:

O Supremo Tribunal Federal (STF) analisará a aplicação do chamado “direito ao esquecimento” na esfera civil, quando for alegado pela vítima de crime ou por seus familiares para questionar a veiculação midiática de fatos pretéritos e que supostamente já teriam sido esquecidos pela sociedade. A matéria é objeto do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 833248 e teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual da Corte. O recurso foi interposto por familiares da vítima de um homicídio de grande repercussão, ocorrido nos anos 1950, no Rio de Janeiro.⁸¹

Os requerentes defendem, em preliminar, que deveria ser reconhecida a repercussão geral da matéria versada no recurso, visto que se trata da proteção da dignidade humana de uma pessoa já falecida e de seus familiares.

Tal direito, constitucionalmente garantido, fora gravemente violado pelo exercício abusivo e ilegal da liberdade da expressão por parte da recorrida. A repercussão geral acolhida aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Para ratificar a necessidade de se negar provimento ao recurso interposto pelos irmãos da vítima (Aída Curi), a emissora ré juntou ao processo um parecer de Daniel Sarmiento.⁸²

O parecer trouxe argumentos que inviabilizaram a aplicação do direito ao esquecimento, tanto para o caso “Chacina da Candelária” quanto para o caso “Aída

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 833248/RJ - Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento realizado em 11 de dezembro de 2014. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direito+ao+esquecimento%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

⁸¹ STF julgará caso que envolve direito ao esquecimento. *Notícias do STF*, Brasília, 29 dez. 2014, sem paginação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282657>>. Acesso em: 2 set. 2015.

⁸² *Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Parecer técnico sobre decisões proferidas pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1.334.097 (“caso Chacina da Candelária”) e nº 1.335.153 (“caso Aída Curi”) em 22 de janeiro de 2015. Rio de Janeiro, 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

Curi”, já que, além de o instituto não possuir previsão legal ou constitucional, se incompatibiliza com o Estado Democrático de Direito:

O reconhecimento de um suposto direito de não ser lembrado, por fatos desabonadores ou desagradáveis do passado, se afigura francamente incompatível com um sistema constitucional democrático, como o brasileiro, que valoriza tanto as liberdades de informação, expressão e imprensa, preza a História e cultiva a memória coletiva.⁸³

Segundo Daniel Sarmiento, a sociedade brasileira garante, por meio da Constituição Federal, liberdades individuais e instrumentos para o exercício desses direitos. A liberdade de imprensa e o acesso à informação são exemplos de instrumentos para o exercício da liberdade de expressão.⁸⁴

O autor do parecer recorda os tempos sombrios pelos quais passou o país quando da implantação do regime militar e, por isso, valoriza a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão como direitos garantidores da democracia, afirmando que: “O acesso à informação é essencial para que as pessoas possam participar de modo consciente da vida pública e fiscalizar os governantes e detentores de poder social”.⁸⁵

Desse modo, a liberdade de imprensa deve sempre prevalecer em uma sociedade democrática, mesmo que estejam em jogo as liberdades e garantias individuais, como forma de preservação dos fatos históricos para a memória social.

Quando se admite o direito ao esquecimento como direito fundamental, se quer dizer, em outras palavras, que esse direito é universal, que se aplica a todos indistintamente. E se aplicaria, inclusive, a fatos importantes ocorridos na história do país, os quais, ao contrário, deveriam ser lembrados para não serem repetidos.

O direito de ser esquecido, levado à condição de direito fundamental, representaria perigo aos fatos históricos importantes para a sociedade, além de ser uma afronta às liberdades de imprensa e de expressão.

O autor ainda argumenta que

As liberdades de expressão e de imprensa configuram direitos preferenciais na ordem constitucional brasileira. [...] Não bastasse, os ônus que o “direito ao esquecimento” impõe às liberdades comunicativas são incomparavelmente mais graves do que os benefícios que ele enseja, sob a perspectiva dos valores constitucionais. É compreensível que as pessoas queiram que a sociedade olvide os fatos desabonadores ou desagradáveis em que se envolveram no passado. Porém, nem todo desejo configura direito fundamental. Não há como reconhecer um direito ao esquecimento de fatos

⁸³ SARMENTO, Daniel, *Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 5.

⁸⁴ *Ibidem*, *passim*.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 6.

pretéritos que envolvam interesse público. Menos ainda um direito que seja forte o suficiente para prevalecer sobre uma liberdade preferencial.⁸⁶

Portanto, admitir o direito ao esquecimento pode ser extremamente nocivo à investigação da verdade de fatos de interesse público, pois o instituto poderá inibir os meios de comunicação e o próprio indivíduo na pesquisa pela veracidade dos fatos e seus responsáveis.

Como se viu, a decisão exarada no Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, reforçada com o parecer ora descrito, traz argumentos para a não aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio.

Isso porque: (i) o direito ao esquecimento violaria a liberdade de expressão, essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito; (ii) os fatos históricos relevantes poderiam ser apagados, assim como o registro de crimes perversos praticados contra a sociedade; (iii) haveria o privilégio da memória individual em detrimento à memória coletiva, ou seja, o processo de construção social estaria mitigado face ao interesse individual; e (iv) a aplicação do instituto representaria uma censura nos tempos atuais, na medida em que só seria veiculado o que fosse interessante para o indivíduo.

Com relação ao direito ao esquecimento na Internet, vários argumentos são trazidos nesse mesmo sentido, considerando que a exclusão de informações e dados relevantes, principalmente de pessoas públicas, como políticos, representaria uma afronta ao direito de acesso à informação e, quiçá, à democracia.

Nesse ponto, ressalta Leonardo Parentoni:

Preocupa o fato de que esse direito seja invocado para permitir que as pessoas reescrevam o próprio passado, simplesmente apagando aquilo que não lhes for conveniente, como se nunca houvesse existido. Este risco é ainda maior nos países que não mantêm uma Internet aberta e democrática.⁸⁷

Assim, o direito ao esquecimento na Internet também se apresenta inviável no espaço virtual, por representar um grande risco ao acesso à informação e por viabilizar a censura, ou seja, um controle prévio de informações. A Internet só veicularia o que é interessante para determinada pessoa, e não a sua real história de vida, ou a verdade sobre os fatos ocorridos. Por isso o receio do retrocesso.

⁸⁶ *Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira*, p. 48-49.

⁸⁷ O direito ao esquecimento (right to oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira (Coord.). *Direito e Internet III - Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 607.

É importante considerar que os critérios estabelecidos para a aplicação do direito ao esquecimento, como a relevância e a contemporaneidade do fato ocorrido, podem ser relativizados, de acordo com a sociedade e o seu atual contexto. Dessa forma, nem sempre é possível distinguir se os dados que foram relevantes em um determinado momento continuarão a ser.

Portanto, pela perspectiva e argumentação apresentada, não seria possível a aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro e muito menos no âmbito da Internet, visto que a censura estaria presente. E, forçosamente, voltar-se-ia a admitir as interferências (estatais e privadas) na divulgação de informações, bem como o direito de acesso a tais informações também estaria comprometido.

Em sentido oposto, o Superior Tribunal de Justiça defendeu a aplicação do direito ao esquecimento com base na proteção dos direitos da personalidade e na historicidade das notícias. As informações a respeito de uma pessoa só poderiam ser reavivadas, sem o seu consentimento, quando o fato guardasse relevância histórica para a sociedade, atendidos previamente os requisitos da ausência de artificialidade e do abuso da divulgação da notícia.⁸⁸

Ambos os casos aqui relatados, com suas decisões e fundamentos diferentes, serviram para enriquecer o debate sobre o assunto, que deverá ser decidido em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale lembrar que, no caso “Chacina da Candelária”, a emissora, inconformada com o acórdão que determinou o direito ao esquecimento e a indenização por danos morais e materiais, interpôs recurso extraordinário ao STF.

A ré alegou que, ao divulgar o nome e a imagem do autor, o fez de forma séria e pautada na verdade, vinculando-o a fato de interesse público. Alegou, ainda, que não violou o direito à imagem e à privacidade, porque o programa exibiu um fato histórico e tal ocorrência não exorbitou a liberdade de expressão.

Até o presente momento, nenhum dos casos foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, e, desse modo, não há um direcionamento formado a respeito do tema, apenas uma discussão de critérios para possível aplicação do instituto.

⁸⁸ BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Revista Civilística*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 1-17, jul./set. 2013, p. 5. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

É indiscutível que o Superior Tribunal de Justiça alinhou a sua visão com as decisões estrangeiras que trataram do assunto, tendo como principal parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana, especificamente sob o aspecto dos direitos de personalidade. Acrescente-se a isso a utilização do conceito trazido pelo já mencionado Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ.

No entanto, o referido Tribunal deixou de analisar outras questões que poderão influenciar na decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da questão.

Em primeiro plano, há de se considerar que um dos recursos utilizados pelo STJ em ambos os julgados foi a ponderação de valores, também chamada de *balancing*, que é “[...] entendida como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.⁸⁹

Nos casos elencados, existe conflito entre dois direitos constitucionalmente previstos: o direito à liberdade de expressão (artigo 5º, incisos XIV e XXXIII) e o direito de proteção à intimidade e à vida privada (artigo 5º, inciso X). E, sobre eles, o Superior Tribunal de Justiça optou pela vida privada.

A ponderação, técnica e jurídica, pressupõe a existência de etapas pelas quais deve passar os direitos em conflito, para que, então, se apresente a solução. São três as etapas: (i) o intérprete identifica, no sistema jurídico, as normas (que não se confundem com dispositivo, pois poderá haver vários dispositivos para expressar uma única norma ou um dispositivo contendo várias normas) aplicáveis à solução do caso, constatando eventuais conflitos entre elas e agrupando-as em função da solução que estejam sugerindo, para posterior comparação; (ii) estudam-se os fatos, as circunstâncias concretas e a sua relação com as normas identificadas na primeira etapa, já que é nesse momento que os princípios aplicáveis terão o seu conteúdo efetivamente preenchido; e (iii) fase da decisão, na qual a ponderação será singularizada (em oposição à técnica da subsunção), tendo em vista a maior ou menor intensidade da incidência do direito por conta do caso concreto, sem que isso afete a sua validade. Os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos no caso concreto serão examinados em conjunto, para a definição dos diferentes pesos que

⁸⁹ BARCELOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 83.

terão os elementos em disputa, identificando-se quais normas deverão prevalecer e o grau de intensidade dessa preponderância.⁹⁰

Esclarecida a técnica da ponderação e analisando os casos brasileiros que trataram do direito ao esquecimento, a conclusão é de que os ministros, por mais que se esforçassem, não conseguiram aplicar o princípio da ponderação. Eles discutem sobre razoabilidade e até mitigação de um direito frente à aplicação de outro, mas não mencionam, especificamente, em nenhum momento, a proporcionalidade, ou seja, não houve o exame devido a respeito do equilíbrio entre uma decisão normativa e a finalidade perseguida, bem como sobre as possíveis perdas e ganhos da aplicação de um direito e inaplicação de outro.

A falta de uma técnica mais apurada nesses julgados reflete negativamente no ordenamento jurídico pátrio, pois a ausência de técnica para aplicação da ponderação de valores gera uma insegurança nas decisões que emanam do Poder Judiciário. É claro que a jurisprudência deve se renovar de acordo com novos contextos políticos, sociais e econômicos, mas, antes de tudo, é preciso coerência entre aqueles que operam o Direito.

Essa questão, da efetiva aplicação da ponderação como demanda a técnica, não foi observada pelo Superior Tribunal de Justiça. Quando a Quarta Turma decidiu pela prevalência de um direito (vida privada) em detrimento de outro (liberdade de imprensa), já tomou partido por um dos direitos. Houve uma escolha nítida, sem que existisse um sopesamento real dos princípios a serem adotados no caso concreto.

Outro ponto não abordado pelo STJ e de importante relevância prática é a questão da existência do lapso temporal para se configurar o direito ao esquecimento. O ministro Luís Felipe Salomão, no caso “Aída Curi”, afirmou não existir abalo moral para a família da vítima, decorrente da exibição do programa “Linha Direta”, que justifique o reconhecimento do direito ao esquecimento, porque o fato veiculado já teria se concretizado há 50 anos.

Por outro lado, no julgado do caso “Chacina da Candelária”, foi reconhecida a indenização ao requerente, mesmo tendo decorrido o lapso temporal de 20 anos entre a exposição pela mídia e o fato criminoso.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: PIMENTEL JUNIOR, Paulo Gomes (Org.). *Direito constitucional em evolução: perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 169-198.

As controvérsias na argumentação para os dois casos são evidentes. É óbvio que não há uma semelhança nos fatos julgados nesses recursos, cada qual trouxe suas peculiaridades históricas e probatórias bem delineadas.

Contudo, mesmo não encontrando semelhança fática ou probatória entre os julgados, há uma lacuna presente em ambos. Afinal, o direito ao esquecimento precisa de algum lapso temporal para que seja evocado? Como medir a influência do fator passagem do tempo em casos semelhantes àqueles trazidos na presente pesquisa?

Ainda que a morte de Aída Curi tenha se dado 35 anos antes da chacina da Candelária, não restou claro se o fator relevante na argumentação do ministro foi o maior ou menor decurso de tempo entre os dois casos, ou se o que dirigiu o seu voto foram as circunstâncias verificadas em cada situação. Ou seja, se o episódio da Candelária tivesse se dado no mesmo ano da morte de Aída, a decisão do ministro teria sido pela indenização ou teria considerado que o transcurso de 50 anos impedia a sua caracterização?⁹¹

Confrontando os dois julgados brasileiros, outro viés do direito ao esquecimento se apresenta: a titularidade do direito ao esquecimento pertence a quem? O Superior Tribunal de Justiça não apontou nenhum questionamento acerca da legitimidade de partes para interpor a ação de indenização com reconhecimento do direito ao esquecimento.

Em casos semelhantes a esses, poderiam os agentes estatais interpor uma ação para reconhecer o direito ao esquecimento? Explica-se esse ponto tomando o caso da “Chacina da Candelária” como exemplo: tendo em vista que a investigação da chacina foi marcada por inúmeras divergências e erros, poderiam os agentes estatais que participaram desse processo pleitear, um dia, que não mais tivessem seus nomes ou imagens ligados ao caso.⁹²

Outra questão que merece destaque diz respeito ao papel do Judiciário na concessão do direito ao esquecimento. É fato que o Judiciário, diante da sobrecarga de demandas e visando à eficiência na solução das mesmas, tem, em muitos casos, adotado uma postura mais ativa. Nesse sentido, vem suprindo o papel dos poderes

⁹¹ PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; SILVA, Roberto Baptista Dias da. Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, p. 397-420, jun./set. 2014, p. 415. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/17/7>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

⁹² *Ibidem*, p. 416.

Legislativo e Executivo, com sentenças inovadoras, reconhecendo direitos e obrigações e solucionando de uma forma mais eficaz as demandas que lhe chegam.

Não foi diferente nos julgados estudados. O Judiciário regulou as demandas e inovou no ordenamento quando tratou de direito ao esquecimento, visto que não há previsão legal de tal instituto na legislação brasileira.

E, mediante repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal decidirá a questão e, provavelmente, irá regulamentar o direito ao esquecimento. No entanto, não se pode perder de vista que o papel regulamentador e criador de novos preceitos legais fica a cargo do Poder Legislativo, que tem, em suas, mãos dois projetos de lei, os quais, caso sejam aprovados, regulamentariam o caso. O Projeto de Lei nº 7.881/2014 determina que “é obrigatória à remoção de *links* dos mecanismos de busca da Internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida”.

A matéria também é definida pelos Projetos de Lei nº 215/2015 e 1.676/2015, que estão aguardando, respectivamente, a decisão das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania e o parecer do relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI).

E enquanto não há manifestação do Supremo Tribunal Federal e do próprio Poder Legislativo, no sentido de regulamentar o direito ao esquecimento, a questão da concessão ou não do direito, e até mesmo a imposição de reparação por danos civis, atravessa uma situação fática e jurídica nebulosa e divergente. Mesmo não havendo norma jurídica positivando a problemática, não se pode olvidar que, antes de ser um direito da personalidade, o direito ao esquecimento está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana. E esse argumento já é forte o suficiente para direcionar alguns posicionamentos da jurisprudência e de decisões a serem tomadas no âmbito do referido instituto.

2.4 Direito ao esquecimento na Internet: debates recentes na jurisprudência e na doutrina

Se, por um lado, a discussão sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento e as mídias tradicionais toma contornos para uma futura decisão do Supremo Tribunal Federal, de outro, há um grande debate acerca da aplicação do instituto no ambiente virtual.

A rede mundial de computadores ainda representa um espaço muito amplo e indefinido; não há um limite concreto para a sua atuação, e, por consequência, fica difícil delimitar a aplicação de um direito para tal.

É justamente essa falta de limite na circulação de informações que intriga os pensadores do Direito, pois, uma vez veiculada a notícia, não se sabe ao certo qual será a sua repercussão e quais prejuízos estarão atrelados a ela.

Dentro desse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos casos acima elencados, demonstrou preocupação ao tratar do direito ao esquecimento no espaço virtual.

O ministro Luís Felipe Salomão ressalta que

A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade – mas também se torna mais complexa – quando aplicada à *Internet*, ambiente que, por excelência, *não esquece* o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse *ciberespaço*. Até agora, tem-se mostrado inerente à *Internet* – mas não exclusivamente a ela –, a existência de um “resíduo informacional” que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado.⁹³

A rede mundial de computadores (*Internet*) proporciona aos seus usuários a liberdade de opinião e uma amplitude infinita na divulgação dessa informação. Basta imaginar que, por meio dos *sites* de pesquisa, informações confidenciais a respeito de uma pessoa podem estar circulando mundialmente.

Dessa forma, não obstante a tecnologia representar uma consequência natural das pesquisas e dos investimentos na área da inovação, ela ainda não foi bem estruturada para comportar o fluxo corrente de dados compartilhados e recebidos.

No Brasil, ainda é disseminada a ideia de que a regulamentação da *Internet* é algo inalcançável, dada a sua fluidez e infinidade, e, assim, cada vez mais os costumes e as práticas sociais vão dando corpo a uma normativa própria.

A problemática reside em tentar compatibilizar essa normativa e organização próprias do mundo virtual ao ordenamento jurídico brasileiro e, mais além, ao ordenamento jurídico global.

E nessa tentativa de viabilizar juridicamente os costumes e as normas do *ciberespaço* com o mundo normativo palpável, o Judiciário tem encontrado muitos

⁹³ *Recurso Especial nº 1.334-097-RJ*, acórdão, p. 15, grifos no original.

dilemas, posto que, se aplicar a lei no seu rigor positivista, coloca em risco uma outra gama de direitos.

O Superior Tribunal de Justiça não trouxe (nos casos julgados) um debate mais incisivo sobre essa questão, ao contrário, apenas citou a possibilidade de o direito ao esquecimento servir às situações que envolvam disseminação de informação pela Internet.

Esse posicionamento simplista demonstra a necessidade de se preparar os operadores do Direito com mais conhecimento sobre o funcionamento das redes de computadores e suas demandas. É necessário entender o funcionamento normativo dessa realidade virtual, que se regula por uma arquitetura própria.

Antes de se pensar na lei como principal regulamentadora do mundo virtual, há de se levar em conta outros elementos, estudados com profundidade por Lawrence Lessig, quais sejam a lei, o mercado, as normas sociais e a arquitetura.⁹⁴

Vale destacar que esses elementos trazidos por Lessig contribuíram para o entendimento de que é possível a regulamentação da Internet e, por conseguinte, a formação de um posicionamento jurídico que normatize as situações em tela.

É importante lembrar que essas modalidades apresentadas (lei, mercado, normas sociais e arquitetura) não são estáticas dentro do mundo virtual, ao contrário, se reforçam a todo o momento, exercendo coerção dentro do seu âmbito de atuação.

Para compreender cada um desses elementos e a sua importância para o entendimento da matéria discutida, é preciso defini-los:

Por **lei**, entende-se todo o conjunto normativo estatal, embasado constitucionalmente, em suas mais diversas naturezas e categorias hierárquicas. Já as **normas sociais** são não só os usos e costumes, como também qualquer postulação normativa compartilhada por comunidades ou inerente a determinadas situações e circunstâncias. O **mercado** é o outro fator relevante da regulação, por se tratar do mecanismo predominante de acesso aos bens econômicos. Por fim, por **arquitetura**, entende-se a estrutura inerente de como as coisas são construídas e ocorrem.⁹⁵

A interação desses elementos na regulação da rede mundial de computadores interfere diretamente no mundo jurídico. Não há soluções para as

⁹⁴ Vide LESSIG, Lawrence. The law of the horse: what cyberlaw might teach. *Harvard Law Review*, v. 13, n. 501, 1999. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/wg_home/uploads/199/1999-05.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2016. Para Lessig, o estudo da *Cyberlaw* deve ser feito de forma apartada do estudo do direito tradicional, visto que tem uma arquitetura (código) própria de funcionamento. Essa análise permite corrigir o velho mito de que o *ciberespaço* não pode ser regulado, como também reestruturar os debates doutrinários de maneira mais eficaz.

⁹⁵ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 21, grifos no original.

questões envolvendo a Internet, advindas, única e exclusivamente, do direito positivo. Para se alcançar decisões mais acertadas, será necessária a compreensão dos mecanismos de funcionamento do *ciberespaço*.

A partir daí, surge uma corrente que sustenta uma abordagem mista, utilizando-se do sistema jurídico positivado e da arquitetura da Internet para equacionar os casos relativos ao mundo virtual.

A respeito dessa ideia, acrescenta Ronaldo Lemos:

Por isso a necessidade de se entender o funcionamento normativo dessa nova realidade, a partir de novas perspectivas, para a tomada de posição. Por exemplo, é preciso entender como a tecnologia se normatiza por meio do seu “código”, no sentido antes explicitado, de estrutura normativa fundada na própria arquitetura técnica da tecnologia.⁹⁶

Dentro dessa perspectiva, os argumentos trazidos nos julgados analisados, a respeito da aplicação do direito ao esquecimento na Internet, não são suficientes para abordar com profundidade o tema.

Por outro viés, a União Europeia regulamentou a questão, paulatinamente, considerando os aspectos intrínsecos ao funcionamento da Internet e também as necessidades sociais e jurídicas dos países envolvidos.

Tanto é assim que, por meio de diretivas, fixou objetivos, de uma forma geral, a todos os países pertencentes ao Bloco Europeu, acerca da proteção de dados, cabendo, posteriormente, a cada um deles, legislar sobre a questão.

A Diretiva nº 95/46/CE, já citada, constitui uma regra que delineou o tratamento de dados não só no âmbito privado, como também no âmbito comercial e econômico.⁹⁷

Apesar de não tratar sobre o direito ao esquecimento diretamente, a diretiva trouxe conceitos importantes atrelados ao exercício desse direito. Tais conceitos se exprimem mediante os princípios do consentimento e da finalidade.⁹⁸

⁹⁶ *Direito, tecnologia e cultura*, p. 9.

⁹⁷ UNIÃO EUROPEIA, *Regulamentos, diretivas e outros actos legislativos*, sem paginação.

⁹⁸ “Artigo 6 - 1. Os Estados-Membros devem estabelecer que os dados pessoais devem ser: (b) coletados para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e não serão posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades. O tratamento posterior para fins históricos, estatísticos ou científicos não é considerado incompatível desde que os Estados-Membros estabeleçam garantias adequadas; Artigo 7 - 1. Os Estados-Membros devem estabelecer que os dados pessoais só poderão ser divulgados se: (a) a pessoa em causa tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento [...]” (tradução nossa). Texto original, em Inglês: “Article 6 - 1. Member States shall provide that personal data must be: (b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes. Further processing of data for historical, statistical or scientific purposes shall not be considered as incompatible provided that Member States provide appropriate safeguards; Article 7 - 1. Member States shall provide that

O princípio do consentimento define que todo tratamento de dados pessoais deve vir acompanhado da concordância prévia do sujeito relacionado a eles, de publicá-los ou não, ressalvando-se as exceções previstas na própria diretiva. Além disso, permite-se ao interessado pedir esclarecimentos a respeito da forma e do modo de utilização de seus dados por parte do prestador de serviços. Caso se sinta lesado em algum aspecto de sua vida íntima, poderá exigir correção, bloqueio de acesso, ou até mesmo a remoção dos dados.⁹⁹

Já o princípio da finalidade está atrelado à ideia de utilidade. Enquanto os dados forem úteis ao contexto para o qual foram coletados, o seu armazenamento em bancos de dados é justificado.

Esse princípio fora bem aproveitado nas decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre os casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, pois diz respeito, também, à atualidade da informação. Quaisquer dados, ou informações, ocorridos no passado, se não são atuais, dentro do contexto informacional de interesse público, podem e devem ser apagados.

Cumpra observar, ainda, que os princípios esposados pela União Europeia foram bem explorados pelos *leading cases* trazidos páginas atrás, ou seja, tanto no caso “Mario Costeja” quanto no caso “Lebach”, ensejando a aplicação da supressão da informação ou dos dados referentes aos interessados.

Contudo, a despeito de a Diretiva nº 95/46/CE ter representado um grande avanço em matéria cibernética de proteção de dados, os princípios por ela trazidos encontraram dificuldade na aplicação prática. Diante do avanço constante dos meios tecnológicos, os princípios do consentimento e da finalidade perderam a sua efetividade.

O princípio da finalidade, por ser polivalente, pode ser aplicado de diversas formas, o que torna difícil precisar o momento em que a informação perde a sua

personal data may be processed only if: (a) the data subject has unambiguously given his consent [...]”. Cf. UNIÃO EUROPEIA, *Regulamentos, diretivas e outros actos legislativos*, sem paginação.

⁹⁹ “Artigo 12 - Direito de acesso. Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obter do controlador: se apropriada a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpram as disposições da presente diretiva, nomeadamente devido ao caráter incompleto ou inexato desses dados [...]” (tradução nossa). Texto original, em Inglês: “*Article 12 - Right of access. Member States shall guarantee every data subject the right to obtain from the controller: as appropriate the rectification, erasure or blocking of data the processing of which does not comply with the provisions of this Directive, in particular because of the incomplete or inaccurate nature of the data [...]”*. Cf. *Ibidem*, sem paginação.

atualidade e a sua utilidade. A utilidade e a atualidade podem ser vistas por diversos prismas.¹⁰⁰

Quanto ao consentimento, aos poucos ele fora sendo mitigado com o uso corriqueiro da Internet, visto que a maioria dos internautas, quando se vale dos serviços virtuais, desconhece a respeito da política de privacidade que o prestador de serviços oferece, ou, se a conhece, não se atenta aos seus termos específicos.

Leonardo Netto Parentoni afirma que

Esse aspecto constitui barreira considerável porque, nos termos da diretiva europeia, o *data controller* se esquivava do dever de apagar os dados simplesmente alegando que eles ainda possuem alguma utilidade de interesse coletivo.¹⁰¹

Nesse caso, a prova sobre a utilidade da informação recaía exclusivamente nos ombros do interessado, que, muitas vezes, não possuía meios adequados e instrumentos legítimos para fazê-lo.

A verdade é que a União Europeia não conseguiu efetivar os comandos exarados pela Diretiva nº 95/46/CE, pois os mesmos não estavam mais adaptados ao fluxo de informações e dados que circulavam pela rede mundial de computadores.

Portanto, foi preciso pensar uma nova forma de sistematizar a manipulação de dados pessoais. A partir daí, surge a Diretiva nº 2002/58/CE, que aborda diversos temas, como *spam*, lista de assinantes, confidencialidade do prestador de serviço e segurança das comunicações na rede mundial de computadores.¹⁰²

O que mais chama a atenção é que a ideia de supressão de dados é reforçada pelo disposto no artigo 6º, item 1, da mencionada diretiva:

Artigo 6.º - Dados de tráfego:

1. Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2, 3 e 5 do presente artigo e no n.º 1 do artigo 15.º, os dados de tráfego relativos a assinantes e utilizadores tratados e armazenados pelo fornecedor de uma rede pública de comunicações ou de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponíveis devem ser eliminados ou tornados anónimos quando deixem de ser necessários para efeitos da transmissão da comunicação. [...] ¹⁰³

¹⁰⁰ PARENTONI, Leonardo Netto, O direito ao esquecimento (right to oblivion), p. 569.

¹⁰¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁰² “Artigo 1.º - Âmbito e objetivos - 1. A presente directiva harmoniza as disposições dos Estados-Membros necessárias para garantir um nível equivalente de protecção dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à privacidade, no que respeita ao tratamento de dados pessoais no sector das comunicações electrónicas, e para garantir a livre circulação desses dados e de equipamentos e serviços de comunicações electrónicas na Comunidade.” Cf. UNIÃO EUROPEIA, *Regulamentos, directivas e outros actos legislativos*, sem paginação.

¹⁰³ *Ibidem*, sem paginação.

Essa repetição da temática em outra diretiva mostra a preocupação da Comunidade Europeia em compatibilizar questões práticas inerentes da relação entre os indivíduos e a Internet, e dar uma nova forma arquitetura e funcionamento para a rede no âmbito econômico.

Cabe salientar que, a despeito da tentativa de tornar mais efetivo o direito ao esquecimento, este só aparece em 2010, com a elaboração de um documento pela Comissão do Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia, que resultou no Comunicado nº 2010/609/CE.¹⁰⁴ O documento reconhece, que diante dos avanços tecnológicos e da velocidade na transmissão de informações, as diretivas anteriores estavam defasadas.

O documento citado finalmente reconhece a necessidade de se estabelecer um controle, por parte dos usuários, de seus dados e informações que circulam na Internet, englobando, inclusive, o direito de ser esquecido:

Clarificar o chamado «direito a ser esquecido», isto é, o direito de as pessoas impedirem a continuação do tratamento dos respectivos dados e de os mesmos serem apagados quando deixarem de ser necessários para fins legítimos. É o caso, por exemplo, do tratamento baseado no consentimento da pessoa, se essa pessoa retirar o consentimento ou quando o período de armazenamento tiver acabado; [...]¹⁰⁵

Em 2012, finalmente a Comunidade Europeia, mediante o Comunicado nº 2012/11/CE, propôs a substituição da Diretiva nº 95/46/CE por um Regulamento Geral, o qual tivesse a adesão de todos os Estados-membros.

Vale ressaltar que, enquanto a diretiva direciona os Estados para alcançarem um objetivo comum, o regulamento “[...] é um ato legislativo vinculativo, aplicável em todos os seus elementos em todos os países da União Europeia”.¹⁰⁶

O regulamento apresentado pelo Conselho Europeu tem como pano de fundo a proteção de dados, definindo os direitos das pessoas singulares e estabelecendo responsabilidades aos que efetuam o tratamento de dados. A partir desse panorama, surge o direito ao esquecimento na Europa.

Em dezembro de 2015, houve uma reunião extraordinária da Comissão encarregada do texto e da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos do Parlamento Europeu, e esta última manifestou-se a favor da proposta. O texto em pauta, na ocasião, refletia as negociações entre o Conselho, o

¹⁰⁴ Vide UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Comunicado nº 2010/609/CE*. Bruxelas, 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/health/data_collection/docs/com_2010_0609_pt.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2016.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰⁶ *Idem*, *Regulamentos, directivas e outros actos legislativos*, sem paginação.

Parlamento Europeu e a Comissão. Em 18 de dezembro de 2015, o Comitê de Representantes Permanentes (Coreper) aprovou o texto de compromisso. O Conselho confirmou o acordo em 12 de fevereiro de 2016, adotando um acordo político sobre o texto.¹⁰⁷

O texto fora aprovado em 14 de abril deste ano pelo Parlamento, devendo a sua aplicabilidade ser efetivada em 2018.

O direito ao esquecimento está previsto no artigo 17 do regulamento proposto e será positivado da seguinte maneira:

Artigo 17.º - Direito a ser esquecido e ao apagamento

1. O titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento de dados pessoais que lhe digam respeito e a cessação da comunicação ulterior desses dados, especialmente em relação a dados pessoais que tenham sido disponibilizados pelo titular dos dados quando ainda era uma criança, sempre que se aplique um dos motivos seguintes:

- (a) Os dados deixaram de ser necessários em relação à finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- (b) O titular dos dados retira o consentimento sobre o qual é baseado o tratamento nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou se o período de conservação consentido tiver terminado e não existir outro fundamento jurídico para o tratamento dos dados;
- (c) O titular dos dados opõe-se ao tratamento de dados pessoais nos termos do artigo 19.º;
- (d) O tratamento dos dados não respeita o presente regulamento por outros motivos. [...] ¹⁰⁸

Com esse regulamento, a União Europeia inaugura um novo paradigma mundial quanto ao exercício de direito na Internet, pois, além de criar um sistema que promove a liberdade de comunicação, foi capaz também de regulamentar os limites dessa atuação. Isso tudo concatenando, pensando a arquitetura da rede, o funcionamento do mercado interno e o direito vigente.

Urge notar que, além da previsão do apagamento de dados, o mencionado artigo 17 traz a possibilidade de, em casos menos graves, o responsável pelo tratamento restringir o acesso aos dados ou informações de um indivíduo:

4. Em vez de proceder ao apagamento, o responsável pelo tratamento deve restringir o tratamento de dados pessoais sempre que:

- (a) A sua exatidão for contestada pelo titular dos dados, durante um período que permita ao responsável pelo tratamento verificar exatidão dos dados;
- (b) Já não precisar dos dados pessoais para o desempenho das suas funções, mas esses dados tenham de ser conservados para efeitos de prova;

¹⁰⁷ Vide UNIÃO EUROPEIA. Conselho Europeu. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Bruxelas, 2016. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/data-protection-reform/data-protection-regulation/>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

¹⁰⁸ *Idem*. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Comunicado nº 2012/11/CE*. Bruxelas, 25 jan. 2012, p. 54. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_pt.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2016.

- (c) O tratamento for ilícito e o titular dos dados se opuser ao seu apagamento e solicitar, em contrapartida, a limitação da sua utilização;
- (d) O titular dos dados solicitar a transmissão dos dados pessoais para outro sistema de tratamento automatizado, nos termos do artigo 18.º, n.º 2.¹⁰⁹

O direito ao esquecimento, na legislação europeia, parte do pressuposto de que os dados ou informações são inerentes à personalidade do indivíduo, e, como tal, devem ser preservados. Ademais, tem o indivíduo o direito de decidir o uso ou o modo de utilização que será dado a essas informações.

As informações que circulam na rede possuem uma origem, uma base onde foram lançadas. Tanto um sujeito pode ter lançado uma informação sobre si mesmo em algum banco de dados ou rede social, quanto um terceiro pode tê-lo feito com ou sem o consentimento do interessado.

Se o consentimento foi obtido para a divulgação da informação, não haverá grandes problemas quanto à circulação na Internet. E o regulamento acima exposto permite que sejam tais informações apagadas quando perderem a finalidade que motivou a sua coleta; quando o titular dos dados não desejar mais que os dados circulem e revogue o consentimento; ou mesmo quando o tratamento dado pelo terceiro não satisfaz mais o seu titular.

Para exemplificar a questão do consentimento, Leonardo Netto Parentoni traz uma comparação didática sobre a essa problemática:

É o caso, por exemplo, do grupo de jovens amigos que, ao sair de uma casa noturna, tira uma foto, completamente embriagados. Esta foto, é então, postada no perfil de todos eles, numa conhecida rede social. Na época, todos comentam sobre a postagem, concordando com ela e “curtindo”. Anos depois, já numa outra fase da vida, pode ser que algum deles deseje retirar essa foto, não apenas do seu perfil, mas também do perfil dos amigos, alegando que ela vem lhe causando constrangimentos, visto que teve recusada proposta de emprego porque potencial empregador, após uma busca na Internet, imaginou que ele era um boêmio.¹¹⁰

No caso exposto, fica evidente a aplicação do exercício do direito ao esquecimento.

Outro ponto questionado no regulamento geral é a possibilidade de restrição do dado ou informação pelo provedor de conteúdo.

A premissa básica para a circulação dos dados intrínsecos a um indivíduo é o consentimento. No exemplo supra, o consentimento ficou evidenciado, e, assim,

¹⁰⁹ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicado nº 2012/11/CE*, p. 55-56.

¹¹⁰ O direito ao esquecimento (right to oblivion), p. 587.

qualquer situação que não seja compatível com a aprovação da divulgação da informação ensejaria o direito ao esquecimento.

No item 4 do artigo 17, transcrito linhas atrás, a situação apresentada diz respeito à inexatidão dos dados. O provedor de conteúdo divulga dados falsos ou inexatos, ou os obtém de maneira ilícita, podendo ser compelido a ajustar a situação para conformá-la com a vontade do titular dos dados.

Desse modo, não é necessária a exclusão da informação, e sim uma restrição ao seu acesso, até que a mesma seja corrigida. A mesma lógica é aplicada nos casos de dados que não são mais úteis ao provedor, mas que necessitam ser armazenados para fins de prova, bem como quando o titular deseja exercer o seu direito de portabilidade das suas informações.

Apesar de haver o detalhamento do direito ao esquecimento no regulamento geral, o artigo 80 faculta, a cada Estado-membro, relativizá-lo em situações próprias, de modo a não colidir com a liberdade de imprensa.¹¹¹

Frente ao exposto, é interessante ressaltar que, enquanto a Europa conseguiu traçar um raciocínio a respeito do direito ao esquecimento na Internet, o Brasil engatinha na tentativa de simplesmente definir um direito ao esquecimento.

No âmbito na Internet, um caso emblemático marca a posição contraditória dos Tribunais brasileiros quando a matéria é divulgação de notícia por meio virtual.

O caso em questão se refere ao processo movido pela apresentadora Xuxa em face do *site* de buscas *Google*, que correu na 1ª Vara Cível da Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, sob o nº 0024717-80.2010.8.19.0209.

A apresentadora ajuizou uma ação inibitória para que a ré não exibisse qualquer resultado em seu sistema de pesquisa para a expressão “Xuxa pedófila”. Além disso, requereu que fossem retiradas de circulação todas as imagens em que ela aparecia sem roupa ou que denotassem um forte cunho sexual.

Em sede de liminar, o pedido para a retirada das informações fora concedido. A ré agravou por instrumento e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu provimento parcial ao recurso, determinando a restrição das imagens citadas pela

¹¹¹ “O artigo 80.º obriga os Estados-Membros a adotarem isenções e derrogações a disposições específicas do regulamento sempre que necessário para conciliar o direito à proteção de dados pessoais com o direito à liberdade de expressão. Tem por base o artigo 9.º da Diretiva 95/46/CE, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça da UE.” Cf. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicado nº 2012/11/CE*, p. 16.

apresentadora na inicial, sem a exclusão dos *links* quando dos resultados de pesquisa.

A sentença de primeira instância foi de improcedência, baseada no seguinte acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. PROVEDOR DE COMPARTILHAMENTO DE VÍDEOS. VERIFICAÇÃO PRÉVIA E DE OFÍCIO DO CONTEÚDO POSTADO POR USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. IMAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO NÃO INERENTE AO NEGÓCIO. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO OU OFENSIVO. RETIRADA DO AR EM 24 HORAS. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER, DESDE QUE INFORMADO O URL. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 5º, IV E IX, 220 DA CF/88; 6º, III, 14 E 84, § 4º, DO CDC; 461, § 1º, DO CPC; E 248 E 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/02.

[...]

8. O cumprimento do dever de remoção preventiva de imagens consideradas ilegais e/ou ofensivas fica condicionado à indicação, pelo denunciante, do URL da página em que estiver inserido o respectivo vídeo.

9. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente vídeos, deve o provedor de compartilhamento ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.¹¹²

A decisão em primeiro grau reconheceu que o *site* de pesquisa não é responsável pela manipulação ou tratamento do conteúdo. A função do provedor de busca seria a de aglomerar e reproduzir os resultados de uma consulta, e, portanto, a responsabilização deveria recair sobre quem realmente manipulou as imagens e o conteúdo. Para tanto, seria necessária a indicação de um sítio específico, ou seja, uma *Uniform Resource Locator* (URL), um endereço virtual.¹¹³

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial nº 1.316.921/RJ, e, em julho de 2012, foi decidido por unanimidade que o *Google*, enquanto provedor de conteúdo, era apenas uma ferramenta de busca no mundo

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.403.749-GO (2013/0202618-6)*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento realizado em 22 de outubro de 2013. In: DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO, Brasília, n. 1483, 25 mar. 2014, p. 428. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20140325.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

¹¹³ Vide BERNERS-LEE, Tim *et al.* *Uniform Resource Locators (URL)*. Minnesota, dez. 1994. Disponível em: <<http://www.ietf.org/rfc/rfc1738.txt>>. Acesso em: 5. abr. 2016.

virtual e atuava como facilitador de pesquisa. Sendo assim, não poderia restringir ou excluir qualquer dado dos resultados de pesquisa.¹¹⁴

Diante da resposta negativa, a autora ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, uma reclamação, alegando que a decisão emanada pelo STJ teria desrespeitado o enunciado da Súmula Vinculante nº 10 do STF.¹¹⁵

O ministro Celso de Mello, relator do processo, entendeu que não está presente na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça qualquer juízo, ostensivo ou disfarçado, de inconstitucionalidade de normas legais apreciadas pelo órgão judiciário:

Inexiste ofensa ao art. 97 da CF, que consagra o postulado da reserva de plenário, eis que o julgamento em questão, proferido por órgão fracionário, resolveu o litígio, como precedentemente enfatizado, em face do ordenamento infraconstitucional.¹¹⁶

Dessa forma, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça foi o de que os motores de busca não são responsabilizados pela eventual divulgação de informações, mesmo que atentem contra a honra e a vida privada da pessoa.

Não se pode ignorar que, no espaço temporal entre as decisões citadas e proferidas pelo Judiciário, uma lei específica, que cuida das relações entre os indivíduos e o *ciberespaço*, entra em vigor, trazendo uma legislação peculiar a respeito do tema.¹¹⁷

Como dito anteriormente, o Marco Civil da Internet buscou resguardar a privacidade e, ao mesmo tempo, garantir a liberdade de expressão. Daí apresentar certas incongruências, principalmente com relação ao armazenamento e ao tratamento de dados pessoais.

Além desses valores, o marco regulatório trouxe para debate a questão da responsabilização dos provedores de conteúdo na Internet, isentando-os de responsabilidade civil decorrente de conteúdo gerado por terceiros (artigo 18).

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.316.921/RJ (2011/0307909-6)*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento realizado em 26 de junho de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1161904&sReg=201103079096&sData=20120629&formato=PDF>. Acesso em: 5 abr. 2016.

¹¹⁵ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação nº 15.955/RJ*. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento realizado em 15 de setembro de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10241477&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20Rcl%20/%2015955%20-%20AgR>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 7.

¹¹⁷ Lei nº 12.965, de 13 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. O Marco Civil da Internet entrou em vigor em 23 de junho de 2014.

O entendimento a respeito dos provedores de conteúdo define sobremaneira a direção do tema deste trabalho. À medida que os conteúdos são armazenados, tratados e divulgados, com ou sem o consentimento do indivíduo, é necessário que se estabeleça uma ferramenta que possibilite a esse titular exercer um controle maior sobre esse conteúdo.

Essa ferramenta, além de amplamente divulgada pelo Comunicado nº 2012/11/CE, foi concretizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso “Mario Costeja”, quando decidiu efetivar o direito ao esquecimento contra os motores de busca na Internet, e não apenas contra a fonte dos dados. Para tanto, não é necessário que se prove o prejuízo concreto, o simples constrangimento do indivíduo já é argumento suficiente para aplicá-lo.

No Brasil, o entendimento da Suprema Corte e dos outros Tribunais tem sido na contramão. Não obstante o direito ao esquecimento ter sido ventilado no Superior Tribunal Justiça, nos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, não foram definidos os rumos que ele deveria tomar no *ciberespaço*.

A questão fora ventilada por outra via: a responsabilização dos servidores ou provedores de conteúdo em relação à publicização de informações ou dados. Não houve um engajamento dos Tribunais para discussão do tema e sua uniformização.

Nas decisões relacionadas aos provedores de Internet e informação, criou-se o que se pode chamar de direito à desindexação, que pode ser uma das faces do direito ao esquecimento, mas não se confunde com o próprio.

Em primeiro plano, é preciso trazer à baila a definição do que seja provedor de Internet, para só depois adentrar o assunto sobre a desindexação de dados/informações e o direito ao esquecimento.

Segundo Marcel Leonardi, “o provedor de serviços é caracterizado por uma pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da Internet”.¹¹⁸

Ele é quem fornece a possibilidade de tráfego no *ciberespaço* e sustenta a ideia de outras espécies de provedores, como provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo.

¹¹⁸ *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 21. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

Os *backbones* são estruturas físicas nas quais os dados trafegam e são transmitidos, possibilitando o trânsito da Internet. Normalmente, é composto de vários cabos de fibra ótica de alta velocidade. Assim, o provedor *backbone* é a pessoa jurídica que aglomera uma grande estrutura física em torno de si, que a torna capaz de manipular grandes volumes de informações através de roteadores de tráfego.¹¹⁹

Normalmente, o provedor *backbone* presta serviço ao provedor de acesso e hospedagem, que, por sua vez, revende a conectividade a terceiros. Esses últimos são os destinatários finais do serviço.

Nos dias atuais, o acesso à Internet pode ser obtido de diversas formas. Tanto por conexões diretas quanto por disponibilização de terceiro. Isso se verifica comumente em livrarias, cafés, bibliotecas, que podem tanto possuir o seu próprio *backbone*, e oferecer uma conexão direta, quanto contratar provedores comerciais de acesso para fornecer a conexão.

Dessa forma, nas palavras de Leonardi:

O provedor de acesso é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitem o acesso de seus consumidores à Internet. Normalmente, essas empresas dispõem de uma conexão a um *backbone* ou operam sua própria infraestrutura para conexão direta.¹²⁰

Já o provedor de correio eletrônico pode ser definido como um sistema eletrônico que fornece, ao interessado, mediante o uso de um nome e uma senha, um acesso a envio e recebimento de mensagens.

O provedor de correio eletrônico fornece, portanto, serviços que consiste em possibilitar o envio de mensagens do usuário a seus destinatários, armazenar as mensagens enviadas a seu endereço eletrônico até o limite de espaço disponibilizado no disco rígido de acesso remoto e permitir, somente ao contratante do serviço, o acesso ao sistema e às mensagens, mediante o uso de um nome de usuário e senha exclusivos.¹²¹

Quanto ao provedor de hospedagem, Leonardi descreve que

[...] é a pessoa jurídica que fornece o serviço de armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, possibilitando o acesso de terceiros a esses dados, de acordo com as condições estabelecidas com o contratante do serviço. Assim, um provedor de hospedagem oferece dois serviços distintos: o *armazenamento* de arquivos em um servidor, e a possibilidade de *acesso* a tais arquivos conforme as condições previamente estipuladas com o provedor de conteúdo [...].¹²²

¹¹⁹ LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*, p. 21.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 23.

¹²¹ *Ibidem*, p. 24.

¹²² *Ibidem*, p. 25, grifo no original.

Vale destacar que o provedor de hospedagem não exerce nenhum tipo de controle sobre os dados que armazena em seus servidores. Ele não interfere no conteúdo de *sites*, pois, ao contratar o provedor de hospedagem, o proprietário do *site*, com acesso pleno ao sítio virtual, pode criar, extinguir ou modificar informações. Esse controle fica a cargo dos provedores de conteúdo.

Por fim, com relação aos provedores de conteúdo, pode-se afirmar que:

O **provedor de informação** é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas através da Internet. É o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo. O **provedor de conteúdo** é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem.¹²³

A partir desse conceito, nota-se que o provedor de conteúdo pode ser o provedor de informação, quando, por si só, lança o conteúdo, ou simplesmente atuar como servidor de armazenamento e veiculação de tal informação desenvolvida por terceiro.

A ministra Nancy Andrighi, em seu voto no caso “Xuxa *versus* Google” supracitado, explica o motivo de o provedor de pesquisa não poder ser responsabilizado pelo conteúdo que divulga:

Na hipótese específica dos sites de busca, verifica-se a disponibilização de ferramentas para que o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na *web*, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos *links* das páginas onde a informação pode ser localizada. Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma.¹²⁴

A posição do Superior Tribunal de Justiça, na maioria de suas decisões, é a de que é preciso uma notificação extrajudicial do interessado requerendo a retirada do conteúdo lesivo. Tal notificação deveria ser atendida no prazo de 24 horas.

Mesmo sendo notificado, se o provedor não excluísse ou retirasse o conteúdo lesivo, teria responsabilidade solidária com aquele que fez o tratamento da informação. O provedor teria responsabilidade solidária.

No entanto, no caso “Xuxa *versus* Google”, o STJ decidiu que o provedor de conteúdo, mais especificamente o de busca, não pode ser responsabilizado, pois não realiza qualquer tratamento de dados. Isso só seria palpável caso se descobrisse o endereço virtual (URL) do qual estava partindo a ofensa.

¹²³ LEONARDI, Marcel, *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*, p. 27, grifo no original.

¹²⁴ *Recurso Especial nº 1.316.921/RJ*, relatório, p. 6.

A decisão da Terceira Turma foi basicamente a de que, para o *Google Search*, não seriam aplicados os argumentos para casos anteriormente decididos sobre provedores de conteúdo. Isso porque o *site* de pesquisa se limita a aglomerar informações e indexá-las, indicando os *links* que se relacionam com o termo de busca utilizado.

Com base no artigo 220, § 1º, da Constituição Federal, os ministros entenderam, ainda, que não se pode aceitar que os provedores de pesquisa eliminem os resultados das buscas, posto que isso violaria o direito coletivo à informação. E sopesando entre o direito individual de ver excluída informação e o direito coletivo à informação, este último deve prevalecer.

Além disso, foi determinado que a apresentadora, se desejasse ver excluídas informações ao seu respeito, deveria buscar os reais ofensores e exigir dos mesmos o reparo. É preciso identificar a URL, especificando o endereço dos responsáveis pelo armazenamento e tratamento da informação.

Esses argumentos não trouxeram qualquer novidade a respeito da desindexação de dados e do direito ao esquecimento. Sequer consideraram a verdadeira extensão da divulgação da informação no *ciberespaço*.

Não se pode negar que o sistema de buscas é uma poderosa arma na divulgação e facilitação de localização de conteúdos, e, por isso, as pessoas têm se utilizado cada vez menos de URL específicas.

O Marco Civil da Internet, em seus artigos 19 e 21, regulamenta que o provedor de aplicações de Internet somente será responsabilizado por eventuais danos causados aos usuários, vindos de terceiros, se deixar de cumprir, em tempo hábil, ordem judicial específica determinando a retirada do conteúdo da Internet.¹²⁵

¹²⁵ Lei nº 12.965, de 13 de abril de 2014: “Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. [...] Art. 21. O provedor de aplicações de Internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo”.

De qualquer forma, o provedor é obrigado a retirar o conteúdo ofensivo, mas, tendo ele um caráter de violação da intimidade e privacidade, após mera notificação, o provedor é obrigado a retirar de circulação a informação lesiva.

Por outro lado, o Tribunal Europeu, no caso Mario Costeja, entende que o operador do motor de busca é o responsável por realizar um tratamento na informação. É ele quem determina as respectivas finalidades e meios de utilização da informação:

A este respeito, o Tribunal salienta que, na medida em que a atividade do motor de busca acresce à dos editores de sítios web e é suscetível de afetar significativamente os direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais, o operador do motor de busca deve assegurar, no âmbito das suas responsabilidades, das suas competências e das suas possibilidades, que a sua atividade satisfaz as exigências da diretiva. Só desta forma poderão as garantias previstas na diretiva produzir pleno efeito e poderá efetivamente realizar-se uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa (e, designadamente, da sua vida privada).¹²⁶

Dessa maneira, a fonte de informações sobre o indivíduo está nos motores de busca, os quais têm a capacidade de centralizar dados em torno de um termo de busca. Daí a importância do estudo dos provedores de Internet para o tema proposto neste trabalho.

No Brasil, o provedor irá responder civilmente, independentemente de ordem judicial, se divulgar conteúdo não autorizado, que consista em imagens, vídeos ou outros materiais que contenham cena de nudez ou de atos sexuais de caráter privado.¹²⁷

O artigo 21 deixa bem clara a necessidade de ordem judicial para os provedores excluírem os dados. E caso o *site* que hospeda a informação não a remova ou suspenda, mesmo sendo notificado, os provedores de acesso serão responsabilizados subsidiariamente.

¹²⁶ Cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Comunicado de Imprensa nº 70/14*: acórdão no processo C-131/12 Google Spain SL, Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González Luxemburgo, 13 maio 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

¹²⁷ Lei nº 12.965, de 13 de abril de 2014: “Art. 21. O provedor de aplicações de Internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo”.

Vale lembrar que a medida está atrelada à divulgação de dados pessoais de forma a prejudicar a honra, a imagem ou a vida privada do indivíduo. Ele não deseja que a informação continue sendo compartilhada, mesmo sendo verdadeira.

A respeito do consentimento e da exclusão de dados, o Marco Civil da Internet, na tentativa de solucionar o problema, trouxe em seu artigo 7º, incisos IX e X, que:

Art. 7º. O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

IX - Consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - Exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de Internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; [...]

O artigo 7º não caracteriza um direito ao esquecimento nem um direito à desindexação na sua forma mais legítima. A previsão é de que, caso o interessado rescinda o contrato com o fornecedor de Internet, o último, a requerimento do primeiro, deve retirar suas informações dos seus registros.

Há uma previsão de exclusão definitiva, o que, na prática, vem se tornando cada vez mais complicado, considerando-se a arquitetura da rede.

Além disso, o próprio artigo 7º traz condicionantes à sua aplicabilidade. É preciso que os dados tenham cunho pessoal; o usuário precisa ter conhecimento do tipo de dado pessoal que foi fornecido; e tais informações não podem estar enquadradas na hipótese de guarda obrigatória prevista na legislação.

Como se nota, o Marco Civil da Internet estabelece, de forma genérica, a proteção da privacidade de dados pessoais, mas não determina, de forma explícita, a exclusão por conteúdos que venham a ferir tal direito.

Daí a necessidade do anteprojeto de lei de proteção de dados que tão bem discorre a respeito de consentimento e, inclusive, da eliminação de dados por requerimento do interessado ao Poder Judiciário.

Enquanto na Europa, as próprias empresas provedoras de Internet têm de decidir a respeito da exclusão ou não de dados, no Brasil, esse encargo restou ao Poder Judiciário.

A crítica ao regulamento europeu está nessa questão, ou seja, até que ponto os interesses comerciais e de mercado influenciariam ou não a retirada do dado, tanto dos motores de busca quanto dos provedores de conteúdo.

No Brasil, não há decisões convergentes que possibilitem um entendimento uniforme sobre a questão. Na verdade, antes da regulamentação do direito ao esquecimento na Internet, seria necessário delinear um direito ao esquecimento.

O que se tem de concreto é que o cidadão pode requerer que sejam apagados, eliminados, dados pessoais ou sensíveis que não deseja mais compartilhar. Mas isso seria suficiente para se caracterizar o direito ao esquecimento na Internet?

O direito ao esquecimento vai muito além do que a simples exclusão de dados, mesmo porque, não é possível apagar totalmente uma referência da pessoa no mundo virtual. Há sempre vestígios.

Se o interessado consegue que seus dados sejam apagados nos motores de busca, a informação pode seguramente continuar circulando por meio de um endereço específico (URL). E vice-versa.

O direito ao esquecimento, inerente aos direitos da personalidade, não se resume ao apagamento de dados na Internet, mas abrange o verdadeiro bloqueio de informações que conflitem com a dignidade da pessoa humana.

O direito ao esquecimento na Internet seria um dos aspectos a serem regulados pelo ordenamento jurídico brasileiro. E, para tanto, deve-se considerar toda a estrutura da rede, o mercado e o que o Direito pode contribuir com isso.

A discussão virtual não é sobre lembrar e esquecer, mas sim sobre expor ou não expor o interessado. Até que ponto é pertinente ou relevante a manutenção do conteúdo nas redes virtuais?

Dessa forma, há quem acredite que

Esquecimento se contrapõe à memória, à história, à liberdade de expressão e de informação. Acalora o debate, acirra os ânimos e conduz a discussão essencialmente para o campo de questões mais sanguíneas, mais palpitantes, sobre democracia. Indexação se contrapõe à privacidade. O tema é muito mais técnico-jurídico, quando não econômico-empresarial.¹²⁸

A indexação ou a permanência de uma informação está relacionada à privacidade e seus contornos. Já o direito ao esquecimento diz respeito à exclusão de fatos e à possibilidade de reescrever sua própria história. Nem sempre isso é possível.

¹²⁸ KILLA, Cláudio. Direito à desindexação. *Empório do Direito*, [S.l.], 19 fev. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/direito-a-desindexacao/>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

Cumpra observar que a Comissão Nacional de Informação e Liberdades (CNIL) da França emitiu diretrizes seguras a respeito da aplicação da desindexação, ou *droit au déréférencement*:

Droit au déréférencement - No acórdão de 13 de maio de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia confirmou que os motores de busca são responsáveis pelo tratamento. Como tal, eles devem respeitar a legislação europeia sobre a proteção dos dados pessoais. Agora as pessoas podem lhes pedir diretamente pela retirada de uma página *web* associada com o seu nome e sobrenome. Essa retirada não significa apagar as informações no *site* da fonte. O conteúdo original permanece, assim, inalterado, e ainda é acessível através de motores de busca usando outra pesquisa por palavra ou indo diretamente para o *site* responsável pela transmissão.¹²⁹

Diante de todos os argumentos debatidos, pode-se afirmar, com toda a certeza, que, na União Europeia, não há previsão de direito ao esquecimento absoluto. O instituto previsto fora o direito à desindexação, que exige requisitos claros para ser aplicado, como a perda da relevância da informação e, conseqüentemente, o interesse público.

No Brasil, artigo 7º do Marco Civil da Internet está incompleto, pois a previsão de exclusão definitiva de dados é somente para aqueles casos em que a informação hospedada foi consentida e o interessado não quer mais manter relação com o provedor, requerendo, portanto, a eliminação de seus dados.

Nesse sentido, não se pode falar em uma previsão expressa em direito ao esquecimento, mas sim de um direito à desindexação.

Tal direito ainda está incompleto, porque não abarca a forma como deve ser aplicado esse direito nem outras situações, como a correção de dados inexatos a respeito do titular, o desaparecimento da finalidade que motivou a coleta e armazenamento de dados etc.

Além disso, no âmbito da Internet, não está bem definido contra quem deva ser exercido tal direito, se só contra o provedor de hospedagem, se só contra o provedor de conteúdo, ou contra ambos. O que se sabe é que o Judiciário terá de realizar um juízo de valor a respeito da informação imprecisa, inadequada e

¹²⁹ Tradução nossa. Texto original, em Francês: “*Droit au déréférencement - Dans un arrêt du 13 mai 2014, la Cour de Justice de l’Union européenne a confirmé que les moteurs de recherche sont responsables de traitement. À ce titre, ils doivent respecter le droit européen à la protection des données personnelles. Désormais les personnes peuvent leur demander directement de désindexer une page web associée à leurs nom et prénom. Ce déréférencement ne signifie pas l’effacement de l’information sur le site Internet source. Le contenu original reste ainsi inchangé et est toujours accessible via les moteurs de recherche en utilisant d’autres mots-clés de recherche ou en allant directement sur le site à l’origine de la diffusion*”. Cf. FRANÇA. Comissão Nacional de Informação e Liberdades. *Droit au déréférencement*. Paris, 2016, sem paginação. Disponível em: <<https://www.cnil.fr/fr/definition/droit-au-dereferencement>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

excessiva, e só então decidir a respeito da exclusão total (nos moldes do artigo 17), da não exclusão, ou até mesmo de uma exclusão parcial de conteúdo.

Esse talvez seja o grande desafio do tema: a forma como o Judiciário tratará o direito ao esquecimento na Internet, se como desindexação ou um direito a reconstruir uma história, podendo confrontar com o direito à verdade, à informação e à memória.

3 DESAFIOS PARA REGULAMENTAR O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET EM UMA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

3.1 As esferas pública e privada na sociedade da informação

A sociedade da informação trouxe consigo, em sua trajetória de ascensão, a modificação de paradigmas sociais e políticos, reestruturando, assim, a própria relação entre os indivíduos e com a sociedade.

O desenvolvimento tecnológico encurtou distâncias, trouxe solução para problemas científicos, alargou os horizontes de pesquisa e, inegavelmente, ampliou o conceito de privacidade.

À privacidade não pode estar relacionado apenas o conceito de anonimato, de não ser incomodado ou de não permitir a interferência externa de qualquer ente em seu âmbito mais particular da existência. É necessário que o horizonte seja alargado, de modo que a privacidade deve se apresentar “[...] como o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada”.¹³⁰

A esfera privada e a esfera pública constituem, no contexto informacional, um dos grandes desafios para aplicação de direitos inerentes ao *ciberespaço*, pois não são ambientes bem delimitados. O que se sabe é que são espaços onde ocorrem a troca e a publicização de informações e opiniões.

O conceito de esfera pública, trazido por Jürgen Habermas, acrescenta que:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas. [...] A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções e nem com os conteúdos da comunicação cotidiana.¹³¹

A esfera pública é o local onde os indivíduos podem expressar suas opiniões, gerando o agir comunicativo, culminando em um entendimento sobre o tema aqui debatido. No caso em tela, o espaço público onde essa interação dos indivíduos ocorre é a rede mundial de computadores.

¹³⁰ RODOTÁ, Stefano, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 109.

¹³¹ *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, p. 92.

Cabe notar que o espaço público, revisitado pelo desenvolvimento tecnológico, sofre algumas interferências quanto ao seu limite de atuação, sendo assim definido por Zygmunt Bauman:

O que é arena pública? Um espaço com acesso aberto a qualquer que deseje entrar, olhar e ouvir. Tudo que é ouvido e visto pela “arena pública”, em princípio pode ser ouvido e visto por qualquer um. Considerando-se que (para citar mais uma vez a Wikipédia) “o grau em que a informação privada é exposta depende de como o público vai receber essa informação, o que difere no tempo e no espaço”, manter privado um pensamento, evento ou ação e tornar público qualquer um deles são obviamente coisas contraditórias quanto interdependentes (pois determinam o limite uma da outra): as terras do “privado” e do “público” tendem a estar em pé de guerra, tal como as leis e normas de decência que prevalecem nesses domínios.¹³²

O espaço público pode ser considerado aquele ambiente em que a acessibilidade a informações funciona de uma maneira universal. Todos que acessam ou entram em contato com esse espaço conseguem informações a respeito de qualquer conteúdo, inclusive de si próprios.

Vale observar que os meios de comunicação exercem papel importante na esfera pública, seja porque ajudam na difusão e transmissão de dados e conteúdos, seja porque influenciam de forma direta a opinião da maioria dos indivíduos em uma sociedade. Igual proporção tem assumido a Internet.

As informações chegam aos indivíduos de uma forma rápida e, imersas nessa nova realidade, as pessoas constroem perfis e participam ativamente do *ciberespaço*, seja por meio de redes sociais, consultas em motores de busca ou interação via correio eletrônico.

Dentro desse espaço, o indivíduo se virtualiza, cria uma nova realidade para si e constrói uma personalidade, com a qual interage com outros sujeitos participantes da rede. E essa interação pode trazer graves problemas ao indivíduo e à sociedade, na medida em que aquilo que antes era considerado privado tornou-se público, e aquilo que gravitava na esfera pública tornou-se mais público.

É o que Pierre Lévy chama de efeito *moebius*, que só a virtualização do indivíduo pode proporcionar. O indivíduo compartilha a sua vida e o que desejar, de modo que aquilo que poderia ser considerado conteúdo de vida íntima passa a ser percebido por outros indivíduos conectados na rede. E as pessoas que são consideradas públicas teriam minúcias da sua vida expostas com uma força maior.¹³³

¹³² *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 110.

¹³³ *O que é virtual? 2.* ed. São Paulo: Ed. 34, 2011. (Coleção TRANS), p. 12.

Para exemplificar essa questão, o autor escreve:

O trabalhador clássico tinha *sua* mesa de trabalho. Em troca, o participante da empresa virtual *compartilha* um certo número de recursos imobiliários, mobiliários e programas com outros empregados. O membro da empresa habitual passava do espaço privado de seu domicílio ao espaço público do lugar do trabalho. Por contraste, o teletrabalhador transforma seu espaço privado em espaço público e vice-versa. Embora o inverso seja, geralmente, mais verdadeiro, ele consegue às vezes gerir segundo critérios puramente pessoais uma temporalidade pública. Os limites não são mais dados. As fronteiras nítidas dão lugar a uma fractalização da repartição. São as próprias noções de público e privado que são questionadas.¹³⁴

Outro exemplo, para ilustrar a transformação dos espaços público e privado a partir da inovação tecnológica, é usado por Bauman, quando ele relata que uma mulher francesa, tida como uma pessoa comum, resolveu contar, em um programa de televisão, diante de telespectadores presenciais e virtuais, que seu marido sofria de ejaculação precoce e que ela nunca esteve satisfeita em sua vida sexual com ele.¹³⁵

Dessa forma, como dito anteriormente, o direito à privacidade passa a englobar o controle sobre a coleta de dados ou informações que o indivíduo possa ter, bem como seu emprego ou utilização.

Mas como realizar, enfim, o controle de dados e informações e sua exclusão sem uma base sólida do que é de interesse público e de interesse privado na Internet?

Esse é o grande desafio que os operadores do Direito têm enfrentando quando da busca de soluções para casos concretos ocorridos no *ciberespaço*. Para Daniel Bucar, “o desafio da privacidade, como asseguradora do livre desenvolvimento da vida privada, é fornecer à pessoa subsídios para o controle de informações que ela pretende manter ao seu alcance”.¹³⁶

O direito ao esquecimento atuaria como uma forma de controle de dados e informações inerentes a um sujeito. Seria a possibilidade de o interessado redefinir o seu perfil dentro da esfera pública, para que não veja atingida a sua intimidade, os seus valores pessoais.

Contudo, esse controle sobre a circulação dos próprios dados não representa um isolamento do indivíduo do meio externo, onde interage com outros sujeitos. Ao contrário, se define como o exercício da vontade, de exteriorização de seu caráter e

¹³⁴ *O que é virtual?*, p. 12.

¹³⁵ *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*, p. 109.

¹³⁶ Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Revista Civilística*, p. 7.

de sua personalidade como lhe aprouver, livrando-se de preconceitos, estigmatizações e dominação da opinião massiva.

O controle de dados pessoais ou sensíveis, em uma sociedade da informação, é a forma de exercício de independência da dominação exercida pelo meio externo. A pessoa, livre do controle da esfera pública, e de todas as instituições que a representam, consegue exercer efetivamente seus direitos de personalidade.

Interessante se faz ressaltar que os espaços público e privado na sociedade da informação também apresentam a problemática da veracidade dos dados, ou seja, as informações são multiplicadas em uma escala progressiva, e não se pode dimensionar o conteúdo real (que esteja relacionado com as características principais do indivíduo) daquele que fora submetido a qualquer tratamento pelos provedores de serviço, banco de dados, e até mesmo por outros usuários da Internet.

A informação gerada fora de um contexto ou de forma inverídica também constrange o indivíduo, na medida em que o mesmo precisa se justificar para provar que o dado lançado a seu respeito é inverídico. Ao se portar dessa maneira, ao contrário de preservar o campo íntimo de sua vida, se expõe cada vez mais, pois, para provar a veracidade ou não da informação lançada, acaba revelando ainda mais sobre sua vida.

Nesse sentido, os quesitos da atualidade, da veracidade e da utilidade da informação, levantados pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, são pertinentes ao controle temporal e contextual dos dados pessoais.

O direito ao esquecimento está escalonado pelo Enunciado nº 531 como direito humano, e, sendo assim, o debate sobre a aplicabilidade desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro deve incluir todas as possibilidades de defesa do indivíduo aos ataques externos à sua vida privada, o que inclui a discussão sobre o controle temporal e contextual de seus dados.

Outro componente ainda deve ser considerado dentro dessa dicotomia entre o público e o privado. Trata-se da possibilidade de controle temporal das informações que o indivíduo possa ter.

Nesse campo, o direito ao esquecimento encontraria a sua máxima expressão, visto que ser lembrado ou esquecido na sociedade da informação pode

trazer prejuízos a uns e lucros a outros, dentro um círculo vicioso de exposição da vida privada e do mercado de mídia.

O espaço público virtual vem lucrando com a perpetuação de determinados conteúdos e incitando a simpatia ou antipatia por determinadas ideias e pessoas. O *ciberespaço* tem definido o modo de vida, as afinidades ideológicas e os padrões comportamentais dos sujeitos.

No entanto, a identidade virtual criada pelas diversas informações divulgadas nem sempre corresponde à personalidade real, concreta, a qual, muitas vezes, está ofuscada pelo brilho da personalidade inventada virtualmente. Assim, nem sempre o que se vê no mundo virtual é o que corresponde ao mundo concreto, das formas.

Ademais, ao longo da existência, com as experiências acumuladas, o homem pode transformar-se. O que o sujeito tinha antes como ideologia pode transmutar-se, e, a partir de então, novas opiniões podem surgir e uma nova personalidade nasce.

Nesse contexto, uma pessoa pode sentir necessidade de modificar dados e informações a seu respeito que circulam na esfera pública, de modo que, nessa linha de raciocínio, “[...] impor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções”.¹³⁷

O controle temporal das informações constitui também um desafio na era informacional, pois a ele está atrelada a problemática da colisão entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade. E a arena de enfrentamento é justamente o *ciberespaço*.

Na realidade atual, o direito ao esquecimento na Internet representaria a possibilidade do controle temporal, contextual e espacial de conteúdo pessoal. Disso decorre a importância de se redefinir novas dimensões a respeito do público e do privado.

Nas palavras de Daniel Bucar, o direito ao esquecimento está intimamente relacionado à capacidade de autodeterminação:

Em termos mais amplos, o direito ao esquecimento permite que a pessoa, no âmbito da concretização de sua plena autodeterminação informativa, exerça o controle da circulação de seus dados após determinado período, mediante supressão ou restrição, ainda que estes tenham por conteúdo informações passadas e verídicas acerca do interessado.¹³⁸

¹³⁷ BUCAR, Daniel, Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Revista Civilística*, p. 9.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 10.

Neste momento, para complementar as ideias expostas, faz-se necessário pontuar alguns argumentos a respeito da autodeterminação informativa e do que ela representa no contexto da sociedade da informação.

3.2 Autodeterminação informativa e controle de dados na sociedade de vigilância

O controle de dados pessoais, tanto no aspecto temporal quanto no aspecto contextual, passa pelo conceito de autodeterminação informativa, que se traduz na possibilidade de um indivíduo determinar quais informações podem circular, no espaço público, a seu respeito.

Na dinâmica do presente trabalho, é possível afirmar que a autodeterminação informativa está intrinsecamente ligada ao conceito de privacidade de dados, que enseja uma esfera de proteção de dados pessoais ou sensíveis, e a de que forma o seu titular deseja expô-los para a sociedade da informação.

Entretanto, não se pode limitar o entendimento da autodeterminação informativa apenas ao viés da privacidade. É preciso também inseri-lo no conceito do direito de acesso à informação.

A esfera pública da informação traz como características a volatilidade e a velocidade de transmissão dos dados públicos e privados, cumprindo o seu papel de informar e de permitir o acesso à informação.

Nesse caminho,

[...] fundamental para identificar uma efetiva proteção às informações pessoais dos indivíduos numa sociedade informatizada é a possibilidade de que o controle sobre o armazenamento e a transmissão de dados possa ser realizado pelo titular da informação. Ou seja, é uma supervisão efetivada tanto em relação à justificação conferida por um interesse público no armazenamento de dados, como em relação à justificação de uma transmissão do conteúdo informativo a terceiros, reconhecida sempre a possibilidade de interferência do indivíduo nesse processo de acesso e correção de dados.¹³⁹

Assim, o armazenamento de dados e o controle de sua veiculação estão atrelados, ao mesmo tempo, aos princípios da privacidade, da transparência e

¹³⁹ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15, n. 107, out. 2013/jan. 2014, p. 830. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/14>>. Acesso em: 17 maio 2016.

publicidade, pois a existência de um dado ou informação pressupõe o seu acesso pelo interessado.

Essa dinâmica é bem exemplificada quando se fala de banco de dados cadastrais que armazenam informações pessoais em casos que envolvam negativação do nome por órgãos consumeristas. O indivíduo tem o direito líquido e certo de acessar e de se informar a respeito dos conteúdos que constam desses bancos de dados, para, enfim, poder modificar registros não correspondentes à realidade descrita.

Não se pode negar que o avanço tecnológico e a possibilidade de consentir a respeito do tratamento e da divulgação de dados tornam transparentes a atividade pública e a sua gestão. Contudo, encontram resistências em aparatos políticos e burocráticos temerosos de perder o poder que exercem sobre a sociedade.¹⁴⁰

A proteção efetiva da privacidade no mundo virtual vai depender da efetiva integração entre a liberdade de expressão e a vida privada, o que é essencial à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a autodeterminação informativa possui duas facetas: uma de cunho totalmente subjetivo, relacionada à privacidade do indivíduo; e outra, de ordem objetiva, que diz respeito às informações públicas, estatais, e sua manipulação. A dimensão subjetiva apresenta-se como a possibilidade de demandar o Estado em caso de violação da proteção da vida íntima, englobando também o dever do ente estatal de definir regras jurídicas reguladoras da utilização de dados pessoais. Já a dimensão objetiva refere-se à adoção de providências pelo Estado contra agressões de terceiros, internacionais ou não.¹⁴¹

Cumprir observar que a discussão sobre a autodeterminação informativa e o controle de dados por parte do Estado surgiu na Alemanha, em 1983, valendo ser aqui rememorada no intuito de se buscar um entendimento acerca do assunto.

O Estado Alemão, pautado na Lei do Censo (BGBI, I) determinou o recenseamento da população, com o objetivo de verificar o estágio de crescimento populacional do país, sua distribuição espacial e suas principais características socioeconômicas. Tal procedimento autorizava tanto a comparação entre dados

¹⁴⁰ RODOTÁ, Stefano, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 159.

¹⁴¹ CASTRO, Catarina Sarmiento. O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro. *E-Gov*, Brasília, 5 mar. 2011, p. 11-12. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-%C3%A0-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-informativa-e-os-novos-desafios-gerados-pelo-direito-%C3%A0-liberda>>. Acesso em: 21 maio 2016.

coletados e aqueles coletados e armazenados em órgãos públicos, como também a transmissão das informações coletadas às repartições públicas federais, municipais e estaduais.¹⁴²

Diante da possibilidade de ter os seus dados pessoais coletados e armazenados pelo Estado, a população alemã ajuizou várias reclamações ao Tribunal Constitucional alemão, sob o fundamento de que a lei e o ato do governo violavam diretamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O referido Tribunal entendeu ser constitucional a finalidade da Lei do Censo, na medida em que a coleta e o armazenamento de dados seriam realizados de forma a não prejudicar a dignidade da pessoa humana e tampouco o livre desenvolvimento da personalidade.

No entanto, era necessário salvaguardar direitos fundamentais e criar uma esfera de proteção ao indivíduo que não permitisse uma intervenção estatal. A partir daí, surgiu a ideia de autodeterminação informativa. Assim, segundo o Tribunal Constitucional alemão,

1. Tendo em vista as condições do moderno processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais é abrangida pelo direito geral da personalidade previsto no Art. 2, I GG cc, o Art. 1, I GG, O direito fundamental garante ao indivíduo o poder de decidir ele mesmo, em princípio, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais.

2. As restrições deste direito à “autodeterminação sobre a informação” são permitidas somente em caso de interesse. As restrições deste direito à “autodeterminação sobre a informação” são permitidas somente em caso de interesse predominante da coletividade. Tais restrições necessitam de uma base legal constitucional que deve atender ao mandamento da clareza normativa próprio do Estado de Direito. O legislador deve, além disso, observar, em sua regulamentação, o princípio da proporcionalidade. Também deve tomar precauções organizacionais e processuais que evitem o risco de uma violação do direito da personalidade.

3. No que tange às exigências constitucionais para essas restrições, deve-se distinguir entre dados pessoais que são levantados e manipulados individualmente, não anonimamente, e aqueles que são destinados a objetivos estatísticos. No levantamento de dados para propósitos estatísticos não se pode exigir uma vinculação estrita e concreta do propósito dos dados. Mas dentro do sistema de informação devem existir barreiras respectivas para compensação, em contraposição ao levantamento e manipulação da informação.¹⁴³

O julgado do Tribunal Constitucional alemão, aplicando o critério da proporcionalidade e os princípios do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana concedeu aos cidadãos alemães a possibilidade de decidir sobre

¹⁴² SCHWABE, Jürgen, *Cinqüenta años de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*, p. 233-234.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 234-235.

as ações ou informações que gostariam que fossem omitidas ou publicizadas. Nesse caso, as informações referentes às liberdades civis foram privilegiadas em detrimento do poder de coletar e armazenar informações do Estado.

O ponto de partida que fundamenta a decisão é o de que

Quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, e quem não consegue avaliar mais ou menos o conhecimento de possíveis parceiros na comunicação, pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação.¹⁴⁴

Posteriormente, a proteção de dados pessoais e sensíveis foi se desenvolvendo na Europa até que evoluísse para as diretivas que aqui já foram apresentadas. E não se pode ignorar que o aparato estatal continua a deter grande parte do controle de armazenamento e circulação de dados.

Cumprе acrescentar que os atentados de 11 de setembro de 2001, ocorridos nos Estados Unidos, bem como os constantes ataques de grupos radicais islâmicos a países europeus, colocaram em xeque a privacidade (autodeterminação informativa), sob o pretexto de garantia da soberania e da proteção nacional. Frente ao temor de outros ataques ao imperialismo norte-americano, o então presidente do país, George W. Bush, em 26 de outubro de 2001, determinou a implantação do chamado *Patriot Act*, que consistia em um decreto-lei com o objetivo de reforçar as barreiras de segurança nacional.¹⁴⁵

O *Patriot Act* afetou significativamente a privacidade dos norte-americanos, porque modificou alguns conceitos sobre as liberdades civis e o uso da Internet. Algumas das modificações implantadas foram: (i) a interpretação extensiva do conceito de grampo telefônico; (ii) a ampliação dos poderes das agências governamentais de segurança no tocante à vigilância; (iii) a diminuição dos mecanismos de restrição e controle do uso desses mesmos poderes; e (iv) a reclassificação de vários crimes digitais para terrorismo.¹⁴⁶

Assim, a manutenção da segurança nacional e a proteção de fronteiras justificariam as intervenções do Estado nas informações pessoais e sensíveis dos

¹⁴⁴ SCHWABE, Jürgen, *Cinquenta años de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*, p. 237.

¹⁴⁵ PATRIOT ACT. Disponível em: <<https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

¹⁴⁶ WILNER, Alessandro. *Privacidade on-line versus combate ao terrorismo*. São Paulo, 2001, sem paginação. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~is/ddt/mac339/projetos/2001/alessandro/2_PATRIOT.html>. Acesso em: 25 mai. 2016.

indivíduos, e, por conseguinte, promoveriam um estreitamento da esfera de proteção de liberdades civis.

As consequências máximas da ideologia da relativização da proteção das informações pessoais e da quebra de seu sigilo estão estampadas na prisão estadunidense implantada em Guantánamo, localizada em Cuba. Em ações ditas antiterroristas, o Estado norte-americano capturou centenas de “suspeitos” de participarem ou de facilitarem atos terroristas contra o país, e os enviou à referida prisão, onde foram, e ainda são, torturados, sem direito à ampla defesa e ao contraditório.

Essa prisão representa um retrocesso à sociedade livre e organizada, mas simboliza a força do poder de polícia de um Estado aliado às tecnologias utilizadas por seu serviço de inteligência secreta – *Central Intelligence Agency* (CIA) – e à sua ímpar arbitrariedade.

A análise mais detida no fato remete ao entendimento de que a privacidade, delineada no direito à autodeterminação informativa, representa, para a sociedade da informação, muito mais do que a proteção de uma esfera privada:

Partindo-se desta nova feição dos direitos da personalidade, e conseqüentemente do direito à privacidade, percebe-se como este deixa de ser a salvaguarda do isolamento individual para tornar-se instrumento de combate contra políticas de discriminação religiosa, políticas, sexuais, bem como toda sorte de informações de caráter privado.¹⁴⁷

O direito à autodeterminação informativa define contornos importantes para a garantia de valores essenciais à democracia, principalmente os que dizem respeito às liberdades constitucionalmente garantidas. O *ciberespaço* pode ser considerado um espaço “constitucional” pleno de garantias adequadas ao exercício das liberdades, que, como tantos outros espaços públicos, precisa ser estudado profundamente e regulado de uma maneira que lhe é própria.

Dessa forma, poder-se-ia evitar que o *ciberespaço* fosse um espaço público facilitador de abusos e violações de direitos fundamentais, passando a limitar a atuação até mesmo de grandes instituições políticas e do mercado.

Para Stefano Rodotà,

Se não se considera a Internet como um espaço “constitucional” e pleno de garantias adequadas, poderão prevalecer somente as lógicas da segurança e do controle. O rico arsenal de instrumentos tecnológicos ameaça se curvar em uma só direção. Estes se identificariam unicamente com a tutela

¹⁴⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira. O progresso tecnológico e a tutela jurídica da privacidade. In: CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz; IRIARTE, Erick; PINTO, Márcio Morena (Org.). *Informática e Internet: aspectos legais internacionais*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001, p. 71.

de uma ordem pública cada vez mais dilatada. E, de toda forma, prevaleceriam as lógicas do mercado, que já estão impondo suas próprias regras, visto que hoje a maioria das atividades *on-line* é de caráter comercial.¹⁴⁸

O modelo ideal de atuação pública e privada, dentro do *ciberespaço*, seria aquele baseado em uma regulamentação de coleta, uso e armazenamento de dados que valesse tanto para o Estado quanto para o indivíduo. Desse modo, não haveria violações nem a autodeterminação informativa, e tampouco no que se refere aos valores relacionados à manutenção da ordem social e da soberania do país.

No entanto, o uso da tecnologia vem consolidando o controle e a vigilância de dados e informações por parte do mercado (dominado por empresas como *Google* e *Microsoft*) e por órgãos governamentais. Se tais instituições públicas e privadas possuem equipamentos e profissionais capacitados para coletar e armazenar informações de toda a população, por consequência mantêm o privilégio de controlá-las e perpetuar o domínio sobre a massa.

O Estado e outras empresas do mercado tecnológico detêm para si o poder intrínseco à sociedade da informação: a vigilância. Saliente-se que tal vigilância é consentida pela população em troca da falsa sensação de segurança, do recebimento de certa vantagem ou de serviços de conveniência e equilíbrio nas relações virtuais.

Essa relação entre a vigilância do Estado e as liberdades individuais foi bem retratada por Michel Foucault, quando, se aproveitando do modelo arquitetônico (Panóptico) de Jeremy Bentham, estabeleceu diretrizes para uma forma eficaz de exercício do poder disciplinar àqueles que praticavam ilícitos.¹⁴⁹

A prisão seria arquitetada em forma de um edifício circular, no qual os alojamentos dos presos (ou vigiados de toda sorte) ocupariam a circunferência, separados entre si por repartições na forma de raios, que saem da circunferência em direção ao centro, de tal maneira que se impedisse qualquer comunicação entre eles. No centro do círculo, estaria presente uma torre de vigilância constante, permitindo a vigilância total e permanente dos presos.¹⁵⁰

¹⁴⁸ RODOTÁ, Stefano, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 169.

¹⁴⁹ Vide *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

¹⁵⁰ VIANNA, Tulio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 43-44. Disponível em: <https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3229/1/transparencia_publica_opacidade_privada.pdf>. Acesso em: 26 maio 2016.

Para Foucault,

Esse espaço fechado, recortado, vigiado em todos os seus pontos, onde os indivíduos estão inseridos num lugar fixo, onde os menores movimentos são controlados, onde todos os acontecimentos são registrados, onde um trabalho ininterrupto de escrita liga o centro e a periferia, onde o poder é exercido sem divisão, segundo uma figura hierárquica contínua, onde cada indivíduo é constantemente localizado, examinado e distribuído entre os vivos, os doentes e os mortos – isso tudo constitui um modelo compacto do dispositivo disciplinar.¹⁵¹

O modelo analisado por Foucault atrela a ideia de vigilância ao poder. Aquele que a possui consegue controlar de forma coletiva o comportamento, as ideias e as intenções dos indivíduos, que, monitorados e examinados em suas mais íntimas atitudes, se rendem ao domínio do vigilante.

Essa relação, transportada para a sociedade, traduz em parte a realidade em que se vive atualmente. Aqueles que dominam a vigilância sobre dados e informações se destacam e detêm uma forma de poder hierarquizado. O controle sobre os indivíduos se dá justamente por meio daquilo que eles produzem como informação ou dado sensível, seja por meio de uma publicação ou postagem de arquivo via rede social, seja pela coleta de informações por bancos de dados cadastrais.

O panoptismo traduz em parte essa relação, porque se apresenta de forma estática, e a sociedade da informação é caracterizada pelo seu potencial de transformação, de fluidez de conceitos e crenças.

No entender de Zygmunt Bauman, o modelo de sociedade contemporânea não se restringe ao panoptismo estático de Foucault. Ele afirma que a sociedade atual é pós-panóptica:

O que importava no panóptico era que os encarregados “estivessem lá”, próximos, na torre de controle. O que importa, nas relações de poder pós-panópticas é que as pessoas que operam as alavancas do poder de que depende o destino dos parceiros menos voláteis na relação podem fugir do alcance a qualquer momento – para a pura inacessibilidade.¹⁵²

O poder de vigilância está diluído entre vários vigilantes, os quais, pela fluidez e pela velocidade na transmissão de dados e informações, podem se alternar instantaneamente, de acordo com as condições favoráveis ou desfavoráveis da economia, do mercado e da política.

¹⁵¹ *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, p. 221.

¹⁵² *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 11.

Na maioria das vezes, os vigiados não variam ou se alternam, sendo compostos por uma massa social (proletária ou burguesa) acrítica, que não consegue dimensionar os reais benefícios e prejuízos que a Internet e a sua atuação no *ciberespaço* podem trazer.

Dessa forma, não se pode mais considerar a privacidade nos moldes tradicionais como um direito individual de ter protegida a sua esfera privada. É preciso questionar a atuação das esferas pública e privada diante dos avanços tecnológicos e, além disso, a possibilidade de, a todo o tempo, se conviver com a vigilância de quem domina o mundo real e o mundo virtual.

O modelo de esfera pública e agir comunicativo para promover uma sociedade democrática, pensado por Habermas, não se adequa aos novos paradigmas trazidos pela sociedade da informação. E tampouco o modelo engessado de controle social que tem como consequência uma vigilância estática.

Os conceitos apresentados por esses autores, apesar de se caracterizarem como base para o entendimento da sociedade moderna e contemporânea, não conseguem solucionar as questões da privacidade, da restrição de direitos fundamentais e da vigilância do Estado e do mercado sobre os indivíduos.

O grande exemplo do quanto se está vulnerável na esfera individual de privacidade aconteceu em 2013, quando o norte-americano Edward Snowden, que trabalhava como analista de segurança na CIA, afirmou que a Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos – *National Security Agency* (NSA) – monitorava informações com a colaboração da *Microsoft*, do *Facebook*, do *Yahoo* e de outras empresas ligadas à Internet.¹⁵³

A agência de segurança norte-americana mantinha um programa secreto, em parceria com as citadas empresas, para coleta e armazenamento de dados dentro do território americano (de civis até Chefes de Estado), e até mesmo de dados fora do país, em países como a França e o Brasil.

O Estado norte-americano se defendeu, alegando que o monitoramento telemático e as interceptações de ligações telefônicas e eletrônicas se justificavam para garantir a segurança nacional contra os ataques terroristas, bem como para

¹⁵³ AS PRINCIPAIS revelações de Edward Snowden. *Portal G1*, [S.l.], 12 jul. 2013, sem paginação. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/as-principais-revelacoes-de-edward-snowden.html>>. Acesso em: 27 maio 2016.

investigar eventuais suspeitos que residiam no país – o que não convenceu a opinião pública internacional.

Tanto a população norte-americana quanto os países envolvidos na espionagem reagiram negativamente ao fato ocorrido, retomando o debate sobre a privacidade e a esfera de atuação do Estado na coleta e no armazenamento indistinto de informações. E, como resposta ao ocorrido, o Congresso norte-americano reconheceu a necessidade de reformas na política de proteção de dados, aprovando um projeto de lei que pretende refrear a coleta e o armazenamento indiscriminados de metadados na sociedade.¹⁵⁴

No Brasil, a derrocada da privacidade vem de longa data e, recentemente, ficou evidenciada nos casos de quebra de sigilo de comunicações (e informações), com a chancela do Poder Judiciário, com discutível fundamentação na legislação, e até mesmo na Constituição Federal, de modo a instigar o debate social a respeito da privacidade e dos valores e ideais que sustentam a própria democracia.

Trata-se da mais famosa operação policial-político-judiciária já existente no país, a “Operação Lava Jato”. Em que pese tenha sido elaborada sob os auspícios de uma investigação com o fito de se apurar a ocorrência de crimes de lavagem de dinheiro envolvendo conhecidos personagens do mundo político-partidário, a mencionada operação se transformou na maior campanha moderna de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro já conhecida – ou, ao menos, já propagandeada.

Apresentando números superlativos¹⁵⁵ em seus resultados até esta data (mais de 1.200 procedimentos instaurados; quase 600 mandados de busca e apreensão expedidos; 207 pessoas denunciadas por corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, lavagem de dinheiro, entre outros; quase 40 bilhões de reais em pedidos de ressarcimento ao erário; quase três bilhões de reais já recuperados via acordos de colaboração ou repatriação etc.), se o caso inaugurou uma nova fase não apenas para a Justiça Penal brasileira, acabou por consolidar um comportamento deveras questionável dessas mesmas instituições, nas quais se

¹⁵⁴ Cf. ESPOSITO, Richard; COLE, Matthew; SCHONE, Mark. Exclusive: Edward Snowden gives wide-ranging interview to Brian Williams. *NBC News*, [S.l.], 22 maio 2014. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/storyline/nsa-snooping/exclusive-edward-snowden-gives-wide-ranging-interview-brian-williams-n110351>>. Acesso em: 27 maio 2016.

¹⁵⁵ Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. *A Lava Jato em números*. Brasília, 2016b, sem paginação. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados>>. Acesso em: 27 maio 2016.

relativizam direitos fundamentais (como o da proteção à intimidade e o da presunção de inocência) em prol da exploração midiática do trabalho desenvolvido.

Há cerca de 10 anos, a Polícia Federal do Brasil e o Ministério Público Federal passaram a divulgar, via suas respectivas assessorias de imprensa, todas as operações que consideravam relevantes, a fim de que a opinião pública pudesse conhecê-las melhor, justificando, ainda, que essa atitude nada mais seria do que corolário do princípio da publicidade de que trata o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Sempre com apelidos que supostamente refletiriam a sabedoria dos investigadores a cargo dessas investigações, tal comportamento midiático começou a atingir novos patamares com a indigitada “Operação Satiagraha” – cujo mote era a investigação de desvio de verbas públicas, corrupção e lavagem de dinheiro. Diversas personalidades do mundo político, bancário e jurídico foram alvo dessas investigações e tiveram seus nomes expostos em todo o meio midiático disponível, na forma impressa ou eletrônica, rádio ou televisiva.

Foram anos de investigação, com seus passos quase milimetricamente expostos nas redes televisivas da grande mídia, nos horários tidos como “nobres” por roubarem a atenção da população. Palavras duras, condenações prévias e arrebatamento da população menos esclarecida eram o expediente mais comum no noticiário de então – que, por sua vez, também expôs, de forma absolutamente indevida, várias pessoas acusadas nas seguintes operações:¹⁵⁶ “Grandes Lagos”, de 2006, contra frigoríficos da região de Jales, no estado de São Paulo; “Navalha”, de 2007, contra esquemas de corrupção em obras públicas feitas pelo Governo Federal; “Pasárgada”, de 2008, contra esquemas de liberação irregular do fundo de Participação dos Municípios na Bahia, no Distrito Federal e em Minas Gerais; dentre tantas outras igualmente expostas à exaustão.

Não raras vezes, nessas investigações, meros acusados são tratados como comprovados criminosos, atitude típica de regimes totalitários acobertados por uma imprensa não letrada em Ciências Jurídicas, a qual ignora formalmente o postulado constitucional da presunção da inocência, com o nítido afã sensacionalista de que

¹⁵⁶ Vide BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Federal. *Resumo das operações*. Brasília, 2016a, sem paginação. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/estatisticas/operacoes/2008>>. Acesso em: 27 maio 2016.

isso lhe trará grandes resultados financeiros. Confunde-se a criticidade jornalística com a ilegalidade plena, a combatividade com a falta de respeito. Simples assim.

Essa circunstância midiática mostrou também o que de mais triste pode acontecer com aqueles que se dispõem a estar em evidência: elevou à enésima potência a vaidade cega de alguns agentes públicos, os quais passaram a privilegiar o *status* da fama em detrimento do *status* legal – passando de largo a obediência à Lei Maior. Até que o também obnubilado Poder Judiciário começou a analisar mais detidamente os casos em questão, culminando até mesmo com a anulação por violação de sigilo profissional e fraude processual justamente daquele que foi um dos casos mais midiáticos: a “Operação Satiagraha”.¹⁵⁷

O poder de vigilância brasileiro, assim, atropela a razoabilidade ao malferir a privacidade de todos esses acusados pelo denunciamento da cobertura jornalística dessas investigações – não sendo difícil supor que mesmo aqueles que foram inocentados pela Justiça nunca mais conseguirão retornar a normalidade de suas vidas ao *status quo ante*, haja vista que dados sensíveis imprestáveis a essas investigações também são divulgados indistintamente.

Finalizando este parêntese e voltando à “Operação Lava Jato”, não se sabe, neste momento, se ela receberá o mesmo fim da “Operação Satiagraha”. Entretanto, ainda que tal não seja o seu resultado, há evidente similitude de irregularidades que tecnicamente podem conduzi-la ao mesmo destino.

Isso porque, embora a indigitada investigação tenha se iniciado com justo e lícito propósito, suas instituições condutoras acabaram novamente por extrapolar os limites legais garantidos pela Constituição Federal, até mesmo com os seus “alvos” mais célebres do mundo político-partidário e empresarial, divulgando não apenas aquilo que eventualmente está circunscrito à realidade daqueles autos, mas escancarando as entranhas de uma interpretação equivocada daquilo que seus servidores juraram proteger.

Mas, qual a razão de se suplantar o poder de vigilância inerente a tais investigações com inegável vilipêndio às garantias do Texto Maior que deveriam ser absolutamente respeitadas e cumpridas pelos entes estatais? No imaginário popular iletrado (e hodiernamente letrado também), tem-se que doutra forma não se

¹⁵⁷ ANULAÇÃO da Satiagraha e condenação de Protógenes transitam em julgado. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 19 ago. 2015, sem paginação. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-19/anulacao-satiagraha-condenacao-protogenes-sao-definitivas>>. Acesso em: 27 maio 2016.

conseguiria atingir tais “alvos” mais célebres, dado que o Poder Judiciário é moroso demais e se apresenta como um dos responsáveis pela sensação de impunidade que é intimamente ligada aos corruptos e corruptores.

Esse é um verdadeiro estado de exceção, do qual bem tratou Giorgio Agamben:

Uma opinião recorrente coloca como fundamento do estado de exceção o conceito de necessidade. Segundo o adágio latino muito repetido (uma história da função estratégica dos *adagia* na literatura jurídica ainda está por ser escrita), *necessitas legem non habet*, ou seja, “a necessidade não tem lei”, o que deve ser entendido em dois sentidos opostos: “a necessidade não reconhece nenhuma lei” e “a necessidade cria sua própria lei” (*necessite fait loi*). Em ambos os casos, a teoria do estado de exceção se resolve integralmente na do *status necessitatis*, de modo que o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema da legitimidade daquele. Um estudo da estrutura e do significado do estado de exceção pressupõe, portanto, uma análise do conceito jurídico de necessidade.¹⁵⁸

E o autor ainda conclui:

O *status necessitatis* apresenta-se, assim, tanto sob forma do estado de exceção quanto sob a forma da revolução, como uma zona ambígua e incerta onde procedimentos de fato, em si extra ou antijurídicos, transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em meto fato; um limiar portanto, onde fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis.¹⁵⁹

Não se nega que o combate à corrupção seja um esforço impossível de ficar adstrito à atividade policial preventiva ou repressiva, pois, se de fato está enraizado na matriz histórica brasileira, obrigatoriamente deve também contar com um conjunto de medidas educacionais para ser efetivo. Mas não se pode tolerar, sob pena de se malferir de morte o Estado Democrático de Direito, que as antijuridicidades demonstradas até este momento sejam justificadas pelo imaginado estado de necessidade (ou de exceção) em que este país estaria inserido.

Esse desequilíbrio pode ter atingido um ápice no curso dessa “Operação Lava Jato”, quando se soube que uma autoridade pública com o poder para exercer a atividade jurisdicional determinou fossem divulgadas gravações telefônicas desamparadas de ordem precedente (ou, após o término do prazo em que vigia a ordem de sua coleta), na qual os interlocutores eram, respectivamente, a atual presidente da República (afastada) e seu imediato ex-presidente.

A absurda divulgação ilegal dessa interceptação telefônica (também ilegal) erigiu uma maior desconfiança até mesmo no Poder Judiciário, que era o responsável pela salvaguarda dos valores caros que a sociedade anseia para se

¹⁵⁸ *Estado de Exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 40.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 42.

manter organizada e pacífica, notadamente porque seus contornos desbordaram da ilicitude e impactaram a fragilizada opinião pública nacional, não apenas pelo conteúdo divulgado, mas, sobretudo, pelo acirramento da polarização política que o país atravessa.

Não se imagina ser possível que as vítimas desse vazamento ilícito consigam controlar o acesso ao conteúdo da divulgação indevida, seja por se tratar de personalidades do mundo político, seja por sua repercussão internacional, ou, ainda, pelo registro histórico do momento político-partidário atual: não há a mínima possibilidade de se excluir o que foi divulgado.

Nessa linha de pensamento, o conceito de estado de exceção trazido por Agamben define com exatidão o momento que atravessa o Estado Democrático brasileiro e suas instituições, principalmente o Poder Judiciário, frente à manipulação de normas que restringem cada vez mais os direitos fundamentais.

3.3 O Poder Judiciário e o desafio da efetivação do direito ao esquecimento

Diante das inquietações apresentadas, não se pode negar o importante papel que o Poder Judiciário exerce e exercerá em um futuro mais próximo, na solução de conflitos na esfera virtual. Trata-se de verdadeiro ativismo judicial, diante da inércia dos Poderes Executivos e Legislativo.

Os casos elencados neste trabalho revelam a atuação judicial proferindo sentenças e acórdãos, determinando a aplicação de um direito que não existe no Brasil e que nem sequer fora imaginado pelo órgão legislativo. Não há emendas constitucionais ou projetos de lei direcionados à solução do tema, que, ligado ao conceito de sociedade da informação, se reproduz incessantemente.

Diferentemente da União Europeia, o Brasil não possui um órgão independente capaz de regular e solucionar os conflitos advindos da era virtual, especificamente os relativos à proteção de dados pessoais, à autodeterminação informativa e à vigilância constante do Estado sobre tais informações.

O papel do Supremo Tribunal Federal será o de verdadeiro legislador, quando do julgamento do citado Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 833248, que fora tratado como matéria para repercussão geral. Nesse caso, fica evidente o que se chama de *Supremocracia*.

Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira:

O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro.¹⁶⁰

O termo *Supremocracia*, mencionado pelo autor, refere-se tanto à autoridade estabelecida pela Constituição Federal de 1988 ao órgão em questão quanto à expansão dessa autoridade em relação aos demais Poderes. Vieira continua explicando sobre a expressão:

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias.¹⁶¹

A aplicação do direito ao esquecimento no *ciberespaço* tem sido desenhada pelas decisões e acórdãos proferidos até o momento, o que confirma a posição soberana dos Tribunais Superiores e a eficácia de suas determinações na vida prática.

Não obstante a posição ativa e consolidada desses Tribunais, o tema em questão desafia as decisões até então proferidas para irem além, pois os percalços da sociedade da informação, agregada em rede, são diferentes daqueles que constituem a sociedade concreta.

O problema da veiculação de informações indesejadas ou inverídicas na rede mundial de computadores se mostra com um dos obstáculos a serem resolvidos pelo Judiciário, segundo o que prevê o Marco Civil da Internet em seus artigos 19 e 21, já explicados anteriormente.

Por consequência, caberá ao Judiciário decidir sobre a exclusão ou a manutenção do conteúdo na rede mundial de computadores, apesar de o próprio indivíduo ter a opção de notificar o provedor de conteúdo sobre aquilo que não deseja ver publicado. Daí ser nítida a atuação do Poder Judiciário não só para

¹⁶⁰ Supremocracia. *Revista de Direito da FGV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008, p. 444.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 445.

solução do conflito, como também para determinar a efetividade de um novo direito, e, portanto, o exercício do ativismo judicial.

A questão que se impõe é: o alcance da informação indesejada vai muito além do território nacional. A Internet transpõe barreiras de quaisquer países e leva consigo os dados e as informações dos indivíduos.

Assim, por mais que uma pessoa consiga uma ordem judicial para determinar que aquele que publicou informações indesejadas faça a exclusão das mesmas e se abstenha de republicá-las em um determinado sítio (*website*), o infrator pode acatar a ordem, mas pode divulgar tal informação em outro *website*.

Caso o fato venha a ocorrer, a vítima seria obrigada a mover mais uma ação judicial contra o infrator. E se o fato ocorrer centenas e milhares de vezes, a busca pelo amparo judicial se repetirá nessa proporção, contra o mesmo agressor ou vários, causando grandes transtornos para eficiência do caso.

Para Marcel Leonardi,

Se uma ordem judicial de remoção de determinado conteúdo de um *Web site* e dirigida a um provedor de hospedagem, nada impede que o titular desse *Web site*, autor do ato ilícito, publique esse mesmo conteúdo utilizando um outro provedor de hospedagem, o que igualmente acarretará a necessidade de nova ordem judicial para alcançar o novo provedor – que, por sua vez, não estará necessariamente sujeito a jurisdição nacional, já que o autor do ilícito procurara, provavelmente, os serviços de um provedor localizado em um outro país, de modo a dificultar o cumprimento da medida, e continuar veiculando o material ilegal, até que seja pessoalmente impedido de fazê-lo.¹⁶²

A notícia ou informação indesejada pode se tornar um verdadeiro tormento para a vítima, que, na contramão, tem a intenção de excluí-la. E quanto mais avança na luta de manter a sua privacidade, tanto mais pública e notória se torna a informação, dadas a liquidez e a velocidade com que transitam as informações no *ciberespaço*.

A existência dessas situações, em que a tentativa de remoção de *links* ou dados alcança um efeito reverso, ou seja, a informação é retransmitida e republicada de forma viral em outros sítios virtuais, é o que Mike Masnick chamou de “*Efeito Streisand*”.¹⁶³

O nome dado ao fenômeno é baseado em um incidente que ocorreu com a cantora Barbara Streisand, em 2003, quando ela processou um *site* de fotos *on-line*,

¹⁶² *Tutela e privacidade na Internet*, p. 349.

¹⁶³ Since when is it illegal to just mention a trademark online? *Tech Dirt*, [S.l.], 5 jan. 2005, sem paginação. Disponível em: <<https://www.techdirt.com/articles/20050105/0132239>>. Acesso em: 28 maio 2016.

requerendo uma indenização de 50 milhões de dólares e exigindo a remoção de uma fotografia aérea de sua casa de praia em Malibu, pois a exposição da foto invadia a sua privacidade.¹⁶⁴

O fato fora noticiado à mídia e a imagem da casa da cantora, até então desconhecida, foi acessada e reproduzida milhares de vezes em diversos *sites*, como forma de represália à notícia da existência da ação judicial.¹⁶⁵

No Brasil, o exemplo clássico desse efeito foi o caso envolvendo a modelo Daniela Cicarelli, que foi filmada em uma praia da Espanha, com seu namorado à época, em momentos íntimos. O casal entrou em juízo com uma tutela inibitória para que os vídeos parassem de circular e para que fosse tirado de circulação do *Youtube*. A liminar foi concedida, mas a empresa *Google* não conseguiu segurar a reprodução e a republicação da notícia em outros sítios por usuários que protestaram contra o bloqueio do *Youtube*.

Esse tipo de demanda desempodera o Poder Judiciário, na medida em que qualquer decisão ou atitude para inibir determinado comportamento é inócua diante da ação de grupos que ocupam o *ciberespaço*. A arquitetura desse espaço é peculiar e as formas seculares de aplicação do direito positivado não se enquadram mais para a solução de casos que envolvem as novas tecnologias.

Isso demonstra que o direito posto não alcança todas as situações que vêm surgindo com o uso da Internet. Quando surgem conflitos a serem resolvidos, o Judiciário extrapola suas funções, toma para si o poder de legislar e profere a sentença. Mas, em casos como os acima citados, o Judiciário se vê impotente, sobretudo por não conhecer especificamente o funcionamento e a arquitetura da sociedade em rede, e por ser ineficaz a decisão proferida.

Esse é um dos mais importantes desafios para o Poder Judiciário diante do uso da Internet e da proteção de dados: validar suas decisões entre as partes e garantir a segurança jurídica de tais decisões para que tenham eficácia perante a sociedade. “Como se percebe, se é verdade que o ‘efeito Streisand’ funciona como

¹⁶⁴ WIKIPEDIA. *Efeito Streisand*. [S.l.], 2016, sem paginação. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Efeito_Streisand>. Acesso em: 28 maio 2016.

¹⁶⁵ MASNICK, Mike. Photo of Streisand home becomes an internet hit. *Tech Dirt*, [S.l.], 24 jun. 2003, sem paginação. Disponível em: <<https://www.techdirt.com/articles/20030624/1231228.shtml>>. Acesso em: 28 maio 2016.

uma forma criativa de protesto contra medidas injustas, muitas vezes ele se equipara a uma verdadeira desobediência civil injustificada".¹⁶⁶

Por esse ângulo de funcionamento do sistema, o direito ao esquecimento na Internet não seria uma ferramenta viável, posto que, além da vigilância constante por parte do mercado e do Estado sobre os dados e as informações dos indivíduos, a estrutura da própria rede não permite que qualquer informação seja apagada ou esquecida.

A reprodução da informação atinge uma velocidade e fluidez tamanha que já não é possível controlá-la nem com medidas judiciais nem mesmo removendo os dados ou conteúdos dos motores de busca.

Nesse sentido, é preciso pensar novos critérios para regular a rede e o seu uso, para, então, efetivar um possível direito ao esquecimento, sem que este represente a censura ou a violação à memória histórica do país.

A avaliação deve recair também sobre a postura ativista do Poder Judiciário, que tem atuado na solução de casos concretos envolvendo delitos virtuais. Muito além da determinação do pagamento de indenização por danos morais e materiais, o Judiciário deve ser capaz de estabilizar conflitos e resgatar a confiabilidade na Justiça e em suas decisões.

Outro conceito a ser considerado é o da privacidade, que não deve ter como parâmetros somente o espaço público ou o privado. A exposição em espaço público não pode ser o critério determinante para aferir a violação ou não de privacidade. Insistir em uma noção binária de privacidade significa dividir o mundo em locais públicos e privados, sem reconhecer as inúmeras nuances que existem entre essas duas extremidades.¹⁶⁷

Os critérios apresentados pelos Tribunais para a concessão do direito ao esquecimento na Internet, ou para a exclusão de dados, apresentam-se insuficientes, pois a importância, a contemporaneidade e a historicidade da notícia ou do dado podem ser relativizadas de acordo com os valores e os ideais presentes na atual sociedade da informação.

A sociedade da informação impõe novos desafios ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo, uma vez que são necessários novos contornos legais para regular as relações virtuais e os conflitos daí advindos.

¹⁶⁶ LEONARDI, Marcel, *Tutela e privacidade na Internet*, p. 355.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 366.

CONCLUSÃO

A sociedade da informação, produto da revolução tecnológica que ocorreu a partir dos anos de 1970, trouxe consigo um considerável avanço nas Ciências, facilitando a vida de muitas pessoas e modificando estruturalmente a forma de se relacionar dos indivíduos.

O espaço virtual, onde a maioria das pessoas se relaciona e troca informações mediante de perfis e redes sociais, tornou-se a arena de grandes enfrentamentos. Isso porque os indivíduos debatem e publicam notícias com maior velocidade e transparência, ora expondo sua intimidade ao compartilhar conteúdos particulares, ora tendo a privacidade violada pela publicização de conteúdos não autorizados.

Nesse sentido, a interpretação do conceito de privacidade deve ser ampliada para se adequar à nova dinâmica tecnológica e à redefinição dos conceitos de espaço público e espaço privado. Não se pode conceber a privacidade somente como o direito de ser deixado em paz, sendo necessário considerá-la, também, como a maneira como o indivíduo deseja ser conhecido ou lembrado no *ciberespaço*.

Essa ampliação do conceito de privacidade, sob uma ótica objetiva, altera a sua concepção clássica de expectativa de proteção de direito e alcança uma outra dimensão, a da determinação da publicidade, de dados ou informações. E, nesse caso, há estreita relação entre a privacidade e o controle espacial, contextual e temporal de dados.

Na medida em que o próprio indivíduo pode controlar a informação sensível ou pessoal que a ele se refere, ele determina para si a esfera de proteção da privacidade que deseja ter. Diante disso, torna-se importante sopesar o consentimento sobre o que será publicado na rede, ou até mesmo coletado e armazenado em bancos de dados.

O Marco Civil da Internet, que tem como pedra fundamental a proteção da privacidade e também dos dados (artigo 3º, incisos II e III), trouxe, em seu corpo (artigo 7º, inciso IX), que todo tratamento de dados ou informações deve vir acompanhado de concordância prévia do interessado. Ou seja, o indivíduo tem a opção de querer publicá-los ou não.

Enquanto o titular dos dados consentir que eles sejam tratados e publicados, não há grandes problemas; a questão é quando o titular não quer mais ver

informações suas, seus dados pessoais ou sensíveis, circulando no *ciberespaço*. Foi esse o grande desafio proposto pelo presente trabalho.

Seria possível se aplicar ou efetivar um direito, no Brasil, que excluísse os dados indesejados dos *websites*? Considerando-se a fluidez e a velocidade com que as informações são transmitidas e retransmitidas, e admitindo-se que fica quase impossível localizar com exatidão o sítio onde está hospedada a informação matriz, a conclusão é no sentido negativo. Não há como efetivar o direito ao esquecimento na Internet, dada a indeterminação do alcance da informação nesse espaço.

Caso haja violação do consentimento na Internet e a informação seja publicada ou republicada, é possível, pelo Marco Civil da Internet, artigo 7º, inciso X, pedir a exclusão desse conteúdo. Contudo, tal previsão não se enquadra exatamente no conceito de direito ao esquecimento, mas sim no direito de desindexação.

A desindexação é o direito que o titular do dado ou informação tem de retirá-la, visto que não autorizada, de circulação no *ciberespaço*; já o direito ao esquecimento é a possibilidade de exclusão definitiva, de modo que a pessoa reescreva a sua própria história de uma forma diferente. No espaço virtual, por todos os motivos elencados, não é possível reescrever uma história de vida. O que foi compartilhado não consegue ser apagado.

Nesse sentido, as diretivas da União Europeia são pioneiras no assunto e regulam a matéria de proteção de dados. A principal delas, a Diretiva nº 95/46/CE, trata especificamente da livre circulação e da proteção de dados pessoais na União Europeia, seguida de outras que vieram a complementar tal proteção.

A referida diretiva serviu como base em decisão, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso “Mario Costeja”, e, a partir de então, consolidou-se o entendimento de que os motores de busca na Internet realizam a manipulação de dados pessoais e, portanto, devem ser compelidos a remover dos resultados de busca as informações indesejáveis.

O direito de remover dados tomou proporções maiores e, em 2010, a Comissão do Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia elaboraram um documento que transpusesse as indicativas contidas nas diretivas em direito positivo. O regulamento fora aprovado em abril do presente ano e prevê o direito ao esquecimento no espaço virtual em seu artigo 17.

O artigo 17 do citado regulamento apresentou um avanço para a Comunidade Europeia, no entanto, a possibilidade de excluir dados pessoais ou sensíveis tem o

seu exercício restrito, quando, por exemplo, confrontado com o exercício do direito à liberdade de expressão, ou por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, ou, ainda, quando a informação se referir à investigação histórica, estatística ou científica.

Nesse contexto, o Brasil não possui uma legislação específica de proteção de dados, e tampouco um órgão regulamentador das questões de coleta, armazenamento e publicação dos mesmos. O Marco Civil da Internet, aprovado recentemente, possui lacunas a respeito do tema, tanto que há um projeto de lei, de nº 4.060/2012, que, se aprovado, trará complementaridade a conceitos como exercício do consentimento e o que se deve considerar como dados pessoais, sensíveis e anonimizados.

Diante da incerteza a respeito da aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, o Poder Judiciário, provocado por interessados, emitiu, em suas decisões, alguns parâmetros e critérios para viabilizar a aplicação do instituto aos casos concretos.

Ressalte-se que as decisões emanadas no Superior Tribunal de Justiça tratam restritamente da aplicação do direito ao esquecimento no mundo concreto, e não no mundo virtual. Sobre o mundo virtual, há de se contentar com a interpretação vaga e imprecisa do Marco Civil da Internet.

Os casos paradigmáticos encontram-se nos recursos especiais, encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, sob os números 1.334.097/RJ e 1.335-153/RJ. Tratam-se, respectivamente, dos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”.

Como se viu, o caso “Chacina da Candelária” retrata a situação de um indivíduo que foi denunciado como partícipe dos homicídios ocorridos em frente à Igreja da Candelária, na cidade do Rio de Janeiro. O acusado foi absolvido, e, anos mais tarde, a Rede Globo de Televisão, por meio do programa “Linha Direta”, veiculou toda a história ocorrida, mostrando, inclusive, a imagem do acusado sem a sua autorização prévia.

O homem prejudicado ajuizou uma ação contra a rede de televisão, pedindo danos morais pela apresentação do programa sem que houvesse autorização sua para a veiculação de imagens, e afirmando que a exibição do programa só havia lhe trazido constrangimentos, de sorte que gostaria de ter reconhecido o direito ao esquecimento para recomeçar a sua vida em paz.

Nesse caso, foi reconhecida a aplicação do direito ao esquecimento, sob os seguintes argumentos: o programa poderia ter sido exibido sem citar o nome do requerente; não havia interesse público que justificasse a exibição do caso; e, por fim, a veiculação do programa feriu a esfera íntima do requerente, e, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que deveria ser aplicado o que prevê o Enunciado nº 531 do Conselho Nacional de Justiça.

O mesmo programa televisivo ainda exibiu o caso de Aída Curi, uma moça que, em meados dos anos de 1950, foi estuprada por três rapazes e atirada de um prédio, vindo a falecer. Os familiares, indignados com a veiculação do fato pelo programa, ajuizaram ação de indenização contra a Rede Globo, requerendo o direito ao esquecimento. A rememoração do crime trazia dolorosas lembranças aos irmãos da vítima, os quais desejavam que não fosse mais lembrado o episódio trágico.

O direito ao esquecimento não foi reconhecido nesse caso, porque presentes os critérios da historicidade e da contemporaneidade, bem como porque a história não poderia ser contada sem que se mencionasse o nome de Aída. A família da vítima recorreu até o Supremo Tribunal Federal, que deverá julgar o caso em uma repercussão geral.

As controvérsias marcaram o julgamento desses dois casos emblemáticos. O Poder Judiciário não demonstrou indícios de que realmente está preparado para tratar do assunto no âmbito concreto, quanto mais no âmbito virtual, pois as decisões proferidas não consideram aspectos como: quem são os legitimados ativos para propositura do direito ao esquecimento? Tal direito será aplicado sempre após uma violação? E como fica a memória social, os dados históricos, diante da possibilidade de aplicação do instituto? Há possibilidade de censura?

A essas perguntas os julgados não conseguiram responder, e a atuação do Poder Judiciário foi superficial, posto que não abarcou temas relevantes como censura e memória social, e dissociada da realidade, ao desconsiderar o contexto da sociedade da informação e seus paradigmas, como a penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias e a utilização da tecnologia como matéria-prima.

Nesse sentido, o grande desafio a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da repercussão geral no recurso extraordinário com agravo (ARE) nº 833248, é o de uniformizar a matéria tanto na esfera concreta quanto na esfera virtual, considerando a arquitetura da rede e os constantes conflitos que dela surgem.

A sociedade em rede exige soluções cada vez mais rápidas para situações cada vez mais inusitadas, e um Judiciário cada vez mais eficaz, dado o volume de demandas que envolvem disputas no *ciberespaço*. Para atingir a eficiência, é preciso entender o funcionamento da rede, a forma de manipulação de poder que dela emana e o relacionamento entre os seus usuários através de seus perfis.

A grande tentativa em acertar uma solução apresentou-se na decisão sobre o caso “Xuxa *versus* Google”, em que a apresentadora reclamou, em juízo, o direito de ver o seu nome desindexado dos motores de busca associados ao termo “Xuxa pedófila”. A requerente queria que a sua reputação atual não fosse associada àquela, no passado, quando participou de um filme (“Amor, estranho amor”), no qual protagonizou cenas eróticas com um menor.

Apesar de o processo estar muito bem fundamentado, a apresentadora não obteve êxito total em sua demanda, porque não indicou uma URL específica de onde poderiam estar partindo as informações agressivas à sua personalidade. Mas ela conseguiu que as informações fossem desindexadas dos motores de busca, especialmente do mais famoso deles: o *Google*.

O Judiciário poderia ter ido mais além em sua decisão e rastreado a URL específica de onde partia a informação, exigindo que as agressões na rede cessassem, já que os motores de busca têm a capacidade de armazenar e de tratar as informações que recebem, de modo que a informação poderia ser contida.

Todavia, mesmo que fosse possível indicar em quais sítios específicos estaria hospedada a informação, não seria possível controlar a sua reprodução no ambiente virtual, e, assim, impossível decretar um efetivo direito ao esquecimento.

Outro fator que se deve considerar é a constante vigilância por parte de órgãos estatais e órgãos empresariais a que todos estão sujeitos. Nem mesmo o Judiciário pode escapar a essa análise, pois a decisão proferida em sua esfera pode não ter valor algum quando se dimensiona o avanço tecnológico na área de vigilância de dados.

A modernidade líquida, conceito trazido por Zygmunt Bauman, pressupõe a mudança de tempo e espaço nas relações, que, perfazendo a rede mundial de computadores, se tornam líquidas, mutáveis. Não existe um modelo sólido para a sociedade da informação; as ideias, os comportamentos e os padrões estão sendo mudados a todo instante, de maneira muito veloz.

Nesse sentido, o conceito de Bauman sobre sociedade da informação supera os conceitos de Habermas e Foucault, pois retrata a vigilância e sua reprodução ideológica como instrumento de controle social e de informações. Não há espaço para o agir comunicativo nem para a construção de uma esfera pública; outrossim, há uma imposição de ideias e a manipulação do ordenamento jurídico por parte daqueles que detêm o poder de vigilância.

Ressalte-se que o controle social e de informações, antes determinado por órgãos estatais, está agora diluído entre aqueles que conseguem, diante dos avanços tecnológicos, investir na vigilância de informações e notícias. Quem detém a vigilância detém o poder na sociedade da informação e, conseqüentemente, no ambiente virtual.

Essa vigilância e o controle sobre dados e informações ficaram mais evidenciados após o ataque terrorista de 11 de setembro, nos Estados Unidos. A partir daí, o Estado norte-americano conseguiu incutir a ideia em seus cidadãos de que as informações e os dados pessoais ou sensíveis deveriam ser relativizados em detrimento da segurança nacional e da proteção de fronteiras.

Em 2013, veio a certeza do que todos desconfiavam. Edward Snowden, ex-analista de segurança da CIA, afirmou que a Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos (NSA) monitorava informações com a colaboração da *Microsoft*, do *Facebook*, do *Yahoo* e de outras empresas ligadas à Internet.

As informações obtidas por meio de grampos e escutas referiam-se a conversas entre chefes de Estado, políticos e indivíduos comuns. O escândalo colocou em debate, mais uma vez, a coleta e o armazenamento de dados de forma não consentida, bem como os prejuízos de sua publicização dentro de um contexto dissociado da realidade.

Ninguém conseguiu parar tais violações, nem mesmo projetos governamentais norte-americanos, e tampouco decisões judiciais que constataram a ilegalidade do procedimento. Vale lembrar que a atitude abusiva e violadora da vida íntima dos indivíduos fora patrocinada por grandes empresas do mercado da informática, que dizem estar preocupadas com o bem-estar dos usuários na rede.

No Brasil, houve várias operações realizadas pela Polícia Federal, em conjunto com o Poder Judiciário, sob o argumento de que era necessário agir arbitrariamente, violando liberdades civis, para que fossem presos os suspeitos de corrupção e lavagem de dinheiro. São as operações como a “Lava jato” e “Satiagraha”.

A violação à vida íntima ficou caracterizada nessas operações, que, transvestidas com o manto da legalidade e do poder de polícia, vigiaram e controlaram os dados e as informações das pessoas consideradas suspeitas, criando um verdadeiro estado de exceção.

O estado de exceção tem como principal característica a manipulação do direito posto para criar uma forma de controle social. Dessa forma, os atos ilegais praticados por aqueles que detêm a vigilância são, muitas vezes, mascarados com a legalidade.

Nesse ponto, o conceito de vigilância líquida trazido por Bauman corrobora a ideia de Agamben, pois não se sabe ao certo de onde partirá a violação, se do Estado, se do mercado, ou dos próprios cidadãos. O certo é que ela ocorrerá como forma de manutenção de controle e de poder sobre a sociedade da informação, que se caracteriza como sendo um modelo pós-panóptico.

Diante de todo o quadro exposto, não se pode fugir à reflexão de que a sociedade da informação e seus desdobramentos, principalmente a privacidade e o controle de informações, são, a todo o momento, relativizadas em face da vigilância e de uma falsa proteção estatal de barreiras.

Os conceitos como autodeterminação informativa, consentimento e exclusão de dados pessoais ainda são impraticáveis quando se admite que a sociedade da informação está subordinada a um estado de exceção, onde todas as garantias e prerrogativas são manipuladas por quem detém a vigilância.

Por outro lado, o *ciberespaço* ainda é uma caixa de surpresas. Não se conhecem, ao certo, quais os seus limites de atuação e tampouco os limites de veiculação da informação ou dados. Não há regras muito bem estabelecidas nem uma forma de controle muito bem definida que atue sobre as relações dele advindas.

Dentro dessas perspectivas, de vigilância e de desconhecimento do *ciberespaço*, os possíveis conflitos que daí decorrem são direcionados ao Judiciário, que tem atuado de forma insuficiente na solução de tais demandas. E o direito ao esquecimento é mais um desses casos.

Frente a todas as questões trazidas para discussão neste estudo, há de se pensar o direito ao esquecimento na Internet de uma forma mais ampla, encarando a incerteza e a insegurança da rede, assim como a necessidade de adaptação do Poder Judiciário brasileiro a esse verdadeiro estado de exceção.

É nítido que o Judiciário sofre retaliações e tem um campo de atuação restrito, sobretudo para solucionar conflitos que versam sobre transnacionalidade e fluidez do

fluxo de informações, que são consequências do paradigma trazido pela sociedade da informação. Não há fronteiras ou impedimentos para práticas lícitas ou ilícitas no mundo virtual. A barreira sólida, de um poder constituído, fora estilhaçada pela modernidade líquida.

O direito ao esquecimento ainda não é um instituto regrado pela normativa brasileira. Não se conhece seus limites jurídicos, quem são os legitimados a requerer em juízo a aplicação do instituto nem mesmo quais são os critérios objetivos que serão considerados para tal aplicabilidade. O que se tem de concreto é o que o Judiciário argumentou em suas decisões.

Se há uma área obscura sobre a efetividade do direito ao esquecimento na esfera concreta, essa opacidade se multiplica quando se trata da Internet. A única certeza que se tem é a de que é possível excluir dados ou informações que foram publicados de forma ilícita, sem consentimento do interessado, ou no caso de o interessado não desejar mais manter a informação ou dado circulando na rede (artigo 7º, inciso X, do Marco Civil da Internet).

Assim, o que se tem de concreto é apenas que o direito ao esquecimento encontra raiz no princípio da dignidade da pessoa humana, e que, por essa razão, merece aplicabilidade preferencial sobre outros direitos previstos na legislação brasileira. Mas a forma como será aplicado ou delineado ainda não está totalmente clara.

E considerando todo o explanado nesta dissertação, o direito ao esquecimento na Internet é ainda impraticável, posto que, dadas a fluidez, a capacidade de armazenamento e a velocidade com que são transmitidas as informações na rede mundial de computadores, não há como excluir totalmente um dado ou informação pessoal nela publicada.

Nem mesmo o Poder Judiciário pode mudar essa realidade. Ainda que as suas decisões tenham um cunho mandamental e punitivo, o controle espacial e temporal das informações é fluido, exercido por quem detém o poder de vigilância.

Dessa forma, o estado de exceção descrito por Agamben, que dissemina a ideia de proteção da segurança nacional em face das restrições ou da relativização de direitos fundamentais, bem como de manipulação do direito posto para legalizar atos ilícitos, concretiza-se no momento atual. E as questões virtuais estão intrinsecamente ligadas a ele, na medida em que se está inserido em uma sociedade líquida, plástica, mutável a cada instante.

O direito ao esquecimento, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, não tem encontrado espaço para ser efetivado na sociedade da informação, nem por meio da aprovação de legislação específica regulando a matéria nem mesmo pelo Poder Judiciário, que terá a oportunidade de se manifestar em repercussão geral. A questão é ampla e envolve o entendimento do funcionamento da sociedade da informação e de seus mecanismos de controle, bem delineados por Zygmunt Bauman e Giorgio Agamben.

REFERÊNCIAS

ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio; MASSO, Fabiano Del. **Marco Civil da Internet - Lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. I.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_165/R165-11.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2016.

ANULAÇÃO da Satiagraha e condenação de Protógenes transitam em julgado. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 19 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-19/anulacao-satiagraha-condenacao-protogenes-sao-definitivas>>. Acesso em: 27 maio 2016.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

AS PRINCIPAIS revelações de Edward Snowden. **Portal G1**, [S.l.], 12 jul. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/as-principais-revelacoes-de-edward-snowden.html>>. Acesso em: 27 maio 2016.

BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: PIMENTEL JUNIOR, Paulo Gomes (Org.). **Direito constitucional em evolução: perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Teresina, 2010. Disponível em:

<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 27 out. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENNET, Steven. The “Right to Be Forgotten”: reconciling EU and US perspectives. **Berkeley Journal of International Law**, Berkeley, v. 30, p. 161-194, 2012. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1429&context=bjil&seiredir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fhl%3DptBR%26q%3Dmelvin%2Bversus%2B Reid%2Bright%2Bto%2Bbe%2Bforgotten%26btnG%3D%26lr%3D#search=%22melvin%20versus%20reid%20right%20forgotten%22>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

BERNAL, Paul. A right to delete? **European Journal of Law and Technology**, Belfast, v. 2, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://ejlt.org/article/view/75/144>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

BERNERS-LEE, Tim *et al.* **Uniform Resource Locators (URL)**. Minnesota, dez. 1994. Disponível em: <<http://www.ietf.org/rfc/rfc1738.txt>>. Acesso em: 5. abr. 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BLUM, Renato Ópice; VAINZOF, Rony. **Marco Civil da Internet e a legislação brasileira**. São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-eletronico-crimes-alta-tecnologia/artigos/2010-2012/o-marco-civil-da-Internet-e-a-legislacao-brasileira>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 1 da I Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

_____. _____. **Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Federal. **Resumo das operações**. Brasília, 2016a. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/estatisticas/operacoes/2008>>. Acesso em: 27 mai. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. **A Lava Jato em números**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados>>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.316.921/RJ (2011/0307909-6)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento realizado em 26 de junho de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1161904&sReg=201103079096&sData=20120629&formato=PDF>. Acesso em: 5 abr. 2016.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1.334-097/RJ**. Quarta Turma. Relator: Luís Felipe Salomão. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 10 de setembro de 2013. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Candel%20ria&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1.335-153/RJ**. Quarta Turma. Relator: Luís Felipe Salomão. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 10 de setembro de 2013. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=A%20Dda+Curi&&tipo_visualizacao=REUM&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1.403.749/GO (2013/0202618-6)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento realizado em 22 de outubro de 2013. In: DIÁRIO de Justiça Eletrônico, Brasília, n. 1483, 25 mar. 2014, p. 428. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20140325.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 15.955/RJ**. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento realizado em 15 de setembro de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10241477&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20Rcl%20/%2015955%20-%20AgR>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

_____. _____. **Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 833248/RJ - Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento realizado em 11 de dezembro de 2014. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direito+ao+esquecimento%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Revista Civilística**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 1-17, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.coma.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 15, n. 107, out. 2013/jan. 2014. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/14>>. Acesso em: 17 maio 2016.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. **Senate Bill nº 568**. Califórnia, 2015. Disponível em: <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568>. Acesso em 31 ago. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CASTELLS, Manuel; BORGES, Maria Luiza X. de A. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet: os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.

_____. **A sociedade em rede**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CASTRO, Catarina Sarmiento. O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro. **E-Gov**, Brasília, 5 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-%C3%A0autodetermina%C3%A7%C3%A3o-informativa-e-os-novos-desafios-gerados-pelo-direito-%C3%A0-liberda>>. Acesso em: 21 mai. 2016.

CURIA DOCUMENTS. **Conclusões do advogado-geral Niilo Jääskinen apresentadas em 25 de junho de 2013**. Processo C-131/12. Google Spain SL, Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. [S.I.], 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/parecer-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira (Coord.). **Direito e Internet III - Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014)**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia**. Brasília: SDE/DPDC, 2010. Disponível em: <http://www.vidaedinheiro.gov.br/docs/Caderno_ProtecaoDadosPessoais.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. **Da privacidade à proteção dos dados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ESPOSITO, Richard; COLE, Matthew; SCHONE, Mark. Exclusive: Edward Snowden gives wide-ranging interview to Brian Williams. **NBC News**, [S.I.], 22 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/storyline/nsa-snooping/exclusive-edward-snowden-gives-wide-ranging-interview-brian-williams-n110351>>. Acesso em: 27 mai. 2016.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

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, 2008.

_____. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANÇA. Comissão Nacional de Informação e Liberdades. **Droit au déréférencement**. Paris, 2016, sem paginação. Disponível em: <<https://www.cnil.fr/fr/definition/droit-au-dereferencement>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAUX, Hans; AUSLOOS, Jef; VALCKE, Peggy. The right to be forgotten in the internet era. **ICRI Research Papers**, [S.l.], n. 11, p. 1-20, nov. 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2174896>. Acesso em: 26 ago. 2015.

GUERRA, Sidney Cezar Silva. **A liberdade de Imprensa e o direito à imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

HUGHES, Eric. **A cypherpunk's manifesto**. [S.l.], 1993. Disponível em: <<http://www.activism.net/cypherpunk/manifesto.html>>. Acesso em: 2 nov. 2015.

KILLA, Cláudio. Direito à desindexação. **Empório do Direito**, [S.l.], 19 fev. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/direito-a-desindexacao/>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

_____. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LESSIG, Lawrence. The law of the horse: what cyberlaw might teach. **Harvard Law Review**, v. 13, n. 501, 1999. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/wg_home/uploads/199/1999-05.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2016.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2000.

_____. **O que é virtual?** 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011. (Coleção TRANS).

LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de direito civil constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. n. 2.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

MASNICK, Mike. Photo of Streisand home becomes an internet hit. **Tech Dirt**, [S.l.], 24 jun. 2003. Disponível em: <<https://www.techdirt.com/articles/20030624/1231228.shtml>>. Acesso em: 28 maio 2016.

_____. Since when is it illegal to just mention a trademark online? **Tech Dirt**, [S.l.], 5 jan. 2005. Disponível em: <<https://www.techdirt.com/articles/20050105/0132239>>. Acesso em: 28 maio 2016.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Dos abusos da liberdade de imprensa**: comentário, doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas? **Revista Civilística**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Editorial-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/369/r138-09.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 22 out. 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PARENTONI, Leonardo Netto. O direito ao esquecimento (right to oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira (Coord.). **Direito e Internet III - Tomo I**: Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; SILVA, Roberto Baptista Dias da. Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, p. 397-420, jun./set. 2014. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/17/7>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PERLINGEIRO, Ricardo. O livre acesso à informação, as inovações tecnológicas e a publicidade processual. **Revista de Processo**, v. 37, n. 203, p. 149-180, jan. 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/3707083/O_livre_acesso_%C3%A0_inform%C3%A7%C3%A3o_as_inova%C3%A7%C3%B5es_tecnol%C3%B3gicas_e_a_publicidade_processual>. Acesso em: 15 ago. 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REGRAS europeias de privacidade preocupam bancos. **Diário Económico**, Lisboa, 31 ago. 2015. Disponível em: <http://economico.sapo.pt/noticias/regras-europeias-de-privacidade-preocupam-bancos_227554.html>. Acesso em: 31 ago. 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo nº 0024717-80.2010.8.19.0209**. Primeira Vara Cível. Sentença. Autora: Maria da Graça Xuxa Meneghel. Ré: Google Brasil Internet Ltda. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2010.209.024422-0&acessoIP=Internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

RODOTÀ, Stefano. A identidade em tempos de Google. **Unisinos**, São Leopoldo, 2009. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/28397-a-identidade-em-tempos-de-google>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

_____. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direito de ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 4 jun. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/direito-deixado-paz-esquecido-apagar-dados#_ftn1_4482>. Acesso em: 6 mar. 2015.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999.

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

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesse na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. Parecer técnico sobre decisões proferidas pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1.334.097 (“caso Chacina da Candelária”) e nº 1.335.153 (“caso Aída Curi”) em 22 de janeiro de 2015. Rio de Janeiro, 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Direito e Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta años de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Organização de Leonardo Martins. Montevideu: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

SCHWARTZ, Paul. The EU-US Privacy Collision: a turn to institutions and procedures. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 126, 2012. Disponível em: <<http://harvardlawreview.org/2013/05/the-eu-u-s-privacy-collision-a-turn-to-institutions-and-procedures/>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

SERVAT UNIBE. **BVerfGE 35, 202**. [S.l.], 2016. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html#Rn005>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

SETTI, Rennan. Justiça europeia decide que Google é obrigada a apagar links de buscas a pedido de internautas. **O Globo Online**, [S.l.], 13 maio 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/justica-europeia-decide-que-google-obrigada-apagar-links-de-buscas-pedido-de-internautas-12468545>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

SFGATE. **New law lets teens delete digital skeletons**. [S.l.], 24 set. 2013. Disponível em: <<http://www.sfgate.com/news/article/New-law-lets-teens-delete-digital-skeletons-4837309.php>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira. O progresso tecnológico e a tutela jurídica da privacidade. In: CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz; IRIARTE, Erick; PINTO, Márcio Morena (Org.). **Informática e Internet: aspectos legais internacionais**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001. p. 54-80.

STF julgará caso que envolve direito ao esquecimento. **Notícias do STF**, Brasília, 29 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282657>>. Acesso em: 2 set. 2015.

THE USA PATRIOT ACT: Preserving Life and Liberty. Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism. Disponível em: <<https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Charter of Fundamental Rights of the European Union. **Official Journal of the European Communities**, Bruxelas, p. 1-22, 18 dez. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Conselho Europeu. **Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data**. Estrasburgo: Conselho Europeu, 1981, art. 2. a. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>>. Acesso em: 3 nov. 2015

_____. _____. **Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados**. Bruxelas, 2016. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/data-protection-reform/data-protection-regulation/>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

_____. **European data protection supervisor**. Bruxelas, 2015. Disponível em: <<https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/EDPS/Dataprotection/Legislation>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. **Comunicado nº 2010/609/CE**. Bruxelas, 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/health/data_collection/docs/com_2010_0609_pt.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2016.

_____. **Comunicado nº 2012/11/CE**. Bruxelas, 25 jan. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/dataprotection/document/review2012/com_2012_11_pt.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2016.

_____. **Regulamentos, directivas e outros actos legislativos**. Bruxelas, 2015. Disponível em: <http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_pt.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão nº C-131/12**. Luxemburgo, 13 maio 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doClang=PT>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

_____. _____. **Comunicado de Imprensa nº 70/14**: acórdão no processo C-131/12 Google Spain SL, Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González Luxemburgo, 13 maio 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/201405/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

VIANA, Ulisses Schwartz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

VIANNA, Tulio Lima. **Transparência pública, opacidade privada**: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3229/1/transparencia_publica_opacidade_privada.pdf>. Acesso em: 26 maio 2016

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito da FGV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Lois. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 4, n. 5, 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html> Acesso em: 26 ago. 2015.

WIKIPEDIA. **Efeito Streisand**. [S.l.], 2016. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Efeito_Streisand>. Acesso em: 28 maio 2016.

WILNER, Alessandro. **Privacidade on-line versus combate ao terrorismo**. São Paulo, 2001. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~is/ddt/mac339/projetos/2001/alessandro/2_PATRIOT.html>. Acesso em: 25 maio 2016.

XANTHOULIS, Napoleon. Conceptualising a right to oblivion in the digital world: a human rights-based approach. **University College London Research Papers**, Londres, p. 1-38, maio 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2064503>. Acesso em: 26 ago. 2015.