

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS” – FADIR

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA – UFU

Yuri Gonçalves dos Santos Rodrigues

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA (HIPER)INFORMAÇÃO.

UBERLÂNDIA – MG

2020

Yuri Gonçalves dos Santos Rodrigues

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA (HIPER)INFORMAÇÃO.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais – Linha de pesquisa 2.

Orientadora: Professora Doutora Keila Pacheco Ferreira.

UBERLÂNDIA – MG

2020

Yuri Gonçalves dos Santos Rodrigues

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA (HIPER)INFORMAÇÃO.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais – Linha de pesquisa 2.

Orientadora: Professora Doutora Keila Pacheco Ferreira.

Aprovado em ____ de _____ de 2020

Banca Examinadora

Professora Dra. Keila Pacheco Ferreira – Orientadora (UFU/MG)

Professor Dr. Fernando Rodrigues Martins – Avaliador (UFU/MG)

Professor Dr. João Victor Rozatti Longhi – Avaliador Externo

UBERLÂNDIA – MG

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

C154a Rodrigues, Yuri Gonçalves dos Santos, 1992-
2020 O direito ao esquecimento na sociedade da (hiper)informação.
[recurso eletrônico] / Yuri Gonçalves dos Santos Rodrigues. - 2020.

Orientadora: Keila Pacheco Ferreira.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2020.3632>
Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Ferreira, Keila Pacheco, 1975-, (Orient.). II.
Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

CDU: 340


UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito
 Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
 Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br


ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 138, PPGDI				
Data:	Dezessete de abril de dois mil e vinte	Hora de início:	17:00	Hora de encerramento:	19:00
Matrícula do Discente:	11812DIR017				
Nome do Discente:	Yuri Gonçalves dos Santos Rodrigues				
Título do Trabalho:	O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA (HIPER)INFORMAÇÃO				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Direitos e Deveres na Sociedade de Risco				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, conforme previsto na Portaria n°. 36 da CAPES, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: João Victor Rozatti Longhi - CESUFOZ; Fernando Rodrigues Martins - UFU; Keila Pacheco Ferreira - UFU - orientadora do candidato.

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa, Dr(a). Keila Pacheco Ferreira, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato(a), agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor(a) presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(às) examinadores(as), que passaram a arguir o(a) candidato(a). Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o(a) candidato(a):

Aprovado(a).

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Fernando Rodrigues Martins, Professor(a) do Magistério Superior**, em 17/04/2020, às 18:50, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Keila Pacheco Ferreira, Presidente**, em 17/04/2020, às 18:52, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **João Victor Rozatti Longhi, Usuário Externo**, em 17/04/2020, às 19:38, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2004083** e o código CRC **BBD5C36D**.

AGRADECIMENTOS

Remeto este espaço a homenagear todos aqueles que me auxiliaram na realização deste sonho. Este texto é trabalho conjunto, escrito por mim mas influenciado por mais de duas dezenas de mãos. Essa jornada começou no final de 2017 quando intentei ingressar no Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Na prova, dei meu máximo e, mesmo sem confiar muito, galguei minha vaga. Uma alegria sem igual.

De lá pra cá, muita coisa mudou! Mudou pra melhor, ousou dizer. Entrei na academia sem saber o que queria tirar dali e hoje, quando esse ciclo se encerra, tenho a plena certeza de que tudo que pretendi colher, plantei e colhi. Foram várias vezes que varei a madrugada para estar com os textos lidos e entendidos, dias gerenciando a ansiedade pelas apresentações de seminário, sentindo o frio na barriga ao discutir temas complexos em várias Universidades Brasil a fora e em solo estrangeiro também.

Este trabalho que humildemente entrego é fruto de um esforço de um longo relacionamento com o tema, pelo qual nutro admiração. Trabalhado em minha graduação e em dois anos no mestrado. Dois anos que se apresentaram longos e curtos, ao mesmo tempo anos.

Este texto é o fruto de imensas batalhas: pela **vida**, pelo **saber** e pelo **amor**. Pela vida que, apesar de proporcionar momentos turvos, deu-me do seu melhor: uma família que sempre me apóia, o encontro de um sentido em minha existência e um (re)descobrimento do meu eu aqui residente. Pelo saber, que sempre foi conquistado por meio de muito esforço, zelo e afinco. Pelo amor, demonstrado cotidianamente por meio de todas as pessoas com as quais eu cruzei nesse tempo, minha família, meus amigos, os colegas de turma.

Dedico todo o conteúdo deste trabalho à Deus, primeiramente! nEle me apoio diariamente a fim de continuar nesta jornada chamada vida. A minha mãe, **Adriane Gonçalves dos Santos Rodrigues**, a maior das mulheres que conheço, apoiadora inconstetável de tudo que intento fazer, uma guerreira que sempre demonstrou sua tenacidade e é peça fundamental para que o presente momento fosse possível.

A meu pai, **Clayton Rodrigues Sabino Barbosa**, meu grande referencial, responsável por me tornar apaixonado pelo Direito e por tudo que essa ciência pode acarretar nas pessoas que podem ser tuteladas e promovidas por ela. Obrigado por me apoiar e se emocionar com minhas conquistas. A meus avós **Silma Terezinha Gonçalves**, **Wilson Alves dos Santos** que, em sua simplicidade, sempre me orientaram de maneira muito sábia e me ensinaram a enraizar os valores cultivados por eles. Dedico a vovó **Elvira Rodrigues** (*in memorian*), de que meu sinto saudades fortes, queria a sra. aqui neste momento.

A meus irmãos **Ugo e Pedro Henrique**, os quais estiveram, a seu modo, sempre a meu lado, amo vocês. A meu amigo e médico oncologista, **Fernando Maciel Barbosa**, aquele que me auxilia na luta pela continuidade dessa linda vida, estamos a vencer cada mais. Muito obrigado pelos esforços.

A meus amigos que sempre estiveram presentes nos meus problemas e nas minhas conquistas e, apesar de meu difícil jeito de ser nunca negaram auxílio, muito obrigado **Marcella Rosiere, Bruna Amaraisa, Camila Paiva, Rafael Momenté, José Antônio, Leonardo Taquece, Guilherme Moraes, Rodrigo Pena, Guilherme Augusto, Gustavo Nascimento, Matheus Ribeiro, Arthur Grande, Gabriel Abreu, João Pedro, Emerson Castro, Lucas Silvestre e Helloymn Almeida**.

Por fim, a minha orientadora Dra. **Keila Pacheco**, exemplo que seguirei em toda minha vida, uma mulher de fibra, incansável na pesquisa, excepcional no magistério e muito gentil no trato comigo. Muito obrigado por topar a orientação neste tema, sem seu auxílio não seria capaz de concluir a dissertação.

RESUMO

A sociedade tem se transformado de maneira muito dinâmica, apresentando paradigmas cada vez mais complexos e, com isso, situações socioculturais inéditas que necessitam de abordagem inédita e um novo tipo de enfrentamento em nosso cotidiano, incluindo o tratamento jurídico. Com espeque em nossa Lei Maior, a Constituição da República Federativa do Brasil, abordando o direito que empresta seu nome ao presente trabalho, reflexo à dignidade da pessoa humana, que desemboca nos direitos da personalidade, o comumente denominado direito ao esquecimento. Neste novo horizonte aportam novas tutelas que sequer foram desenhadas anos atrás como, por exemplo, o adentramento do ordenamento jurídico na seara do mundo digital. Este trabalho é dedicado ao estudo do direito ao esquecimento na sociedade da informação, que, sobretudo em razão da internet, trouxe novos desafios à proteção dos direitos da personalidade frente aos modos qualificados de exercício da liberdade de expressão em todas as suas facetas. Partindo dos clássicos modos de proteção característicos do direito ao esquecimento, que irrompe ligado ao direito à ressocialização de criminosos, é demonstrado que a pretensão de ser esquecido passou a ocupar diversos outros espaços da vida civil e a interessar a todas as pessoas incluídas na sociedade da informação, passando a associar-se a diversos direitos da personalidade. Em resposta às diversas complexidades encontradas nesse caminho, foi concluído pela viabilidade de proteção de um direito ao esquecimento, desde que considerados os muitos elementos do caso concreto, que são os indícios e evidências que revelam os pesos dos direitos fundamentais em colisão.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direitos da personalidade. Sociedade da informação

ABSTRACT

The society has been changing in a very dynamic way, presenting paradigms every time more complex and, by this way, unreleased sociocultural situations that need to be glimpsed and faced in the routine, including juridic. Landed in our Supreme Letter, the Federative Republic of Brazil Constitution, the right that give the title of this work has been bruised, reflected in the dignity of human person, that ends in the personality right, the denominated right to be forgotten. In this new juridic horizon presents new guardianship, that has never been thought years ago as, for example, the indentation of the juridic land to the digital harvest. This work aims to study the right to be forgotten in the information society, which, mainly because of the Internet, has brought new challenges to the protection of personality rights against the qualified forms of freedom of speech in all its faces. Based on the classic modes of protection of the right to be forgotten, related to the offender's right to resocialization, it is shown that the claim of being forgotten began to occupy many other areas of civil life and also that it became an interest of all people included in the information society, associated to various rights of personality. In front this complexity searched by many students and agents Law, raise this work, as a try to understand the way of building the knowledge to show a solid base about the right to be forgotten, its origins, concept, peculiarity, application and coverage at Brazilian soil and foreign places. . In response to the various complexities found in this way, it was concluded by the feasibility of the right to be forgotten's protection, as long as one considers the elements of the case, that reveal the weights of fundamental rights in collision.

Keywords: Right to be forgotten. Personality Rights. Information Society.

***“Talvez um dia eu
aprenda que a vida
é um lento trabalho
do esquecimento.”***

Trecho do poema “*Talvez um dia*”,
de Lucas Veiga.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	P.11
1. A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICO-COMUNICATIVA NO MUNDO E O SURGIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	p.20
1.1 Um breve histórico evolutivo da comunicação humana: da arte rupestre ao mundo digital.....	p.20
1.2 A sociedade digital: a convergência das múltiplas tecnologias, o palco unificado e a Internet das Coisas.....	p.27
1.3 A sociedade de (hiper)informação e aldeia global.....	p.36
1.4 O histórico do direito ao esquecimento no exterior.....	p.42
1. 4.1 No direito francês: o caso Landru e o <i>droit d'oubli</i>	p.42
1. 4. 2 Os casos alemães: <i>Lebach</i> I e II.....	p.47
1. 4. 3 Discussões nos Estados Unidos da América.....	p.49
1. 4. 4 As Diretivas nº 46/1995, 2002/58/CE e Lex 679/2019 - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, decorrentes do caso espanhol.....	p.50
2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INSERIDOS NO AMBIENTE DIGITAL.....	p.56
2.1 A liberdade de manifestação do pensamento e a Liberdade de imprensa.....	p.56
2.2 O direito à privacidade, o controle de informações e a proteção aos dados pessoais em uma realidade digitalizada.....	p.62
2.3 O instituto do direito ao esquecimento.....	p.78
2.3.1 A sociedade digital, a inexistência de esquecimento e a necessidade de se esquecer.....	p.81
2.3.2 As perspectivas material e formal do direito ao esquecimento.....	p.98
2.3.3 As categorias do tempo e da memória.....	p.102
2.3.4 Direito ao esquecimento como corolário da dignidade da pessoa humana e reconhecimento dos direitos da personalidade.....	p.106
3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	p.114
3.1 Marco jurídico-constitucional e a sustentação de um direito ao esquecimento.....	p.114
3.2 Manifestações legislativas infraconstitucionais.....	p.122
3.2.1 Inserção no direito do consumidor.....	p.129
3.2.2 O esquecimento abordado no direito penal e processual penal.....	p.123

3.2.3 A lei nº12.965/2014 – Marco Civil da Internet – como impulso ao esquecimento.....	p.127
3.2.4 A Lei nº13.079/2018 – (Lei Geral de Proteção de Dados) trazendo mais privacidade ao solo brasileiro.....	p.135
3.3 Projetos de lei que intentaram regular a internet no Brasil.....	p.146
3.4 Discussão do direito ao esquecimento nos tribunais superiores (STJ e STF).....	p.149
3.4.1 Casos <i>offline</i> – veiculados em mídias distintas da Internet - Recursos Especiais nº 1.335.153 (Caso Aida Curi) e nº 1.334.097 (Caso Chacina da Candelária).....	p.149
3.4.2 Casos <i>on line</i> – o direito ao esquecimento no ambiente da internet na perspectiva do STJ.....	p.154
4. CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO AMBIENTE DIGITAL.....	p.147
4.1 Propostas para fixação de critérios para concretizar o direito ao esquecimento na sociedade da hiperinformação.....	p.147
4.1.1 Natureza do fato, informação ou opinião supostamente prejudicial.....	p.156
4.1. 2 Contemporaneidade ou não da informação veiculada.....	p.157
4.1.3 Ausência ou presença de interesse coletivo na divulgação dos fatos.....	p.158
4.2 Instrumentos processuais e extraprocessuais possíveis para a efetividade do direito ao esquecimento.....	p.159
4.2.1 Autotutela.....	p.160
4.2.2 O <i>habeas data</i> e suas limitações.....	p.165
4.2.3 Retenção de dados cadastrais e de conexão dos usuários.....	p.170
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	p.173
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	p.180

INTRODUÇÃO

A história humana é marcada por certas discontinuidades cíclicas e não possui uma forma de desenvolvimento homogênea, o decurso temporal é marcado por diversas discontinuidades em várias fases do desenvolvimento histórico. Os modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilharam de todos os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não tem precedentes. Tanto em sua extensão quanto em sua intencionalidade, as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudança característicos dos períodos precedentes.

Somada a profundidade das mudanças que ocorrem na modernidade, a sociedade mundial tem evoluído paulatinamente com a inserção das mais diversas tecnologias da informação. Com a evolução apresentada, as tecnologias da informação auxiliam no surgimento de querelas que outrora não poderiam ser imaginadas, sequer. A facilidade de acesso, gerência e manuseio dos dados digitais pessoais trouxe enormes benefícios para a sociedade, sem sombra de dúvida. Em contraponto, porém, toda essa facilitação começa a ser empenhada a um número incontável de usuários, colocando nestes o poder decisório do que intentam fazer com os mesmos.

Este fato, por si só, não constitui um defeito ou malefício intrínseco ao processo, porém cria um novo ambiente em que a informação se transforma em um bem jurídico tutelado que pode ser utilizado tanto para destinos bons ou ruins. A Internet, indubitavelmente, serve de alicerce para o acesso à informação e o exercício dos direitos fundamentais e humanos da liberdade¹ que foram conquistados em meio a grandes dificuldades.

Contudo, o seu caráter global e a ausência de domínio absoluto sobre as suas dimensões requerem profundas reflexões.² O que se percebe é que a responsabilidade em lidar

¹ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke; com notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 44.

² Advertiu o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, no 'Livro Verde' (documento que contém as metas e ações do Programa Sociedade da Informação), questionando as atitudes dos usuários de Internet vêm adotando frente às perspectivas sociotecnológicas: "Rapidamente nos adaptamos a essas novidades e passamos – em geral sem uma percepção clara nem maiores questionamentos – a viver na Sociedade da Informação, uma nova era em que a informação flui a velocidades e em quantidades há apenas poucos anos inimagináveis, assumindo valores sociais e econômicos fundamentais. Como essa revolução vem acontecendo? Que consequências tem trazido para as pessoas, as organizações e o conjunto da sociedade? São perguntas cuja importância mal percebemos e que, na maioria das vezes, não nos preocupamos em responder". Brasil, Ministério da Ciência, Tecnologia e

com a insatisfação da sociedade diante do descaso estatal em proteger os usuários na Internet, a falibilidade do sistema de segurança on-line, a recorrente exposição pessoal e a flagrante vulnerabilidade dos usuários,³ recaíram sobre os aplicadores do Direito que, hoje, buscam formas de harmonizar a ciência com a técnica jurídica.⁴

Um novo estágio na evolução da vida social é fundado pela Sociedade da Informação que carrega sensíveis mudanças econômicas, sociais e políticas. O seu irromper é atribuído à 4ª revolução da informação, marcada pelo processo de digitalização ou informatização permitido pelas novas Tecnologias de Informação e Comunicação, que, em convergência com os meios diversos o que acabou por acelerar o processo de globalização e auxiliou a sociedade em aplicar a vida em rede.

Como corolário desses fatores característicos da Sociedade da Informação e das mudanças sociais por ela ocasionadas, a devassa da vida privada é catapultada. Os novos e cada vez mais avançados dispositivos encontrados no mercado, associados a cultura de viver sempre conectados em redes (sociais ou não), a captação eficiente de dados na internet e até a inclusão voluntária e compulsiva de informações pessoais na *web* pelos próprios titulares expõem a privacidade dos indivíduos e constituem verdadeira óbice à sua proteção. As informações que são incluídas diariamente na internet por qualquer meio e com qualquer finalidade são nela armazenadas eternamente e podem ser facilmente recuperadas a qualquer tempo.

O constante monitoramento social que, por vezes é justificado pelo combate ao crime e ao terrorismo, contribui para colocar em xeque da proteção da privacidade dos indivíduos, mesmo daqueles mais pacíficos. Inserido nesse contexto, comumente originador de colisões entre direitos fundamentais, o direito ao esquecimento apresenta-se como um poder ou

Inovação. **Livro verde: a sociedade da informação.** Disponível em: http://www.mct.gov.br/upd_blob/0004/4796.pdf, acesso em 18/12/2019.

³ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 45

⁴ “Na contemporaneidade, a despeito das ideologias que professam, difusamente, a diminuição da presença estatal na vida privada, as novas tecnologias ampliaram de tal forma as liberdades que, paradoxalmente, o Estado-juiz é chamado a suprir a carência de intervenção pública e a posição hegemônica do mercado na definição das normas de comportamento. Nesse contexto, a técnica regulamentar, própria das codificações liberais do século XIX, mostra-se insuficiente a disciplinar a vida social. A técnica legislativa dos princípios e cláusulas gerais tornou-se gradual e crescentemente indispensável para o estabelecimento de padrões de comportamento estáveis, mediante normas de grande amplitude e baixa densidade analítica, isto é, desprovidas de especificidade para situações preconcebidas, a exigirem, por isso mesmo, intensa atividade da magistratura para a criação da norma no caso concreto.” In: TEPEDINO, Gustavo. **Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação**. Revista Forense. Rio de Janeiro: v. 110, n. 419, p. 77-96. jan.-jun. 2014.

faculdade conferido ao indivíduo para objetar a comunicação de um fato pretérito ou realidade desatualizada que lhe diga respeito e que ele queira ver esquecido; e ainda, para apagar ou retificar registros desse passado.

Trata-se de um direito a ser esquecido, pelo menos em relação a alguns aspectos ou perspectivas da vida pregressa do titular. Nesse sentido, a primeira questão que se coloca a respeito desse direito é verificar a necessidade de ser-lhe dado tratamento autonomizado, isto é, se há elementos em sua natureza, estrutura e conteúdo que justifiquem um tratamento como nova espécie de direito da personalidade; ou se todas as suas características já coincidem com os atributos de outros direitos mais densos já consagrados, que o alocaria como sendo uma dimensão destes.

O exercício do direito ao esquecimento colide com o das liberdades de expressão, informação e imprensa, que constituem um bloco de direitos fundamentais cujo exercício fora redimensionado e impulsionado pela internet e que possui dimensões objetivas particularmente importantes, vez que estão umbilicalmente conectadas funcionamento saudável da democracia e de satisfação de interesses públicos legítimos; assim como, também relevantes perspectivas subjetivas, que se referem a direitos fundamentais dos indivíduos.

Nessa esteira, existem vozes críticas que intentam refutar o reconhecimento do direito ao esquecimento, sob o frágil argumento de que não se pode alterar ou apagar ou negar o passado, apontando potenciais perigos decorrentes de tais pretensões. Existem complexidades que se apresentam como relacionadas ao processo de reconhecimento e concretização do direito ao esquecimento, cujo necessário equacionamento não é tão recente.

Com efeito, a internet altera, incessantemente, as relações humanas, e reflete, consequentemente, na constante renovação do Direito. Bastante comum é nos defrontarmos com uma frase inserida no seio da sociedade, de teor quase dogmático, que afirma vir primeiro a inovação e, posteriormente, a legislação (leia-se aqui a tratamento normativo, dado pelo Direito por meio do processo legislativo).

Aqui é necessário absorver a sofisticação teórica necessária para abordar os novos problemas decorrentes do surgimento e consolidação da sociedade da informação, que alguns autores denominam como sociedade da comunicação⁵ ou como sociedade do conhecimento,

⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **A sociedade da informação**. In: **Direito da sociedade da informação**, v. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 163 a 184.

como denomina Pierre Lévy, expoente no tema, tendo sido autor de diversos livros sobre tecnologia, comunicação e direito. O surgimento e consolidação da internet faz com que haja necessidade de repensar importantíssimos aspectos relativos à organização social, à democracia, à tecnologia, à privacidade.

Desta feita, esta dissertação tem como objetivo identificar os novos desafios propostos ao direito em decorrência do advento da internet e da inserção da tecnologia digital no cotidiano mundial e brasileiro, abordando especificamente o direito ao esquecimento e suas principais características. Um dos pontos a serem abordados é a complexa harmonização entre direitos fundamentais colidentes, tais como liberdade de expressão, direito à memória e o direito ao esquecimento.

Com o desenvolvimento tecnológico, essa relação torna-se ainda mais importante, intrigante, dinâmica, complexa, na medida em que as mudanças são pautadas em uma velocidade alta, o que implica em um desconforto contínuo e um desafio maior a fim de que não haja grande descompasso entre a tutela postada pelo direito e a realidade fática. No decorrer da dissertação, intenta demonstrar que esse descompasso pode acontecer de duas formas: de modo indireto, quando as instituições jurídicas permanecem imutáveis ainda que os fatos subjacentes a elas se alterem profundamente; ou de modo direto, quando o direito se modifica efetivamente perante a mudança na realidade, em um esforço de promover novas soluções para os novos problemas.

A questão faz-se ainda mais complexa, pois surge posta no âmbito da situação apontada pela sociologia do direito como “exaustão paradigmática”.⁶ Tal conceito trata do esvaziamento das categorias forjadas pela doutrina jurídica, embasadas na racionalidade primordialmente logico-formal, o que leva ao esgotamento de modelos analíticos exclusivamente jurídicos utilizados para solucionar problemas normativos. Desta feita, a ordem jurídica torna-se um conjunto normativo idealizado, deslocado e contraposto a uma desordem real, que é derivada da incompatibilidade entre tipos de racionalidade distintos que se formam com certa autonomia no âmbito de diferentes instituições sociais.

A dogmática jurídica, ao tentar conciliar essas incompatibilidades, esses conflitos de interesse e embates entre diferentes perspectivas de mundo, acaba valendo-se, para tanto, de uma racionalidade logico-formal, podendo se transformar em arremedo de uma conversa sem

⁶ FARIA, Jose Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

ouvintes, ou acaba por produzir resultados normativos completamente contrários ao que é necessário, indo na contramão de seu substrato axiológico.

O direito ao esquecimento na sociedade da informação é um exemplo de que pode acontecer esse episódio de engessamento na relação da dogmática jurídica e a transformação rápida da realidade. Apesar do desenvolvimento tecnológico que fez surgir, por exemplo, a tecnologia digital e a internet, as principais instituições que servem de apoio ao arcabouço teórico do direito ao esquecimento foram elaboradas em outras épocas, com base em uma realidade social completamente distinta da que hoje presenciamos e permanecem praticamente inalteradas.

Grande exemplo disso é não há como abordar o tema sem recorrer à conceituação de privacidade, conceito que se torna deveras necessário para a construção e consolidação teórica do direito ao esquecimento e, à época de sua primeira teorização, tinha como realidade uma sociedade que desconhecia a informatização e a digitalização de produção de dados e apontava como principal meio lesivo à privacidade a criação de máquinas fotográficas. Desde então, criaram máquinas fotográficas analógicas até desenvolvê-las ao ponto da revelação instantânea, e hoje, por exemplo, já temos tecnologia acessível para a coleta e transmissão fotos para amigos ao vivo.

Um dos principais desafios do jurista no mundo de hoje é pensar qual a repercussão do direito em vista das circunstâncias de fato completamente novas que ora se apresentam, ponderando a respeito dos caminhos para sua transformação. Para tanto, esta dissertação entrega à dogmática jurídica sua real importância, sobretudo na intenção de deixar evidente suas contradições em face da transformação social, esmiuçando-as de maneira detalhada, do ponto de vista prático. Adota também a interdisciplinaridade como forma de observar as transformações do direito como composição de interesses diversos, ressaltando que a ausência de transformação do direito também representa uma composição desses mesmos interesses, sendo ilusório crer que, se a realidade se transforma e o direito se mantém o mesmo, o direito também continua o mesmo.

Por fim, tendo em vista o recente fenômeno da globalização, o surgimento de um determinado paradigma na composição desses diversos interesses por um ordenamento jurídico estrangeiro acaba afetando outros ordenamentos que assim não o fizeram, por meio, por exemplo, de sua força persuasiva. 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, e 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.

De nada adianta o jurista discutir os problemas da privacidade na internet se ele desconhece o significado normativo da criação de um protocolo como o P3P, que permite inserir, na própria infraestrutura das comunicações online, comandos normativos de filtragem que bloqueiam ou permitem a passagem de conteúdo, sendo autoexecutáveis e, muitas vezes, imperceptíveis para o usuário. Por tudo isso, em um primeiro momento, tem por objetivo mapear os problemas advindos do avanço tecnológico e do uso generalizado da internet, para após, aprofundar criticamente nos problemas relativos ao direito ao esquecimento, tais como elencar possíveis critérios que auxiliem na aplicação justa do instituto.

Destacando os impactos para as estruturas normativas tradicionais, ressaltando a necessidade de conhecer como o mundo digital funciona e demonstrando as alternativas reguladoras e institucionais que um pensamento estratégico brasileiro sobre o assunto deve passar a considerar. A grande limitação da maioria das abordagens feitas até o momento sobre as questões jurídicas relativas a tecnologia e a internet residem no apego demasiado à preservação de institutos, o que é denominado de “fetichismo institucional”, por Mangabeira Unger.⁷

Para escapar de tal tendência, busca uma alternativa aos métodos de análise jurídica tradicionais, especialmente dando azo ao enfoque das instituições jurídicas como passíveis de constante transformação. Reside aqui a tentativa de possibilitar a atenção da doutrina da ciência jurídica para a temática, que apresenta uma grande importância em nossa sociedade, totalmente digitalizada e que nos oferta uma quantidade incomparável de dados, todos os dias.

Neste esboço insta propiciar um vislumbre mais profundo e coeso acerca do instituto do direito ao esquecimento, recortando sua natureza jurídica, sua aplicação, seus limites, sua importância em nossa sociedade atual e a necessidade de sua completa compreensão a fim de que sua utilização seja feita de acordo com os limites constitucionais postados em nossa Carta Cidadã, observando também os preceitos impostos em legislações estrangeiras.

A metodologia utilizada nesta dissertação seguirá a conduta hipotético-dedutiva na abordagem, que consiste na construção de conjecturas, que devem ser submetidas a diversos

⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** New York: Verso, 1996. p.130.

testes possíveis, desde a crítica intersubjetiva que visitará outras áreas do conhecimento tais como a informática, a sociologia e a economia e ao controle das variáveis pela construção e discussão crítica, que somente permanecerão como válidas se resiste as tentativas de falseamento, tentando eliminar os erros, no intuito de verificar a plausibilidade da existência e aplicação do direito ao esquecimento ante a realidade fática, qual seja a sua inserção na sociedade da (hiper)informação, apresentando para tanto, suas várias características, para obter o maior lastro possível para concluir no sentido de colocar às vistas a importância de se conceituar o direito ao esquecimento. Quanto à metodologia de procedimento esta dissertação utilizará será a monográfica, de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Construindo, argumentativamente, por meio de um estudo lógico-racional que analisa com rigor as concepções e teorias que contribuem para o tema em pauta, no intuito de corroborar com a afirmação do instituto do direito ao esquecimento como necessária e hábil medida para a garantia de proteção de direitos fundamentais e da personalidade, ressaltando o absoluto zelo pela ética e meios idôneos para a construção da pesquisa jurídico-científica para a questão.

A problematização da dissertação assenta-se nas questões inerentes a espinhosa relação da harmonização entre o direito à informação, tão custoso e consagrado na atual sociedade, e o direito ao esquecimento, o qual merece uma ampla abordagem pela importância que lhe é inerente, numa sociedade cada vez mais digital, na qual não há como se permitir o esquecimento, onde não é possível conceber a distinção entre o que se insere no mundo digital e o que se insere no mundo analógico, configurando ambas as faces uma mesma “moeda”, o mundo real.

As problemáticas acerca do direito ao esquecimento, em nosso país, por exemplo, conseguem ganhar escopo mais robusto quando se percebe a crescente petição por parte da sociedade civil sobre uma necessária maior investigação de crimes cometidos pelos militares no âmbito do evento histórico da ditadura, que encontra ressonância na Comissão Nacional da Verdade.

Destarte, com intuito de não aparentar ser irresponsável conclamar o direito de se esquecer, os últimos capítulos dessa dissertação se dedicam a demonstrar em quais pontos os direitos fundamentais podem se colidir e apresentar quais são os caminhos interpretativos possíveis para sua harmonização. Nesta esteira se alberga o presente trabalho, na tentativa de enunciar critérios que possibilitem a correta utilização do instituto decorrente dos direitos da personalidade.

Quais posturas seriam mais adequadas em face das constantes e facilitadas circunstâncias proporcionadas pela realidade da sociedade da hiperinformação? Quais valores são mais penosos para o desenvolvimento da personalidade humana, a liberdade de expressão ou a privacidade? Em quais situações pode se conclamar o direito ao esquecimento? Quais são os limites para utilização do direito ao esquecimento? O direito ao esquecimento pode ter efeitos indesejados? Essas perguntas serão debatidas, abordadas e respondidas na presente dissertação, no intuito de consolidar o entendimento acerca do instituto.

Em uma era em que a interconectividade em tempo real foi multiplicada em potências que jamais se imaginou, o direito ao esquecimento vem sendo sistematicamente tolhido em casos que faz se necessária à sua utilização. Por outro lado, pode ser utilizado de maneira muito errônea, como uma espécie de cláusula geral para deletar problemas que sequer tangenciem o assunto, tudo em decorrência do desconhecimento acerca desse instituto, que se demonstra, no delinear deste trabalho, como de relevante importância para os cidadãos socio- digitais.

Nessa perspectiva reside a confecção desta dissertação que visa, primeiramente, estabelecer o necessário arcabouço teórico anterior e necessário para a construção e consolidação do direito ao esquecimento para conseguir, posteriormente, delimitar o instituto. Após isso, encontrar o seu surgimento e inserção no ordenamento jurídico estrangeiro, que aborda tais questionamentos antes do Brasil e, então encontrar a sua devida alocação no ordenamento jurídico brasileiro, apontando suas delimitações, sua natureza jurídica e suas possíveis formas de aplicação.

Para tanto, no primeiro capítulo da dissertação apresenta uma breve evolução histórica da comunicação humana, demonstrando o crescimento na produção de dados e como isso influencia a privacidade. Traça um panorama sobre o surgimento e evolução do direito ao esquecimento, que encontra nascedouro no direito alienígena até desembocar nos tempos atuais, no direito brasileiro.

No segundo capítulo a abordagem começa a adentrar ao novo ambiente em que se inserem os direitos fundamentais, demonstrando as necessárias adequações pelas quais esses se sujeitam ao encontrar tal mudança ambiental, mormente quando insertos na Internet. Aqui, aborda os direitos que ganham os contornos de tensionamento com o direito ao esquecimento, quais sejam o direito à liberdade de manifestação e a liberdade de imprensa, o direito a privacidade que alberga a proteção de dados pessoais, também.

O terceiro capítulo cuida do direito ao esquecimento, propriamente dito, trazendo sua necessária conceituação, abordando suas reflexões no campo do direito constitucional e suas inflexões na seara infraconstitucional. Além de transitar na legislação, alberga as decisões de instâncias superiores mais relevantes acerca do tema discutido, tais como a discussão judicial do caso Aida Curi.

Por fim, o último capítulo traz guarida ao método interpretativo necessário para que se efetive o direito ao esquecimento de maneira mais acertada, elencando possíveis critérios que auxiliem na efetivação do instituto e apresentando instrumentos judiciais e extrajudiciais hábeis para tanto.

1. A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICO-COMUNICATIVA NO MUNDO E O SURGIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

1.1 Um breve histórico evolutivo da comunicação humana: da arte rupestre ao mundo digital

A comunicação nada mais é um dispositivo que possibilita a existência de relações sociais ao longo da vida humana, fluindo, segundo a exigência concernente a cada época. Sua evolução, demanda, às pessoas, comunicarem bem a fim de enfrentar as mais variadas situações, seja qual for sua especificidade.

A comunicação é movimento que envolve no mínimo três personagens: emissor, mensagem e receptor, isto sugere, que comunicar não é tão somente um movimento de verbalização do pensamento, seja falado ou escrito. É antes, uma relação de partilhas recíprocas entre pessoas, cujo sentido há de se converter em uma mensagem significada. Do contrário, toda significância ao não conseguir significasse, faz do significante um mero objeto de palavras enunciadas.

O homem, é um ser gregário por excelência, um ser comunicativo que necessita de se comunicar para que seja possível a sua convivência em sociedade, necessita da comunicação para dar seguimento aos seus anseios, no sentido de empoderar sua própria existência terrena. Para entender os motivos que impulsionaram a comunicação humana e, por conseguinte, a produção de dados para o estado atual urge que tracemos, de pronto, um breve plano histórico que aborde a evolução ocorrida na comunicação humana, desde a produção e dissolução de dados individualmente, realizada de forma analógica, até a comunicação que atinge as massas, atualmente inserida na realidade digital.

Décadas atrás, a Internet não passava de um plano de difícil execução e que ganhava espaço somente no imaginário dos cidadãos mais afetos as tecnologias. Essa ideia não tinha a menor pretensão de acontecer na realidade, vez que o caminho necessário para a sua implementação sequer tinha sido resenhado.

Ocorre, porém, que a evolução das tecnologias da informação fora tão intensa e paulatina que podemos vislumbrar um estágio tecnológico muito além daquilo que outrora se propusera, um avanço que nem os planos mais otimistas poderia ter projetado. A sociedade atualmente se encontra totalmente imersa em uma realidade interconectada, inserida em um ambiente de impossível dissociação entre o que seria o dito mundo real (ou analógico) e o digital.

No início da comunicação humana toda troca comunicacional era realizada de maneira individualizada e o acesso à informação percorria um caminho bem mais dificultoso, centralizado e designado somente aos cidadãos que possuíam aporte financeiro suficiente para realizar a busca ao conhecimento.

Com as mudanças ocorridas em nossa realidade, desde então, há um evidente facilitação e acessibilidade aos mais diversos tipos de conhecimentos, da produção e propagação de dados em tempo real e em larga escala, do deslocamento de negócios empresariais dos pontos físicos para o ambiente digital e da constante superação de paradigmas que se postavam como intransponíveis barreiras, tais como as fronteiras geográficas bem delimitadas pelos países.

Já nos idos dos anos de 1970 Alvin Tofler começava a propagar a teoria de que a sociedade começava a se tornar aquilo que definiu como “sociedade da informação”⁸. Tal sociedade seria regida por dois tipos de relógios, um com características analógicas e outro, digitais. O primeiro relógio seria o mais comum, aquele responsável pela delimitação e quantificação do tempo físico como conhecemos, que aponta vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana, seguindo o calendário gregoriano.

De outra feita, caberia ao relógio digital o papel de regência do tempo virtual, este que não necessariamente deve possuir sincronia para com o tempo físico, podendo divergir em muito dos rígidos esquadros do relógio convencional. Prova disso é que o aspecto temporal no ambiente digital não respeita e extrapola os limites do horário convencional, entregando ao cidadão digital um acúmulo de afazeres simultâneos e consequentes, que se desenvolvem em um ritmo avassalador.

Essa realidade inédita apresenta, por consequência, novas problemáticas tais quais a necessidade de se imprimir uma velocidade de tomada de decisão muito mais ágil por parte dos cidadãos que utilizam os serviços cibernéticos e até mesmo das empresas que dele se deleitam, vez que isso importaria, por exemplo, em sua sobrevivência no mercado, inaugurando o que seria denominado como *darwinismo digital*.

⁸ TOFFLER, Alvin; **Future Shock**; A Bantam Book. 1970, New York, N.Y.p.79.

Dentro da perspectiva do mundo digital, rompem-se as barreiras fronteiriças, vez que não existem países geograficamente delimitados no ambiente do *www (world wide web)*⁹, os fuso horários e distâncias são dissolvidos frente a uma tela de computador, haja vista que é possível estar nas mais diversas localidades do planeta Terra em tempo real, inclusive de forma simultânea, sem que se mova um centímetro.

Esta já é a realidade posta à nossa sociedade, houve o ingresso numa era em que a habilidade no manejo das técnicas e tecnologias digitais é encarada como sendo uma necessidade básica vez que não mais é possibilitado aos cidadãos sua ignorância ante ao tema. Essa evolução é produto da incessante busca pela mudança, pela evolução, característica ínsita ao ser humano, aquele que possui em si o germe da transitoriedade e da busca por inovações, em uma busca de saciedade de sua existência. A revolução tecnológica proporcionou que a sociedade passasse da descoberta dos átomos para os bits, conforme apontara Nicholas Negroponte¹⁰.

A humanidade, por certo, se move em busca de constante mudança. Desde a pedra talhada ao famoso canivete suíço, do astrolábio ao *Global Position System - GPS*, das cartas aos e-mails, do pombo correio a chamada de vídeo. Necessário frisar que a velocidade das inovações possibilitada pela evolução tecnológica transformou de maneira estarrecedora a quantidade de produção de dados em escala mundial, que trato mais adiante. O estado atual fora atingido muito em decorrência da transformação do perfil produtivo de informação, da migração dos dados individuais para a massificação destes que tem como marco inicial a invenção do rádio e a propagação de suas ondas.

A comunicação humana teve seus registros iniciais obtidos em torno de 40.000 anos Antes de Cristo, catalogada por meio das artes rupestres¹¹, nome dado as pinturas realizadas em locais como grutas e cavernas onde as pessoas postavam seus cotidianos, desenhando atividades banais e comuns à época, como a realização de caçadas, o relacionamento amoroso que possuía e quaisquer outras conquistas que obtinha naquela sociedade primitiva.

⁹ “A World Wide Web (em inglês: WWW, a Web) designa um sistema de documentos em hipermídia (ou hipermídia) que são interligados e executados na Internet.” VELLOSO, Fernando de Castro. 8.ed. **Informática : conceitos básicos**. Fernando de Castro Velloso. - 8.ed. - Rio de Janeiro : Elsevier, 2011.p.4

¹⁰ NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.14.

¹¹ “(...) a arte rupestre, enquanto uma expressão de arte, pode ser um dos fundamentos para a construção de quadros interpretativos de um determinado grupo do passado(...)” Carlos Xavier de Azevedo Netto; **O Conceito de mito aplicado à arte rupestre**, disponível em <http://revista.sabnet.com.br/index.php/revista-de-arqueologia/article/view/209/208>, acesso em 03/04/2019.

Utilizando de um salto temporal a fim de retratar os eventos mais importantes, em 2.500 anos A.C. os egípcios desenvolveram a técnica de produzir folhas de papiro, à partir de sua planta, e nelas inserir os comunicados que envolviam a rotina da sociedade como um todo.

Nesta mesma localidade, 100 anos após, utilizar-se-ia deste mesmo expediente para realizar outras comunicações que não as da sociedade, utilizando os papiros para enviar mensagens dos reis faraós para outros reis, instituindo assim, o que ficou conhecido como correio egípcio. Após, sobreveio o telégrafo de tochas, instrumento que possuía como principal objetivo o envio de mensagens codificada por meio da emissão de luz proveniente do fogo, que era comumente utilizada na região de Troia, na Grécia Antiga, em meados dos anos 1.300 A.C.

Utilizando de outro importante salto temporal, parte-se para o século XV, na Idade Média, mais precisamente ao ano de 1.439, data da mais importante invenção para a comunicação humana. Neste ano Johannes Gutenberg inventa a prensa de papel, que revolucionou a maneira de se produzir e dispersar informação. Tal invento, uma combinação de móveis tais como símbolos gráficos moldados em chumbo que eram passados em uma tinta à base de óleo de linhaça e impressos em papel por meio de uma prensa movimentada por uma barra de madeira, possibilitou uma transformação na produção de dados.

O invento, que teve seu maior sucesso por conta da necessidade da propagação da fé cristã por meio da confecção de exemplares da Bíblia, realizada pela Reforma Protestante, de Martinho Lutero, foi o pontapé para o aperfeiçoamento de outras prensas inspiradas no modelo primário que, ao ser melhorado, possibilitou que o jornalismo (e a produção de dados) pudesse atingir contornos industriais. Antes desse invento, todo e qualquer panfleto, livro ou livreto era escrito à mão e suas cópias idem.

Essa industrialização da produção de dados acaba por desencadear no evento denominado como a “Revolução da Imprensa”, que foi um dos maiores responsáveis pela capilarização dos ideais iluministas que ganhavam espaços nos impressos e se torna corresponsável pelo Renascimento Cultural.

Tendo vistas ao século XIX, deflagram-se dois inventos importantes para a dispersão de dados. O primeiro é o telégrafo elétrico, inventado de autoria de Samuel Morse. Neste invento, por meio de pequenos intervalos de sons era possibilitado o envio de mensagens codificadas a longas distâncias. O emissor tinha a disposição um manual que atrelava uma certa quantidade de intervalos de sons a letras alfabéticas, com a soma de todos intervalos, depois de

traduzidos, se obtinha uma mensagem qualquer. Tal instrumento fora o principal meio de comunicação utilizado pelas nações que entravam em guerra, vez que não necessitava de grandes aparatos nem material humano vasto.

O segundo, e que possui maior importância, é o rádio. Inventado por Nikola Tesla no final daquele século, propiciou uma dispersão muito mais rápida e que atingia de maneira massificada as mais diversas camadas sociais, tendo uma penetração em escala mundial. No início, o alto custo dos rádios deixava o invento adstrito a uma amostra muito pequena da sociedade, contudo, com o passar do tempo houve a popularização deste. Com essa facilitação do acesso aos aparelhos transmissores e receptores de rádio, as ondas começaram a fazer parte do cotidiano dos meios sociais levando dados de maneira mais generalizada, possibilitando que a quantidade de dados produzidos pudesse ser sobremaneira majorada.

Após o rádio, sobrevieram os aparelhos televisores, meio de comunicação que também catapultou a abrangência da produção e inserção de dados no seio da sociedade, podendo transmitir uma quantidade absurda de informações, de um modo muito mais íntimo, à cidadãos muito distantes dos centros construtores destas. Apesar de toda essa evolução paulatina e muito intensa, a capacidade de produção e dispersão de informações e dados em nada se compara com o impulso proporcionado pela invenção e facilitação do acesso à Internet.

A rede mundial de computadores surge no período da Guerra Fria, que teve seu início em meados de 1947 e final nos idos de 1991, com a dissolução da União Soviética, que antagonizava com os Estados Unidos no comando da política mundial. Inicialmente surge como uma forma de comunicação ágil, utilizada pelos militares a fim de garantir vantagens nos campos de batalha.

Nas décadas de 1970 e 1980 começa a fazer sua transição, migrando do militarismo para a seara acadêmica, tornando-se um instrumento hábil para permitir que professores e estudantes de pouquíssimas, porém, bem-conceituadas universidades norte-americanas, comunicassem-se instantaneamente no intuito de fomentar as pesquisas científicas e difundir saberes diversos. Neste período se finca a internet como sendo um meio de propagação de saberes para a sociedade civil, porém, sua destinação estava disponível para um grupo extremamente restrito e seu alcance era, como se percebe, deveras elitizado.

Ao final da década de 80, precisamente em 1989, o engenheiro inglês Tim Bernes-Lee desenvolve o *word wide web*, popularmente conhecido como *www*, invento que possibilita a

criação de sítios virtuais bastante dinâmicos e bem mais acessíveis. Desde então, a internet foi se expandindo em um ritmo muito avançado, o que possibilitou o surgimento de diversos navegadores que entregavam ao proprietário de computador um leque ímpar de informação acessível. Neste sentido, necessário ter vistas, mais uma vez, àquilo que professava Tofler em 1970, alertando acerca da existência de dois ritmos existentes em um só mundo.

A partir deste passo evolutivo que representou a internet, a disseminação da produção de dados tomou outros contornos cada vez mais volumosos. Os usuários da rede mundial de computadores, por sua vez, começam a obedecer também ao relógio digital, vez que a realidade posta requer uma capacidade cada vez maior de absorção de dados por parte dos internautas. A expansão da Internet fora bastante impulsionada vez que possuía enorme valor à sociedade moderna, sendo implementada de maneira mais intensa ao longo dos anos, fator que trouxe uma incapacidade de delimitar as fronteiras outrora existentes entre os ambientes digitais e físicos.

Nos dias atuais não há mais como fazer a diferenciação de nossa vida dita digital daquela conhecida como não-digital ou analógica, vez que estamos cada vez mais interconectados na realidade digital e por períodos cada vez mais longos do que em outros tempos. Com a criação do smartphone, por exemplo, tem surgido uma geração cada vez mais conectada.

Prova disso é o estudo realizado pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação – CETIC, realizada em todo o território nacional em parceria com o Comitê Gestor da Internet – CGI¹², que avaliou e mensurou dados acerca da utilização da internet pelas crianças e adolescentes brasileiras. O estudo aponta dados tais como: 86% das crianças e adolescentes brasileiros com idade entre 09 e 17 anos são usuários da internet, 93% acessam por meio de um dispositivo móvel (tablet ou celular), 53% tem o celular como único dispositivo de acesso à Internet.

Um grande exemplo da dimensão agigantada da interconectividade atual é bem esclarecido quando analisada a existência e nova vivacidade conferida às redes sociais, que assumiram papel decisivo no nosso cotidiano como influenciou, por exemplo, as últimas eleições presidenciais mundo afora, conforme observado nos Estados Unidos e no Brasil, além de ter sido a mola propulsora para a vitória do *Brexit*, no Reino Unido, por exemplo. Neste cenário, as

¹² Estudo disponibilizado em <http://cetic.br/arquivos/kidsonline/2018/pais/>; acesso realizado em 20/12/2019.

informações formuladas e postadas no ambiente digital, mormente as *fake news*, foram utilizadas como principais balizadores dos votos dos cidadãos.

O ambiente digital dispõe de dados de todo tipo de quilate e, em muitas das oportunidades, estes são de caráter pessoal ou até íntimo. Por meio de uma simples análise, ao passar os olhos no perfil digital de determinado cidadão em uma rede social como o Facebook ou Instagram é possível se obter um diagnóstico muitíssimo aproximado dos gostos pessoais deste.

Com ampla facilidade é possível descobrir o que ocorre em seu cotidiano não virtual, onde esteve naquela semana, em quais restaurantes gosta de comer, qual sua ideologia política, quais bens possui ou alega possuir, com quem se relaciona e muitos outros aspectos da vida que, em outra época da vida social, conceberíamos ser relegados à esfera privada.

Com a abrangência da internet, a produção de dados vem atingindo patamares alarmantes, conforme se infere da pesquisa realizada pelo *International Data Corporation - IDC*. Dispõe o supracitado estudo do instituto norte americano, responsável pela análise dos dados produzidos em escala mundial, que a realidade da produção de dados digitais dobra a cada dois anos.

Ainda segundo o relatório, em 2018 a produção de dados alcançou o patamar de 33 zettabytes e em 2025 o acréscimo é previsto para 175 zettabytes, ou seja, no ano de 2025 o montante de informação será de, no mínimo, 208 zettabytes, ou 208 trilhões de gigabytes, quantidade esta que seria impossível de ser absorvida e compilada no período de 1.000 anos, se cessássemos a produção de dados na data de hoje¹³.

A humanidade como um todo demonstra que está a caminhar para um futuro de produção de dados que supera em muito sua própria capacidade de absorção e as consequências desta realidade não são calculadas, ainda. Necessário frisar que muitos destes dados produzidos, por vezes seguem um fluxo descontrolado, sem nenhuma filtragem existente, o que pode dar destino a rumos bastante diferentes, servindo tanto para o acréscimo de conhecimento para a sociedade ou, em mesma medida, dar azo a diversos tipos de tolhimento de direitos, mormente àqueles ligados à honra e imagem e privacidade dos cidadãos socio digitais.

¹³ Estudo disponibilizado em <https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf>, acesso realizado em 02/12/2019.

1.2 A sociedade digital: da convergência das múltiplas tecnologias, o palco unificado e a Internet das Coisas

A internet proporciona uma avalanche de inovações fora dos softwares e hardwares, vez que há uma certa obrigatoriedade imposta pela sociedade moderna no sentido de estarmos constantemente conectados à realidade da digital da vida. Tal imposição é tão palpável e latente que, inclusive, faz surgir patologias como o *“fear of missing out - FOMO”*, doença que traz um temor psicológico agigantado, fazendo com que os usuários constantemente sintam que estão atrasados em relação à vida social, que estão perdendo alguma novidade fundamental e se sintam excluídos do convívio em sociedade caso não estejam o tempo todo acessando a internet, postando seu cotidiano, expondo sua privacidade para todos seus seguidores nas redes sociais.

Certo é que não há meios de sustentar o cotidiano social globalizado sem a utilização do mundo digital, haja vista que a maioria das ações realizadas pelos cidadãos tem uma parcela de utilização da rede mundial de computadores, desde a utilização de um aplicativo para transferência de dinheiro em um banco até a utilização de máquinas complexas necessárias para a realização de exames de saúde mais aprofundados.

Desta feita, o número de usuários da rede mundial de computadores cresce vertiginosamente. Segundo pesquisa realizada pela CETIC¹⁴ no ano de 2018, em 93% dos lares brasileiros é possível identificar ao menos um aparelho celular com acesso à Internet. Para se ter um referencial, os aparelhos celulares estão tecnicamente empatados quanto à sua presença nas casas dos cidadãos brasileiros, presentes em 96% dos locais.

Isso traz como consequência a facilidade no acesso a serviços confeccionados por estrangeiros, disponibilizados por empresas estrangeiras, daqui do Brasil. Com isso, amiudadamente, percebe-se que as fronteiras geográficas são dissolvidas e não possuem uma interferência muito significativa no ambiente digital, que não se sujeita estritamente aos limites impostos pela geografia.

Daí, por claro, fica estabelecido uma complexidade no manejo jurídico das questões que, porventura, envolvam a vida digitalizada, sendo necessário, por exemplo, que o agente de direito domine matérias como direito internacional privado, a fim de solucionar possíveis querelas que tenham como ambiente a internet.

¹⁴ Estudo disponível em: <https://cetic.br/arquivos/domicilios/2018/domicilios/>, acesso em 10/11/2019.

Para prosseguir, insta observar o necessário conceito de sociedade convergente, sociedade na qual em breve estaremos imersos e, para tanto, necessário se faz a elaboração de uma breve recapitulação histórica acerca da evolução tecnológico digital da qual tal estágio social é corolário. A informática¹⁵ nasceu com a motivação e ideário de facilitação dos processos envolvidos na rotina dos trabalhos humanos, em especial, aqueles esforços que sejam mecanizados ou repetitivos.

Define-se, de maneira sucinta, a informática como aquela ciência que possui como objeto de estudo o tratamento automático e racional da informação. Entre as propostas principais da informática estão o desenvolvimento de novas máquinas, a aplicação de modelos automatizados nos trabalhos, otimização de métodos e formas de exercer controle mais eficiente nos meios de produção, por meio de um elemento físico que permita a coleta de dados e informações, o computador¹⁶.

Por certo, não é exclusividade dos tempos contemporâneos a necessidade humana em criar instrumentos que possam auxiliar e organizar em sua capacidade de processar informações existentes. O primeiro invento construído com essa finalidade surge na Mesopotâmia, há mais de 5.500 anos, o ábaco, instrumento que era utilizado por mercadores diante das necessidades mercantis existentes à época. O antigo instrumento de cálculo era formado por uma moldura com bastões ou arames paralelos, dispostos no sentido vertical, correspondentes cada um a uma posição (unidades ou dezenas) e nos quais estão os elementos de contagem podem fazer-se deslizar livremente.

No século XVII, o escocês John Napier inventou o mecanismo que denominou de “ossos de Napier”, o qual permitia a execução de operações matemáticas mais complexas, ainda utilizadas nas atuais regras de cálculo. Também era um dispositivo de cálculo de funcionamento manual utilizado para cálculo de produtos e quocientes de números. Utilizando de tabelas de multiplicação incorporada em hastas, a multiplicação e divisão podem ser reduzidas a operações

¹⁵ “Informática é um termo usado para descrever o conjunto das ciências relacionadas à coleta, armazenamento, transmissão e processamento de informações em meios digitais, estando incluídas neste grupo: a ciência da computação, os sistemas de informação, a teoria da informação, o processo de cálculo, a análise numérica e os métodos teóricos da representação dos conhecimentos e da modelagem dos problemas. Mas também a informática pode ser entendida como ciência que estuda o conjunto de informações e conhecimentos por meios digitais.” VELLOSO, Fernando de Castro. **Ibidem**. p.12.

¹⁶ “Computador é uma máquina capaz de variados tipos de tratamento automático de informações ou processamento de dados. Um computador pode possuir inúmeros atributos, dentre eles armazenamento de dados, processamento de dados, cálculo em grande escala, desenho industrial, tratamento de imagens gráficas, realidade virtual, entretenimento e cultura.” VELLOSO, Fernando de Castro. **Ibidem**.p.05.

de adição e subtração. O avanço aqui obtido é que o uso mais avançado das hastes pode entregar até raízes quadradas.

Em 1642, o filósofo Blaise Pascal construiu um engenho capaz de somar e subtrair números de oito algarismos, a primeira calculadora manual. Já em 1677, o também filósofo Gottfried Leibniz constrói uma máquina de calcular, em tempo concomitante com Isaac Newton, em trabalhos independentes.

Em 1830, tal conhecimento tecnológico começou tomar escopos de industrialização, sendo colocadas no mercado uma maior quantidade de máquinas mecânicas de calcular na Europa. Em 1890, o norte-americano Herman Hollerith, fundador da grande empresa de dados *International Business Machine – IBM*, construiu uma máquina eletromecânica que lia uma série de dados gravados em cartões perfurados. A máquina nomeada de tabulador 1890 conseguia processar 200 a 300 cartões por hora em um tabulador, tal feito revolucionara a leitura de dados, o sistema foi elaborado com a motivação de aprimorar o censo social dos Estados Unidos da América. Com o passar do tempo, a máquina foi aprimorada ao introduzir um painel de fios que permitia a leitura ainda mais ágil, o que foi considerado os primeiros passos em direção à programação.

Ao perceber o grande potencial das máquinas calculadoras mecânicas e eletromagnéticas, a sua utilização foi popularizada e proliferou de maneira exponencial, culminando no maior salto de qualidade no tratamento de informações, em 1946, na Pensilvânia. *O Eletric Numeric Integrator and Calculator - ENIAC*¹⁷, uma espécie de protótipo do que conhecemos como um modelo de computador, baseado em circuitos eletrônicos, que operava baseado em um sistema de lógica binária, tendo em sua composição 18.000 válvulas que reagiam aos dados inseridos e postavam a devida resposta.

Com a utilização deste sistema binário, percebe a viabilidade comercial do produto, que acarreta, posteriormente, o *Universal Automatic Computer - UNIVAC I*. Projetado por J.Presper Eckert e John Mauchly, o primeiro modelo foi entregue ao censo dos Estados Unidos em 1951 e a segundo para o Pentágono. Por conta do alto custo do modelo, somente 46 unidades foram fabricadas, uma delas adquirida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

A tecnologia começou a migrar de grandes computadores para a esfera microeletrônica, no intuito de otimizar os resultados de processamento de dados e possibilitar a venda comercial

¹⁷ VELLOSO, Fernando de Castro. *Ibidem*.p.7.

e mais acessível dos computadores. Como consequência dessa migração, nos anos 70 advieram os microprocessadores, revolucionários aparatos por conta do seu minúsculo tamanho, um composto de silício que converge em si o processamento em um computador e onde se condensam centenas de transistores, ocupando em um centímetro o perímetro que outrora abarcava salas inteiras nos tempos com uma eficiência bem mais apurada.

Em 1965 surge um conceito estabelecido por Gordon Earl Moore, co-fundador da Intel, denominada como Lei de Moore. Tal conceito dizia que o poder de processamento dos computadores dobraria a cada 18 meses sem o aumento do custo dos hardwares, revolucionando a produção dos chips processadores. Pesquisadores de informática afirmam que em um futuro breve a o conceito de Moore deixará de ser válido.

Dezessete anos após, em 1981, surge o primeiro microcomputador, o Xerox Alto. Lançado pela Xerox, o Xerox Alto, utilizava a estrutura da mesa do trabalho (desktop), possuía mouse e uma interface gráfica de fácil assimilação, ligação com impressora e uso de e-mail. Em 1989, o físico inglês Tim Berners-Lee criou a linguagem *HyperText Markup Language - HTML*¹⁸, uma das mais comuns linguagens utilizadas para o desenvolvimento dos websites. A Linguagem de Marcação de Hipertexto é uma linguagem baseada em marcação, em que o desenvolvedor marca elementos para mostrar quais informações a página deve ou não exibir, o que facilitou a criação do *WorldWideWeb*, mais conhecido como *www*.

Na década de 90 o cenário de mudanças do mundo digital se agita e a celeridade é a principal marca. Em 1993 Marc Andressen criou o browser Mosaic, que permitia o fácil manuseio das interfaces e das linguagens da internet. Dois anos após, em 1995, Bill Gates adquire a *Netscape Communications*, uma empresa de serviços de computadores dos Estados Unidos da América, conhecida pelo seu browser de navegador, que era tido como o melhor à época. Em 1990, 90% dos usuários da internet utilizavam o programa, porém, sua relevância foi sendo diminuída cada vez mais, chegando a ter somente 0,4% dos usuários mundiais em 2013, vez que a competição dos navegadores começou a se acirrar cada vez mais.

Em 1998, Steve Jobs, hoje consagrado como um dos grandes mestres da tecnologia, cria o iMac, um modelo de computadores Macintosh projetado pela Apple Inc. com o grande diferencial o seu design arrojado que atraia o público jovem.

¹⁸ VELLOSO, Fernando de Castro. **Ibidem**.p.225.

Neste mesmo ano, Larry Page e Sergey Brin, criaram o maior buscador da internet, o *Google* em um projeto de doutoramento pela Universidade de Stanford, hoje o website mais visitado do mundo.

Em 2001 é criada a Wikipédia, um site inovador que se transforma na primeira enciclopédia online, de caráter colaborativo e multilíngue da internet. Nesta plataforma qualquer usuário que tenha determinada informação acerca do tema pesquisado pode inserir o conteúdo que ache pertinente, o qual será avaliado pelos demais navegantes, podendo ser alterado ou excluído a qualquer momento, nos casos em que as informações postadas não sejam verídicas. Em outubro do mesmo ano é lançada pela Apple a primeira versão do iPod, aparelho que revolucionou o mercado mundial da música ao permitir o armazenamento de até 1.000 músicas de uma maneira portátil.

Esses avanços são reflexos de um caminho ao rumo do que se entende por sociedade convergente que vinha se desenvolvendo rapidamente desde a criação do telefone, considerada a primeira ferramenta de comunicação simultânea que revolucionou os comportamentos da sociedade. No outro extremo do processo evolutivo, a Internet possibilitou o encurtamento das distâncias com maior eficiência e, também, a multicomunicação, que significa dizer, transmissão de texto, voz e imagem. A multicomunicação, associada a capacidade de respostas ágeis, que permite à Internet se torne um veículo de comunicação e desafiar e transformar o modo como nos relacionamos uns com os outros.

Com o olhar técnico, a internet consiste na interligação de milhares de dispositivos do mundo todo, interconectando os computadores mediante protocolos, conhecidos como *Internet Protocol – IP*. A ligação da internet é feita por meio de linhas telefônicas, fibras óticas, satélites, onda de rádio ou infravermelho. A conexão do computador com a rede pode ser feita de maneira direta ou indireta, por meio de outro computador, conhecido como servidor.

O usuário consegue navegar na internet por meio de um *browser*, programa que pode ser usado para visualizar páginas disponíveis na rede, interpretando informações do *website* indicado, exibindo na tela do usuário, indicando dados quais forem (imagens, sons, textos). Os servidores e provedores de acesso utilizam a estrutura do serviço existente para viabilizar o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações do usuário à rede. O protocolo da internet é conferido ao computador que se conecta à rede, e os subendereços são dados aos computadores conectados com os provedores.

A interligação e uniformização do sistema de transmissão de dados entre redes distintas, por meio de protocolos, permitiu que a internet conquistasse maior amplitude no globo. A realidade atual é que hoje a comunicação pode se dar com ou sem a intervenção humana, por meio da *Electronic Data Interchange – EDI*¹⁹, em que há sistemas que são previamente programados para receber ou enviar informações quaisquer. Tais aplicações são fundamentais para demonstrar que uma sociedade plenamente convergente não faz parte de uma perspectiva futurista, porém, de uma realidade concreta.

Da transmissão de dados muito simples, ingressa a transmissão de áudio e vídeo, o conteúdo denominado como multimídia, um passo evolutivo para a convergência. Para tanto, exige-se equipamentos mais capazes e redes com maior velocidade e largura de banda. Destarte, necessita o crescimento dos recursos tecnológicos até alcançar a denominada banda larga, dotada de *Asymmetric Digital Subscriber Line – ADSL*²⁰, que é uma tecnologia de transmissão de dados em alta velocidade, utilizando-se de linhas telefônicas. Nos dias atuais há um seguimento para as transmissões em tempo real, denominado *streaming*, o que impulsionou conteúdos como os do segmento mercadológico *gamer*.

O movimento de convergência significa o salto das tecnologias hoje estagnadas às telas dos computadores, *smartphones*, *tablets*, não se limitando aos serviços circunscritos a Internet, extrapolando a mera interconectividade. A sociedade convergente possui como característica física mais forte a interação total dos *chips* utilizados em nossos aparelhos tecnológicos.

Assim sendo, por exemplo, equipamentos comuns como micro-ondas, máquinas de lavar roupas, televisores, todos estes aparelhos que possuem chips, seriam conectados diretamente aos nossos *smartphones*, computadores e *tablets*, surgindo assim uma espécie de supra interconectividade, na qual todas tecnologias convirjam para um só ambiente.

A convergência será totalmente atingida no momento em que todos os aparelhos estabeleçam uma recíproca conexão entre si. Um hipotético exemplo dessa convergência seria

¹⁹ “Electronic Data Interchange (Intercâmbio Eletrônico de Dados) - EDI significa troca estruturada de dados através de uma rede de dados qualquer. A EDI pode ser definida como o movimento eletrônico de documentos padrão de negócio entre, ou dentro, de empresas. o EDI usa um formato de dados estruturado de recolha automática que permite que os dados sejam transformados sem serem reintroduzidos.”. VELLOSO, Fernando de Castro. *Ibidem*. p.223.

²⁰ “Asymmetric Digital Subscriber Line (ADSL) é um formato de DSL, uma tecnologia de comunicação de dados que permite uma transmissão de dados mais rápida através de linhas de telefone do que um modem convencional pode oferecer”. VELLOSO, Fernando de Castro. *Ibidem*. p.196.

uma máquina de lavar roupas que, na iminência de apresentar um defeito qualquer, envia todos os dados ao *smartphone* do proprietário que, por sua vez, já envia um e-mail diretamente à assistência técnica do aparelho com um completo diagnóstico e possibilita seu conserto antes mesmo de que o defeito se concretize.

Em uma primeira análise, tal realidade pode aparentar ser inalcançável, porém, já é algo palpável e realizado em equipamentos médicos de alta tecnologia, como aparelhos de ressonância magnética e tomografia. O que impede uma maior abrangência é o atual custo de manutenção de tal tecnologia, o que se apresenta insustentável para a maioria da população.

Assentam-se aqui novos desafios para o direito, vez que por meio da interconectividade surgem novos ambientes que merecem a atenção do direito, como os *e-commerce*, por exemplo. A internet, como tem ficado claro ultimamente, se apresenta como um grande atrativo para shoppings, microempresas, bancos, redes de ensino e todo tipo de comércio existente no mundo não digital. Essas novas interações suscitam novas regras, princípios, regulamentos, capacitação dos operadores do direito frente a isso, observação da aplicação ou não de antigos princípios do Direito.

Não há uma definição pacífica acerca do conceito de IoT²¹, vez que existem diversas divergências quanto a suas especificidades. De maneira ampla, pode ser entendido como um ambiente de objetos físicos interconectados com a rede mundial de computadores e internet por meio da utilização de pequenos sensores embutidos em si, criando um sistema de computação ubíqua, com intuito de facilitação da rotina das pessoas, ao introduzir soluções funcionais nos processos.

O ponto de semelhança na maioria das definições de internet das coisas centra na questão do contexto de processamento de informações e dados em um contexto de hiperconectividade. O termo hiperconectividade aparece no início para descrever o estado de disponibilidade dos indivíduos para se comunicar a qualquer momento e possui desdobramentos relevantes. É comum verificar que nos dias atuais diversos fenômenos característicos da hiperconexão, tais quais o “*always on*”, que consiste na conexão ininterrupta dos cidadãos, a conseguinte possibilidade de estar acessível de imediato “*readily accessible*”;

²¹ As “coisas”, no sentido da internet das coisas, como dispositivos que possuem, simultaneamente, capacidades de computação, comunicação e controle. Se o dispositivo está no plano da computação e da comunicação, mas não tem sensores ou atuadores que lhe confirmem a característica do controle, é (apenas) uma máquina em rede; se não possui capacidade de comunicação, é um sistema de controle digital; se não conta com capacidades computacionais, é um sistema de telemetria. As coisas, na internet das coisas, devem ter as três características ao mesmo tempo, todas inseridas no meio digital.

a propagação rica e interativa de dados; o armazenamento ininterrupto de dados “*always recording*”²².

O termo *hiperconectividade* está ligado a comunicações entre indivíduos-indivíduos “*person-to-person*” ou “*p2p*”, indivíduos e máquina “*human-to-machine*” ou *h2m* e entre máquina e máquina “*machine-to-machine*” ou “*m2m*” valendo-se, para tanto, de diferentes meios de comunicação.

Há, nesse ambiente da internet das coisas, um fluxo contínuo de informações e massiva produção de dados que tem seu avanço dependente diretamente do aumento de dispositivos que enviam, recebem e processam essas informações. Exemplos hábeis a demonstrar isso são os *wearables*, dispositivos feitos para serem vestidos em nosso cotidiano, tais como relógios *smart*, camisas com *gps*, tênis com *chips*, que já se encontram disponíveis no mercado com várias opções de sensores utilizados no setor agrícola e nas indústrias. Nesta lógica, quanto maior o número de dispositivos conectados, mais dados são produzidos.

Paulatinamente, as coisas se conectam à internet com capacidade para compartilhar, processar, armazenar e analisar um volume enorme de dados entre si. Essa prática é o que une o conceito de *IoT* ao de big data. Big data é o termo que descreve qualquer quantidade agigantada de dados estruturados, semiestruturados ou não estruturados que têm o potencial de ser explorados para obter informações.²³

O Big Data possui propriedades essenciais, a primeira delas é o volume crescente de dados.²⁴ Outra propriedade é a alta velocidade com que os dados são produzidos, analisados, processados e visualizados. Além disso, a variedade de formatos de dados representa um desafio adicional. Essa característica é potencializada pelos diferentes dispositivos responsáveis por coletar e produzir dados em diversos âmbitos.

Destarte, o conceito de *big data* pode implicar, juntamente com o *data science*, a capacidade de converter uma enormidade de dados brutos e dispersos em muitos lugares, em gráficos, tabelas e estudos que permitam compreender determinado fenômeno sociodigital. Para José Carlos Cavalcanti, o conceito de *big data* se aplica a informações que não podem ser processadas ou analisadas usando processos ou ferramentas tradicionais.

²² FREDETTE, John. **The promise and peril of hyperconnectivity for organizations and societies**. In: **The global information technology report 2012: living in a hyperconnected world**. Genebra: Insead; World Economic Forum, 2012. p. 113

²³ LANE, Julia. **Privacy, big data and the public good: frameworks for engagement**. Nova York: Cambridge University Press, 2014.

²⁴ RIJMENAM, Mark van. **Why the 3 V's are not sufficient to describe big data**. Datafloq, ago. 2015.

Cavalcanti menciona como características básicas do conceito de big data: volume, variedade e velocidade (os chamados 3 Vs), reconhecendo também a “veracidade” como outra possível característica defendida por outros autores.²⁵ Na atualidade, cada vez mais as decisões são baseadas em grandes bancos de dados que, ao serem analisados de maneira errada podem vir a trazer problemas grandes.

Segundo Hannes Grassegger e Mikael Krogerus:

*“Big data significa, em essência, que tudo o que fazemos, tanto online como offline, deixa vestígios digitais. Cada compra que fazemos com nossos cartões, cada busca que digitamos no Google, cada movimento que fazemos quando nosso telefone celular está em nosso bolso, cada like é armazenado. Especialmente cada like. Durante muito tempo, não era inteiramente claro o uso que esses dados poderiam ter — exceto, talvez, que poderíamos encontrar anúncios de remédios para hipertensão logo após termos pesquisado no Google “reduzir a pressão arterial”.”*²⁶

A relação que temos com a tecnologia, mormente dos objetos inteligentes e o Big Data podem alterar de maneira significativamente a forma como estamos a viver. Estima-se que neste ano a quantidade de objetos interconectados atingirá os 25 bilhões, podendo chegar a 50 bilhões de dispositivos inteligentes²⁷. O impacto desse cenário de hiperconexão na economia são impressionantes, com estimativa de impacto correspondente a mais de 11 trilhões de dólares até 2025.

A internet das coisas pode trazer diversos benefícios aos consumidores vez que dispositivos de saúde interconectados poderão nos permitir o monitoramento mais constante e eficiente, promovendo a interação entre paciente e médico de maneira mais eficaz. Por sua vez, os sistemas de automação, por exemplo, poderão permitir que o consumidor, antes mesmo de chegar à sua residência, possa enviar mensagens destinadas a ações relativas ao andamento da casa, como abrir os portões, desligar alarmes, preparar o banho quente, colocar música ambiente e alterar a temperatura da casa.

²⁵ CAVALCANTI, José Carlos. **The new ABC of ICTs (analytics + big data + cloud computing): a complex trade off between IT and CT costs**. In: MARTINS, Jorge Tiago; MOLNAR, Andreea (Org.). **Handbook of research on innovation in information retrieval, analysis and management**. Hershey: IGI Global, 2016.

²⁶ GRASSEGGER, Hannes; krogerus, Mikael. **The data that turned the world upside down**. Tradução livre. Disponível em <https://publicpolicy.stanford.edu/news/data-turned-world-upside-down>, acesso em 12/09/2019.

²⁷ BARKER, Colin. **25 billion connected devices by 2020 to build the internet of things**. ZDNet, 11 nov. 2014. Disponível em: <https://www.zdnet.com/article/25-billion-connected-devices-by-2020-to-build-the-internet-of-things/>, acesso em 12/09/2019.

Por outro lado, esses numerosos dispositivos conectados que nos acompanharão rotineiramente poderão coletar, transmitir, armazenar e compartilhar uma quantidade enorme de dados, muitos deles estritamente particulares ou até mesmo íntimos. Com o aumento exponencial de utilização desses dispositivos que já existem ou que entrarão em breve no mercado, há de se estar atento aos riscos que isso poderá acarretar para a privacidade e a segurança dos usuários.

Por certo que esse nível de hiperconectividade e interação contínua entre diversos aparelhos, usuários e sensores alteram forma, comunicação e decisões nas esferas pública e privada. As informações que se disponibilizam na internet não serão mais postadas na rede mundial de computadores somente por pessoas, porém, por algoritmos preparados anteriormente e plataformas que trocam dados e informações entre si, formando um espaço de conexões de rede e informações cada vez mais automatizado.

Observa-se hoje a construção de novas relações que estão a estabelecer com as máquinas e outros dispositivos interconectados, permitindo que algoritmos passem a tomar as rédeas das decisões e a pautar avaliações e ações que outrora eram tomadas por seres humanos. Tal cultura é recente e implica em diversas considerações éticas, haja vista que os impactos da comunicação algorítmica possui relevância na sociedade civil.

Levando em consideração o quão recente é esse cenário digital de hiperconectividade e de IoT baseado na relação entre objetos inteligentes, *big data* e inteligência computacional, ainda não é possível conhecer quais são os benefícios e riscos de modo bem delimitado. Por ora, o único conhecimento que se tem é que haverá uma mudança grande para as relações sociais.

1.3 A sociedade da (hiper)informação e aldeia global

Um dos maiores objetivos que impulsionaram a evolução tecnológica, para além dos óbvios todos aspectos comerciais envolvidos, é a possibilidade da criação de uma sociedade onde o maior número de pessoas possa ter acesso ao conhecimento de maneira facilitada e até gratuita. Entregando um mesmo conhecimento a uma gama maior de cidadãos, de maneira simultânea, o que, em tese, facilitaria a dissolução e difusão de saberes de diversos quilates.

Esta estrutura sociodigital, fomentadora do franco e facilitado acesso à informação é denominada como aldeia global, fincada em uma existente e, cada vez maior dissolução das fronteiras geográficas, que cria uma espécie de novo globo virtual que como principal característica a ambiência comum.

Neste ambiente, os fatos aparentam ocorrer em um mesmo fuso horário, não pela sua ocorrência em si, mas por sua ampla divulgação em tempo real e afetação instantânea que possuem em grande parte da população mundial. Exemplo claro disso é a ampla interconectividade entre fatores econômicos e sociais ao redor do globo, demonstrada de forma bem delineada pela oscilação da bolsa de valores a cada mudança de política externa norte-americana ou declaração estabaneada de algum presidente ao redor do globo.

Paralelamente, há de se atentar para o fato de que o alcance dos dados se multiplicou numa escala outrora jamais imaginada. Neste processo, porém, não há só benefícios, vez que rumores, boatos e até mesmo falas, porém eivadas de inverdade, podem ser contundentes e capazes de lesar a imagem de uma pessoa podem ter sua abrangência demasiadamente impulsionada, trazendo consigo um dano de impossível ou improvável reparação.

De forma muito contundente o escritor britânico Eric Arthur Blair, comumente conhecido por seu pseudônimo George Orwell, põe a temática à baila em seu livro 1984, no qual utiliza da linguagem metafórica, ao criar a figura do “*Big Brother*”, ou o Grande Irmão, em tradução livre. Através desta forma de discurso o autor suscita a relevante discussão de quão sólida é a proteção das nossas informações privadas.

Este assunto traz por arrastamento um extenso número de questionamentos, vez que as tecnologias oferecem novas realidades e invadem de maneira profunda a nossa privacidade constantemente. O Grande Irmão, nos dias atuais personificado pela mídia e potencializada pelos meios digitais, é aquele que tudo sabe, que tudo vê, que constantemente nos regula, e nos destrincha em diversos os aspectos existenciais.

Como bem salientado no livro 1984, demonstrando a potência de descortinar nossa privacidade de forma radical.

“Em cada patamar, diante da porta do elevador, o cartaz da cara enorme o fitava da parede. Era uma dessas figuras cujos olhos seguem a gente por toda parte. O GRANDE IRMÃO ESTÁ TE VIGIANDO, dizia a legenda”²⁸.

²⁸ ORWELL, George, **1984**; Tradução: Luiz Carlos Carneiro de Paula; Editora Bibliex – Biblioteca do Exército; Rio de Janeiro – RJ; 1ª Edição, p.13.

Por meio da linguagem metafórica podemos vislumbrar que a problemática ora posta a nós, cidadãos internautas, qual seja o dilema da privacidade que nos cinge constantemente, não é novidade.

Porém, é alarmante o nível de penetração no íntimo e privado que foi possibilitado pelo advento das novas tecnologias. Pode se notar a complicação pujante e atual ao perceber que hoje não mais há meios hábeis a realizar um corte totalmente preciso sobre o que viria a ser a nossa vida dita digital e a vida e a analógica e a nossa exposição é muito facilitada por meio das inúmeras tecnologias existentes e que são cada vez mais utilizadas.

Diante dessa aparente impossibilidade de fazer a separação entre os dois mundos, há de se ressaltar que todo impacto existente no ambiente digital reverbera das mais diversas formas no mundo não digitalizado. No campo acadêmico da física é consagrada a terceira Lei de Newton, também conhecida como o princípio da ação e reação, que postula existir para cada ação uma reação de igual intensidade, mesma direção e sentido contrário.

Ao abordarmos, porém, as consequências imersas numa temática do direito digital, inserido num contexto da sociedade de informação teremos uma evolução do postulado pela lei newtoniana. A partir dessa nova perspectiva socio digital, toda e qualquer ação realizada no mundo digital gera, ao menos, dois tipos de reações, uma pautada no ambiente digital e, inevitavelmente, a sua consequente reverberação no mundo analógico de consequências diversas.

Desta feita, pode ser o direito ao esquecimento um remédio hábil a contornar possíveis situações que ocorrem no cotidiano social, qual seja o fato da fácil dissolução de notícias inapropriadas por conta da sua inveracidade, que tanto afeta a vida de suas vítimas. Certo é que, quando da confecção do livro, Orwell certamente não faceava as circunstâncias fáticas que nos encontramos inseridos. Seu escrito nos parece contemporâneo vez que consegue vislumbrar que a nossa essência humana está gradativamente adentrando ao ambiente digital.

A evolução tecnológica que outrora se desnudava em décadas vem se tornando cada vez mais rápida e com impactos ainda maiores do que se planejou. Escândalos sobre a invasão de privacidade não faltam, como o caso da Nacional Security Agency – NSA, agência norte-americana responsável pela invasão de dados pessoais de milhares de pessoas, incluindo importantes líderes mundiais, caso exemplificado pelo grampeamento telefônico de Dilma Vana Rousseff, então Presidente do Brasil. Outro caso é o do evento nomeado como *Wikileaks*,

episódio que demonstrara o lado obscuro das transações políticas em todo globo mundial, revelando ao público geral diversos dados que outrora eram privados e assim deveriam ter permanecido.

Estes dois episódios desnudaram a fragilidade, para não se falar em inexistência de privacidade em nossas vidas. Quando da confecção deste trabalho, a Internet possuía mais de 1.746.139.102 *websites* e, por dia, são criadas 5.000 novas *homepages*, dados que são muitíssimo flexíveis e se alteram a cada segundo, conforme se pode verificar no site *internet live stats*.²⁹ Desta feita, estamos a observar uma avalanche imparável de produção de dados e informações, que por muitas vezes hão de solapar o que conhecemos como privacidade.

Os dados alimentam cada vez mais a rotina dos cidadãos digitais, que vivem sempre à procura de uma nova foto, uma nova postagem, de mais likes, uma nova informação fútil, em suma, um novo dado que lhe satisfaça de alguma maneira. A ânsia em ver tudo, em saber de todas as novidades, em conhecer até o que faz parte do âmbito particular das pessoas vem tomando proporções cada vez maiores e adquirindo contornos mais invasivos.

No Brasil e no mundo, a privacidade vem sendo dilacerada. Um grande exemplo disso é o ocorrido com a atriz brasileira Daniela Cicarelli. No caso concreto, a atriz foi flagrada em uma praia espanhola em uma situação que sugeriria uma relação sexual com Tato Malzoni, seu namorado, então à época. Na oportunidade ela fora filmada por um banhista que estava no local que, logo em seguida, compartilhou o vídeo na recém-criada plataforma Youtube, sem o seu consentimento.

Como se tratava de uma nova plataforma voltada para o upload de vídeos, a reverberação do episódio fora muito além daquilo que podia se esperar. O conteúdo se tornou um viral, como é denominado determinado assunto que seja acessado por milhões de pessoas. Tal acontecimento resultou inevitavelmente em uma grande discussão jurídica dos temas que cercam o direito de imagem, assunto que começou a arrastar o debate para a seara dos assuntos próximos do direito ao esquecimento, que culminou em vultuosa indenização ao casal, no total de 93 milhões de reais.

À época, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu por certo conceder a tutela antecipada inibitória, que fez impedir a veiculação do assunto em noticiários físicos e digitais, incluindo nessa proibição os vídeos e as fotografias do acontecimento. A decisão foi prolatada

²⁹ Dados disponíveis em: <https://www.internetlivestats.com/>, acesso em 21/12/2019.

sob o argumento de inexistir interesse público palpável no noticiamento do ocorrido, somado ao fato de não haver consentimento do casal em ceder sua imagem para qualquer veículo de notícias.

Urge salientar que, no caso supracitado sequer houve o enfrentamento de questões relativas ao direito a desindexação, muito menos acerca do direito ao esquecimento. No caso em tela, houve somente a abordagem de questões relativas à efetivação de tutela inibitória, que à época, estava prevista no artigo 461 do antigo Código de Processo Civil.

Acerca do tema, a oportuna lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

“A tutela inibitória visa a inibir a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito. É uma tutela genuinamente preventiva. Tem como pressuposto a probabilidade da prática, da repetição ou da continuação de ato contrário ao direito.”³⁰

Há de se ressaltar que, apesar de não tangenciar a discussão do direito ao esquecimento, a importância do caso Cicarelli assenta-se na questão de que, por meio dele a atenção da sociedade em geral se voltou para a existência de uma monstruosa potencialidade de capilarização de quaisquer informações, característica sobressaltada pela criação e acessibilidade da rede mundial de computadores.

Para além disso, a inibitória também se apontou como uma medida processual hábil a propiciar o direito ao esquecimento, por meio da qual a proibição de veiculação de determinado conteúdo torna efetiva a pretensão de se esquecer determinados conteúdos, que abordo no último capítulo.

O caso atingiu tamanha relevância no sistema brasileiro que instou o Superior Tribunal de Justiça - STJ, pouco tempo após, a atentar-se para a recorrente prática da veiculação de imagens de artistas sem sua devida autorização. Essa veiculação efetuada sem autorização já existia, por óbvio, porém, atingiu proporções agigantadas por conta da facilidade de inserção de conteúdo proporcionada pela Internet, o que culminou na edição da Súmula 403³¹.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil comentado artigo por artigo** – Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 425.

³¹ Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

A internet configura-se um meio de veiculação de dados com pouquíssima filtragem de conteúdo vez que não há cobrança para postar nem um órgão ou pessoas que façam o trabalho de correção de conteúdo, somente em alguns sítios colaborativos como o *Wikipédia*. Desta feita, qualquer dado, incluindo aqueles impróprios podem ter sua inserção facilitada no mundo digital, possibilitando a degradação e até a destruição da reputação de qualquer pessoa, de modo instantâneo e com abrangência de escala mundial.

Para se entender como poderia ser possível impedir a veiculação de determinados dados na esfera digital, necessário se faz o vislumbre, ainda que de modo breve, do processo de inserção de conteúdo na rede mundial de computadores.

Todo e qualquer conteúdo que é inserido na *web* recebe uma correspondente indexação, processo que consiste em uma forma de alocação de determinado arquivo em uma base de dados que, por sua vez, insere uma gama de *tags*³², que consistem em palavras-chaves que representam características e particularidades da mensagem indexada que a diferencia ante um vasto número de outros dados existentes, traçando diversos estigmas que possibilitam seu encontro no plexo de dados disponíveis.

Desta forma, os buscadores de conteúdo, geralmente possuidores de uma tecnologia de ponta podem, com certa facilidade, encontrar e remover os conteúdos que, porventura, estejam em desacordo possuam algum tipo de ausência de veracidade, que tenham sido fruto de discussão judicial, ou que, de qualquer forma esteja em desacordo com a legislação pátria, como ocorrido no caso da modelo supracitada.

Frente às mais diversas formas que possibilitam a lesão a imagem de qualquer cidadão, utilizando da internet como meio de propagação surge então a grande necessidade de o agente do direito se atentar para a aplicação do direito ao esquecimento, que será melhor abordada no último capítulo do trabalho.

O surgimento do direito ao esquecimento possui marco histórico em tempos distintos e lugares distantes do Brasil. Passo a abordar os seus primeiros passos analisando sua origem, suas nuances e suas peculiaridades até o presente momento.

³² Tag em inglês significa etiqueta, rótulo, algo que colocamos em objetos, mercadorias, arquivos, etc. para nos ajudar na vida diária, para nos orientar. Definição retirada de : <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/tag>, acesso em 02/02/2020.

1.4 O histórico do direito ao esquecimento no direito alienígena

1.4.1 No direito francês: o caso Landru e o *droit d'oubli*

A França foi um dos países pioneiros – senão o pioneiro – acerca do tema de reconhecimento do direito ao esquecimento (*Droit d'oubli*) pois, segundo consta, já na década de 1960, tenha se dado atenção ao tema em sede jurisprudencial e doutrinária. O Caso veio a público em 1919³³, após a Primeira Guerra Mundial. Possuiu um impacto muito grande por ter sido um crime não visto anteriormente.

Landru era casado e pai de quatro filhos, porém, possuía uma relação extraconjugal com uma cantora lírica. Em quatro anos ele se tornou um assassino conhecido mundialmente, matando quatro mulheres e um rapaz, sendo o primeiro matador em série da história policial francesa. Preso aos cinquenta anos de idade por seus crimes, ficou conhecido por queimar os corpos no fogão da cozinha de sua casa de campo.

O caso despertou grande comoção em todas as camadas sociais, especialmente pelo mistério que o envolvia: um homem normal, de família e bem formado, vez que era arquiteto e especialista em mecânica sendo, ao mesmo tempo, um assassino cruel para cujas mortes não se encontram explicações.

Datado de 1965, o primeiro precedente judicial do tema se atinha não ao aspecto criminal dos atos, mas sim, sobre a reparação civil formulada por uma das amantes de Landru, em decorrência de danos causados por um filme de Claude Chabrol, que dava vários detalhes existentes na relação amorosa extraconjugal dos dois. Como fora relacionada a uma pessoa condenada como assassina em série, a amante teve sua honra manchada e entrou em juízo para que não tivesse seu nome colacionado ao Landru, vez que era de nenhum interesse ao público em geral.

O Tribunal de Grande Instância do Sena, embora tenha invocado uma “prescrição do silêncio” ou “*prescripcion du silence*” em sua decisão, acabou por julgar improcedente a ação mediante o argumento de que a própria demandante já havia publicado a relação amorosa em suas obras de memória. Em 1967 a decisão fora confirmada pela Corte de Apelação de Paris, baseada no mesmo tipo de argumentação jurídica.

³³ Matéria disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/089842/per089842_1919_07525.pdf, acesso em 12/09/2019.

Apesar de não trazer em sua decisão a nomenclatura específica do direito ao esquecimento, remete à um ideário do silêncio, da objeção do disseminar, do ausentar de falar, temas que, claramente tangenciam o que ora se discute, o esquecimento. Em 1983 que o direito ao esquecimento, entendido como uma nova liberdade pública acabou por ser objeto de expresso reconhecimento na França, por meio de mais um provimento judicial, realizado pelo Tribunal de Grande Instância de Paris, desta vez.

Na lide supracitado, tratava-se de outro caso que pleiteava a indenização decorrente de lesões atinentes a responsabilidade civil. O tribunal ponderou em sua fundamentação que em face do transcurso do tempo, qualquer pessoa que sinta que fora prejudicada por quaisquer manifestações ilegais pode reivindicar o seu direito ao esquecimento, observando-se as necessidades da História, que não pode ser prejudicada, prevalecendo o interesse público acima do privado.

Desta forma, ficou claro que a concessão do direito ao esquecimento seria possível, desde que ponderando sua aplicação frente a outros interesses e direitos fundamentais, tais como a veracidade da História, o interesse histórico popular e a liberdade de informação. O Tribunal afirmou também, na mesma decisão que, os condenados, uma vez que tivessem pago sua dívida para com a sociedade, ou seja, cumprido na integralidade sua pena, teriam assegurado tal direito a fim de que sua reinserção social fosse permitida da maneira mais plena possível.

Por óbvio, aqui não se assentava o reconhecimento do direito ao esquecimento na Internet, que, à época da decisão, encontrava-se em sua primeira arquitetura, rústica, ainda insonsa, fora do alcance da grande maioria da população e não possuía os contornos que possui hoje, nem de longe. A França, porém, começou a apresentar suporte ao direito ao esquecimento nas relações ambientadas na internet ainda quando esta estava em fase embrionária, vez que implicitamente ele encontra resguardo na Lei sobre Informática e Liberdades (*Loi Informatique et Libertés*)³⁴, sancionada em 2001, na Lei sobre a Confiança na Economia Numérica (*Loi pour la Confiance dans l'économie numérique*)³⁵ e também no Código Civil.

A Lei sobre Informática e Liberdades, em síntese, dá suporte a algumas facetas do direito ao esquecimento, seja no que tange a métrica de duração do armazenamento de dados,

³⁴ Texto original disponível em: <https://www.cnil.fr/fr/la-loi-informatique-et-libertes>, acesso em 12/09/2019.

³⁵

Texto	original	disponível	em:
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164 , acesso em 12/09/2019.			

postado em seu artigo 5º, seja no que tange assegurar um direito individual de se opor à inserção de seus dados em um banco e que tais dados sejam utilizados com fins comerciais, conforme disposto em seu artigo 38. Complementando tais circunstâncias, o artigo 40 prevê expressamente um direito à retificação, complementação e cancelamento de informações quando forem identificados erros ou meras inexatidões.

Já na Lei sobre a Confiança na Economia Numérica, consta em seu artigo 6º que os provedores de conteúdo deverão agir prontamente para retirar os conteúdos tidos como danosos ou tornar seu acesso impossível, desde o momento em que tenham tido ciência de sua existência. O Código Civil francês, por sua vez apresenta em seu artigo 9º que os juízes, podem, sem prejuízo da reparação de danos, determinar todas medidas próprias para fazer cessar atentados contra a vida privada, tais como sequestro, busca, medidas que podem, em caso de urgência, serem determinadas inclusive em caráter provisório.³⁶

Ainda sobre o direito ao esquecimento, em 2006 a Comissão Nacional de Informática e das Liberdades (*Comission Nationale de L'Informatique et des Libertés*)³⁷ invoca tal direito como fundamento para a anonimização de decisões judiciais colocadas disponíveis ao acesso público na Internet, mantendo em sigilo o nome das partes envolvidas e demonstrando tão somente os argumentos jurídicos que guiaram a discussão judicial dos temas.

Em 2010 o direito ao esquecimento ganhou contornos normativos propriamente ditos, ainda que com contornos bastante restritos. Neste ano, a Secretária de Estado francesa Nathalie Kosciusko-Morizet elaborou com representantes de dez empresas e entidades envolvidas em processamento de dados digitais um Código de conduta direcionado à Publicidade e à Proteção de Internautas por meio do qual estabeleceu-se determinados protocolos que necessitariam de ser observados pelos operadores da rede mundial de computadores a fim de salvaguardar garantias aos usuários da Internet.

Postulou de maneira expressa o direito ao esquecimento aplicando o instituto aos cookies, inserindo a necessidade de configurarem tais aplicações responsáveis por coletar

³⁶ Texto original disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=E8C8F2A6621E17DDDC734FD0F0422E32.tplgfr26s_2?idArticle=LEGIARTI000006419288&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200408, acesso em 12/09/2019.

³⁷ Missões da Comissão disponível em: <https://www.cnil.fr/fr/les-missions-de-la-cnil>, acesso em 12/09/2019.

informações sobre o comportamento do usuário na Internet com um prazo determinado de expiração, garantindo, o apagamento automático de determinadas informações pessoais dos indivíduos.

Em 2017 o direito ao esquecimento veio a ser questionado. Para ser mais preciso, a sua devida extensão veio a ser alvo de questionamento. A Google France recorreu ao Conseil d'Etat vez que restou inconformada com a decisão da Agência francesa de proteção de dados (*Comission Nationale de l'Informatique et des Libertés – CNIL*) que determinou que a empresa excluísse informações pessoais irrelevantes e inadequadas de todos os seus sistemas de buscas presentes no mundo, apagando tais dados em escala global, e não apenas naqueles domínios localizados nos países membros da comunidade europeia³⁸.

Aduz a empresa que tal imposição submete à obrigação bastante maior do pactuado na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, datada de 2014 que afirmou, ainda que de maneira implícita, a existência de um direito ao esquecimento no ambiente digital. Tal caso ainda aguarda um provimento definitivo.

Ao que pode se analisar, na França o direito ao esquecimento possui delimitação bastante definida e circunscrita no ambiente da Internet, ainda que traga à baila o debate do tema de maneira inovadora. Ao considerar o teor da Carta sobre Publicidade e Proteção dos Internautas, a decisão do TJUE de 2014, bem como a entrada em vigor do novo regulamento de proteção de dados europeu, deverá abarcar o direito ao apagamento de dados e à desindexação dos mecanismos de busca, o direito ao esquecimento.

1.4.2 Os casos alemães: *Lebach I e II*

A despeito do litígio francês, concorre com o pioneirismo da discussão um caso alemão, popularmente conhecido como caso *Lebach*, caso este que sem sombra de dúvidas, é o mais lembrado quando se discute o paradigma de discussão do direito ao esquecimento e do confronto entre o direito fundamental do acesso à informação e o direito fundamental à privacidade, o qual será retratado.

Ocorre que em um lugarejo situado na Alemanha, em 1969, houve a chacina de quatro soldados que guardavam um depósito de armas e munições. Foram condenados à prisão

³⁸ Texto integral disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=E75FC01D131B921EC92EFFBE223F0141?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4527834>, acesso em 12/09/2019.

perpétua dois acusados e um terceiro partícipe a seis anos de reclusão. Um canal de televisão alemão produziu um documentário denominado “*Der Soldatenmord von Lebach*”³⁹ que retrataria o crime mediante dramatização por atores contratados, porém, em tal veiculação, seriam apresentadas fotos reais e os nomes de todos os condenados, relatando, inclusive, as possíveis ligações homossexuais que existiam entre dois dos condenados.

Os fundamentos normativos foram enfrentados de maneira contundente somente neste caso, trazendo à baila a colisão entre direitos fundamentais: por um lado, o acesso à informação e em outro, o direito à privacidade. O documentário seria apresentado em uma noite de sexta-feira, dias antes do terceiro condenado deixar a prisão após o seu integral cumprimento da pena. Entendeu que a reprodução daquele documentário iria violar seus direitos de personalidade, fatos que seriam, de um lado, danosos para ele e, de outro, irrelevantes para a sociedade civil. O maior argumento postado pelo egresso seria o de que postar tal conteúdo seria deveras prejudicial para a sua ressocialização.

Ao tomar conhecimento disto, pleiteou uma tutela liminar para que o programa não fosse exibido, arguindo que havia clara lesão aos seus direitos da personalidade e, por conseguinte, seria necessário que houvesse a tutela e proteção destes, com expressa previsão na Constituição Alemã.

Na ocasião o Tribunal Constitucional Federal Alemão teve de decidir acerca da tensão entre o direito fundamental de proteção à personalidade, mais especificamente o direito à intimidade e à privacidade – previsto no artigo 2º, §2º cumulado com o artigo 1º, §1º, da lei fundamental alemã – e direito fundamental à informação, também previsto no mesmo diploma, em seu artigo 5º, §1º.

Desta feita, entendeu-se que o primeiro deveria prevalecer sobre o segundo, na medida em que a informação não trazia consigo relevância temporal que traria muito mais danos, impossibilitando, por exemplo, para a ressocialização do condenado⁴⁰. O direito ao esquecimento não aparece de maneira explícita no julgado, porém, fica delimitado no campo de discussão jurídica, ficando quais direitos fundamentais se colidem e, como resultado desta colisão, qual deve possuir relevância maior.

³⁹ Julgamento disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html>, acesso em 12/08/2019.

⁴⁰ Julgamento disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/11/rk19991125_1bvr034898.html, acesso em 12/08/2019.

Ainda em solo alemão, há a discussão sobre a lei de recenseamento (*Volkszählungsurteil*)⁴¹ julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal em 1983. O governo, por meio de nova lei de censo, pretendeu não somente fazer contagem do número populacional, mas também intentou submeter os cidadãos a questionário que continha dados pessoais tais como profissão, preferências econômicas, condições de moradia, em suma, dados umbilicalmente relacionados com a vida privada.

Em reação a esta medida, diversos cidadãos contestaram tal atitude alegando invasão de privacidade vez que não sabiam em quais ocasiões seus dados seriam utilizados nem por quanto tempo essa guarda e tratamento perduraria em favor do Estado. Nesta oportunidade, o TCF entendeu que a coleta e armazenamento de dados por parte do Estado, sem justificativa, feita a granel e de modo subjetivo, afetaria o livre desenvolvimento individual, violando frontalmente a autodeterminação informativa individual.

Esta postura de coleta deveras agredia o ideário de bem coletivo postado na carta constitucional alemã. O julgado não abordou de maneira explícita, mais uma vez, o esquecimento, porém, alterou a legislação sobre o tratamento de dados pessoais por entes e agentes públicos. Desta maneira, ainda que sutil, iniciou-se a construção dos pilares do que seria, muito tempo depois, a justificação do direito ao esquecimento.

O julgado apesar de não abarcar o direito ao esquecimento de maneira explícita se consolida como um marco para a proteção de dados pessoais no plano nacional e internacional, o que fez exigir alterações legislativas que dispunham sobre como se daria o tratamento de informações pessoais por órgãos e agentes públicos, fincando as bases necessárias para a fundamentação desse novo direito fundamental.

Outro julgado alemão de grande importância é o *Lebach II*, de 1999, no qual o TCF estabeleceu três principais entendimentos. O primeiro, de que a proibição da difusão de determinada programação afeta o direito de liberdade de comunicação e acesso à informação de maneira radical. O segundo, de que o direito geral de personalidade não assegura aos condenados criminalmente um direito negativo de confrontação acerca de seus atos criminosos por agentes ou matérias públicas.

⁴¹ BVerfGE 65, 1, de 15 de dezembro de 1983. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv0655001.html>>, acesso em 12/12/2019.

O terceiro entendimento, no sentido de que o cumprimento das penas não implica de maneira automática em um pretense direito de ser “deixado a sós” com o seu passado, qual seja o de cometimento de crimes. O cumprimento integral da pena encerra tão somente a pretensão punitiva estatal, porém, a relação do apenado para com terceiros, sobremaneira, para com os órgãos de informação e comunicação, por sua vez, permanece sem nenhum tipo de arranhão.

A fim de demonstrar o motivo de trazer a falta de alinhamento com o *Lebach I*, afirmou que o direito de personalidade possui um tipo de proteção temporal da atenção dos meios de comunicação e de terceiros, porém, não há imunidade em relação a uma representação pública de acontecimentos relevantes, desde que esta difusão aconteça de maneira que não confronte de maneira radical o direito à privacidade.

Há de se atentar também para as nuances que demonstraram as divergências postadas no julgamento do *Lebach II*. Neste processo, o documentário discutido apresentava logo no início da trama algumas informações de aviso, como a existência de alteração nos nomes das pessoas envolvidas, a não exibição de imagens reais. A trama se desenvolveu de maneira correta, de forma que não houvesse um dilapidamento da privacidade ou de outros direitos da personalidade.

Para além, ao contrário do que foi abordado no primeiro julgamento, não haveria a principal possibilidade apresentada, qual seja a de inviabilizar a ressocialização dos envolvidos. Os outros apenados tiveram suas penas fixadas em perpetuidade, não havendo como saírem da prisão e voltar ao convívio da sociedade, eliminando o argumento principal supracitado.

Destarte, pode se verificar que a prevalência de direitos da personalidade em face do direito de liberdade de expressão e comunicação deve ser pautado na zelosa observação dos interesses e direitos em rota de colisão, devendo colocar uma lupa nas nuances instas a cada caso.

O que pode ser visto nos casos *Lebach I* e *II* é que a prevalência dos direitos de personalidade em face da liberdade de expressão e comunicação, depende de cuidadosa e atenta ponderação dos interesses e direitos em causa e mesmo em rota de colisão, mediante um exame das especificidades e circunstâncias de cada caso e do nível de afetação dos direitos fundamentais elencados. Assim, suscitar o primeiro julgado de maneira isolada não se revela como legítima e ainda pode implicar em distorção teórica.

Quanto ao direito ao esquecimento inserido na realidade do mundo digital, o Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof – BGH*) decidiu que o Google tem dever de retirar as autocombinações de palavras geradas pelos seus algoritmos utilizados nos mecanismos de busca nos casos que apontem possíveis violações de direitos da personalidade.⁴² Assim, quando da inserção de termos de buscas, estes não serão associados a termos pejorativos de maneira automática.

Dando acolhida ao recurso interposto pelos autores da ação, a violação dos direitos de personalidade ocorria devido do fato de que havia uma combinação de palavras que traduzia inverdades. A responsabilização fora postada diretamente ao Google por conta do domínio dos critérios apontados pelos algoritmos e pelos sistemas que lhe pertencem.

Apesar de não utilizar diretamente a terminologia “direito ao esquecimento” houve o reconhecimento da responsabilidade dos provedores de pesquisa em caso de violação de direitos da personalidade de terceiros nos casos que os buscadores de conteúdo, de pertencimento do próprio provedor, o que constituía o pressuposto para que se possa impor aos provedores de pesquisa e desindexação de determinados links que dão acesso a informações tidas como prejudiciais pelas partes afetadas. Destarte, a decisão do BGH, nesta seara, antecipou o caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja julgado em 2014, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Tendo vista o plano legislativo, existe a lei federal alemã de proteção de dados (*Bundesdatenschutzgesetz – BDSG*), confeccionada em 1977 e revisada em 1990. No diploma legal, aparenta-se como um dos primeiros sobre o tema, impondo regras nacionais que controlam a coleta, uso, tratamento, e cessão de informações pessoais que constem de todos os sistemas, sejam eles analógicos ou digitais.

1.4.3 Discussões nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos, a jurisprudência apresenta como paradigma para a consolidação do direito ao esquecimento o caso "*Melvin vs. Reid*"⁴³, ocorrido em 1931, julgado pelo Tribunal de Apelação da Califórnia – Estados Unidos da América. No caso, litigiava Gabrielle Darley, que havia se prostituído e acusada de homicídio no ano de 1918 e, posteriormente, fora sido inocentada.

⁴² Informativos à imprensa BGH (*Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs*) 087/2013.

⁴³ Texto original disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914cd3eadd7b04934810dfd>, acesso em 12/09/2019.

Gabrielle abandonara o meretrício e resolveu constituir sua família ao lado de Bernard Melvin, o que lhe fez readquirir o prestígio social, que à época estava muito conectado com o fato de estar ou não casada. Ocorre que, muitos anos depois, a cineasta Doroty Davenport Reid decidiu produzir o filme chamado *Red Kimono*, no qual retratava com precisão a vida pregressa de Gabrielle Darley. Após isto, então, o marido Melvin, buscou a reparação pela violação à vida privada da esposa e da família.

A corte californiana, por sua vez reconheceu a procedência do pedido, entendendo que uma pessoa que vive corretamente a sua vida, apesar desse ser um termo muito amplo, possui o direito à felicidade, em que se inclui suprimir possíveis ataques a seu caráter, posição social ou reputação por conta de fatos pretéritos, aqui nascia um embrião do direito ao esquecimento que ora versa.

Verifica-se que o direito ao esquecimento, a partir de uma nova realidade social que se vive nos dias atuais, sob a tônica da modernidade e ancorada na informação massificada, voltou a ser um tema atual e de inegável importância, em virtude dos danos causados por fatos e acontecimentos, falsos ou até mesmo verdadeiros, veiculados pelos diversos meios de comunicação. Com o seu alto poder de propagação da informação, que inundam a esfera pública com episódios relacionados apenas à vida privada dos noticiados, que, muitas vezes, não possuem mais nenhuma relevância jornalística ou histórica e nenhum interesse social.

Por conseguinte, também se observa que a discussão quanto ao direito ao esquecimento envolve um conflito aparente entre a liberdade de informação e expressão, assim como à liberdade de imprensa, de um lado, e os atributos da personalidade humana, tais como a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem, sem mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana, de outro.

1.4.4 As Diretivas nº46/1995, nº 2002/58/CE e Lex 679/2019 – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, decorrentes do caso espanhol

A União Europeia, por mais de quinze anos adotou a Diretiva nº 46/1995/CE que, em síntese, tratava da proteção das pessoas singulares quanto ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação da informação. Posteriormente, desembocou na confecção da Diretiva 2002/58/CE, concernente à privacidade e às comunicações eletrônicas, o que levou ao reabastecimento do debate acerca da ausência do atributo de perenização de informações pessoais em poder de terceiros e o possível controle de seu uso, sobretudo no ambiente digital da rede mundial de computadores.

Quando da época, a vice-presidente da Comissão de Justiça da União Europeia, Viviane Reding, apresentou proposta de revisão das diretivas anteriores, a fim de contemplar o direito ao esquecimento de forma expressa, para poder exigir que empresas como o Facebook apaguem completamente de seu banco de dados todas informações daqueles usuários que optem pelo cancelamento da rede social.

Afirmou que ao modernizar a legislação, tornando-a mais clara para as pessoas, necessitaria demonstrar os seus direitos e não somente a possibilidade de retirar seu consentimento ao processamento de dados. Seguiu afirmando, na oportunidade, que o pilar para a ocorrência reformadora será o direito ao esquecimento por meio de um conjunto completo de regras novas e existentes para enfrentar melhor os agigantados riscos para a privacidade na Internet.

No mesmo tipo de pensamento, pronunciou-se o alto executivo da Google Eric Schmidt, afirmando que a internet necessita de um botão de delete, vez que dados relativos ao passado distante de uma pessoa podem – e de fato vêm ocorrendo - assombrá-la para sempre, causando uma gama variada de entraves. Segundo explicitou o executivo da grande corporação da área digital, "na América há um senso de justiça que é culturalmente válido para todos nós. A falta de um botão delete na internet é um problema significativo. Há um momento em que o apagamento é uma coisa certa".

Os diversos questionamentos tiveram tanta amplitude que foram levados a discussão, em 2014, na Corte Europeia. Na ocasião, o Tribunal de Justiça foi instado a discutir o caso do advogado Mario Costeja González em face da *Google Spain SL* e a *Google Incorporation*.

A reclamação baseava-se no fato de que, quando um internauta qualquer inseria o nome de M. Costeja González no motor de busca do grupo Google, obtinha ligações a duas páginas do jornal da *La Vanguardia*. Sucede que as notícias a que tinha acesso eram de, respectivamente, dezanove de janeiro e nove de março de mil novecentos e noventa e oito, nas quais figurava um anúncio da venda de imóveis em hasta pública, consequência de um arresto concedido com intuito de garantir as dívidas junto à Segurança Social, que mencionava o nome de M. Costeja González.

No processo, M. Costeja González pedia, por um lado, que se ordenasse à *La Vanguardia* e à *Google Spain* ou à *Google Inc.* que suprimisse ou alterasse as referidas páginas, para que os seus dados pessoais deixassem de aparecer, ou que utilizasse determinadas

ferramentas disponibilizadas pelos motores de busca para proteger esses dados, vez que o arresto, objeto do processo, já havia sido completamente resolvido há vários anos e que a referência ao mesmo não possuía pertinência alguma na atualidade.

Entendeu o Tribunal pela responsabilidade do *Google Search* (motor de busca do Google), enquanto fornecedor de conteúdo, que consiste na disponibilização da informação carregada por terceiros na rede mundial de computadores. Além, colocou sobre incumbência da empresa a responsabilização acerca de como realiza o tratamento dos dados que em sua guarita se encontrem⁴⁴.

Apresentou o caminho hábil a satisfativa tutela, qual seja a da pessoa em causa poder, de modo direto, dirigir-se aos motores de busca num intuito de impedir a indexação da informação referente à sua pessoa, ainda que publicada em páginas web de terceiros, com base na sua simples vontade de que a mesma não seja vinculada, caindo no conhecimento de internautas.

Atentando-se à gravidade potencial desta ingerência recorrente, entendeu assertivamente pela impossibilidade de declarar que é justificável apenas pelo interesse econômico do operador do tal motor de busca nesse tratamento lucrativo. No entanto, há de se atentar ao fato de que a supressão das buscas de resultados pode, em função da informação em causa, ter repercussões negativas nos internautas que possuem legítimas intenções, que possam potencialmente estar interessados em ter acesso essa informação.

As diretivas europeias asseguravam que os Estados-membros deveriam fornecer a proteção das liberdades e dos direitos, fundamentais para as pessoas singulares, nomeadamente aquele direito à vida privada, no que tange ao tratamento de dados pessoais. Sendo vedado aos Estados-membros a restringir ou proibir a livre circulação de dados pessoais entre Estados-membros.

Nas tratativas entende-se por dado pessoal qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, considerando que identificável é todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos como sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social.

⁴⁴ Texto original disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>, acesso em 12/09/2019.

Por sua vez, o tratamento de dados pessoais é qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registro, organização, conservação, adaptação, alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição.

O ficheiro de dados pessoais é qualquer conjunto estruturado de dados pessoais, acessível segundo critérios determinados, que seja centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico.

O responsável pelo tratamento é a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais. Sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinados por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário;

A diretiva aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos num ficheiro ou a ele destinados. A exceção da diretiva é focada nos dados obtidos em razão do exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito comunitário, e, em qualquer caso, ao tratamento de dados que tenha como objeto a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado (incluindo-se o bem-estar econômico do Estado quando esse tratamento disser respeito a questões de segurança do Estado), e as atividades do Estado no domínio do direito penal, — efetuado por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados consolidou-se como pedra fundamental no direito alienígena para começar a discussão do reconhecimento do direito ao esquecimento em si. Apresenta grande importância para a construção das normativas além-mar. No Brasil, por exemplo, é claro o impacto e influência do RGPD na confecção da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, que entra em vigor neste ano.

Estabelece, explicitamente, a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais como sendo um direito fundamental. Os dados pessoais

demandariam um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados, estabelecendo como princípios a licitude, lealdade e transparência.

Somente podem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ter tratamento posterior efetivado de maneira incompatível com as primeiras intenções expressadas. O tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, conformidade disposto no 89, I.

Em continuidade, dispõe que devem os dados serem exatos e atualizados sempre que necessário a fim de estabelecer um banco de dados mais apurado. Devendo, para tanto, adotar todas as medidas adequadas para que os dados inexatos sejam apagados ou retificados sem demora. Na seção 03 começam a ser enunciados as medidas embrionárias do direito ao esquecimento.

A começar pelo artigo 16, que suscita o direito de retificação, garantindo ao titular dos dados, o direito de obter, sem demora injustificada, do responsável pelo tratamento a retificação dos dados pessoais inexatos que lhe digam respeito. Tendo em conta as finalidades do tratamento, o titular dos dados tem direito a que os seus dados pessoais incompletos sejam completados, incluindo por meio de uma declaração adicional.

Prosseguindo ao artigo 17, nomeado em seu título como “direito de ser esquecido”, o Regulamento aponta que o titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento de dados o apagamento de seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, também sem demora injustificada, quando se aplique em uma das várias motivações que elenco a seguir.

A primeira é de quando os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento, quando o titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6º, I, alínea “a”, ou do artigo 9º, II, alínea “a” e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento.

Figuram também as possibilidades de quando o titular se opõe ao tratamento nos termos do artigo 21, I, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular se opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21, II. Quando os dados pessoais forem tratados ilicitamente ou têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável

pelo tratamento esteja sujeito. Quando recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8º, II.

Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do inciso I, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.

Não se aplicam as decisões na medida em que (i) o tratamento se revele necessário ao exercício da liberdade de expressão e de informação; (ii) ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, (iii) ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento, (iv) por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9º, II, alíneas “h” e “i”, bem como do artigo 9º, III e (iv) para fins de arquivo de interesse e gestão pública, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89º, I, na medida em que o direito seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INSERIDOS NO AMBIENTE DIGITAL

2.1 A liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa

O direito constitucional contemporâneo é claro resultado do avanço obtido por meio da afirmação dos direitos fundamentais, visualizados como essência da tutela da dignidade da pessoa humana aliado ao pensamento de que o melhor palco normativo para a positivação dessas pretensões é justamente a Carta Magna.

Por sua vez, os direitos fundamentais, em sua concepção contemporânea, são fruto de diversas experiências históricas distintas, cujo traço comum é de revelar a importância do resgate de uma tradição, em que o ponto de partida seja a pessoa. Isso influenciou e constituiu, a seu tempo, o motivo condutor da cultura jurídica contemporânea, que é exatamente o papel primordial dos direitos humanos, em um cenário no qual a razão de toda produção do direito está totalmente focada e centrada na proteção e tutela da pessoa humana. Nesse quadro, os direitos fundamentais, a partir de sua formulação em uma constituição escrita, são considerados na forma de assinatura de uma época.

Através de um longo processo de amadurecimento jurídico, apresentam-se, num mesmo tempo, a ideia de que é a Constituição a norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que é neste código que devem se situar os valores mais penosos à existência humana, vez que nele encontrarão condizente e efetiva proteção.

Para o manejo hermenêutico mais seguro acerca das temáticas digitais, deve-se então, como medida primeira, inserir nesta nova seara uma visão crítica embebida nos ditames do Direito Constitucional. Sabido é que a ciência do dever-ser constitui-se como um único sistema, que possui seus mais diversos ramos, além disso, reside aqui o intuito de se traçar horizontes para possíveis aplicações dos princípios constitucionais.

Precipuamente, necessário é refletir que a utilização do direito de esquecer, em certa medida, confronta o ideário de uma liberdade de expressão irrestrita, vez que existe liame muito tênue entre manifestar e calar-se em relação a determinada notícia que venha a ser acobertada pelo direito de ser esquecido e de se esquecer.

Sobre essa dificuldade elucida Ulrich Karpen que “diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista”⁴⁵

Na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, houve a inovadora consagração do direito a livre manifestação do pensamento, que trouxe consigo somente um requisito para o seu pleno exercício, qual seja a essa expressão não que seja proferida de maneira anônima.

A temática também fora retratada pelo constituinte no artigo 5º, inciso IV e no artigo 220 do mesmo diploma. Inconteste é que sob o pálio dos ditames constitucionais bastante prestigiada está a livre manifestação de pensamento, que se apresenta como corolário da dignidade humana. A garantia da liberdade de expressão tutela todo tipo de comunicação, entendida como forma de transmissão de mensagens.

Situa-se neste espectro a importância da expressão livre do pensar vez que para a plenitude de formação da personalidade muito necessária se configura a garantia desta liberdade. A construção do ser humano, em muito depende da disposição de todos meios quanto forem necessários para a criação de uma visão crítica, firmada no mais amplo possível conhecimento da realidade e suas possíveis interpretações.

Para além, configura-se, também, como um dos direitos que garantem a sustentação do regime democrático de direito, instrumento que possibilita a preservação por meio do pluralismo de opiniões para a construção, em tese, de uma realidade elaborada ante um embate dialético e constante.

Neste ponto insurgem-se aqueles que advogam pela inexistência do direito ao esquecimento, asseverando que tornar possível o esquecer qualquer assunto traria consigo um resquício das posturas adotadas em períodos ditatoriais, quais sejam aquelas que tolham a livre manifestação do pensamento, enclausurando o nosso intelecto, gradeando de forma a obstaculizar qualquer tipo de pronunciamento crítico.

Há de se levar em conta, porém, que não há direitos nem garantias constitucionais absolutas, devendo os destinatários destas estarem atentos às limitações impostas por conta de

⁴⁵ KARPEN, Ulrich. **Freedom of expression**, in: **The Constitution of the Federal Republic of Germany**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 93 – versão ebook.

uma ponderação principiológica, a qual deve ser pautada numa hermenêutica clara e concisa, balizada pelo contraditório constante e a plena observância dos casos concretos.

Conceitua a expressão liberdade de pensamento, o constitucionalista Antônio Sampaio Dória como sendo “(...) o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for”.⁴⁶

A exteriorização do pensamento sempre ocorrerá entre dois ou mais interlocutores, os quais poderão estar presentes ou não no momento do ato, como bem elucida o notável constitucionalista Jose Afonso da Silva, dizendo que “No primeiro caso pode verificar-se de pessoa a pessoa (em forma de diálogo, de conversação) ou de uma pessoa para outras (em forma de exposição de conferência, palestras, discursos etc.).”⁴⁷

Continua asseverando acerca do tema, Jose Afonso da Silva:

*“No segundo caso, pode ocorrer entre pessoas determinadas, por meio de correspondência pessoal e particular sigilosa (carta, telegrama, telefone, ligados ao direito à privacidade, com foi visto), ou expressar-se para pessoas indeterminadas, sob a forma de livros, jornais, revistas e outros periódicos, televisão e rádio, que mereceram normas especiais na Constituição (...)”*⁴⁸.

Dessa forma nota-se a grande importância deste direito a livre manifestação do pensamento, que encontra intercessão em outras garantias prestigiadas no texto constitucional. Suas diferenciações são observadas de acordo com a presença ou não de terceiros quando do seu exercício. Quando efetuada diante da presença dos interlocutores, denomina-se como direitos de associação e de reunião e, quando praticado na ausência de interlocutores, faz proximidade conceitual com o direito da liberdade de imprensa.

Acerca da liberdade de imprensa, vale lembrar que este direito fora abordado, no plano normativo, pela Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967 (em plena ditadura militar), que fora alvo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nº 130, julgada em 30 de abril de 2009.

A ADPF teve como relatoria o Ministro Carlos Ayres Britto. O objeto da ação constitucional foi a declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que determinados

⁴⁶ SAMPAIO DÓRIA, Antônio; **Direito Constitucional: comentários à Constituição de 1946**, 2 volumes, São Paulo - SP, Max Limonad, p. 602.

⁴⁷ DA SILVA, José Afonso; **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros Editores, São Paulo – SP; 2005 p.244.

⁴⁸ DA SILVA, José Afonso. **Ibidem**. p.244.

dispositivos da Lei de Imprensa; (i) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e (ii) outros carecem de interpretação conforme com ela compatível.

A fim de evitar que defasadas prescrições normativas, como salientado acima, confeccionada em momento de desprezo da democracia, sirvam de motivação para a prática de atos lesivos aos seguintes preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, em seus incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do art. 5º, e também os arts. 220 a 223.

Na ocasião intentou-se saber até que ponto a proteção constitucional brasileira à liberdade de imprensa possui similitude com a relevância intrínseca do tema em todos os países onde a democracia pode ser considerada como já consolidada. Ao observar as normas alienígenas, fez um paralelo com os Estados Unidos da América, em cuja Constituição, está fixada a regra de que o Congresso não deveria legislar no sentido de cercear a liberdade de palavra, ou de imprensa, por força da primeira emenda.

Na ocasião intentou-se entender se o exercício da imprensa estaria em conformidade com o fundamental papel que ela desempenha em suas duas facetas. A primeira, enquanto plexo de atividades e como o somatório dos órgãos ou meios de comunicação social, assim dispostas no §5º do art. 220, combinadamente com os §§ 1º, 2º e 3º do art. 222 da Constituição de 1988.

Insta observar que a modalidade de comunicação que a imprensa exerce não se direciona a essa ou aquela determinada pessoa, nem mesmo a esse ou aquele particularizado grupo, mas ao público em geral, com intuito de ser acessível ao maior número de pessoas possíveis. Assim a imprensa passa a se caracterizar como principal meio para propiciar a comunicação de massa como conhecido hoje, desta forma pode influenciar toda e qualquer pessoa e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública.

A opinião pública, atualmente, pode até ser determinante na tomada de posições, nas escolhas e a assunção de condutas massivas, que são direitos elementares de todo grupamento humano. A imprensa, por ser matriz da opinião pública, por excelência, pode e, em certos casos, deve rivalizar com o próprio Estado nesse tipo de interação de máxima abrangência pessoal.

Desta forma, a imprensa livre passa a viabilizar a discussão necessária às liberdades democráticas. Destarte, as limitações da imprensa devem estar adstritas somente ao crivo da autorregulação do mercado, pautada em um constante ajuste de limites em sintonia com a sociedade civil de que ela é simultaneamente porta-voz e caixa de ressonância.

A liberdade de imprensa apresenta-se como irmã siamesa da democracia, entrelaçada a existência e sobrevivência deste regime político. Destarte, é fundamental que a imprensa desfrute de liberdade de atuação ainda maior que os direitos a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos, em si mesmos considerados, vez que essas duas categorias de liberdades individuais serão tanto mais intensamente usufruídas quanto as notícias acerca do cotidiano político e social forem veiculadas de maneira acessível e visibilizadas.

Destarte, a própria normativa constitucional confecciona guarida para a comunicação social como sendo um prolongamento dos preceitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em sentido lato. Concedendo a todo o segmento normativo a natureza jurídica do segmento prolongado; que é a natureza de direitos e garantias fundamentais, como se lê no título de nº II da nossa Constituição. Este discurso libertário entra no caput do artigo 220, em favor da imprensa, com pequenas alterações vocabulares e maior teor de radicalidade e largueza, conforme pode ser verificado no texto que colaciona:

“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”.

É possível observar que a Constituição demonstra uma certa radicalidade no alargamento do tratamento de pleníssima liberdade da atuação da imprensa ao mencionar que os direitos de personalidade não podem sofrer restrição alguma em seu exercício cotidiano, seja qualquer o meio de propagação e veiculação. Ademais, o exercício deles não se sujeita a outras disposições próprias da Constituição.

Assenta neste trecho normativo a proteção que elenca ser a imprensa o palco institucional mais adequado para o exercício do pensamento articulado e do sentimento humano como mola propulsora da promoção do indivíduo.

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela total procedência da arguição, entendendo que a Lei de Imprensa não possuía sustentabilidade ante a nova realidade postada pela Constituição de 1988. É necessário ressaltar que a liberdade de manifestação de pensamento possui duas facetas, uma positiva, já abordada, e outra negativa.

No que tange ao aspecto negativo, há a remissão ao direito posto ao cidadão de não se manifestar, tendo como garantia constitucional a possibilidade de quedar-se inerte quanto seu pensamento, mantendo em sigilo suas impressões e informações. Tal liberdade de não se

manifestar acaba por desembocar na salvaguarda na garantia do direito de permanecer calado, que encontra inserida em nossa Carta Cidadã, em seu artigo 5º, inciso LXIII.

O direito de permanecer calado de todo e qualquer cidadão, estende-se especialmente ao preso, a rigor acusado. Tal direito, claramente é mais revisitado durante as necessárias discussões da seara penal, remetendo à ideia de um pensamento alocado em uma esfera totalmente privada, íntima na verdade, retirando de tela o gerenciamento estatal ou de terceiros, impossibilitando, também, qualquer prejuízo para aquele que se valha da prerrogativa.

Acerca do assunto, contribui com seu oportuno e esclarecido pensamento, Pimenta Bueno afirmando que “liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo poder social, até então é domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus.”⁴⁹

Verdadeiro é que todo e qualquer direito encontra em si mesmo um dever correspondente e, assim sendo, a Constituição não se ausenta de impor ônus a todo aquele que do direito de manifestar se utilize. Desta feita, torna-se condição fundamental para a livre manifestação do pensamento o dever de desnudar-se, assumindo a autoria do texto, vez que existe a explícita vedação ao anonimato, insculpido no artigo 5º, inciso IV.

A partir desta acertada imposição da Lei Maior decorrem outros ônus que auxiliam o correto exercício do direito, quais sejam os da possibilidade do direito de resposta proporcional ao agravo, da pessoa ofendida (artigo 5º, V) sem que haja qualquer prejuízo a indenização por danos morais e patrimoniais à imagem lesada.

Para além disso, também em decorrência do comando constitucional da necessidade de identificação quando da manifestação de pensamento livre, caso o conteúdo da mensagem transmitida tenha como essência algum tipo de ofensa, seja ela relacionada a imagem, a honra, ou aspectos adstritos a personalidade poderá recorrer ao direito penal para ser protegido. A tutela do campo criminal, poderá atuar, *ultima ratio*, vez que em seus tipos penais dos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro constam a proteção necessária.

⁴⁹ PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**, Rio de Janeiro – 1958 – Ministério da Justiça/ Serviço de Documentação, p.384

2.2 O direito à privacidade, o controle de informações e a proteção aos dados pessoais em uma realidade digitalizada

O Poder Judiciário certamente tem de se modificar por conta da evolução tecnológica. Ao julgar casos polêmicos envolvendo a disseminação, pela Internet, tais como o vídeo da modelo e apresentadora de televisão brasileira Daniela Cicarelli em cenas de sexo em uma praia da Espanha, o juiz de Direito Gustavo Santana Teodoro observou que:

“(...) e de conhecimento de qualquer pessoa minimamente integrada ao mundo atual que ocorre essa multiplicação exponencial da informação via Internet. A utilização dos mecanismos jurídicos tradicionais, como o desta ação, é completamente inócua e até mesmo cômica”⁵⁰.

Esta inédita realidade postada pela existência da Internet não exige apenas novas soluções jurídicas para os novos problemas, mas também afeta a maneira como os problemas e as soluções jurídicas devem ser analisados. O mundo digital rompe com os paradigmas jurídicos tradicionais e desafia de maneira verticalizada os mecanismos convencionais de tutela, a rede representa um dos principais objetos de estudo dos doutrinadores preocupados com essa nova realidade social.

A principal dificuldade assenta no oferecimento de propostas de soluções eficientes para os problemas práticos que se apresentam, demonstrando as grandes limitações do sistema jurídico.

Para isso, encontra guarida no seguinte agravo:

“novas formulações jurídicas hão de ser criadas, outros equilíbrios devem ser encontrados, no plano dos contratos, da família, da sociedade e do próprio Estado, para que o direito não seja uma espécie de camisa de força que impeça a boa utilização das novas técnicas, e que prevaleça um clima de cooperação dominado pela ética”⁵¹.

Exige-se que os novos juristas revejam premissas de sua dogmática, reconhecendo as mudanças decorrentes da globalização, adotando medidas úteis a acompanhar a revolução econômica e tecnológica.

⁵⁰ Autos nº 583.00.2006.204563-4/ pertencente ao TJSP - julgado em 18 de junho de 2007.

⁵¹ Trecho do Agravo de Instrumento nº 488.184-4/3 - julgado em 28 de junho de 2007.

Nesse ponto, é preciso compreender o que diz Ronaldo Lemos:

“não cabe insistir no modelo de análise jurídica tradicional, de procurar no ordenamento jurídico posto as normas jurídicas aplicáveis a essa situação, sem qualquer precedente histórico. O que interessa é apreender todos os ângulos da questão, no sentido de que, ainda que as normas jurídicas aplicáveis sejam identificadas, sua eficácia resta gravemente comprometida por uma impossibilidade institucional do aparato adjudicante de conseguir fazer valer a aplicação de tais normas”⁵².

Isso porque, apesar dos grandes avanços tecnológicos que expõem todas as novas situações que desafiam o ordenamento jurídico, “a doutrina parece buscar em paradigmas do passado as bases para as soluções das controvérsias que, geradas na sociedade contemporânea, não se ajustam aos modelos nos quais se pretende enquadrá-la”.⁵³

De fato, utilizar de lunetas com lentes voltadas às regras formais existentes para enxergar as novas tecnologias pode funcionar ocasionalmente, mas não há razão para acreditar que isso funcionará sistematicamente. A maioria dos problemas trazidos pelas novas tecnologias exige a aplicação de princípios gerais ao invés de regras específicas. Apresentar propostas de soluções eficientes para a tutela da privacidade no âmbito da Internet é, sem dúvida, tarefa desafiadora.

Ademais, qualquer pesquisa nessa área do Direito que se proponha útil e que pretenda contribuir, de modo original, à ciência jurídica brasileira, deve necessariamente reconhecer a importância e a influência das soluções encontradas pelo direito comparado, que podem apontar tanto os caminhos a serem seguidos quanto aqueles a serem evitados, de acordo com seus acertos e erros.⁵⁴

Assim sendo:

“devem-se considerar as transformações institucionais necessárias para que tal eficácia seja alcançada, ou considerar se faz ainda algum sentido a manutenção dessas estruturas normativas tradicionais. Em outras palavras, a questão começa a tornar-se relevante quando se inicia à partir do ponto em

⁵² LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 13.

⁵³ TEPEDINO, Gustavo, **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.23-24.

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., v. 2. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 763, para quem “a regra de ouro de toda comparação jurídica e a utilidade que ela deve ter para a melhor compreensão e operacionalização de pelo menos um dos sistemas jurídicos comparados”.

*que a chave e a nova realidade deve adaptar-se ao velho direito ou se o velho direito deve adaptar-se à nova realidade”.*⁵⁵

A nova realidade não se adaptará ao direito antigo, mas sim começará a confeccionar novos desafios, dilemas e problemas. As questões suscitadas, porém, não podem ficar sem solução jurídica adequada. O que interessa é que o direito possa socorrer os problemas sentidos no mundo real e precisam de uma resposta eficiente.

Esse quadro é particularmente preocupante em relação a privacidade, cuja violação se encontra exponencialmente facilitada pelas mesmas características e peculiaridades que tornam a Internet tão atraente, a tremenda facilidade de disseminação, de busca e de reprodução de informações, em tempo real, sem limitações geográficas aparentes.

A Internet e as tecnologias de informação correlatas podem não ter acabado com a privacidade, porém, trazem uma ressignificação do que seja o sinônimo da terminologia. Em uma era de hipervelocidade, gratuidade de informações, a liberdade corre o risco de se tornar inversamente proporcional a eficiência dos meios disponíveis de vigilância.⁵⁶ O perigo para a privacidade na Internet é um só: o perigo de não existir.⁵⁷

Notável é que as tecnologias da informação, catapultadas pela criação rede mundial de computadores configuram grande conquista para a humanidade. Com esse passo evolutivo, por exemplo, houve paulatina ampliação da acessibilidade de informação e comunicação em uma escala jamais vista. Porém, encontra esteio nessa facilidade de acesso as tecnologias desenvolvidas um contraponto, vez que, na medida em que mais pessoas tem acesso aos bens tecnológicos, ampliado é também o número de usuários e, por conseguinte, o fluxo de circulação de conteúdo se expande.

Em consequência disto, acentua uma nova realidade qual seja a de vivificar uma possibilidade mais aguda de conflitos decorrentes da invasão de privacidade já que, na maioria das vezes, não há uma filtragem atenciosa e qualificada dos dados digitais inseridos no ambiente da Internet, que são facilmente carregados na rede. Em um primeiro vislumbre há de se imergir na estrutura tradicional do direito à privacidade.

⁵⁵ LEMOS, Ronaldo. *Ibidem*. p. 13.

⁵⁶ BOYLE, James. **Shamans, software & spleens: law and the construction of the information society**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 4.

⁵⁷ DRUMMOND, Victor. **Internet, privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 9.

Trata-se, pois, de um direito subjetivo fundamental e, como direito subjetivo, possui uma estrutura básica, cujos elementos são (i) sujeitos, (ii) conteúdo e (iii) objeto. Os sujeitos são os titulares do direito e, em se tratando de um dos direitos fundamentais do indivíduo, pode vir a ser toda e qualquer pessoa, seja natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou transeunte no País. Assenta como objeto do direito à privacidade a integridade moral/física/psicológica da vida privada do sujeito titular supracitado.

A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger terceiros ao devido respeito a esfera íntima e de resistir à violação do que lhe é própria, quando se deseja manter para si qualquer tipo de informação, submetendo-a ao crivo de sua única e discricionária decisão.

Importante demonstrar a relevância do direito, o qual é bem delineado em seu conteúdo e objeto, no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que se assim se posta:

“Art. 12 - Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.”

Em nossa Carta Magna, também houve por parte do constituinte a abordagem explícita quanto a temática da proteção da intimidade, vida privada, a honra e imagem, enunciando no seu artigo 5º, inciso X. Assenta nesta tutela constitucional acertada óbice à desenfreada liberdade de expressão, vez que fora conferido o status de inviolabilidade aos valores da privacidade, da intimidade, da honra e da imagem. Tal guarita é tão enfática que já anuncia pela possibilidade de indenização material ou moral em caso de inobservância do comando.

Antes de abordar a fragilidade da proteção conferida pelo comando constitucional ante às novas tecnologias existentes, há de se voltar olhos sobre a existência de debates acerca da diferenciação conceitual entre intimidade e privacidade, vez que o constituinte, quando da elaboração do texto legislativo, resolveu pela adoção de conceitos autônomos para tanto, valendo-se das palavras “intimidade” e “vida privada”.

A expressão “privacidade” tornou-se uma espécie de palavra que serve para tudo, sendo, sendo utilizado como assevera Danilo Doneda:

*“denotativamente para se referir a uma ampla gama de interesses radicalmente distintos – de confidencialidade de informações pessoais à autonomia reprodutiva, e conotativamente para gerar boa vontade em nome de algum interesse que está sendo defendido em seu nome”.*⁵⁸

A maioria dos ímpetus de conceituação da privacidade utiliza do tradicional método conhecido como *per genus et differentiam*, que significa em encontrar um gênero aproximado ressaltando, contudo, as diferenças específicas, assim, intentam caçar um conjunto de elementos distintos que justifiquem a privacidade como sendo diferente de outros diversos direitos.

Embora exista tal situação, a jurisprudência ainda não adentra num profundo questionamento sobre possíveis diferenciações entre os dois conceitos, reservando tal debate a um ambiente acadêmico. Alguns autores, porém, fazem questão de salientar a existência de palpáveis divergências.

Sobre o tema, ensinam o Ministro Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Tonet Branco:

*“O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.”*⁵⁹

Fica mais clareada a diferença conceitual nos ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“É difícil distinguir conceitualmente entre intimidade e vida privada (na verdade, nesta Constituição, é praticamente impossível aplicar a regra segundo a qual num texto jurídico inexistentes inúteis). Vida privada, como é óbvio, opõe-se à vida pública. Esta é a que se desenrola perante os olhos da comunidade. Assim, é conhecida de muitos e pode ser conhecida de todos. A vida privada é que se desenvolve fora das vistas da comunidade. É a que se desenvolve fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos. Compreende, portanto, a intimidade, isto é, a vida em

⁵⁸ DONEDA, Danilo, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p.101

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira - *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Tonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014, p.267.

ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente, ao grupo familiar.”⁶⁰

Inseridas neste mesmo contexto e oportunas também se demonstram as palavras de Tércio Sampaio Ferraz:

“A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.”⁶¹

Para a plena promoção das capacidades pessoais todo homem necessita de um tempo de reclusão, no qual terá a possibilidade de exercer contato consigo mesmo, propiciando a reflexão de seus atos e assim obter diagnósticos mais precisos sobre o que pode ser mudado a fim de ter suas habilidades potencializadas por meio do ajustamento de suas próprias condutas.

Na era da hipervelocidade, no entanto, momentos privados ou até mesmo íntimos se tornam cada vez mais raros, vez que constantemente deparamo-nos com a presença, ainda que digitalizada, de pessoas alheias a nossa esfera individual. Tem se tornado cada vez mais natural o cerceamento da privacidade do ser humano pelas tecnologias de vigilância, pelas câmeras de segurança espalhadas por toda a cidade, pela câmera dos smartphones que se popularizaram e por tantos outros engenhos que tornam real a constante hiperexposição social.

A grande importância de garantir tais direitos torna-se mais visível à medida que a autonomia da vida privada enfrenta franca ameaça frente as novas modalidades de invasão proporcionadas pela tecnologia avançada. Grande exemplo da latente invasão da nossa esfera particular que demonstra a necessidade de salvaguardar a intimidade e privacidade é o amplo interesse das grandes corporações sobre os dados pessoais dos mais diversos estilos.

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 35- 36.

⁶¹ FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**, p. 442, disponível em www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67231/69841, acesso em 03/04/2019.

Hoje os usuários se tornaram novas commodities, vez que se tornou prática comum a comercialização de dados pessoais, que tem sua utilidade no posterior angariamento de futuros consumidores por meio de ações de marketing bem direcionadas. A privacidade tornou-se mercadoria de grande valia, normalmente alcançada por meio da pretensa gratuidade das tecnologias digitais que, porém, requisitam uma gama de informações pessoais que serão compiladas e abastecerão a necessidade comercial de determinados grupos econômicos. Se algum serviço digital é gratuito, a mercadoria é você. Nesta visão utilitarista de privacidade adentra o direito de ser deixado só, que tem sua construção iniciada a partir do artigo de Samuel D Warren e Louis D. Brandeis de nome “*The right to privacy*”⁶².

À época os autores temiam que os avanços tecnológicos como as fotografias instantâneas e a indústria dos jornais poderiam invadir os espaços da vida privada. Se pudéssemos inserir os dois autores nesta era da hiperinformação, com toda certeza sua preocupação seria muito mais justificada, vez que há uma avassaladora invasão dos recintos privados atualmente. A grande elevação acerca da tutela da privacidade é própria de nosso tempo, que é tumultuado, convulsionado, abarrotado, que disponibiliza informações a todo tempo e de todo tipo. Certo é que o ideário de privacidade em si não é recente, a sua polissemia é observada em outras épocas e em outras sociedades.

Porém, a privacidade como é postada atualmente, começou a se fazer notar pelo ordenamento jurídico pelos idos do século XIX e assume as feições atuais apenas nas últimas décadas,⁶³ tão somente. A atenção do direito para a necessária tutela jurídica da privacidade ocorre quando há a troca de órbita na percepção da pessoa humana pelo ordenamento e ao qual se seguiu a juridificação⁶⁴ de vários aspectos do seu cotidiano.

A doutrina mais recente que emoldura o direito à privacidade tem seu início delimitado no mais famoso artigo acerca do tema, citado parágrafos atrás e, desde lá, possui uma evolução acadêmica muito evidente. Em sua construção inicial, a privacidade cingia-se muito no

⁶² WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D. **The right to privacy**. in 4 Harvard Law Review 193, 1890.

⁶³ “As the last century drew to an end, it was relatively simple to evaluate the legal position of a man whose privacy had been invaded – the doors of the courthouse were closed to him”. MILLER, Arthur Q. **Assault on privacy**. Ann Arbor: University of Michigan, 1971, p. 184.

⁶⁴ O conceito de "juridificação" está em Jurgen Habermas. HABERMAS, Jurgen. **Teorie dell'agire comunicativo**. Bologna: Il Mulino, 1997, p. 1022-1045.

individualismo, no âmbito interno da pessoa, em certa medida no egoísmo, assemelhando-se em grande medida ao “*direito a ser deixado só*”⁶⁵.

Neste período, o paradigma da privacidade é construído como uma ausência de relacionamento, onde a prática é nenhuma comunicação entre o sujeito que pleiteia o seu direito à privacidade e terceiros. Aqui se estabelece o que se denomina como *zero-relationship*⁶⁶, que funda o marco da construção de um conceito de privacidade, aqui a privacidade ganha contornos individualistas que possuem uma facilitada observação.

Porém, as relações individualistas começam a perder potência frente ao crescimento demasiado do fluxo de informações, que vêm de todo lado. Tal acréscimo traz à tona outro importantíssimo viés da privacidade, qual seja a importância deste direito para a existência saudável e sustentável de qualquer sociedade democrática e que, de maneira deveras importante, ancora a existência e exercício de outras liberdades fundamentais tanto ao regime quanto aos cidadãos que dele disfrutam.

A privacidade ganha escopo mais consolidado após a Segunda Guerra, passando a receber acolhida em diversas declarações internacionais de direitos, tendo como sua primeira tutela em 1948, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. No mesmo ano garante assento na Declaração Universal dos Direitos do Homem, além da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, datada de 1950, e a Convenção Americana dos Direitos do Homem mais comumente conhecido como o “Pacto de San José da Costa Rica” de 1969 e, mais recentemente, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que data os anos 2000.

Sua interpretação começa a possuir outros sentidos, entendendo que a privacidade hoje deve compreender questões mais complexas que a simples não interação, o isolamento ou acomodação. Quando insere o direito à privacidade em ordenamentos patrimonialistas reserve este a parte social bem limitada, em geral às elites.

Por vezes, a privacidade somente teve sua observação por parte do judiciário quando celebridades ou participantes da elite tiveram seu direito tolhido. Por exemplo, na Inglaterra, o primeiro caso que discute a matéria nos tribunais fora o que ocorreu envolvendo um casal da

⁶⁵ COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract**. Chicago: Callaghan and Company, 1879. p.184.

⁶⁶ EDWARD SHILS. **Privacy. Its constitution and vicissitudes**. In: **Law and contemporary problems**. 2/1966, pp. 281-306

realiza, o príncipe Albert e rainha Vitória.⁶⁷ Já na Europa continental o primeiro caso que envolveu a vida privada da atriz Elisa Rachel Félix que teve sua morte amplamente publicada por meio da veiculação de fotos dela em seu leito, dias antes de morrer. Na ocasião, sua irmã solicitou ao Tribunal de Sena (D.P, 1858.3.62, de 16 de junho de 1858). para que cessassem as publicações. O pedido foi atendido em respeito à memória da falecida e da família.⁶⁸

Em solo italiano, acerca dos primeiros julgados que envolviam a privacidade, encontramos o rol dos casos do relacionamento extraconjugal do ditador Benito Mussolini e Clara Petacci. Ou também do famoso tenor Enrico Caruso que, no filme “*Leggenda di una voce*”, teve aspectos de sua vida íntima expostos. O Tribunal de Roma reconheceu a inadequação da exposição de alguns destes aspectos, em sentença que, para De Cupis, marcou o início do reconhecimento do “*diritto alla riservatezza*” na Itália.⁶⁹

Esta atenção voltada somente as questões das elites, quando da tutela da privacidade pelos tribunais durou até a década de 1960. Por evidente, as pessoas públicas possuem uma maior exposição na mídia e, por isso, sua privacidade está sujeita a maiores ataques, por meio de ofensas ou invasão da esfera privada, porém, a tutela deve ser universalizada, devendo a atenção exclusivamente “elitista” ser banida o que, de fato, acontece com o decorrer do tempo, apesar de parte minoritária da academia estrangeira suscitar a desnecessidade de proteção da privacidade no caso de pessoas famosas,⁷⁰ posição que não encontra ressonância alguma.

Por certo, a mudança existente no relacionamento entre Estado e cidadão, somado ao crescimento do fluxo informativo que é corolário do imenso desenvolvimento tecnológico, que corresponde a maior capacidade de recolher, processar, delimitar e utilizar as informações. Destarte, ao tempo que o fluxo cresce, a importância da privacidade aumenta também.

A partir desse momento, a ofensa da privacidade começa a atingir uma parcela muito maior que outrora, tendo inserção em todas as camadas sociais. Esta nova realidade é confeccionada por conta das novas dinâmicas associadas à informação, que a torna potencialmente mais importante. A tutela da privacidade e das informações pessoais assume importância por pressupostos diversos, vez que à medida em que a tecnologia passa a fornecer

⁶⁷ Prince Albert v. Stange - 64 ER 293 (1848). Tratava-se da reprodução gráfica e venda de objetos da coleção privada do príncipe. A sentença reconheceu um direito de propriedade que impediria esta reprodução.

⁶⁸ LINDON, Raymond. **Une création prétorienne: Les droits de la Personnalité**. Paris: Dalloz, 1974, p.11.

⁶⁹ CUPIS, Adriano de. **Il diritto alla riservatezza esiste**. In: Foro Italiano, IV, 1954, p. 90-97

⁷⁰ WITHMAN, James Q. **The two western cultures of privacy: dignity versus liberty**. Yale Law School. Public Law & Legal Theory Research Paper Series n. 64 (2003), p. 23-34.

meios para transformá-las em um bem, em um ativo. Sendo assim, a tecnologia, em conjunto com algumas mudanças no tecido social, começa a definir de modo direto qual o contexto em que informação pessoal e a privacidade começam a se relacionar.

Sobre a grande importância da preservação dos dados pessoais, bem enuncia Fernando Rodrigues Martins:

“A pessoa na sociedade on-line, sociedade virtualizada, sociedade em rede é hipervulnerável. Geralmente não conhece as tecnologias utilizadas, não tem controle recíproco dos dados do fornecedor, interage especialmente considerando as legítimas expectativas lançadas. Apenas mesmo o empoderamento jurídico da pessoa através de novas dimensões de direitos fundamentais, considerando a Constituição aberta como projeto sempre inacabado, é capaz de equilibrar a situação jurídica existencial e virtual.”⁷¹

O autor Arthur Miller, na década de 1960, demonstrou o caso do departamento de censo dos Estados Unidos passou a coletar dados dos cidadãos norte-americanos sobre suas habitações privadas e história pessoal dos ocupantes. Na década seguinte, o censo não contente com o aspecto total destas informações, tentou aumentar sua invasão na esfera pessoal dos cidadãos e inseriu nos formulários de coleta uma pergunta exigindo dos cidadãos que tivessem se divorciado, que esclarecessem o que motivou o término do relacionamento.⁷² Por óbvio não houve um crescimento da necessidade do Estado em conhecer os pormenores dos fracassos matrimoniais dos seus cidadãos que fosse tal a imprimir um censo com a coleta de tais informações, tal inserção do poder público no seio privado dos cidadãos apresentava um acinte à privacidade.

O que é necessário observar sim, é a facilitação das formas de invadir a privacidade de toda qualquer pessoa. Fica evidente que, quando não há uma regulação e proteção tanto da privacidade quanto da proteção das informações pessoais, o cidadão fica à mercê tanto do mercado privado quanto do Estado, que se utilizam do "o que pode ser feito, será feito".⁷³

⁷¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Sociedade da informação e promoção à pessoa empoderamento humano na concretude de novos direitos fundamentais**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 96/2014 p. 241.

⁷² MILLER, Arthur R. **Assault on privacy**. Ann Arbor: University of Michigan. Michigan: 1971. p. 127.

⁷³ Tradução livre da entrevista de Andy Grove para a revista Wired, em janeiro de 1998. Trecho na íntegra: "Whatever can be done, will be done. If not by incumbents, it will be done by emerging players. If not in a regulated industry, it will be done in a new industry born without regulation. Technological change and its effects are inevitable. Stopping them is not an option".

As consequências de tais posturas não raramente são bastante diversas, a depender se exercitadas em razão ou não de patrimoniais. No âmbito de questões que envolvam o patrimônio, há uma maior maleabilidade; talvez em decorrência da interdependência com a tecnologia. Já no tocante aos problemas relacionados estritamente ligados à invasão da privacidade, que Orwell bem trata como superestruturas como a denominada como “*The Big Brother*”, estes foram elucidados no sentido de uma constante e latente ameaça. Reside um problema muito acentuado, aqui. Para além do autor inglês, que valoriza muito a privacidade, é possível encontrar outros teóricos com uma visão mais ou menos fatídicas, na literatura estrangeira e nacional, que examinam a questão da invasão da privacidade.

Há aqueles que afirmam que estamos a adentrar em uma era que determinará o fim da privacidade, em que se inaugura uma sociedade em que há constante vigilância, uma espécie de panóptico digital em que todas as pessoas tem contra si um dossiê elaborado. Há, também, aqueles que afirmam que essa discussão ampliada da privacidade é indevida vez que a tutela do direito supracitado é deveras excessiva e leva ao açoitamento de outros direitos fundamentais de mesmo quilate e que necessitam de igual proteção, vez que a atenção que deveria estar disponibilizada a estes se vincula unicamente a aquela. Tal menção aos problemas de uma concepção por demais abrangente e até alarmista dos problemas relacionados à privacidade merece consideração.

Por diversas vezes foram confeccionadas poucas tentativas de definir e/ou delimitar o conteúdo do "direito à privacidade", esta que aparenta não ter sofrido uma abrupta ruptura com os conceitos postados em outras épocas mas sim, constitui uma continuidade histórica que demonstra manifestações inéditas no decorrer do tempo, aqui há uma alocação do centro de gravidade do direito supracitado no intuito de atender a multiplicidade de interesses alocados e da sua fundamental importância na proteção da pessoa humana.

É possível observar que o conceito de privacidade vem se modificando ao longo das últimas décadas de maneira substancial. Não há como prosseguir por esta seara sem observar as lições de Stefano Rodotà. Para o autor, o direito à privacidade, na atualidade, não mais possui sua órbita em torno do eixo que denomina como "pessoa-informação-segredo", que outrora reinava no paradigma postado no paradigma *zero- relationship*.

Neste momento, o eixo da problemática está centrado em "pessoa-informação-circulação-controle"⁷⁴. Aqui, a proteção da privacidade enrosca-se na própria teoria dos direitos da personalidade, contribuindo assim, para afastar a hermenêutica que sugere que sua utilização se dá tão somente em nome de certo exacerbado individualismo, que denominou serem estes os "direitos dos egoísmos privados"⁷⁵. Ao se entender assim, o direito da personalidade contradiz o que deveria ser a sua base fundamental, que é a consideração da pessoa vez que a pessoa é convivência e sociedade. Nenhuma consideração de intimidade pode ser mais forte que este traço essencial da personalidade.

A proteção da privacidade na sociedade da informação começa a demonstrar sua faceta na proteção de dados pessoais, persiste em terrenos outrora que não se propunham e nos leva a entendê-lo como elemento que tem como escopo maior propiciar ao indivíduo digital os meios que sejam fundamental para construir e consolidar sua esfera privada tendo, porém, o paradigma da vida em sociedade sob a cifra da solidariedade.

Este signo interessa à personalidade e, eventualmente, demonstra mais pronunciado quando os fatores tais como a vida social e as escolhas íntimas, privadas, pessoais entram em cena. Esta tendência, que podemos denominar como força expansiva da proteção dos dados pessoais é mais que uma mera característica congênita dos chamados novos direitos, expressão utilizada para denominar aqueles relacionados aos novos fenômenos tecnológicos, sendo um conceito bastante amplo que traz enorme dificuldade para ser resumido a um só termo satisfatório.

No início da década de 1970 Alan Westin arrolou três ameaças, de natureza tecnológica, à privacidade, seriam elas; (i) a vigilância física (por meio de câmeras, microfones e etc); (ii) a vigilância psicológica, perpetuada por meio da inserção da ausência de privacidade no imaginário dos cidadãos e, (iii) a vigilância dos dados pessoais⁷⁶. Com as múltiplas tecnologias inseridas em um mesmo meio – o eletrônico - ocorre o interessante fenômeno de convergência já tratado em capítulo anterior. Aquilo que era considerado como vigilância física ou psicológica, agora é tratado como vigilância sobre os dados pessoais⁷⁷.

⁷⁴ RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti**. Il Mulino, Bologna: 1995. p. 102.

⁷⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral do Direito Civil**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1995/96, p. 121.

⁷⁶ ALAN F. WESTIN. **Privacy And Freedom**. Wash. & Lee L. Rev. 166 (1968) p.65-168.

⁷⁷ MICHAEL, James. **Privacy and human rights**, Hampshire: Dartmouth, 1994, p. 9.

Como consequência desta expansão da vigilância, ou da invasão da privacidade, igualmente deve ser a evolução do tratamento da privacidade, que se reflete nos ordenamentos jurídicos contemporâneos por meio de regulamentos tais como a Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados, no plano nacional e, no direito alienígena, pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Destarte, a primeira necessidade é postular o direito à privacidade, na sociedade da (hiper)informação, conhecido também pela faceta de proteção de dados pessoais, como direito fundamental.

Ao partir desta visão sociodigital, o próprio desenvolvimento tem de ignorar aquelas deliberações mais restritivas como, por exemplo aquelas definidas pelo direito penal, outrora tratado. A evolução da tutela do direito à privacidade faz-se urgente vez que, caso a proteção carregue em si um símbolo de ineficácia ou descolado da realidade digitalizada à qual deve ser aplicada, cria-se um espaço que pode ser eventualmente preenchido por outro mecanismo social, uma zona acinzentada conhecida como não-direito,⁷⁸ este que não tem, necessariamente, um compromisso com os valores gerais do ordenamento jurídico.

Ao avançar o ponto de entender que este é um direito fundamental, necessita apresentar uma operacionalização adequada para o cotidiano, situação que exige a confecção legislativa, a teorização doutrinária e a aceitação jurisprudencial. Neste sentido, a segunda legislação que trata do assunto, apresentando uma possível aplicação do tema é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A tratativa colaciona o direito ao "respeito pela vida familiar e privada" em seu artigo 7º e o direito "proteção dos dados pessoais" em seu artigo seguinte. No artigo há o arrolamento de três itens acerca da proteção aos dados pessoais. O primeiro define que todas as pessoas possuem o direito a proteção de todos os dados que lhe sejam pessoais. No segundo, que todos os dados devem ser objeto de um tratamento leal, com fins especificados e com o consentimento claro do cedente ou com fundamento legítimo previsto em lei, sendo direito do cedente a correção de dados que lhe diga respeito. E, por fim, traz à baila a necessidade de uma autoridade de dados independente, a qual deve zelar pelo cumprimento das regras estabelecidas.

Assim sendo, há um franco reconhecimento sobre a complexidade envolvida no tratamento do tema ligado a privacidade. Em um momento, os interesses da privacidade estão umbilicalmente ligados tão somente a disciplinar instantes egoístas, tolhendo as possíveis intromissões advindas do exterior. Noutro, destina a tutela da privacidade em sua faceta da

⁷⁸ VIRILIO, Paul. *L'incidente del futuro*. Milano: Cortina, 2002, p. 89.

proteção dos dados pessoais nas suas várias modalidades⁷⁹ sem fracionar sua fundamentação, que é a dignidade.

A título de curiosidade, a primeira legislação internacional de direitos humanos que insere a questão da tutela da privacidade em seus escritos é a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, que propões em seu artigo 5º, que "Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar". Pouco tempo após, a Declaração Universal dos Direitos Humanos também dispõe sobre a privacidade, em seu artigo 12º, já referenciado em tópico anterior.

Na era da hiperinformação, a proteção de dados pessoais possui pressupostos muito aproximados, senão idênticos aos da proteção da privacidade, sendo uma espécie de continuação por outras formas. Aqui, porém, deve tutelar uma gama de interesses de quilate majorado, vez que na sociedade pós-industrial assume características próprias. Daí surge a necessidade de não se limitar as questões somente conceituais, nas quais o direito à privacidade se limita pela tutela patrimonial, estabelecendo mecanismos mais efetivos que entreguem uma melhor e mais efetiva tutela dos interesses da pessoa.

No ordenamento jurídico nacional é possível contemplar a proteção da pessoa humana como como sua cifra máxima e a proteção à a privacidade como direito fundamental, desta forma deve haver um diagnóstico das melhores maneiras para instrumentalizar a aplicação destes direitos. Em nossa experiência nacional, tendem a se orientar mais pela abordagem em campos específicos do que em uma tutela integral da personalidade através da proteção dos dados pessoais, seja por meio de habeas data, inserções previstas no Código de Defesa do Consumidor, no Código de Processo Penal e em outros diplomas legais especiais.

Por certo, tal adoção aponta as particularidades históricas da importância da matéria no Brasil. Tendo em vista a existência de problemas estruturais de maior gravidade, pode-se entender que a proteção à privacidade e conseguinte proteção de dados pessoais seja, ao menos em termos quantitativos, uma demanda de menor importância. A atenção para o assunto entra em pauta primeiramente em países mais desenvolvidos, vez que os cidadãos possuem uma maior sensibilidade para estas questões mais rapidamente, dado os níveis educacionais mais avançados.

⁷⁹ RODOTÁ, Stefano. In: LYON, David. **La società sorvegliata**. Milano: Feltrinelli, 2002, p. 11.

Tal afirmação pode, à primeira vista, parecer preconceituosa, porém, pode ser constatada de maneira clara e facilitada ao analisar o estudo realizado pelo Escritório Nacional de Estatística da Suécia, em 1977. Na ocasião, os cidadãos revelaram que a proteção da privacidade era posta como a terceira questão pública mais importante para os suecos, atrás somente do desemprego e inflação⁸⁰. Em nosso país, que ainda há uma rasa legislação sobre responsabilização nos ambientes digitais, vide a falta de sensibilidade do Marco Civil da Internet⁸¹, não há grande demanda por uma mais completa proteção de dados pessoais de maneira uniforme, por uma simples razão, a atenção e necessidade de tutela orbitam hoje em torno de uma série de outras necessidades básicas que estão a uma grande distância de estarem satisfeitas.

Por exemplo, a fraca participação de parte dos cidadãos brasileiros no mercado formal de trabalho desemboca na circunstância de que as informações pessoais que a eles sejam imputados possuam um interesse menorizado para as entidades privadas, vez que são considerados como cidadãos com menor poder aquisitivo e condição socioeconômica prejudicada.

Assim sendo, a coleta de informações fica mais focada nos extratos sociais com maior poderio econômico, fato este que abomina a demanda pela tutela de uma determinada faixa populacional. Cabe ressaltar que, no Brasil atual, a miséria extrema abarca o número total de 13,5 milhões de brasileiros⁸².

Assim pode se entender que uma sociedade somente vincula sua atenção e entende a necessidade de traçar mecanismos hábeis a tutelar a proteção à privacidade e aos dados pessoais quando possui um determinado padrão de consumo mais elevado aliado ao fato de haver ou não uma educação mais apurada para as questões que envolvam o dia-a-dia tecnológico e suas implicações e, também, o nível de inserção da tecnologia no seu cotidiano⁸³, endossando o que asseverava Albert Bendich, de que "privacidade e pobreza são absolutamente contraditórios".⁸⁴

⁸⁰ MICHAEL, James. *Ibidem* p. 10.

⁸¹ A lei nº 12.965/2014 - comumente denominada de Marco Civil da Internet – traz em seu corpo, no artigo 19, a inserção de uma responsabilidade civil que decorre somente após ordem judicial acerca do conteúdo que necessita se retirar da rede mundial de computadores.

⁸² Conteúdo disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/11/06/crise-levou-45-milhoes-a-mais-a-extrema-pobreza-e-fez-desigualdade-atingir-nivel-recorde-no-brasil-diz-ibge.ghtml>, acesso em 10/11/2019.

⁸³ "In predominant rural America (...) there was no pressing need to protect privacy. Snooping in the days before mass-circulation newspapers, radio, television, computers or even telephone, was inhibited by the natural limitations of the human eye, ear, voice and memory". MILLER, Arthur Q. *Ibidem*. p. 185..

⁸⁴ BENDICH, Albert M. **Privacy, poverty and the constitution, report for the conference on the law of the poor**. University of California at Berkeley, 1966. p.9.

Quando inserido na seara jurídica, tal sentença é facilmente contornável, vez que não há direito fundamental com menor importância, realidade que, infelizmente parece ter uma qualidade meramente simbólica ao colocar em confronto com a configuração social e política. Perpassados tais problemáticas, há de fazer um *check-up* com mais afinco acerca dos contornos que a privacidade assume hoje. Nos tempos atuais, a privacidade não se remete tão somente as questões individuais, assumindo, também, uma dimensão coletiva. Esta certificação passa pela apuração da importância política do controle e detenção das classes menos abastadas.

Neste sentido, é salutar recorrer as lições de Stefano Rodotà, que aborda a ampla tendência de identificação e tagueamento de sujeitos coletivos e minorias, dos mais variados nichos sociais, no rol de maiores prejudicados com a constante violação da privacidade.

Aponta inclusive que há uma rotação nos sujeitos ativos que estão no palco de requisição da tutela da privacidade, que outrora estava assentada em pedidos individuais, pessoas naturais, e agora estão fincados nos sujeitos coletivos, pessoas jurídicas, podendo ser observada a predominância da coletividade nestas reclamações:

“(...) a evocação da privacidade supera o tradicional quadro individualístico e se dilata em uma dimensão coletiva, do momento que não se considera mais o interesse do indivíduo enquanto tal, porém como membro de um determinado grupo social.”⁸⁵

Desta dimensão coletiva surge, enfim, a conotação contemporânea e mais completa do que se entende como proteção da privacidade, manifestada mormente, porém não unicamente, por meio da proteção dos dados pessoais.

Aqui, a vazão não assenta somente no viés individual, egoísta, íntimo, mas passa a atender diversos interesses conexos à personalidade e liberdades fundamentais, transpondo o disciplinamento da privacidade de um patamar em que o zelo atende também a diversas manifestações coletivas, remetidas a interlocutores, ao plano externo. Assim sendo, em uma realidade digitalizada, a necessidade de se ter as vistas a totalidade das manifestações da privacidade é ponto fundamental para que esta seja protegida de maneira condizente com a era da hiperinformação.

⁸⁵ RODOTÀ, Stefano. **Ibidem.** p. 102.

2.3 O instituto do direito ao esquecimento

Para compreender a existência do direito ao esquecimento é indispensável iniciarmos a investigação pela perspectiva dos direitos de personalidade, onde o direito ao esquecimento se enquadra e que estão constitucionalmente abarcados em nosso país.

Conforme o artigo 5º da Constituição Federal da República Brasileira, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil, entre diversos outros direitos, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando-se o direito de requerer indenização por dano material ou moral sofrido.

Em sede de tutela infraconstitucional, ao Código Civil compete a regulação da matéria. Em 1916 restou silente e, somente em 2002 o legislador tratou o tema. Ao longo de 11 artigos, elenca e trata de direitos de personalidade, sendo mencionado ao longo destes, o direito à honra, à imagem e à privacidade.

O fato de o direito ao esquecimento não constar na lista de direitos de personalidade previstos no Código Civil não configura óbice à sua aplicação, muito menos à sua existência. Afinal, os direitos de personalidade são tutelados de maneira mais ampla e completa pela cláusula geral de guarda da dignidade da pessoa humana, destarte, toda a emanção da personalidade deve ser protegida, independentemente de previsão legal expressa.

Acerca da temática, esclarece Maria Celina Bodin de Moraes:

*“não pode existir um número fechado (numerus clausus) de hipóteses tuteladas [da dignidade da pessoa humana]: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas. Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, porque deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa, que, com o progredir da sociedade, passam a exigir uma consideração positiva. Evidentemente, não se restringe tal concepção ao momento patológico, ao momento da reparação de dano já causado, mas põe-se a serviço da proteção e da promoção humana em todas as suas relações.”*⁸⁶

⁸⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro; Renovar, 2003.

Certo que a redação da lei, no que tange os direitos de personalidade não é muito precisa, e seu texto acaba por suscitar dúvidas. Um exemplo disso é a disciplina da lei acerca do trato da imagem e da privacidade, consoante determina o artigo 20, caput, do Código Civil que a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a requerimento do seu titular, na hipótese de tais condutas violarem a honra ou a boa fama ou a respeitabilidade ou ainda no caso de referido uso se destinar a fins comerciais. A exceção, prevista no texto, comporta duas possibilidades, a necessidade de administração da justiça ou da manutenção da ordem pública.

Por conta da redação supracitada, restritiva, discutiu-se em que limite as biografias não autorizadas seriam aceitáveis no Brasil. O assunto fora debatido por vários segmentos da sociedade e, a partir do requerimento de artistas famosos tais como o “rei” Roberto Carlos, teve sua maior discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815⁸⁷, que afastou a necessidade de autorização prévia do biografado (e terceiros que também forem relacionados na obra) como condição da publicação da obra.

Acerca da privacidade de pessoas públicas, foi temática discutida pela Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, no caso de um ator casado, funcionário da Rede Globo de Televisão, que foi flagrado aos beijos com uma colega, em local público. Na oportunidade, enunciou:

*“doutrina e jurisprudência são pacíficas no entendimento de que pessoas públicas e/ou notórias têm seu direito de imagem mais restrito que pessoas que não ostentem tal característica. [...] Não se desconhece, inclusive, que em certas profissões – por exemplo atores e atrizes de televisão, músicos, dançarinas, jogadores de futebol – a divulgação das chamadas “fofocas” chegam, em certos casos, até mesmo a beneficiar-lhes, contribuindo com a ideia de glamour que ronda tais carreiras”*⁸⁸

Contudo, seria deveras simplista asseverar que pessoas famosas estariam sujeitas a um regime diferenciado, por somente esta condição que os atinjam. Aqui necessário apontar que a doutrina diverge acerca da extensão do direito de imagem de pessoas públicas. Anderson Schreiber afirma que “a proteção ao direito de imagem de celebridades é tão intensa quanto a de qualquer um.

⁸⁷ Acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>, acesso em 12/09/2019.

⁸⁸ Trecho retirado do Recurso Especial de nº 1082878/RJ, julgado em 14/10/2008.

O fato de viverem de sua imagem na mídia só reforça a importância de que a representação física assume em relação àquelas pessoas. Famosa ou não, qualquer pessoa tem o direito de proibir a circulação indesejada de sua representação exterior”.⁸⁹ No entanto, o mesmo autor apresenta a necessária ponderação:

“Tal exigência somente pode ser afastada naquelas situações em que outros interesses de hierarquia constitucional (liberdade de informação, liberdade de expressão e etc.) venham exigir, diante das concretas circunstâncias, proteção mais intensa que o direito à imagem. [...] o fato de a pessoa retratada ser célebre ou notória pode, quando muito, sugerir que há algum grau de interesse do público em ter acesso à imagem, pela só razão de dizer respeito àquela pessoa. Isto não basta, contudo, para que se conclua pela prevalência da liberdade de informação sobre o direito à imagem. Diversos outros fatores devem ser sopesados antes de se concluir, no caso específico, qual dentre os dois direitos fundamentais há de prevalecer. Limitar-se aos critérios simplistas do “lugar público” e da “pessoa pública” é postura que incentiva perversas violações ao direito de imagem.”⁹⁰

A identificação dos critérios de “lugar público”, “pessoa pública” e “interesse público” é alvo de estudo do autor Helder Galvão, como mitos no uso das obras fotográficas. Porém, afirma que “seguir à risca e de forma literal a regra da autorização prévia é completamente inviável”⁹¹. O que se deve buscar é o uso justo da imagem e elencar novos critérios para atender as necessidades dos tempos atuais.

Na área do fotojornalismo existem alguns parâmetros que devem ser aplicados para se aferir o grau de realização do exercício de liberdade de informação por meio da veiculação de imagens. O autor elenca:

“(i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade de imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida.”⁹²

⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p.108.

⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Ibidem**. p.108.

⁹¹ GALVÃO, Helder. **Direito de imagem e fotojornalismo**. In: SCHREIBER, Anderson (coord.) **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p.33.

⁹² GALVÃO, Helder. **Ibidem**. p.40.

Assim, pavimentando uma sólida via protetiva da personalidade humana, através da proteção aos dados pessoais, e como possível consolidação do chamado direito ao esquecimento, enuncia Francois Ost:

*“personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído”.*⁹³

Desta forma é necessário ter ressalvas ao argumento do “mito de lugar público, pessoa pública e interesse público” supracitada. Desta forma, a proteção da privacidade deve ser posta como valor caro à sociedade, hipervigilante, morbidamente curiosa no alheio, independentemente se a privacidade invadida pertença a pessoa pública ou não. Exemplo deste zelo, sem abordar o mérito de haver ou não censura e, se esta é permitida e/ou bem-vinda em alguns casos, ocorreu nos casos da filmagem do enterro de Di Cavalcanti por Glauber Rocha⁹⁴, em vários outros casos e, mais recentemente no caso da artista Daniela Cicarelli, abordado no primeiro capítulo de maneira mais detalhada.

Com a realidade digital bastante avançada, tais problemas se encontram muito mais acentuados e surge a necessidade de aplicar de maneira mais incisiva o direito ao esquecimento, vez que, como passa a abordar no próximo tópico, a tecnologia jamais esquece dos fatos e, pior, deixa que a pessoa tente se esquecer também.

2.3.1 A sociedade digital, a inexistência de esquecimento e a necessidade de se esquecer

Desde o início da comunicação humana, a regra era de se esquecer, e lembrar, seria a exceção, há um ditado popular do meio da comunicação de que “não há nada mais velho que o jornal de ontem”. Porém, há rotação deste caso de maneira abrupta desde a implementação da Internet.

Em nossa história a extensão de nossa memória individual em grande parte do tempo esteve atrelada somente em nossos corpos ou materializada em objetos físicos que poderíamos carregar conosco. No passado, essa característica de memória, trazia um privilégio, qual seja, o controle direto sobre o que seria conservado como digno de memorização, bem como a garantia

⁹³ OST, François. **O Tempo do direito**. Trad. Elcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 160

⁹⁴ Disponível em : <http://acervo.oglog.globo.com/em-destaque/filme-de-glauber-rocha-sobre-enterro-de-di-cavalcanti-esta-censurado-ha-34-anos-10539863>, acesso em 12/11/2019.

relativa, claramente, de que terceiros não acessariam nem transmitiriam tais dados de maneira indevida vez que para ter o acesso deveria de maneira explícita, o consentimento.

Por desvantagem, porém, havia a falibilidade humana em manter intacta a memória, haja vista que, por mais que determinado sujeito seja bom de memória, é parte inexorável a perda de informações pessoais ou alheias com o decorrer do tempo.

Mayer-Schonberger assevera que “por causa da tecnologia digital e as redes globais, contudo, esse balanço mudou. Hoje, com a ajuda da difusão tecnológica, esquecer tem se tornado a exceção, e lembrar, a regra”⁹⁵

O autor continua a esclarecer:

*“Na primavera de 2007, o Google admitiu que até então tinha armazenado cada uma das pesquisas realizadas por seus usuários, e cada resultado acessado posteriormente. Ao manter a enorme quantidade de termos de busca – cerca de 30 bilhões de consultas são realizadas no Google a cada mês – bem organizada, o Google é capaz de fazer associações demográficas. Por exemplo, o Google pode mostrar tendências de consulta de pesquisa, mesmo anos mais tarde. Pode nos dizer quantas vezes “Iraque” foi procurado em Indianápolis, no outono de 2006, ou que termos a classe média de Atlanta procurou mais na época do Natal de 2007. Mais importante, porém, é que combinando habilmente dados de login, cookies e endereços IP, o Google é capaz de conectar as pesquisas realizadas a um indivíduo em particular, ao longo do tempo com impressionante precisão.”*⁹⁶

A uma nova preocupação, a inerente aos efeitos colaterais decorrentes deste novo fenômeno, o excesso de memória, que é proporcionado pela Internet e as redes sociais, que cria uma espécie de memória digital, graças ao caráter ubíquo da rede mundial de computadores⁹⁷.

⁹⁵ MAYER-SCHONBERGER, Viktor. **Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age**. Princeton University Press, Princeton, 2009 p.3.

⁹⁶ MAYER-SCHONBERGER, . **Ibidem**. p.8.

⁹⁷ Necessário separar cronologicamente a evolução da Rede mundial de Computadores em três (para alguns quatro) etapas distintas, tendo em vista a maneira como ela veio a ser prioritariamente recebida por seus usuários.

A primeira etapa, chamada de web 1.0 (expressão cunhada por Tim O’Rielly) a Internet era utilizada como instrumento de busca e obtenção de informações armazenadas em suas redes de dados. Em 2004 passa a adentrar a Internet como web 2.0, o que é representado pela noção que a rede passa a permitir que os usuários não apenas venham a consumir informação, porém, comecem a elaborar e gerir conhecimento no ambiente virtual, construindo a web colaborativa, por meio de plataformas de inserção de conteúdo de texto (Wikipedia) ou vídeo (YouTube), por exemplo.

Em uma terceira etapa surge a web 3.0 denominada pela característica de que a interação com a realidade se torna mais sensível, concreta e palpável em decorrência de uma maneira mais organizada dos dados disponíveis. Nesta etapa o conhecimento parece deveras personalizado pois é entregue de acordo com cada contexto

A internet não altera somente a configuração tecnológica, por óbvio, mas também a forma como se dão as interações no seio social e, quanto maior é o fluxo de interação, mais conflitos podem surgir.

Acerca do tema colacionam os autores Georgete Medleg Rodrigues e Eliane Braga de Oliveira:

“teoricamente, a capacidade ilimitada de “armazenagem” no mundo virtual exorcizaria de vez o fantasma do esquecimento, criando a possibilidade de permanência integral das memórias. A permanência das informações no mundo virtual remete, metaforicamente, à ideia de rastro psíquico. O acesso a esses rastros seria intermediado pelos motores de busca, que “rastream”, de fato, o espaço virtual em busca de informação.”⁹⁸

Ainda sobre o assunto, Zigmunt Bauman:

“por outro lado, a arena pública caracteriza-se por seu um espaço de livre acesso, aberto a qualquer pessoa interessada, de forma que os conteúdos levados a esta arena podem ser vistos e ouvidos por qualquer um [...] as terras do ‘público’ e ‘privado’ tendem a estar em pé de guerra, tal como as leis e normas de decência que prevalecem nesses domínios. Para cada um deles, o ato de autodefinição e autoafirmação é realizado em oposição ao outro”.⁹⁹

O mais notável caso brasileiro de mudança da imagem de pessoa célebre, que acarretou um desejo de ter o passado esquecido, é o que envolve a apresentadora Xuxa e o lançamento para videocassete da obra cinematográfica *“Amor, estranho amor”*. Filmado em 1982, conta a história de Hugo, filho da dona de um bordel de luxo, interpretada pela atriz Vera Fischer que é seduzido por Tamara, uma jovem que trabalha no prostíbulo, vivida por Maria da Graça Meneghel, a Xuxa. Nascida em Santa Rosa, no interior do Rio Grande do Sul, Maria da Graça Meneghel se mudou aos sete anos para o Rio de Janeiro.

Interpretou seu primeiro papel no cinema, justamente em um filme erótico, aos 19 anos, no qual contracenava nua, com o ator Marcelo Ribeiro, que de fato tinha 12 anos na época. À época, Maria da Graça Meneghel era modelo e atriz e o Brasil vivia sob a ditadura militar, o

particular. Na dita web 4.0 a lógica se altera sensivelmente vez que o banco de dados bem mais estruturados predizem o que pode ser interessante para o usuário, com a ampla utilização de algoritmos a internet possui autonomia na tomada de decisões.

⁹⁸ RODRIGUES, Georgete Medleg; OLIVEIRA, Eliane Braga de. **Memória e esquecimento no mundo virtual: os mesmos fios tecendo uma nova trama?** Liinc em revista, v.11, n.1, p.98, 2015.

⁹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro; Zahar, 2009, p.23.

erotismo se tornou comum nos anos 1970, como consequência da liberdade sexual experimentada na década anterior.

O surgimento da pornochanchada, comédia erótica feita principalmente no centro de São Paulo, e o cinema marginal da boca do lixo foram símbolos de uma época, explicando o contexto de seu sucesso. Após o estrondoso sucesso do filme, seus produtores decidiram lançá-lo no mercado doméstico de videocassete.

Ocorre que, passado um tempo da distribuição original do filme, a imagem da atriz Maria da Graça Meneghel havia mudado consideravelmente. No final dos anos 1980, quando a ação judicial foi proposta, Xuxa, como já era então conhecida, transformou-se na mais famosa apresentadora de programas infantis do Brasil e da América, fazendo sucesso também na Argentina. Assim sendo, a Justiça entendeu que “a exploração através de videocassete tornava a obra acessível ao público infantil, para o qual passou a exercer a sua atividade, gerando um desvirtuamento da sua imagem, incompatível com o seu perfil artístico atual”.¹⁰⁰

A apresentadora pedia em juízo a busca e apreensão de todas as cópias não autorizadas em videocassete, vencendo a ação judicial, porém, na prática sua vitória pode ser bastante duvidosa, especialmente quando se observa pelo prisma atual. Apesar de ter realizado esforços para retirar o filme de circulação, este pode ser facilmente visto integralmente na internet.

Há alguns anos, Xuxa voltou a ganhar nova batalha judicial contra o relançamento do filme¹⁰¹ e processou a Rede Bandeirantes de Televisão pleiteando R\$ 1,1 milhão pela exibição de fotos suas nua, processo que também se sagrou vencedora¹⁰². A mudança da imagem social de Xuxa, que acarretou seu desejo de se afastar de sua persona pública anterior.

A verdade é que o passado não socorre remédio e é impossível escapar dele. As fotos, os vídeos, os textos indesejados existem, assim como fatos cujos rastros preferíamos ver apagados.

Haverá sempre, nessa realidade de memória implacável, ainda outras fotos vexatórias, outros textos equivocados, outras referências que nos mancham e que gostaríamos de ver esquecidas, relegadas ao tempo pretérito, ao fundo do arcabouço de nosso cérebro. No entanto,

¹⁰⁰ VEIGA, Rosanie Martins da. **Direito Autoral — Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000, p. 26.

¹⁰¹ Texto disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/02/1226314-xuxa-vence-nova-etapa-na-justica-contravenda-de-amor-estranho-amor.shtml>, cesso em 21/11/2019.

¹⁰² Texto disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100501336/band-tera-de-pagar-r-1-1-milhao-por-divulgar-fotos-de-xuxa-sem-autorizacao>, acesso em 21/11/2019.

as evidências do passado, conforme têm sido expostas atualmente, acabam por promover mais um *round* do clássico conflito jurídico, que vem há décadas sendo delineado e discutido, entre liberdade de expressão e os direitos de personalidade, notadamente imagem e privacidade.

A memória digital assume uma dimensão híbrida, na medida em que além de ser inserida em estruturas externas ao indivíduo e formada por ferramentas materiais e imateriais tais como servidores e armazenamento de dados na nuvem, pode ela ser formatada não somente pelo detentor da memória, porém, por terceiros que participam do ambiente coletivo no qual as informações são produzidas, armazenadas e compartilhadas.

Um componente relevante deste quadro é a memória praticamente infinita da Internet e de outras tecnologias hoje disponíveis. Esta realidade tende a se tornar mais intensa haja vista a continuidade dos progressos científicos, torna possível o acesso generalizado, no presente, de dados sobre fatos da vida privada de pessoas comuns, por vezes embaraçosos, ocorridos há muitos anos.

Postagens em blogs, atualizações de Facebook, tweets, fotos e vídeos, mesmo quando abordam questões estritamente particulares, ficam eternamente alocadas em nuvens cibernéticas, possibilitando um acesso fácil por meio dos sítios e motores de busca. Nas palavras de Simón Castellano, “nossos dados são gravados na rede como se fossem uma tatuagem, que nos seguirá pela vida toda”.¹⁰³

A mudança de paradigma do esquecer para a memória perfeita, segundo Mayer-Schonberger deve-se por conta de quatro fatores que marcam o surgimento da sociedade da hiperinformação, quais sejam;

“(i)a digitalização: a mudança dos registros analógicos¹⁰⁴ para digitais permite que tenha um aumento na sua fidelidade e precisão relativamente à sua fonte original;

¹⁰³ CASTELLANO, Pere Simón. **The Right to be Forgotten under European Law: Constitutional Debate.** Lex Electronica, vol 16.1, Winter 2012, p. 4

¹⁰⁴ O armazenamento analógico exige mídia de armazenamento físico tais como discos ou fitas que, com o passar do tempo, começa a perder dados ainda que de maneira reduzida. O período analógico, de certa maneira, é o que melhor representa a memória humana antes do período, que vai se esvaindo e sendo reduzida com o passar do tempo.

(ii) a armazenagem barata de informação: o processo de digitalização de dados torna sua armazenagem deveras econômica, o que torna a atividade de esquecer mais cara que a de lembrar¹⁰⁵;

(iii) a recuperação rápida de dados: diferentemente das bibliotecas, a retomada de informações no formato digital permite uma recuperação imediata e;

(iv) o alcance global para a transmissão da informação, o que culmina na possibilidade de partilhar conhecimento com pessoas alocadas em qualquer lugar do globo, assim sendo, o dado passa a ser universalizável, fugindo do controle do cidadão que partilhou a informação.¹⁰⁶”

De acordo com esse novo paradigma digital, consegue superar, pela primeira vez na história da humanidade, a denominada cultura da escassez informacional, em que o acesso aos dados normalmente estaria à mercê de limitações, no que tange seu conteúdo, extensão de acesso e tecnologias informativas¹⁰⁷.

Na atualidade, a realidade é deveras diferente, já que vivemos o fenômeno da pós escassez em que a sociedade tenta calibrar seu convívio com a escala de informações inédita, o que acaba por modificar a relação e percepção de nossa memória, individual e coletiva. Ainda que esse acréscimo na memória traga vantagens, nesse cenário de ostentação informativa, ainda que surjam vantagens há, como efeito colateral uma série de novos desafios e dilemas éticos que precisam ser enfrentados frontalmente.

No ambiente de hiperconectividade há uma contradição no que se refere à alteração do status da memória. Isso porque passa a ter um contato instantâneo e perene com o tempo pretérito que atribui uma sensação de capacidade de observar, compilar, organizar, armazenar e deletar memórias a qualquer tempo. Essa capacidade torna o cidadão digital cada vez mais vulnerável a uma memória frágil vez que está acessível e resgatável a todo momento.

Isso cria um ambiente de certa emergência dos fatos antigos, segundo o qual, diante do volume desnorreado dos registros digitais e digitalizados dos aspectos privados de nosso

¹⁰⁵ Mayer-Schonberger demonstra o fenômeno citado a prática de baixarmos para o computador todas as fotos de nossos aparelhos ao invés de selecionarmos somente as que nos agradem. A análise individualizada de cada arquivo demandaria maior gasto energético. MAYER-SCHONBERGER. *Ibidem*. p.52-62

¹⁰⁶ MAYER-SCHONBERGER, *Ibidem*. p. 73.

¹⁰⁷ HOSKINS, Andrew. *The right to be forgotten in post-scarcity culture*. In: GHEZZI, Alessia; PEREIRA, Ângela Guimarães; VESNIC-ALUJEVIC, Lucia. *The Ethics of Memory in a Digital Age – Interrogating the right to be forgotten*. Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2014, p.51.

cotidiano. Desta forma, vários eventos que danificaram a vida de alguém pode, de maneira ocasional se tornar nova mais uma vez, trazendo à tona mais uma vez o passado no presente.

Esse fenômeno impediu que o tempo atue a sua função de desvalorizar o peso dos eventos do passado. Essa função do tempo tem uma função de estabilização que é de garantir aos cidadãos a certeza de que o presente gradualmente sobreporia o passado. Na sociedade da hiperconexão não mais acontece tal fenômeno vez que o passado está anexado integralmente no presente digitalizado, com habilidade intocada de assombrar a todos, de forma a facilmente estar descontextualizado, inconclusivo e eternizável.

A exposição ilimitada de dados sobre o passado acaba expondo o indivíduo e a sociedade a consequências paralelas que são negativas e indesejadas, pois a memória digital é perfeita que nos impõe a rememorar o passado, criando a imortalidade informacional. Aqui surge a necessidade de filtrar de maneira mais ordenada o volume de informações, ainda que envolva todos os gastos e custos de energia que envolvem a empreitada.

Esse cenário de imortalidade informacional traz consequências não somente quanto ao que toca a individualidade, mas a também a interação social. Provocando uma reordenação no balanço de poder entre os membros da sociedade, em que o particular divulga publicamente seus atos, imagens e preferências, disponibilizando para terceiros o controle sobre suas decisões, na medida em que maneja suas escolhas no futuro, ainda que de maneira não consentida.

Concebe o risco de não ter controle sobre os dados pessoais publicizados na internet imbuindo um medo de exploração dos conteúdos a serem divulgados, criando espécie de autocensura, impedindo também que o tempo atue da maneira natural apagando elementos do passado, dificultando a tomada racional de decisão por parte dos indivíduos sobrecarregados com o volume de dados que necessitam de uma capacidade muito grande para concluir sobre a melhor maneira de proceder acerca de determinadas situações do cotidiano.

No viés comunitário, traz ao seio da sociedade uma espécie de rancor que impede que se perdoem os enganos do passado, sejam eles relevantes ou não e, atendo-se ao plano individual pode ter como consequência o desestímulo ao aprimoramento pessoal pois o sujeito já saberá que, caso erre, tal equívoco não será perdoado e, portanto, não arrisca a tomar escolhas quais sejam elas. O excesso de exposição do particular acerca dos atos de seu passado em relação a seus pares provoca um aumento de sermos submetidos a um tribunal constante onde os juízes são os populares avaliam os “réus” sobre o passado, no contexto do presente.

Em 2013 Edward Snowden promoveu o vazamento de informações mais conhecido da história da Internet, o *Wikileaks*. O evento demonstrou a imensa fragilidade do mundo digital e todo seu obscurantismo, evidenciando que as maiores companhias de tecnologia colaboraram com a coleta de dados de diversos cidadãos, uma verdadeira trama de espionagem mundial.

A agência de segurança norte americana National Security Agency – NSA apurou que a Microsoft forneceu material para o programa de vigilância eletrônica denominado como PRISM, em setembro de 2007. Mais tarde juntaram-se ao programa a Yahoo, Google, Facebook, PalTalk, YouTube, Skype e AOL¹⁰⁸, as maiores companhias de tecnologia do mundo.

Os vazamentos proporcionados pelo norte-americano evidenciaram que os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, com auxílio das grandes companhias de tecnologia, invadiram a privacidade de milhares de cidadãos, inclusive de representantes de estado e de governo. Para se ter uma noção do quão invasiva foi a atuação da agência, utilizou até de notebooks da Apple, os Macbooks de modelo anterior a 2008 para captar todas as imagens para utilizar da maneira que bem pretendesse, ocasionado no vazamento de imagens íntimas de celebridades e o sequestro de senhas pessoais, fato que foi reportado pelo The Washington Post¹⁰⁹.

Se o meio de acesso dos dados já é invasivo e ilegal por violar informações que podem ser simples, a circunstância fica mais grave quando se observa em como serão utilizadas:

*“Mesmo que você não esteja fazendo nada de errado, você está sendo observado e gravado [...] A capacidade de armazenamento desses sistemas aumenta consideravelmente, a cada ano, em tal magnitude que estão chegando ao ponto de você não precisar ter feito nada de errado. Você pode simplesmente ter caído sob suspeita de alguém, até por um telefonema feito por engano. Então, podem usar esse sistema para rastrear cada decisão que você já tomou, cada amigo com quem já discutiu algo. E ataca-lo com base nesse tipo de suspeita de uma vida inocente, pintando qualquer um no contexto de malfeitor.”*¹¹⁰

¹⁰⁸ HARDING, Luke. **Os arquivos Snowden: a história secreta do homem mais procurado do mundo**. Rio de Janeiro: Leya, 2014, p.163.

¹⁰⁹ Texto disponível em: <http://www.tecmundo.com.br/macbook/48444-web-cam-de-macbooks-pode-ser-ativada-sem-a-permissao-de-usuarios.htm>, acesso em 12/11/2019.

¹¹⁰ HARDING, Luke. **Ibidem**. p.123-124.

Aqui a realidade parece projetar o que depois foi retratado na série ficcional da Netflix, *Black Mirror*. O episódio denominado “*shut up and dance*”¹¹¹ retrata situação deveras parecida, em que um político influente tem sua privacidade e dados invadidos e, para que não fossem vazados, precisa efetuar diversas atividades extremamente constrangedoras, tais como ter relações com animais em uma *live*.

Outra forma de invasão é pelas redes sociais, em que os controles de dados são realizados sem consentimento¹¹² e, até testes psicológicos secretos foram implementados¹¹³. Os termos de uso do Facebook, demonstra que, quando alguém deseja deixar a rede, seus dados não serão deletados, necessariamente. No texto, há a remissão a desativar e excluir a conta, no primeiro caso, existe apenas a suspensão da prestação de serviço e, desta forma, o usuário pode decidir voltar a utilizar o serviço e, nesta hipótese, seus dados estarão intactos no site.

Caso o usuário opte por excluir sua conta, a plataforma se dá ao direito de esperar o período de 30 dias para deletá-las, porém, alguns dados permanecem por até 90 dias. Faz bem deixar marcado que, porém, algumas informações nunca serão retiradas do site vez que inseridas em contas de outros usuários, sendo infinita sua permanência¹¹⁴. Uma vez na rede, sua passagem não pode ser apagada do mundo digital.

Na política de dados do Facebook há frontal desrespeito à privacidade, que abrange a tutela dos dados pessoais tratada em tópicos anteriores. A propósito, uma das melhores definições de privacidade vem de um autor nacional. Esclarece Anderson Schreiber:

*“o direito à privacidade hoje é mais amplo do que o simples direito à intimidade. Não se limita ao direito de cada um de ser ‘deixado só’ ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular. Transcende essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa.”*¹¹⁵

Avançando na temática, Anderson Schreiber faz a conexão entre o direito de proteção à privacidade e o direito ao esquecimento, da seguinte maneira:

¹¹¹ Obra disponível em: <https://www.netflix.com/watch/80104626?trackId=200257859>, acesso em 12/12/2019.

¹¹² Texto disponível em: <http://tecnoblog.net/120608/instagram-termos-servico>, acesso em 12/12/2019.

¹¹³ Texto disponível em: <http://gizmodo.uol.com.br/facebook-experimento-psicologico>, acesso em 12/12/2019.

¹¹⁴ Disponível em: <https://www.facebook.com/policy.php>, acesso em 10/12/2019 às 20h15min.

¹¹⁵ SCHREIBER, Anderson. *Ibidem*. p.130-131.

*“se toda pessoa tem direito a controlar a coleta e uso de dados pessoais, deve-se admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando com isso risco considerável.”*¹¹⁶

A inserção de determinado conteúdo na internet pode ocorrer pelo usuário ou por terceiro, com ou sem seu consentimento, por óbvio, e a remoção do conteúdo pode ser tarefa carregada de muitos desafios. O Marco Civil da internet aborda o assunto em seu artigo 7º, X, no que tange a remoção de dados pessoais, porém, sua tentativa era insuficiente sem uma legislação de proteção de dados mais robusta, que foi confeccionada mas ainda não se encontra em vigor.

A discussão acerca dos componentes e peculiaridades do direito ao esquecimento é permeada, no exterior e no Brasil, por diversas dúvidas e perplexidades. Segundo Anderson Schreiber, tais dificuldades se alocam em três correntes principais: (i) a favor da informação de maneira irrestrita, posição endossada pelos organismos ligados a meios de comunicação, que inclusive negam o direito ao esquecimento; (ii) a favor do direito ao esquecimento de maneira mais generalizada, posição assinada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais [IBCCrim] e (iii) intermediária, opinião defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil¹¹⁷. Independentemente da posição que se adota, existem diversos questionamentos que precisam ser abordadas para que haja uma implementação do direito ao esquecimento, que passo a abordar.

A primeira questão que deve ser enfrentada é o da imprecisão que gira em torno de sua definição. Neste sentido, para Marcio André Lopes Cavalcante o direito ao esquecimento se conceitua como *“o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos”*¹¹⁸.

Também acerca do tema, ensina Rogério Greco:

“não somente a divulgação de fatos inéditos pode atingir o direito de intimidade das pessoas. Muitas vezes, mesmo os fatos já conhecidos

¹¹⁶ SCHREIBER, Anderson. **Ibidem**. p.164.

¹¹⁷ Texto disponível em: <https://jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>, acesso em 02/08/2019.

¹¹⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e do STJ comentados**. Manaus: Dizer o Direito, 2014, p. 198

publicamente, se reiteradamente divulgados, ou se voltarem a ser divulgados, relembrando acontecimentos passados, podem ferir o direito à intimidade. Fala-se nesses casos, no chamado direito ao esquecimento.”¹¹⁹

Para André Brandão Nery Costa:

*“a comissão para revisão da Diretriz Europeia de Proteção de Dados definiu o direito ao esquecimento com os direitos de indivíduos de terem seus dados não mais processados e deletados quando não são mais necessários para os seus legítimos propósitos. O desafio apresentado por essa comissão no desenvolvimento do direito ao esquecimento seria demonstrar sua relevância e autonomia frente a outros direitos lá já existentes como o direito de deletar e de objetar e em que contexto ele seria instrumento hábil na tutela da pessoa humana”.*¹²⁰

Assim surge a ideia de que o direito ao esquecimento é instrumento de efetiva proteção dos direitos da personalidade, tutelando possíveis lesões causadas pela acessibilidade, contínua e permanente, a dados e informações que, mesmo verídicos, sejam hábeis a eternizar danos e sofrimentos que já foram causados no passado.

Remontando ao caso da “chacina da Candelária”, por exemplo, naquela oportunidade o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a reconstituição televisiva do ilícito criminal, envolvendo o nome do acusado que, necessário deixar bem frisado, não estava arrolado no processo penal, teria como consequência sua exposição a danos injustos.

Por certo, tal decisão apresenta-se como marco histórico nacional, com resultado diametralmente oposto a caso semelhante, o de Aínda Curi, que aborda de maneira mais detalhada a frente.

Ainda sobre o exame desta problemática, como bem se extrai da obra de François Ost:

“(...) qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se

¹¹⁹ GRECO, Rogério. **Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade**. In: **Temas Atuais do Ministério Público**. 4 ed. Salvador: Jus Podvm, 2013, p. 761

¹²⁰ COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento na internet: a Scarlet Letter digital**. Direito e mídia. Coord. Anderson Schreiber. São Paulo: Atlas, 2013, p.199-200.

*impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela”.*¹²¹

A relevância da temática se acentua na medida em que há o crescimento do fluxo informativo, que com a consagração da internet, o maior e mais efetivo dispensor de comunicação, tomou volumes estratosféricos, puxando a importância do tema. A internet muda os paradigmas comunicacionais conhecidos anteriormente, nesta nova realidade inaugurada, a informação e os dados são superlativos, excessivos, incomparáveis e seus efeitos também, escapando aos cidadãos o controle de sua exposição.

Anderson Schreiber define o direito ao esquecimento da seguinte maneira:

*“trata-se, em síntese, de um direito a não ser constantemente perseguido por fatos do passado, que já não mais refletem a identidade atual daquela pessoa. O direito ao esquecimento é, assim, essencialmente um direito contra uma recordação opressiva de fatos que pode minar a capacidade do ser humano de evoluir e se modificar”.*¹²²

Para Viviane Nóbrega Maldonado, o direito ao esquecimento deve ser entendido da seguinte maneira:

*“como a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora seja verdadeira e que, preteritamente, fosse considerada relevante, não mais ostenta interesse público em razão do anacronismo.”*¹²³

Para analisar a importância do direito ao esquecimento na era da hiperinformação, é necessário analisar o que diz Stéfano Rodotà, uma das mais potentes vozes sobre a privacidade digital no mundo comenta sobre:

“deve assumir maior relevância o “direito ao esquecimento, prevendo-se que algumas categorias de informações devam ser destruídas, ou conservadas somente em forma agregada e anônima, uma vez que tenha sido atingida a finalidade para a qual foram coletadas ou depois transcorrido um

¹²¹ OST, François. **Ibidem**, p. 161

¹²² SCHREIBER, Anderson. **Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/Anderson-schreiber-nossas-leis-nao-admitem-proprietarios-passado>, acesso em 21/07/2019.

¹²³ MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. São Paulo: Novo Século, 2017.

determinado lapso tempo. Isso pode ser feito através de tecnologias que permitem a utilização de programas de destruição automática de dados sob determinadas condições. Assim pode-se tentar diminuir o acúmulo de enormes quantidades de dados, potencialmente perigosos. E, sobretudo, evita-se que cada um seja implacavelmente perseguido por qualquer rastro que tenha deixado ao longo de sua vida: esse é um problema particularmente relevante quando o “rastros” é produto automático de realização de qualquer tipo de atividade (aquisição de bens e serviços, uso de televisão pay-per-view) ”¹²⁴

Aqui Rodotà aponta um elemento crucial ao debate, a finalidade dos dados. Tal critério de aplicação é deveras importante vez que a finalidade esteja extinta não há mais justificativa para que se mantenha a informação colacionada.

Há que se observar, entretanto, que a finalidade do dado pode não se exaurir em um momento só, possibilitando a um mesmo dado que por exemplo tenha um papel destinado ao entretenimento ser usado em outras circunstâncias diferentes, tais como em processos judiciais. Grande exemplo disso são as causas de pensionamento de menores, em que a alimentante junta aos autos processuais fotos em que o réu ostenta situação financeira diversa daquela que alega ter.

André Brandão Nery Costa menciona que “a fixação de princípios de proteção de dados ganha relevância. Mostra-se especialmente útil o princípio da finalidade, o qual determina que a coleta de dados deve ser pertinente à finalidade perseguida, a utilização destes não deve ser abusiva e – o que é de extrema relevância para o fim aqui tratado – eles devem ser eliminados, ou transformados em dados anônimos, quando não mais necessários.”¹²⁵

Tratando-se a privacidade contemporânea como a possibilidade do controle sobre dados pessoais, em cujo debate se inserem fortemente questões como consentimento para coleta e tratamento de dados e suas finalidades, aparenta ser indispensável que a definição atual é bastante para aplicar o direito ao esquecimento. Desta dimensão coletiva surge, enfim a conotação contemporânea da proteção da privacidade, que se manifesta sobretudo através da proteção de dados pessoais, e que deixa de dar vazão a um imperativo individualista, como abordado em tópicos anteriores.

¹²⁴ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 134-135.

¹²⁵ COSTA, André Brandão Nery. **Ibidem**. p.197.

Assim sendo, independente da nomenclatura que queira dar, por conta da discussão de ser ou não uma boa denominação, o direito ao esquecimento está circunscrito à privacidade, sendo um aspecto dele. Destarte, se até dados que possuem pouca ou nenhuma relevância sobre o titular possuem guarida normativa, com igual razão devem ser tutelados dados nocivos, ainda que pretéritos.

Aqui pode estabelecer um critério bastante esclarecedor, de que a informação objeto de direito ao esquecimento deve possuir natureza eminentemente privada. Os dados públicos ou sobre os quais possam recair interesse público, devem ser conservados, apontando aqui de pronto, uma grande dificuldade na aferição de qual dado seria revestido ou não de interesse público a fim de se suscitar sua aplicação.

Aqui recai mais um desafio, qual seja postar o que venha a ser interesse público. No Recurso Especial 1.334997/RJ o ministro Luís Felipe Salomão afirmou que “o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente”. Seguindo o entendimento, assevera Viviane Nóbrega Maldonado ao afirmar que “o interesse público é a chave que leva ao resultado concreto, de modo que, se ele estiver presente, não será viável o acolhimento do pedido de remoção ou deferimento de indenização por possíveis danos materiais ou morais”¹²⁶.

Nessa mesma senda, preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello que o interesse público:

“deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem. [...] uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe-se a nua circunstância de que não existe coincidência necessária entre

¹²⁶ MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Ibidem**. p.126.

interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público.”¹²⁷

Assim o interesse não é tão somente configurado como o interesse estatal abarcando, também, o interesse dos indivíduos quando inseridos na coletividade. Assim, aqui encontra baliza para repelir a ideia de que a vagueza do termo “interesse público”, por si só, é óbice a aplicação do instituto. Rotineiramente é possível vislumbrar que o Judiciário aborda outros termos que se não mais vagos que este, estão no mesmo nível, tais quais “boa-fé” “função social” entre outros. Por certo, é necessário que outros valores normativos mais consolidados auxiliem a doutrina e jurisprudência a fim de diminuir a esfera de incerteza que pode pairar.

Há, porém, um fator complicador que gira em torno do caráter disruptivo da doutrina do direito ao esquecimento na sociedade da hiperinformação. Para além da incerteza de qual assunto entra ou não no balaio do interesse público, há que se observar até qual momento o assunto possui ou não interesse público, vez que, com a possibilidade de se reviver, a qualquer momento, qualquer assunto poderia ter interesse público em determinado contexto histórico e, com o decorrer do tempo, deixou de o ser. Assim sendo, há de se analisar qual é o marco temporal que tira do dado sua relevância pública.

A crítica confeccionada, neste sentido, é a da possibilidade de uma dada informação poder ser lícita quando da sua ocorrência e, posteriormente, tornar-se ilícita pelo simples decurso do tempo. tal questionamento é facilmente resolvido quando se busca a resposta na tutela nos direitos de privacidade e de imagem.

Um evento pode levar seus protagonistas a serem expostos, mesmo contra sua ciência e autorização, em mídia nacional e estrangeira. Uma vez findo o evento, a exposição pode ser caracterizada como violação à privacidade. Um belo exemplo fora abordado no primeiro capítulo, os casos *Lebach I e II* que, sem dúvida alguma, possuíam relevância elevada quando de sua ocorrência, porém, com o decorrer do tempo e esgotamento da pena dos envolvidos, perde seu destaque e, com isso, passa a trazer danos.

Em nossa legislação há, inclusive, delimitações do marco temporal de relevância de dados, que pode ser pinçada tanto no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 43, § 5º quanto no Código Penal em seu artigo 63. Abordo de maneira mais detalhada em tópicos seguintes.

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiro, 2009, p.64-65.

O lapso temporal é muitíssimo importante para a aplicação do direito ao esquecimento, porém, a veracidade da informação também constitui como elemento muito necessário para que possa se requerer o esquecer. Quando nos defrontamos com informações falsas, outros devem ser os instrumentos postados em nossa ordem jurídica tais como direito de resposta ou dever de o meio de comunicação ou armazenagem de atualizar a informação com dados mais recentes e mais precisos.

Ainda que em alguns casos, quando extremados, pode requisitar a supressão do acesso público por meio de ordem judicial, situação que não deve ser denominada como direito ao esquecimento, vez que não é um assunto que se queira esquecer, borrar, mas tão somente é uma informação falsificada que, por assim o ser, dever ser expelida por violar outros direitos, tais como a honra.

Ainda que a informação seja verídica e que um lapso temporal entre sua divulgação original e a suscitação do direito ao esquecimento, este somente estará presente de fato quando e se houver certo dano potencial na manutenção das informações por parte de terceiros à relação.

O direito ao esquecimento não pode ser aplicado por conta de um capricho, mas em virtude de que a preservação da informação apresenta um risco de dano a pessoa a que lhe seja atinente. Os danos podem ser de ordens diversas, psicológicos, familiar, social, moral, patrimonial, profissional, existencial. Assim sendo, a conservação desta informação só pode ser feita caso seja inócua, não acarretando em ameaça de dano, retirando de cena a possibilidade o direito ao esquecimento.

O titular pode requerer a remoção da informação por outras razões, pela evidente violação de outros direitos. Neste caso, a violação ocorre à privacidade, mas não necessariamente uma hipótese de direito ao esquecimento, vez que é possível que se viole a privacidade sem que caracterize o direito ao esquecimento, mas o contrário não pode acontecer.

O pedido do exercício de direito ao esquecimento deve ter como destinatário o meio de comunicação que alberga os dados combatidos e, nos dias atuais, na maioria das vezes, os sites, a decisão de se ordenar a remoção deve partir necessariamente de uma ordem judicial. Não incumbe ao buscador (Google, Bing, Tor, entre outros) o destinatário do pedido, nem ao requerente tomar a decisão de conservar ou não o dado alvo da tutela judicial. Nesse sentido, quando a tomada da deliberação pertence aos entes privados, denomina-se como direito a desindexação, abordado no caso *Mário Costeja vs Google Spain*.

Aqui assenta uma dúvida muito importante vez que a legislação pode escolher um caminho ou outro, entregar tal poderio de retirar determinada informação para a iniciativa privada ou alocar esse domínio para a tutela estatal, por meio do acesso ao judiciário.

Nos termos do artigo 19 do Marco Civil da Internet, os provedores de aplicação apenas se responsabilizam por conteúdos infringentes às normas jurídicas, postados por terceiros, somente após o descumprimento de ordem judicial que requeira a retirada destes. Por medida de coerência, o mesmo entendimento deve ser adotado em eventual remoção para tutela do direito ao esquecimento.

Em âmbito mundial, são duas as questões que se põe como desafios para a efetividade de uma decisão judicial sobre o direito ao esquecimento. A mais difícil e mais importante adversidade é a que diz respeito à eficácia parcial da decisão, especialmente quando o pedido se destina aos motores de busca. Nesse caso, por exemplo, se uma determinada ordem postula o apagamento dos buscadores do Google, ainda poderia ser possível encontrar a informação em outros motores como Bing ou Yahoo.

A segunda variável é um tanto mais complexa e aborda a dificuldade que tange o quesito extraterritorial de se efetivar as decisões que determinem a remoção do conteúdo do sítio onde ele se encontra hospedado. Quando a informação está em um único site é mais fácil que a tutela seja efetivada, porém, está não é a realidade da maioria dos dados no mundo digital, que é compilado em vários portais em diversos canais de comunicação online, em mais de um país, dificultando de maneira exacerbada o cumprimento das decisões. Aqui reside a necessidade de uma discussão internacionalizada do assunto, a fim de que se estabeleçam métricas comuns para a aplicação do direito.

Há que se fazer referência a demandas que podem fácil e comumente confundidas com o direito ao esquecimento, mas aparentam se diferenciar. O caso de Aida Curi, que abordo de maneira mais detalhadas em próximos tópicos, por exemplo, não atende os requisitos para a qualificação como o direito ao esquecimento. Os argumentos exarados pelo STJ, disponibilizados no acórdão, tais como o fato de o crime, além do fator do valor histórico, ter sido nomeado com o nome da vítima e, daí, a necessidade de se fazer referência ao nome dela a fim de que a liberdade de expressão ao se contar um caso notório na crônica policial nacional. Não há como reportar o caso Aida Curi sem Aida Curi e, para além disso, os irmãos da vítima elaboraram um livro sobre o episódio, o que reforçaria a ideia de que não havia tanto interesse em se esquecer o evento vez que fora rememorado em outras oportunidades.

Outra possibilidade que não se confunde com o direito ao esquecimento é a vontade de voltar a ser uma pessoa anônima. Nesta, a pessoa famosa não quer repudiar dados ou fatos do passado, há só a vontade de não mais ser importunado pela fama, pleiteando voltar à zona de anonimato da qual havia saído a fim de ter seus direitos de personalidade mais protegidos.

2.3.2 As perspectivas material e formal do direito ao esquecimento

A dimensão de um direito fundamental se dá não apenas por conta da sua positivação jurídica nem se fortalece como argumento legítimo somente quando posto e confeccionado como texto normativo decorrente de um longo processo de constrangimento histórico no intuito de resguardar determinada dimensão humana. Em outras palavras, a fundamentalidade de um direito independe do processo de positivação no plano jurídico formal – tanto na compreensão teórica, quanto na sua solidificação prática¹²⁸ - da aceitabilidade individual ou coletiva nem da incorporação do texto em convenções sociais nem da sua plena concretização no plano histórico.

Desta forma a noção de fundamentalidade de um direito qualquer ilustra a necessidade de proteção e promoção de determinados fins que podem ser considerados muito caros às pessoas, desenhando a necessidade jurídica de proteção e promoção de determinados fins objetivos que ilustram aspectos essenciais do ser humano, individualmente considerado e socialmente integrado, sendo evidente que, sem tais proteções e concessões jurídicas, ninguém estará capacitado a desenvolver as instâncias mais relevantes de uma vida humana minimamente ordenada.

Assim é possível afirmar que se os direitos fundamentais dependessem apenas da positivação formal, advindo do processo legislativo formal, que resultasse de escolhas voluntárias de órgão legislativos, perderiam o seu traço mais básico, o de serem fundamentais para a própria compreensão do que é essencial a todo e qualquer ser humano. Do ponto de vista constitucional existem direitos fundamentais que não correspondem necessariamente a pretensões universalizáveis e que sejam exigências diretamente decorrentes da dignidade humana que são embasados em reivindicações específicas de grupos de diversa natureza e que se cristalizam no momento da constituinte na forma de direitos e garantias fundamentais.

¹²⁸ Evidentemente, a eficácia de um direito fundamental e as chances de sua concretização em uma determinada sociedade política poderá encontrar graves óbices e até a inviabilização se não encontrar ressonância no direito positivo. Sobre a eficácia dos direitos fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

Para exemplificar, bastaria arrolar, no direito nacional, as ações constitucionais do habeas data, do mandado de injunção e do mandado de segurança. O fato de que, em regra, os direitos humanos e os direitos fundamentais sejam do ponto de vista material, convergentes, existem direitos fundamentais que devem sua condição à determinada opção constituinte em determinado contexto, em especial quando aos mesmos se assegura a plenitude do regime jurídico que identifica, na perspectiva formal, o seu status de direito fundamental.

Desta forma, pela repercussão de tal distinção na seara doutrinária e no plano da legislação e práxis jurídica, aqui compreendidas em sentido amplo, oportuno elencar a diferenciação entre o que designa escora material e pilar formal da noção de direitos fundamentais. Inevitável sublinhar a distinção praticada entre as noções de direitos humanos e direitos fundamentais, sem deixar de destacar os significativos pontos de intersecção e convergência entre tais figuras. Importante recordar que o conceito de direitos humanos, utilizando a terminologia incorporada à tradição filosófica e jurídica contemporânea, não se revela como unívoco, especialmente no campo da Filosofia, dada a existência de uma miríade de propostas de justificação e fundamentação, que aqui serão exploradas¹²⁹.

Nesse espeque, é possível e necessário aproximar os conceitos de direitos fundamentais e de direitos humanos, no que toca sua valorização prática e imperatividade jurídica, não obstante o risco de atingir uma ambiguidade conceitual que a aproximação desses termos pode acarretar. Assumo como pressuposto que existe tanto uma concepção não estritamente jurídica de direitos humanos, quanto uma concepção jurídico-positiva, que, embora o intenso diálogo com a perspectiva filosófica, assume uma dimensão pelo menos em parte, autônoma. O mesmo se passa com a noção de que direitos fundamentais, a despeito de igualmente relacionada em grande medida com a ideia de direitos humanos.

Assim, reconhecendo uma dimensão não jurídica de direitos humanos há que ter presente que do ponto de vista de sua positivação, direitos humanos e direitos fundamentais também não se confundem (embora sejam bem aproximados), já que os direitos humanos têm sido compreendidos como sendo aqueles positivados em documentos internacionais, em especial nos tratados de direitos humanos ao passo que os direitos fundamentais, com base nesse critério, têm sido associados ao plano constitucional, portanto, no âmbito interno de cada Estado, vez que nem todos ratificam os tratados, ou mesmo os ratificam na sua integralidade,

¹²⁹ HAYDEN, Patrick. **The Philosophy of Human Rights**. Estados Unidos da América: Paragon House, 2001. p.17.

ou mesmo se sujeitam à jurisdição internacional, já revela que não há, em diversos casos, coincidência entre os dois planos.

Da mesma forma, não há equívoco que muitos estados constitucionais asseguram, na condição de direitos fundamentais, uma série de posições jurídicas, associadas a determinados valores e interesses que não encontram ressonância em qualquer outro tratado internacional, muito menos sendo considerados direitos humanos do ponto de vista filosófico.

Para quem inicia de uma concepção material de direitos humanos e fundamentais, tanto a distinção terminológica quanto conceitual assume maior relevância, visto que um determinado direito apenas será um direito humano e um direito fundamental se encontrar uma justificação do ponto de vista não estritamente jurídico, ainda que venha a ser reconhecido e protegido no plano do direito positivo. A distinção terminológica e conceitual prioriza a dimensão jurídico-positiva do direito permite, normalmente, de um lado, identificar, internamente, os diferentes graus de eficácia jurídica que um direito fundamental pode receber dentro de um sistema jurídico específico e, de outro lado, projetar, externamente, a necessidade jurídica de se reconhecer proteções supranacionais que deverão ser resguardadas a todos, independentemente de sua nacionalidade.

Aqui importante mencionar lição de Ingo Sarlet:

“em que pese sejam ambos os termo (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivado na esfera do direitos constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”¹³⁰

Esta distinção pode ou não conviver e convergir com uma determinada perspectiva filosófica o que, precisamente, se passa com o denominado direito ao esquecimento, de tal sorte que se coloca a necessidade de, num primeiro passo, investir numa tentativa de justificação do direito ao esquecimento na condição de materialmente fundamental. Somente então, na

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Ibidem**. p.29.

sequência consegue explorar o seu viés formal, ou seja, como tal direito é reconhecido e protegido pelo prisma do direito internacional dos direitos e como direito fundamental constitucionalmente assegurado.

Dito de outra maneira, será compreendido na sua dimensão jurídica tanto como direito humano, quanto como direito fundamental, em sintonia, aliás, com a tendência que se vem sedimentando pelo menos no plano do direito europeu e em várias ordens jurídicas nacionais.

Essa introdução é de máxima importância para iniciar a discussão do direito ao esquecimento como direito fundamental, principalmente por estar diante de possível esfera de proteção jurídica que assume feição inovadora vez que insere em uma contextualização na sociedade da hiperinformação, na sociedade digital. Visto pelo prisma do seu espectro material, é possível afirmar que o mesmo adquire relevância teórica e legitimadora não por causa de algum processo de inserção no sistema normativo que tenha introduzido o instituto formalmente em um texto constitucional mas sim por causa da dimensão da experiência humana que poderia ser, racionalmente, justificada e detalhada como sendo indispensável para o pleno desenvolvimento moral, jurídico e intelectual de todo e qualquer indivíduo humano.

Evidentemente o direito ao esquecimento poderá ser objeto de uma nova visão interpretativa que pode partir da leitura conjugada de uma série de dispositivos consagrados na Constituição ou mesmo extraída do direito internacional dos direitos humanos, bem como, a depender do caso, assentada em normativas infraconstitucionais. Não é apenas do processo formal de positivação de normas constitucionais que o instituto retira sua carga valorativa nem deriva a sua força de justificação e inteligibilidade acerca do bem humano que pretenda resguardar.

De qualquer modo não se pode perder de vista que será a especificação formal do direito ao esquecimento dentro de uma ordem jurídica concreta, por meio de positivação ou por meio da institucionalização através de órgãos estatais de controle e de fiscalização no uso, transmissão e armazenamento de dados pessoais que poderá permitir a real efetivação desse direito, bem como a construção de critérios de fixação de procedimentos oficiais que permitirão o grau de intensidade com que tal intenção jurídica será promovida e tutelada na prática.

Com efeito, ao trazer essa diferenciação, torna-se possível a identificação das searas em que o direito ao esquecimento deve ser tomado como um direito humano, no que se refere ao seu reconhecimento no plano direito internacional e deve ser afirmado e efetivado como

direito fundamental quando, e se, a partir da positivação desse tipo de pretensão jurídica no texto Constituição nacional.

2.3.3 As categorias do tempo e da memória

O ser humano é o único ser que possui a consciência de sua mortalidade, portanto, é o único que se importa com as questões que envolvem a extensão temporal de existência no plano terreno. Por isso, a morte é um tema onipresente na construção intelectual do ser humano desde tempos imemoriais, e em muitos campos do conhecimento perpassando pela filosofia, ciência, religião que tentam buscar significados para o fato de morrermos, não rara sendo a proposta de transitoriedade desta vida como caminhada para uma outra forma de existência.

Talvez por conta deste universal temor de desaparecimento absoluto a crença comum afirme, endossada por Eça de Queiroz¹³¹, que a vida de um ser humano está completa apenas depois de plantar uma árvore, escrever um livro e ter um filho. Seriam estas ações capazes de nos perpetuar neste plano terreno, pela transmissão de genes, ideias e legados, de modo a ludibriar a morte, dentro dos limites do possível.

A fundamentalidade material do direito ao esquecimento tangencia dois aspectos essenciais da experiência humana, elementos que refletem, em alguma medida, questões que, assumem relevância para todos cidadãos: o tempo e a memória.

Ao compreender a complexidade que flui do tempo e da memória começamos a observar a importância, ainda que de uma perspectiva externa, o direito ao esquecimento tem efeito direto sobre aspectos psíquicos e morais relativos à necessidade de se apagar da memória privada ou pública eventos abjetos.

Tanto o tempo quanto a memória representam dimensões da existência humana muitíssimo complexas, sendo, possivelmente um dos temas filosóficos de abordagem mais espinhosas. É precisamente tal dificuldade conceitual que assenta como um dos maiores problemáticas no debate do direito ao esquecimento, vez que a delimitação do conteúdo fundamental do instituto exige que se observe a fluência do tempo de maneira escoreita a fim de determinar um lapso temporal em que o evento tenha relevância social ou informativa.

Muito difícil descobrir quando determinado evento causa abalo mental diferenciado em um determinado indivíduo devido a sua exposição pública contínua. Todos os

¹³¹ Afirmação realizada pelo personagem Jacinto do livro “A cidade e as serras”. QUEIRÓS, Eça de. **A cidade e as serras**. São Paulo: Ática. (Série Bom Livro).1901.

questionamentos que orbitam sobre o tema do tempo e memória são instigantes e alvo de discussões filosóficas verticalizadas. Um importante debatedor do tema é São Agostinho que em sua obra *Confissões* já elencando a dificuldade humana ao tentar compreender e definir tal conceito:

*“Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos. Compreendemos também o que nos dizem quando dele nos falam. O que é, por conseguinte, o tempo? se ninguém me perguntar, eu sei; se quiser explica-lo a quem me fizer a pergunta, já não sei.”*¹³²

A percepção do tempo e, com isso, a relevância que dele é pertencente se dá somente em relação aos seres humanos, na medida em que “se nada sobrevivesse, não haveria tempo futuro, e se agora nada houvesse, não existia tempo presente.”¹³³

Desta forma, essa captação e ponderação dos efeitos temporais representam fatores que são eminentemente humanos. Na obra, Agostinho aborda paradoxos inerentes à percepção do passar temporal mormente no que se refere os três momentos temporais: o passado, presente e futuro. Para ele, apenas o presente pode ser objeto de efetivo conhecimento, na medida em que o passado já não existe mais, e o futuro ainda não é manifesto, portanto, inexistente.

Somente no presente pode se mensurar e avaliar o tempo pretérito e fazer previsão do tempo futuro. Não há propriamente nem tempo pretérito nem tempo futuro, apenas o “presente das coisas passadas, o presente das coisas presentes e o presente das coisas futuras” razão pela qual os três tempos existentes na mente humana são “a lembrança presente das coisas passadas, a visão presente das coisas presentes e a esperança presente das coisas futuras.”¹³⁴

Agostinho observa o vetor psicológico, a apreensão sensitiva da experiência na mente humana. Há também a análise da dimensão ontológica, que observa o tempo como categoria metafísica, que enfrenta termos universais e a dimensão naturalística, que avalia e mensura a mudança que submetem os objetos físicos. O direito ao esquecimento é prioritariamente relevante pelo aspecto psíquico do transcurso temporal, mormente no que tange a força da lembrança no presente pelos fatos que já transcorreram no passado. É este o ponto de onde se encontram o tempo e a memória.

¹³² AGOSTINHO. *Confissões*. 23 ed. São Paulo: São Francisco, 2008, p.278.

¹³³ AGOSTINHO. *Ibidem.*, p.282-283.

¹³⁴ AGOSTINHO. *Ibidem.*, p.282.

O ponto de partida necessário para entender o assunto é estabelecer qual é o objeto a ser observado. Para Aristóteles, o objeto não é o futuro, pois é impossível se lembrar do futuro na medida em que os conteúdos ainda não são conhecidos, são apenas objetos que se relacionam com a opinião ou expectativa. Ao futuro, o indivíduo remete somente a um tipo de especulação sobre coisas que ainda serão manifestadas, sendo realizando adivinhação que não necessariamente possui método científico.

Na mesma esteira, o objeto relacionado a memória não é o presente já que a atividade em relação ao tempo presente é apenas a percepção sensorial, a qual, em si, não é faculdade utilizada para conhecer imediatamente nem o passado nem o futuro. Obviamente, não se tem contato sensorial imediato com o passado, já que a sua manifestação física já se esgotou, nem com o futuro, pois a sua concretização material está guardada para momento que ainda não se apresenta ao sujeito. Assim, o objeto do presente é a capacidade externa da percepção e não a capacidade de memorar-se.

Assim sendo, o objeto da memória é o passado tão somente e por isso, não é nem percepção nem concepção, mas um estado ou uma afetação dessas condições, que é condicionada pelo transcurso do tempo. Toda memória pressupõe que haja transcurso de tempo, por meio da qual podem ocorrer duas situações, para Aristóteles, estudioso do tema. A primeira possibilidade apresentada pela memória é a lembrança (*remember*)¹³⁵ que, para o autor, é uma simples retomada de experiência pretérita pela reprodução da imagem em sua mente, a segunda a reminiscência (*recollection*)¹³⁶, uma experiência memorial mais intensificada, que exige uma cadeia mais potente de informações que permitam uma conclusão diferente que a experiência original.

Portanto a memória não se configura apenas como uma capacidade de retomada mental de uma percepção passada, mas é o conhecer, efetivamente, tal percepção como antiga, revivendo o passado, reabrindo feridas, revivendo sentimentos, ressignificando o que outrora possuía significação diverso. A memória é a faculdade que, portanto, conserva e reproduz na atualidade, as formas sentidas no passado, sujeitando à consciência objetos já conhecidos no tempo pretérito, mas com nova roupagem.

¹³⁵ BARNES, Jonatan. **On memory in the complete Works of Aristotle**, Volume I. Estados Unidos da América: Princeton University Press, 1995, p.714.

¹³⁶ BARNES, Jonatan. **Ibidem**. p.714.

A memória, desta forma, deve ser entendida como uma figura dual, na medida em que definida por meio de duas atividades distintas que justificam sua existência e seu procedimento, quais sejam: a lembrança e o esquecimento¹³⁷. O lembrar e o esquecer são, portanto, fatores que constituem a memória de todo indivíduo e é nesse influxo que a memória se forma e constitui a identidade e personalidade das pessoas.

Destarte, não há como desperceber que o lembrar possui a mesma importância do esquecer vez que, por mais que já tenha sido considerado um defeito, o esquecimento pode apresentar caráter aliviador, principalmente em ocasiões que o relembrar traga danos. O lembrar sempre impõe consumo de energia pois requer organização no cultivo de memória e esforço para angariar a informação quando preciso. O esquecer, por sua vez, envolve a economia de energia na medida em que representa uma atividade aleatória por meio da qual se depreende da manutenção de certa informação que culminará, necessariamente, no apagamento natural dos dados pelo cérebro.

A incapacidade de esquecer carrega em si uma sorte de malefícios para o convívio em sociedade obstaculizando, inclusive, a tomada de decisão pelo indivíduo. Nietzsche aponta que caso o indivíduo não possuísse a capacidade de se esquecer de qualquer fato, lembrando de todos os detalhes da sua vida, estaria condenada a ver e rever, em todos os lugares, a manifestação do ser, tornando-se em um ser incapaz de agir, ficando preso e aprisionado “sem conseguir levantar um dedo”¹³⁸.

Esquecer é necessário para todas as atividades, da mesma forma que a escuridão, assim como a luz, é necessária para todos os organismos. O ato de esquecer é tão indispensável para o ser humano quanto o lembrar vez que só com o esquecimento gradual e parcial o cidadão pode equilibrar sua vida presente em relação ao seu passado.

O esquecer, portanto, é uma necessidade individual e coletiva e é neste sentido que necessário avaliar o grau com que cada cidadão possui condições de preservar ou deixar no passado fatos que não necessitam mais ser relembrados, por tal razão reconhecer que no âmbito de tutela do esquecimento deve se abrir tópico destinado ao esquecimento social.

¹³⁷ GHEZZI, Alessia; PEREIRA, Ângela Guimarães; VESNIC-ALUJEVIC, Lucia. **The Ethics of Memory in a Digital Age – Interrogating the right to be forgotten**. Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2014, p.9.

¹³⁸ NIETZSCHE, Friedrich. **Segunda Consideração Intempestiva: Sobre a utilidade e a desvantagem da história para a vida**. Traduzido por Marco Antonio Casanova; Editora Relume Dumará; Rio de Janeiro; 2014, p.29

O direito ao esquecimento busca reconhecer que, mesmo que seja impossível apagar da memória o tempo passado e refazer as opções elencadas no tempo pretérito, ainda assim há pretensão legítima de garantir que o cidadão não seja obrigado a viver novamente eventos que envolvam seus passado em razão de trauma, vexame, ou meramente desagradável, pelo menos quando com isso estiver tendo sua dignidade e direitos da personalidade afetados de modo que não seja proporcional, e com isso, tendo violados seus interesses legítimos com infundamentada situação.

2.3.4 Direito ao esquecimento como corolário da dignidade da pessoa humana e reconhecimento dos direitos da personalidade.

O direito ao esquecimento, apresenta-se como manifestação dos direitos da personalidade, estes que possuem como objeto as faculdades jurídicas que se situam no âmbito da própria pessoa. Os direitos da personalidade possuem um caráter absolutos, o que implica em sua oponibilidade *erga omnes*, trazendo consigo a imposição de respeitá-los a todos que com eles se defrontem, constituindo assim um verdadeiro dever geral de abstenção.

São gerais, o que importa em dizer que sua outorga é disponibilizada a todas as pessoas por conta de sua condição humana, ou seja, pelo simples fato de existirem. Outra importante característica que possuem é a da extrapatrimonialidade, consistente na impossibilidade de haver qualquer tipo de apreciação econômica, num primeiro instante, vez que, ante a violação destes haverá imposição econômica como modo de reparar o dano causado ao titular do direito, conforme disposto no artigo 12, *caput*, do Código Civil Brasileiro.

Apresenta-se como outra importante característica a sua indisponibilidade, que implica no fato de o titular ser impossibilitado de dela se dispor, em caráter permanente. Traduz que o seu titular não pode dele dispor em caráter permanente, no intuito de preservar o caráter digno da humanidade que envolve. Desta característica decorrem a irrenunciabilidade, que consiste na impossibilidade do titular abdicar de seus direitos da personalidade, bem como a intransmissibilidade, que desemboca na impossibilidade de modificação subjetiva permanente, a título gratuito ou oneroso.

Outra importante característica é a da imprescritibilidade, que impõe a ideia de inexistir prazo para o exercício dos direitos da personalidade, não se extinguindo pelo não uso e, da mesma forma, pela não ocorrência de prazo extintivo para que seja exercido um direito da personalidade. Implica, de forma significativa, em que lesão a um direito da personalidade não

tenha a possibilidade de convalescer com o tempo. Por último, constitui como aspecto dos direitos da personalidade a vitaliciedade.

R.Limongi França assim os define como sendo aqueles cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, vem assim da sua projeção essencial no modo exterior. Por sua vez, a doutrinadora Maria Helena Diniz, leciona acerca do tema:

“São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)”¹³⁹.

O Código Civil, por sua vez, trouxe o adequado tratamento dos direitos da personalidade:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Ainda segundo o magistério de R.Limongi França os aspectos tutelados pelos direitos da personalidade são resumidos em três prismas básicos, quais seriam o aspecto físico, intelectual e o moral. No aspecto do direito à integridade física situa-se o direito à vida (art.5º, incisos III, XLVII, alínea *a* e *e*, da CRFB/88).

Quanto ao direito à integridade intelectual compreende a liberdade de expressão e os direitos morais ou imateriais do autor ou inventor, protegidos tanto por comandos de cunho constitucional (art.5º, incisos IV, IX, XXVII, XXVIII e XXIX) quanto por diplomas infraconstitucionais (Lei nº 9.610, que disciplina acerca dos direitos autorais e Lei nº 9.609/98, que dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programas de computador).

No tocante ao aspecto da integridade moral, há sua efetivação mediante o reconhecimento dos direitos à liberdade, à honra, à imagem e à identidade, os quais rememorados em nossa Constituição (art 5º, incisos, V, X, XII, XIV, LVI, LX, LXXII) e em outros textos normativos, como a Lei nº9.507/97, que regula o direito de acesso à informação, regulando o procedimento do remédio constitucional *habeas data*.

¹³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do Direito Civil**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, v.1, p.142.

Ainda sobre os direitos da personalidade manifesta, oportunamente, o mestre Orlando Gomes:

“Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos”¹⁴⁰.

Certo é que o direito ao esquecimento não se trata de um novo direito, propriamente dito, mas sim de uma inédita faceta derivada dos já consolidados direitos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, os quais, conforme já fora retratado no presente trabalho são direitos da personalidade decorrentes da intensa proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana.

Essencialmente, o direito ao esquecimento configura a vontade de determinado indivíduo em não ser lembrado contra seu anseio acerca de assuntos que tangenciem eventos que lhe rememorem algo abusivo, que não possua bases verídicas, eventos trágicos ou ofensivos. Consiste no direito de ver esquecido determinados fatos que, por qualquer sólido motivo, inspire novo e tão intenso sofrimento, este que é proporcionado por meio de veiculação - por meio de mídia física ou digital - que não seja justificável, por sua vez.

Seu rascunho surge, originariamente, nos Estados Unidos da América com o denominado *“the right to be let alone”*, o direito de ser deixado em paz, em tradução livre. Ganhou contornos mais definidos na Espanha com o denominado *derecho al olvido*, o direito de ser esquecido, muito associado a questões criminais que envolviam inocentes que tinham, de alguma forma, seus nomes erroneamente envolvidos em eventos delituosos, a fim de evitar o comum prejuízo existente na associação de suas identidades aos ilícitos ocorridos.

Zygmunt Bauman, sociólogo polonês, sensível intérprete dos sinais da modernidade, por ele denominada como "modernidade líquida", lança novas luzes acerca da atual configuração do antigo conflito entre os espaços público e privado, entre a informação e a privacidade. Essa nova concepção demonstra uma maior permeação entre o que seria considerado como esfera pública e privada.

¹⁴⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p.130

Tal reflexão possui a capacidade de nos alertar acerca da gravidade existente sobre a (in)existência de limites entre a publicidade e a privacidade e, com isso, aponta a justificativa da existência do direito ao esquecimento, que toma mais corpo ainda quando inserido nesta era, a era da hiperinformação:

“Se você quer saber qual dos lados [das esferas pública e privada] está hoje na ofensiva e qual está (tenaz ou tibiamente) tentando defender dos invasores seus direitos herdados ou adquiridos, há coisas piores a fazer que meditar sobre o profético pressentimento de Peter Ustinov (expresso em 1956): “Este é um país livre, madame. Nós temos o direito de compartilhar a sua privacidade no espaço público”.¹⁴¹

Um dos danos colaterais dessa "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da divisão, antes sagrada, entre as esferas do que denominava como sendo privado e do público no que se refere à vida humana.

Com isso, surge nova realidade social, a qual o autor denomina de sociedade confessional, na qual espaços antes reservados à exploração de questões de interesses e preocupações comuns são agora utilizados como grandes depósitos geradores dos segredos mais secretos, aqueles a serem entregues somente ao Deus ou a seus mensageiros, representantes e plenipotenciários terrestres.

Importantíssimo fazer um oportuno adendo que é anterior ao surgimento da Internet, a existência do direito ao esquecimento e que a efetivação deste direito, necessário reforçar, consiste na supressão da informação de qualquer tipo de sistema de registro, não sendo restrito ao ambiente da rede mundial de computadores.

Por óbvio, a problematização verticaliza sua complexidade quando se tem como paradigma a fluência descontrolada de dados impulsionada pelo surgimento e consolidação da rede mundial de computadores. Nesta inserção sociodigital somos levados a uma realidade em que a sociedade sustenta um ambiente no qual os dados são imortalizados pela capacidade de nunca esquecer proporcionada e pela quase infinita potência de armazenamento ora oferecida pelas inovações tecnológicas como, por exemplo, os carregamentos em nuvem, a potencial

¹⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. **Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos - e outras baixas colaterais da modernidade líquida.** In. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 110).

indelebilidade dos arquivos e, assentando nestas circunstâncias, a imperiosa necessidade do esquecimento acerca de determinados assuntos aumenta.

Quando da inexistência da Internet, tempo em que já havia a discussão acerca do direito ao esquecimento, pise-se, ocorria um tipo de esquecimento natural e social, vez que é característica comum ao ser humano a limitação de sua memória. Conforme ditado de autoria desconhecida, não há nada mais velho que o jornal de ontem, que nos reforça a ideia de que é comum facilmente esquecermos das informações passadas. Tal realidade, porém, foi mitigada com o advento da internet, vez que surge a possibilidade de eternização de todo e qualquer tipo de notícia.

A questão a ser defendida pelo direito ao esquecimento é circunscrita no fato de que ninguém dever ser obrigado a reviver eternamente o seu passado, nem suas glórias nem seus erros. Desta feita, quem pretenda apagar dados negativos acerca de seu histórico pode evocar o direito ao esquecimento como forma de garantir a correta tutela da dignidade humana.

Certo é que a atual formatação arquitetônica da rede mundial de computadores dificulta bastante a implementação de técnicas eficazes para o controle de informações *online*, porém, a evolução dos engenhos tecnológicos indicam novos trilhos hábeis para que esse controle ocorra de forma satisfativa, traçando esperançosos horizontes para a tutela efetiva do direito ao esquecimento, que orbita os direitos humanos, em especial a consagrada dignidade da pessoa humana.

Certo é que seu manejo encontra limites quanto à aplicabilidade acerca de fatos de interesse público, como dados históricos, informações que sejam relevantes para o patrimônio cultural, histórico, político ou de qualquer outra vertente, conforme já apontado em tópicos anteriores. Neste sentido, resguardado está todo o empenho elaborado pela Comissão da Verdade, que possui dados muitíssimo relevante para a construção da arquitetura histórica do nosso País.

Sobre a problemática e o a saída hermenêutica a ser sustentada nos casos concretos, leciona Gilmar Mendes:

“Em se tratando de conflito de pretensões à privacidade e à liberdade de informação concorda-se que se analise a qualidade da notícia a ser divulgada, a fim de estabelecer se a notícia constitui assunto do legítimo interesse do

público. Deve ser aferido, ainda, em cada caso, se o interesse público sobreleva a dor íntima que o informe provocará.”¹⁴²

Desta feita, quando houver a presença de interesse público legítimo, não há que se mencionar a prevalência do direito de esquecer sobre o de informar. Para tanto, deve o jurista se ater no caso em concreto, vez que não existe uma fórmula posta e acabada para a efetivação do direito mencionado.

Ainda que em um plano de justificação da condição de um direito fundamental em sentido material, é possível observar que vem se formando no direito nacional e estrangeiro um entendimento de que o direito ao esquecimento se filia à necessidade de reconhecer e tutelar uma proteção qualificada da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade em uma maneira individualizada.

No que toca o direito brasileiro, na VI Jornada de Direito Civil realizado pelo Conselho da Justiça Federal houve a confecção de enunciado específico em relação ao tema. O Enunciado nº 531 de 2014 enuncia que *“A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”*

Certo é que enunciados não possuem valores jurídico-positivo porém demonstram uma relevância grande a tal ponto de a comunidade jurídica deixar claro que a ideia de um direito ao esquecimento corresponde a uma dimensão que está alocada na própria dignidade da pessoa humana.

O direito geral de personalidade ou livre desenvolvimento a despeito de ser cláusula geral inclusiva de direitos especiais de personalidade não específica expressamente enunciados em um texto jurídico constitucional ou infraconstitucional não dispensa sua fundamentação encorpado em uma argumentação suportada no sistema normativo no que diz com quais são os direitos abarcados no direito geral de personalidade, fincado na dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade.

De todo modo no caso do direito ao esquecimento, ainda que haja questionamento acerca de sua nova condição de “novo” direito fundamental autônomo a tarefa de motivação de sua condição de direito fundamental no sentido material, não se revela difícil, em virtude do exposto anteriormente. A capacidade e possibilidade de impor esquecimento de eventos e

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco – 10 ed.rev. e atuali. – São Paulo, 2015 – (Série IDP). p. 285.

vivências próprias a terceiros, mesmo que conhecidos no meio social, constitui faculdade atrelada à condição humana, inclusive do ponto de vista psicológico, podendo estar anexada ao conceito de necessidades básicas, a ponte com as exigências da dignidade da pessoa humana se demonstra evidente.

Para além, tal capacidade de esquecer e a necessidade de seu reconhecimento na proteção de direito de personalidade representam condição *sine qua non* para o que se designou como o direito a se reinventar¹⁴³, possibilitando a reconstrução de sua trajetória existencial perante a si mesmo e perante a sociedade, livrando-se dos traumas provocados pelo incessante e direto confronto dos problemas com a memória.

A possibilidade de esquecer mas também de poder ser “esquecido” e não sofrer de maneira permanente e com prazo indeterminado das repercussões negativas associadas a fatos do passado, em uma sociedade em que o fluxo informacional é deveras elevado, em que há um abarrotamento de notícias, configura faceta essencial para uma vida saudável tanto em um viés individual quanto em um viés de convívio social dos indivíduos. Por meio dos estudos da neurologia sabe-se que uma das funções mais relevantes do sistema cérebro é o de apagar tudo aquilo que seja considerado supérfluo a fim de filtrar conteúdos que possam, de algum modo, trazer danos emocionais aos indivíduos¹⁴⁴.

Proporcionar a implantação do direito surge como uma necessidade de assegurar, ainda que de modo pequeno, a possibilidade de retomada de governar sua própria memória e de poder reagir ao que se aponta como a implacável memória coletiva da internet, impedindo que as pessoas estejam sempre ligadas a um passado que não fica adstrito somente ao tempo pretérito mas começa a ser parte do presente para sempre.

O direito ao esquecimento assume aqui uma dimensão extra individual, vez que a internet se configura como um processo social e de socialização independentemente se a memória que se pretende deixar relegada ao seu devido lugar seja relacionada a um indivíduo somente. A memória reverbera direta ou indiretamente no coletivo.

A feitura deste enunciado a despeito de trazer o direito ao esquecimento à baila não explica os motivos de relacioná-lo com a dignidade da pessoa humana e, sendo tão genérico,

¹⁴³ SOLOVE, Daniel. **Speech, Privacy and Reputation on the internet**, in: NUSS-BAUM, Marta; LEVMORE, Saul (Eds.), **The Offensive Internet: Speech, Privacy and Reputation**. Cambridge, MA: Havard University Press, 2011, p.15-30.

¹⁴⁴ BOTELHO, C.S. **Novo ou velho direito? O direito ao esquecimento e o princípio da proporcionalidade no constitucionalismo global**. Ab Instantia, Ano V, n.7, 2017, p.52.

necessita esclarecer de maneira mais especificada qual é a exata conexão, a fim de sufragar a aplicação do direito demonstrando quais suas manifestações que fundamentam sua apuração e proteção como direito fundamental autônomo.

3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

3.1 Marco jurídico-constitucional e a sustentação de um direito ao esquecimento

Considerando que o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana representam no Brasil um problema de elevada discussão política e jurídica bem como levando em conta que para o caso brasileiro os avanços tecnológicos, em especial quando conectados com as tecnologias da informação, a discussão sobre o esquecimento chamou atenção da doutrina e da jurisprudência brasileira, haja vista o número volumoso de livros e artigos sobre o tema.

Fica claro que nessa senda se verifica uma recepção de categorias normativas, doutrinárias e jurisprudenciais que alimenta as opções legislativas nacionais tendo como base os diálogos já confeccionados por outros países e já dispostos no plano do direito internacional, em especial do cenário europeu.

Ao analisar o desenvolvimento do instituto do direito ao esquecimento na Europa e nos Estados Unidos da América, o conceito jurídico não possui expressão positivada, no sentido de afirmação textual explicitado no texto constitucional.

Ao observar também o exemplo germânico, observa que este reconhece um direito ao esquecimento, encontrando fundamento em uma perspectiva constitucional inserido na dignidade da pessoa humana, na cláusula geral de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade. Além de guardar relação, ainda que de maneira indireta, de outros direitos da personalidade, como direito à autodeterminação informativa e os direitos relacionados à vida privada, honra e imagem e identidade pessoal.¹⁴⁵ Encontra espeque na proteção da personalidade em decorrência de abusos decorrentes do exercício, não somente, mas também no ambiente digital, da liberdade de expressão e informação.

Um dos argumentos colacionados por aqueles que tentam sustentar que o direito ao esquecimento não é tutelado no conjunto normativo se dá em decorrência mormente do argumento de que tal instituto não pode ser encontrado de maneira explícita, sendo sua extração impossível ainda que quando utilizando a via hermenêutica vez que os direitos da personalidade

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito ao Esquecimento – Um velho/novo direito?**, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>, acesso em 12/09/2019.

não abarcam o esquecimento de fatos que tangenciam assuntos atinentes ao interesse público, a liberdade de expressão e o direito à informação.

Aqui faz necessário arrolar as críticas, que entendo serem deveras frágeis. A primeira delas é relativa ao direito à informação. Na Era da Informação¹⁴⁶, a informação assume importância agigantada. No cenário marcado pela globalização, tecnologia e economia pós-industrial, a informação se confecciona e dissipa com velocidade cada vez maior, se convertendo em instrumento deveras importante para o exercício e controle do poder (político, informacional, econômico) e o acesso a recursos materiais e imateriais que são valorizados pela sociedade e o desenvolvimento de parte importante das humanas.

Aqui, necessário obter a lição de Keila Pacheco Ferreira acerca do direito à informação:

“As determinações constitucionais que tratam do direito à informação constituem direitos fundamentais, consubstanciados no art. 5º, IV, XIV e XXXIII, da Constituição Federal. O direito à informação abrange, portanto, o direito de informar consubstanciado na liberdade de pensamento (inciso IV), o direito de se informar, ou direito de acesso à informação (inciso XIV) e direito de ser informado ou receber informação (inciso XXXIII).

No tocante aos riscos verificados no mercado de consumo, especial relevância adquirem o direito de se informar e o direito de ser informado, que se originam do princípio da transparência, estabelecido no art. 4º, caput, do Código de Defesa do Consumidor como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo.”¹⁴⁷

Sabe-se que “a informação é o oxigênio da democracia”¹⁴⁸, assim sendo o acesso à informação é essencial para que as pessoas possam ser inseridas nas tomadas de decisão da vida pública e fiscalizar seus representantes nos governos e detentores de poder social.

Certo que a transparência advinda do acesso à informação é o meio hábil para combater a corrupção, para denunciar violações de direitos humanos e para identificar a ineficiência governamental. Por tal razão os regimes autoritários têm ojeriza ao livre acesso à divulgação

¹⁴⁶ CASTELS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**, 2 v. Trad. Klauss Brandini Gehardt. São Paulo: Paz e Terra, 2006

¹⁴⁷ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p.201.

¹⁴⁸ Termo postado em texto da Organização Não Governamental **Article 19**, que defende a liberdade de expressão e informação.

de informações, intentando implementar todo tipo de censura a fim de se criar uma redoma de sigilo sobre as suas atividades.

Como salienta Bobbio:

*“a opacidade do poder é a negação da democracia”, que pode ser concebida como “o governo do poder visível, ou o governo cujos atos se desenvolvem em público, sob o controle da opinião pública”*¹⁴⁹

O direito à informação, doutrinariamente, se desdobra em três dimensões¹⁵⁰. O direito de informar, que é uma faceta das liberdades de expressão e de imprensa, o direito de se informar, também conhecido como direito de acesso à informação, que envolve a faculdade de buscar informações por todos os meios que sejam lícitos e o direito de ser informado, que é um direito que tem como destinatário a coletividade e o direito de receber informações do Estado e dos meios de comunicação acerca de questões que envolvam assuntos de interesse público.

A doutrina também faz distinção entre direito de informar da liberdade de expressão *stricto sensu*, aquele está englobado na liberdade de expressão *lato sensu*, concebida como uma espécie de guarda-chuva que engloba todas liberdades comunicativas. O primeiro diz respeito à comunicação de fatos, enquanto a segunda está relacionada à manifestação do pensamento, de ideias, juízos de valor, sentimentos e obras artísticas e literárias.¹⁵¹

Nessa diferenciação se extrai, por vezes, uma distinção acerca dos respectivos regimes jurídicos: o exercício do direito de informar pressupõe a observação do requisito da veracidade¹⁵², absolutamente despropositado no campo da liberdade de expressão *stricto sensu*. Tal distinção, todavia, deve ser vista com ressalvas, em primeiro lugar, porque, na maioria das vezes, informação e opinião se confundem.

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. “O Poder Invisível”. In: *As Ideologias e o Poder em Crise*. Trad. José Ferreira. Brasília: UnB, 1990, p. 211.

¹⁵⁰ MACHADO, Jonatas E. M. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 472-486.

¹⁵¹ CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. *Direito à Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25

¹⁵² A exigência de veracidade da informação quanto aos fatos deu azo a importantes decisões do Tribunal Constitucional alemão, como no caso da Negação do Holocausto, quando considerou constitucional a proibição de realização de um congresso onde o mote era a discussão da inexistência evento histórico. O argumento principal era de que tal negação não configurava manifestação de opinião, mas a afirmação de um fato (a inexistência do episódio traumático ao povo alemão e a comunidade global), e que tais afirmações mentirosas sobre o fato, em nada contribuem para a opinião pública, não encontrando guarida na Constituição então. (90 BVerfGE 241 (1994)).

Ademais, a partir do ponto de vista epistemológico, quem carrega e distribui dados necessariamente o faz partindo de suas idiossincrasias, tendo como bússola seus próprios pontos de vista e suas particulares perspectivas. Assim leciona o Ministro Luís Roberto Barroso, “a comunicação de fatos nunca é uma atividade plenamente neutra”¹⁵³.

No campo dos direitos, a informação percebe duas categorizações importantes: fundamentabilidade material (representação axiológica) como relação entre o Estado e o cidadão nas Constituições democráticas;¹⁵⁴ e direito básico, no âmbito privado, pois toma corpo de permissibilidade do ordenamento ao titular.¹⁵⁵ Pode-se dizer que esse seja o sistema jurídico posto.

A necessidade de possuir uma veracidade cristalina da informação deve ser observada com parcimônia, com fim de evitar uma tal verdade inquestionável, um dogma oficial que bloqueia o desenvolvimento de debates, de pontos de vista diferentes acerca do acontecimento, narrativas e circunstâncias de fatos relevantes, e danificam a formação da opinião pública, que deve ser feita de maneira livre. Assim, a veracidade não pode ser obrigação quando toca assuntos controversos, nem tampouco importa na responsabilidade incondicional dos que transmitirem informações porventura incorretas. Isso não exclui, certamente, o dever de lealdade e diligência que faz parte da rotina daqueles que comunicam informações, os quais não possuem o direito de difundir fatos que saibam inverídicos, nem dispersá-las sem qualquer esforço para apurar a sua veracidade.¹⁵⁶ O âmbito de proteção do direito à informação é amplo, abarca quaisquer questões que apresentam interesse público, sendo concebido de maneira alargada, a fim de abarcar uma ampla variedade de matérias que tenham relevo para a vida social.

Assim, o argumento de que o direito a informação deve ser óbice ao direito de esquecimento não guarda razão vez que tal objeção diz respeito tão somente ao conteúdo e alcance do direito ao esquecimento, mais precisamente, elenca critérios necessários ao seu reconhecimento e aplicação do que, de fato, com a circunstância de que em princípio os direitos

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. “**Liberdade de Expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação**”. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 103

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

¹⁵⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Parte geral. Coimbra: Almedina, 2007. Tomo I, p. 332.

¹⁵⁶ Acerca do tema, preceitua Luís Roberto Barroso: “Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos”. BARROSO, Luís Roberto. **Ibidem**. p. 110-111.

de personalidade não inclui a proteção contra abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação, que, mesmo onde lhes atribui posição preferencial, não assumindo feições absolutas.

Salta aos olhos que a objeção ao denominado direito ao esquecimento acaba por admitir determinados campos de aplicação, delimitando em caráter excepcional, um lugar onde instituto não atua. Quando, porém, se tratar de informações destituídas de qualquer interesse público, que é presumido em algumas situações¹⁵⁷, mesmo os que endossam a corrente contrária ao esquecer, não o fazem. O que importa é verificar com maior detalhamento qual a sede expressa ou não, de um direito ao esquecimento inserido na Constituição Federal para, na sequência, observar suas manifestações por conta da legislação infraconstitucional e com outras fontes doutrinárias e jurisprudenciais.

A legislação brasileira é deveras recente frente a produção alemã como, por exemplo, a Lei Alemã de Proteção de Dados – *Bundesdatenschutzgesetz* e outros países europeus, cuja normativa fora renovada recentemente. O esquecimento, nos diplomas alienígenas, geralmente, vem anexado à autodeterminação informativa, porém, no sistema brasileiro somente vem a ser reconhecido e efetivado de maneira deveras errática inconsistente e incoerente em decorrência da demora da consolidação da construção doutrinária e jurisprudencial que, em geral, enfrenta de modo casual os problemas relacionados.

A fundamentação jurídica do direito ao esquecimento, a despeito de existirem previsões legais esparsas indiretas há de partir de uma perspectiva constitucional e constitucionalizada, a fim de que viabilize uma construção integrada, coesa e coerente para com os outros textos que se assentam no plano infraconstitucional.

O direito ao esquecimento aparenta ser uma reação do direito constitucional aos desafios que estão postados pela realidade no que tange a possível violação de bens jurídicos de quilate constitucional somado a necessidade de harmonizar, numa concordância prática entre tais valores e bens jurídicos e outros valores fundamentais, em destaque o princípio democrático e suas correlações visualizadas nas liberdade de comunicação e de expressão nas suas mais variadas dimensões, tais como a liberdade de informação e direito de acesso à informação.

¹⁵⁷ “o interesse público na divulgação e informações (...) é presumido. A superação desta presunção, por algum outro interesse público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionabilíssimas, de quase ruptura do sistema” Reclamação 18638 MC. Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, destacou-se: (decisão de 17/09/2014)

Apesar de não ser possível afirmar que, em nossa Constituição Federal, todos os direitos fundamentais fincam seu fundamento direto na dignidade da pessoa humana por não se tratar de pretensões de caráter universal, e universalizável¹⁵⁸, no observar do direito ao esquecimento tal conexão não é difícil de se demonstrar. Como anteriormente fora abordada a capacidade e possibilidade de esquecer determinados fatos e vivências constitui aspecto à condição humana, incluindo aqui os pontos de vista psíquico e neurológico, podendo ser associado ao conceito de necessidades básicas dos cidadãos.

Com efeito, a capacidade de esquecimento e a necessidade de seu reconhecimento e proteção na esfera jurídica, na condição de direito de personalidade significam condição básica para exercício do direito a um recomeçar a vida, recalculando a trajetória de existência individual e perante a sociedade. O autogoverno da própria memória passa a figurar como exigência básica associada à dignidade humana e como tal faz carecer o seu reconhecimento e proteção, na condição que lhe é conferida de direito fundamental.

A dignidade da pessoa humana, na qual se insere o direito ao esquecimento (conforme reconhecimento dado pelo enunciado nº531 da VI Jornada da de Direito Civil do CJF) prevista no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88 artigo que compila os fundamentos do Estado Democrático de Direito, vem assumindo a condição de cláusula geral de proteção da personalidade e de fundamento de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁵⁹, discussão pacificada na doutrina e jurisprudência, inclusive.

Operando assim, como cláusula geral de proteção da personalidade, cumpre a missão de dar guarida a toda e qualquer dimensão por mais particular que seja da dignidade da pessoa humana e da personalidade que não tenha sido alvo de previsão explícita no texto constitucional. A este fato soma que, tendo como base o artigo 5º, §2º da CRFB/88, os direitos e garantias fundamentais alocados no texto constitucional não excluem outros que sejam decorrentes do regime e dos princípios da própria Constituição e, além disso, incluem também os direitos consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos objetos de ratificação pelo Brasil.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.134.

¹⁵⁹ A justificativa do Enunciado 531 do CJF: 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.

Tais argumentos seriam suficientes para assentar o direito ao esquecimento sob o ponto de vista da sua justificação e reconhecimento, como direito fundamental implícito à dignidade humana e ao direito do livre desenvolvimento da personalidade. Porém, a fim de conferir maior robustez, necessário conectar o direito ao esquecimento a alguns direitos especiais da personalidade, tais como direito à privacidade e intimidade, direitos à honra e à imagem, bem como os direitos à proteção de dados e à autodeterminação informativa e o à identidade pessoal, em seu sentido amplo.¹⁶⁰

Salvo o direito à autodeterminação informativa e identidade pessoal, todos os outros supracitados foram objeto de reconhecimento pelo Constituinte em 1988 e permitem reforçar a justificação adequada para a dedução de um direito ao esquecimento como uma demonstração implícita e necessária, em especial pela exposição pessoal e pública dos cidadãos com fatos e eventos do passado, sejam circunscritas a memórias pessoais ou de terceiros, de caráter ofensivo, constrangedor ou inverídico.

O direito a autodeterminação informativa, a exemplo de outros países, também não encontra ressonância explícita em nossos textos normativos, tendo sido deduzido também do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto condição de cláusula geral de proteção da personalidade, do direito à inviolabilidade dos dados pessoais, acostado no artigo 5º, inciso XII, da CRFB/88, alocado ao lado do sigilo de correspondência e das comunicações telefônica. Guarda, também, relação com o direito à informação e, ainda, com o instituto do Habeas Data (que abordo em tópico posterior), ação constitucionalmente instituída pelo artigo 5º, inciso LVXXII, da CRFB/88.

Em síntese, o direito à autodeterminação informacional estabelece um liame entre a proteção da personalidade em sentido amplo e a proteção dos dados pessoais, assegurando ao indivíduo a prerrogativa de ele mesmo decidir acerca do fornecimento, uso e difusão dos dados que lhe forem pertencentes, sem que, trate de um direito de caráter absoluto ou equiparado a um direito de autorrepresentação, tendo como inspiração as decisões jurisprudenciais do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, influenciador de uma série de países acerca dos temas.

¹⁶⁰ LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência. Informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.p.78.

O direito à autodeterminação informativa é definido pelo professor Canotilho como “a faculdade de o particular determinar e controlar os seus dados pessoais”¹⁶¹ e previsto por ordenamentos jurídicos internos de vários estados europeus, que elaboraram detalhadas legislações para disciplinar o tema.

Em alguns, ele recebeu consagração constitucional expressa. Em Portugal, no seu artigo 35, na Espanha em seu artigo 18.4, na Holanda em seu artigo 10 e Grécia e, seu artigo 19 A. Em diversos países, criaram-se órgãos com intuito de regulador de maneira independente toda as problemáticas que envolva a questão, exemplos disso são a *Comission Nationale de L’Informatique et des Libertés (CNLS)* francesa, o *Garante per Protezione dei Dati Personali (GPDP)* italiano e a *Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*.

Conforme aponta Daniel Bucar, o direito ao esquecimento “encontra-se inserido na disciplina de proteção à privacidade, cuja tutela, em aspectos gerais, é extraída dos artigos 5º, X, XI e XII, da Constituição da República e 21 do Código Civil. O chamado direito ao esquecimento incorpora uma expressão do controle temporal de dados, que preenche com o fator cronológico a atual tríade de ferramentas protetivas da privacidade, complementadas pelos controles espacial e contextual”¹⁶².

Em solo brasileiro, nesta esteira, o tratamento ocorre por meio de confecção de enunciados. O Enunciado nº 404 da V Jornada de Direito Civil da CJF da extensão ao postado no artigo 21 do Código Civil, enunciando:

“A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.”

Ainda relacionando o artigo 21 do CC e a proteção da personalidade, confeccionou também o enunciado de nº405:

¹⁶¹ J. J. GOMES CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 468

¹⁶² BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Revista Civilística, ano 2, n. 3. Disponível em: <http://civilistica.com/control-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento>, acesso em 01/07/2019.

“As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular.”

Convém frisar que o direito à autodeterminação informativa, assim como o direito à privacidade, embora possua parcial e relevante congruência e intersecção, não tem o mesmo âmbito de influência da proteção de dados, cujo escopo transcende, mas assume particular relevância no que tange à justificação e formatação do conteúdo e alcance do direito ao esquecimento. Os enunciados das jornadas de direito civil remetem direitos alocados pela CRFB/88 e, também, possibilitam a interpretar dispositivos legais específicos, como, por exemplo de diplomas como a Lei de Acesso à Informação e o Marco Civil da Internet.

Apesar dos enunciados não possuírem peso normativo são utilizados em diversas decisões judiciais a demonstrar que, de maneira indireta, contribui para uma compreensão do alcance dos direitos de personalidade, proteção de dados, direito à autodeterminação informativa e o direito ao esquecimento.

3.2 Manifestações legislativas infraconstitucionais

3.2.1 Inserção no direito do consumidor

Ao adentrar no Código de Defesa do Consumidor, há inserção de um nascedouro do direito ao esquecimento, ainda que de maneira implícita, quando aborda o artigo 43, parágrafo 1º do CDC. O consumidor terá a sua disposição o acesso a todas as informações existentes em cadastros físicos ou digitais, fichas, registros e dados pessoais de consumo arquivado sobre ele, bem como de suas respectivas fontes.

Para além disso, o acesso deve ser facilitado de maneira que o cadastro deve ser colocado de maneira objetiva, clara, fidedigna e em linguagem de fácil compreensão, não podendo figurar nestes cadastros as informações negativas referentes ao período superior a cinco anos.

As informações cadastrais dos consumidores constantes de listas de inadimplência somente poderão ser armazenadas e utilizadas pelo prazo de cinco anos conforme se depreende do artigo 43, §1º do CDC, assegurando ao cidadão o seu cancelamento, ademais da responsabilização das entidades responsáveis pela manutenção dos dados em caso de violação da regra.

Além disso, nos termos do artigo 43, §º5 do mesmo diploma após a prescrição quinquenal os sistemas de proteção de crédito têm vedação legal no que tange o repasse das informações. Em mesmo sentido, apresenta que a consumada a prescrição da cobrança de débitos do consumidor, os sistemas de proteção ao crédito não poderão fornecer quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso de crédito aos seus fornecedores.

Problema específico vinculado ao sistema de proteção do consumidor e com reflexos na proteção dos direitos de personalidade, incluindo o direito ao esquecimento, diz respeito ao cadastro positivo, consistente em um sistema de pontuação destinado a servir de ferramenta para estabelecimento de um perfil de consumo, mediante a técnica do *profiling*, dos consumidores quanto ao risco para a concessão, ou não, de crédito. Denominado de *credit score*, criado e regulamentado em lei específica que é objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Assim, de acordo com o artigo 4º da Lei nº11.414/2011 seria necessário o consentimento do consumidor para a inclusão de seus dados no cadastro positivo de crédito, de modo a balizar as instituições de crédito no futuro, posição que acabou por ser derrubada por meio da Lei Complementar nº166/2019, que inseriu a desnecessidade do consentimento.

Merece crítica o prazo que a Lei do Cadastro Positivo estabelece para o armazenamento dos dados sobre o consumidor, silenciando-se sobre o armazenamento de informações desatualizadas. O prazo de 15 anos parece sobremaneira exagerado pois nesse interim as finanças podem ter alargada mudança. Quando se tem em vistas outros diplomas legais, tais como o Código Penal, esse prazo prescricional apresenta ainda mais absurdo vez que nesse tempo diversos crimes são desconsiderados.

3.2.2 O esquecimento abarcado no direito penal e processual penal

Na seara do direito penal e processual penal há a existência de rastros do que possa ser denominado como o direito ao esquecimento, apresentado de maneira implícita. Neste âmbito, tal construção vem incorporada a diversos institutos que buscam estabilizar o passado e conferir estabilidade ao futuro¹⁶³.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10 de setembro de 2013. Diário Oficial da União. p. 14.

Para Khouri, “o objeto da proteção é a própria pessoa na sua intimidade e as novas tecnologias da informação colocam em risco sobremaneira esse direito de personalidade”¹⁶⁴. No campo penal, para que se entenda a aplicação do direito ao esquecimento, primeiro se faz entender que este vem precedido de condenação penal.

A pena atribuída na condenação, conforme analisa Kant¹⁶⁵,

Que difere da pena natural, pela qual o vício leva em si seu próprio castigo e à qual o legislador não olha sob nenhum aspecto, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de se obter outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade; deve, sim, ser sempre contra o culpado pela única razão de que delinuiu; porque jamais um homem pode ser tomado por instrumento dos desígnios de outro nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real; sua personalidade natural inata o garante contra tal ultraje mesmo quando possa ser condenado a perder a personalidade civil. É por isso que assevera que “a justiça deixa de ser justiça a partir do momento em que se dá a um preço qualquer”.

A pena, a partir da teoria retributiva, teria como escopo a satisfação da coletividade em geral e imposição de uma sanção hábil a de retribuir o mal exarado¹⁶⁶. Porém, no estado de direito moderno, abando o pensamento eminentemente punitivo, adotando em nosso ordenamento pátrio, a teoria mista que se aloca em contraponto à teoria retributiva, segundo Nery¹⁶⁷:

“Sustentam que essa unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem. Esse é um dos argumentos básicos que

¹⁶⁴ KHOURI, Paulo R. **O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 89, set/2010. p. 463.

¹⁶⁵ KANT, 1993 *apud* PACHECO, A.M.P. **Há um retorno do pensamento retribucionista?** Sobre a (des)conformidade entre teoria da pena, política punitiva e legitimação. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 84. maio/2010. p. 227.

¹⁶⁶ MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Das funções da pena**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1262., acesso em 04/01/2020.

¹⁶⁷ NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro**. Universo Jurídico, Juiz de Fora. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro., acesso em 04/01/2020.

ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional da pena.”

Assim sendo a pena não pode ter caráter extra punitivo do que aquele inserido na sentença penal condenatória e, uma vez cumpridas as obrigações do apenado, não há mais que se fazer menção ao seu passado. O direito ao esquecimento pode também ser encontrado nos institutos não tipicamente penais a fim de resguardar a dignidade da pessoa humana, tais como exemplos existem a prescrição, a decadência, o respeito ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Sua inserção também se dá em institutos penais, como o perdão, a anistia, a irretroatividade da lei, a reabilitação penal e o direito ao sigilo na folha de antecedentes dos acusados que já cumpriram a pena e direito do menor infrator.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo há disposição em seu artigo 127 sobre a remissão. Deste modo, cabe ao órgão ministerial optar pelo término ou paralização do processo, podendo ofertar a remissão ao adolescente infrator, condizente ao que aduz Rossato:

“[...] acarretando na suspensão do processo quando houver continuidade do acompanhamento do adolescente. [...] Uma vez encerrado o cumprimento da medida, quer pelo decurso do tempo, quer pelo cumprimento do projeto pedagógico traçado, o processo será extinto.”¹⁶⁸

Assim, uma vez cumprida a medida imposta ao menor, ou aceita a remissão, o ato não constará na folha de antecedentes do adolescente infrator. Em especial, quando atingir a maioridade, a remissão ainda terá efeito, vez que tal instituto atua enquanto vigorava causa excludente de culpabilidade¹⁶⁹.

O instituto pode ser vislumbrado na legislação especial, mais precisamente na Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal em seu artigo 202 que consigna o que segue:

“Art.202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da

¹⁶⁸ ROSSATO, Luciano Alves; LEPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: lei 8.069/1990 - artigo por artigo. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 379.

¹⁶⁹ De acordo com o artigo 27, do Código Penal Brasileiro.

Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.”

Assim sendo, quando fica demonstrado que se alcançou o cômputo da pena, sendo integralmente cumprida não há direito de se sustentar este passado na “ficha criminal” do apenado, salvo em caso que houver necessidade de instrução processual criminal inédita.

Para além desse comando postado na Lei de Execução Penal, há o instituto da reabilitação criminal, que encontra escopo no artigo 94 do Código Penal. No âmbito penal, a reabilitação é declaração judicial de que foram cumpridas ou extintas as penas impostas ao sentenciado assegurando ao apenado, o sigilo de seus registros sobre seus processos pretéritos e atingindo os efeitos da condenação. Reabilitar significa recuperar, regenerar, fazer com que ele possa estar novamente habilitado a exercer suas atividades que exercia anteriormente a ter sua liberdade privada. Neste sentido, aqui encontra o sentido do instituto qual seja o da reinserção do condenado na sociedade ao fornecer certidões de antecedentes sem a menção da condenação pretérita.

Para tanto, somente é necessário que alguns critérios sejam atingidos, quais sejam; i) a decorrência de dois anos da extinção da pena ou terminar sua execução; ii) ter tido domicílio no País pelo mesmo prazo; iii) ter dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado e, por fim; iv) ter ressarcido o dano causado pelo delito, ou demonstrado a absoluta impossibilidade de fazê-lo até o dia do pedido, ou exibido documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Cumprido anotar que o sigilo enviado por este instituto é relativo vez que pode ser retirado quando se observa o uso para fins probatórios quando da administração da Justiça. Tal sigilo pode ser contornado por juízes e promotores a fim de anexar em novas acusações ou em quaisquer informações solicitadas pelo juízo criminal.

Ainda sobre a seara constitucional-penal, leciona o Ministro Gilmar Mendes:

“Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que

precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.”¹⁷⁰

Assim sendo, quando cumprida a pena, não mais sobrevive a necessidade de informar terceiros acerca do passado. Aqui o passado passa a interessar tão somente à memória e gerência daquele que cumpriu pena.

3.2.3 A lei nº12.965/2014 – Marco Civil da Internet – como impulso ao esquecimento

A tramitação da Lei nº12.965, popularmente apelidado de Marco Civil da Internet, sancionado em 23 de abril de 2014 suscitou diversos e acalorados debates na sociedade civil e no Congresso Nacional.

Por diversas vezes as discussões colocaram em lados diametralmente opostos segmentos dos mais diferentes matizes. Sendo a Internet uma ferramenta utilizada por grande parte da população e pelas pequenas, médias e grandes empresas, o projeto de Lei nº 2.126 teria grande impacto, portanto, qualquer que fosse a solução legislativa obtida por meio de sua tramitação.

O marco fora apelidado de “constituição digital”, vez que, conforme encontrado em sua ementa, “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil”, além de carregar em si uma declaração de princípios para usuários da rede mundial de computadores, pretendendo garantir a privacidade, os direitos humanos e o exercício da cidadania nos ambientes digitais. Várias polêmicas giram em torno do assunto tratado.

Entre os temas mais importantes foram sobre a guarda dos dados dos usuários pelas empresas de conexão à internet e pelas empresas responsáveis pelos conteúdos disponíveis na internet, a neutralidade da rede e o armazenamento dos dados dos internautas no país estiveram entre os assuntos que mais geraram embates entre empresas de telecomunicações e de conteúdo na internet, detentores de direitos autorais, governo, grupos articulados de usuários e tantos outros.

É possível de maneira muito acessível verificar tais afirmações ao analisar seu texto, conforme postado no Capítulo I – Disposições Preliminares, no artigo 1º e 2º, dando enfoque ao inciso II:

¹⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed.rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 325.

“Art. 1º Esta lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet do Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios em relação à matéria.

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem comum fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

(...)

II – os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;”

Outros textos acerca das garantias dos usuários estão em todo o escopo da Lei, mormente encontrados no Capítulo II – Dos Direitos e Garantias Dos Usuários, no artigo 7º, dando destaque aos incisos I e VII, o qual segue:

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

I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

VII – não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;”

Aqui há menção aos valores da intimidade e privacidade, com a devida demonstração de possibilidade em lesão à ambos, prevendo a aplicação de indenização por danos materiais ou morais que decorram dela. No escopo do texto do Marco Civil da Internet encaixa-se a possibilidade de sustentação do direito ao esquecimento em solo brasileiro, ainda que de modo rústico e ineficiente.

Muito noticiado, à época, fora o fato de a construção do marco regulatório ser profundamente cercado de interesses corporativos, o que em muito influenciou, no fim das contas, o texto hoje existente. Fruto de um grande lobby feito por parte das grandes corporações da internet, a “Constituição da Internet” optou pela, a meu ver, irresponsável desresponsabilização dos provedores de conteúdo no tocante do tratamento informacional a busca de uma suposta segurança jurídica, que vem sendo discutida nos tribunais superiores e é

ventilada no Superior Tribunal Federal que irá discutir o artigo décimo nono do Marco Civil da Internet.

Enquanto no Brasil não há responsabilização objetiva pelo tratamento dados as informações por parte dos provedores, na Europa entendeu-se que provedores de conteúdo devem responder tanto pelo tratamento dos dados, que significa dizer, na forma em que os dados são disponibilizados, com maior ou menor dificuldade, quanto pela veiculação.

Alocado na Seção III – Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros, em seu artigo 19 há a abordagem do tema do direito ao esquecimento e descrição de qual maneira é hábil para se efetivar.

Transcreve aqui o texto, *in verbis*:

“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 em contrário.

§1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.”

Infelizmente, o Marco Civil da Internet optou pela responsabilização dos provedores de conexão quanto ao conteúdo postado por terceiros, somente após a citação de ordem judicial mandamental no sentido de sua retirada. A regulamentação claramente fez a clara escolha pelo privilégio ao valor da liberdade de expressão, da segurança jurídica, em detrimento à privacidade, da proteção de dados pessoais e do controle mais severo das informações.

Desta feitura, caso algum usuário tenha a necessidade ou mera intenção de ver apagado determinado dado remetente a si, ou seja, deseja ver efetivado o direito ao esquecimento em relação a informação carregada na rede mundial de computadores, deverá acionar todo o aparato do Judiciário para tanto. Tal necessidade é desanimadora pois o primeiro sentimento ao qual se remete é o da morosidade que afeta o Poder Judiciário.

Justificou-se o modelo de remoção por notificação judicial na alegação de ser a liberdade de expressão um valor mais penoso à nossa sociedade que enfrentara durante décadas uma cruel e dura ditadura. Por outro lado, a morosidade, por si só, configura como um instrumento capaz de escalar o dano sofrido sobremaneira vez que para é facilitado a disseminação do dado que se queira borrar do ambiente digital.

O tempo é personagem principal no assunto vez que se determinado conteúdo está disponível por mais tempo na Internet, seu alcance ganha ainda mais potencialidade, destinando-se a uma gama ainda maior de usuários digitais. Aqui destoa o caminho do entendimento brasileiro daquele postado na decisão da Corte Europeia, vez que este Tribunal responsabilizou as instituições privadas quanto ao tratamento da informação e, por consequência, colocou em poder destas, a decisão acerca da retirada ou não de determinadas informações.

Há, porém, conforme o próprio texto do Marco Civil da Internet menciona, exceções que retiram o Judiciário da cena necessária para a realização da supressão de conteúdo. Tais ocorrências recebem o nome de *notice and take down*, que funciona de maneira direta nos casos de existência de conteúdo infringente no que tangencie questões sexuais, tais como o *revenge porn* (a pornografia de vingança). Tais dados geralmente são geralmente obtidos em um momento de entrega, confiança e intimidade do casal. O que ocorre é o consentimento da parceira para que ocorra a filmagem da relação sexual para acervo de ambos, porém, não aceita o seu compartilhamento e veiculação.

Outra oportunidade em que a exceção se apresenta é o de conteúdos atinentes a direitos autorais e, no campo criminal, quando se detecta pedofilia. Acerca do tema, elucida João Victor Rozatti Longhi:

“É o caso de alguns interesses, como o de crianças e adolescentes, que já vem sendo objeto da atenção especial dos tribunais e de políticas legislativas. Por exemplo, o art.241-A, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que responsabiliza criminalmente o responsável pela manutenção em seu domínio de conteúdo relativo à pedofilia se, oficialmente notificado, não proceda à sua efetiva retirada.”¹⁷¹

Em tais situações, o usuário lesado poderá notificar diretamente a empresa responsável pelo carregamento do vídeo, no caso o site que hospede o conteúdo e, ao mesmo tempo,

¹⁷¹ LONGHI, João Victor Rozzatti. **Marco Civil da Internet no Brasil: Breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores.** In: **Direito digital: direito privado e internet.** / Allan Rocha de Souza...[et al.]; organizado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi. – 2. ed. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p.140-141.

notificar a empresa que trata da indexação do site na rede mundial de computadores, por meio de seus motores de busca (Google, Bing, e outros).

O mais importante de ser avistado no *notice and take down* é que este independe de todo o procedimento de provocação ao Judiciário, trazendo à baila a intervenção da empresa notificada, o que a torna muito mais célere e em caso de descumprimento imediato, acarreta na responsabilização solidária de todos os sujeitos apresentados na relação jurídica (servidor de acesso, servidor de conteúdo e servidor de informação).

Outro aspecto é que neste caso de notificação direta a censura que pode vir a ocorrer será privada, cabendo a empresa notificada o juízo referente a retirada da informação dos bancos de dados, ou desindexando o link.

Caso opte pela segunda atitude, não haveria propriamente dito, o direito ao esquecimento e sim o direito a desindexação, os quais guardam muitas semelhanças já que a esmagadora maioria das pesquisas no ambiente da internet são promovidas por meio dos motores de busca.

No direito à desindexação, porém, o conteúdo permanecerá hospedado no site em questão só que para encontrá-lo haverá um grande esforço, requerendo uma busca manual, sem o auxílio do buscador, o que torna a atividade muito dificultosa, podendo essa ser uma medida muito efetiva e que não interfira no interesse daqueles que necessitam do dado para pesquisas de caráter sério.

Quando se é possível identificar e conhecer o responsável pelo ato ilícito cometido, torna-se simples a propositura da ação competente para pleitear reparação de danos, a cessação da prática de determinado ato, a remoção ou bloqueio de acesso a conteúdo ofensivo, ou aquilo que, no caso concreto, se pretenda realizar.

No ambiente digital surgem novos tipos de obstáculos, pois é bastante possível a ocorrência de situações que impossibilitem, num primeiro momento, a identificação do usuário infrator. Com isso, surge a necessidade de requerer, em primeiro lugar, a identificação e localização do responsável pelo ato ilícito para, posteriormente, promover a ação competente.

Não há em nosso sistema processual, como regra, a permissão para propositura de ação civil em face de réu indeterminado, vez que são requisitos da petição inicial a identificação e qualificação do demandado. Desta forma, caberá a vítima a propositura de ação de obrigação de

fazer em face do provedor de serviços, objetivando compeli-lo a fornecer as informações de que dispuser para a identificação e localização do responsável pelo ato ilícito.

Define como provedor de serviços, o maior nome em direito digital no Brasil, Marcel Leonardi:

“Provedor de serviços de Internet é o gênero do qual as demais categorias (provedor de backbone, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo) são espécies. O provedor de serviços de Internet é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da Internet, ou por meio dela.”¹⁷²

Tais informações podem contemplar os registros de conexões, contendo os números de IP utilizados para a prática do ilícito, e seus dados cadastrais. Se necessário, também deverá ser formulado pedido no sentido de fazer cessar imediatamente o ilícito, removendo ou bloqueando o acesso ao conteúdo ofensivo. As informações fornecidas por um provedor de serviços podem, porém, não ser suficientes para identificar e localizar o responsável pelo ilícito.

Determinados provedores, notadamente os de conteúdo, apenas registram parte dos dados de conexão de um usuário, como os números de IP¹⁷³ utilizados, desconhecendo suas informações cadastrais.

Sobre a conceituação acerca do provedor de conteúdo, oportunas são as palavras de Marcel Leonardi:

“Em boa parte da literatura informática e da doutrina jurídica existente sobre a Internet, é comum serem empregadas as expressões provedor de informação e provedor de conteúdo como sinônimos, embora tal equivalência não seja exata.

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

¹⁷² LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet**. p.28.

¹⁷³ O termo IP (Internet Protocol) é um número identificador dado ao seu computador, ou roteador, ao conectar-se à rede. É através desse número que seu computador pode enviar e receber dados na internet. VELLOSO, Fernando de Castro. **Ibidem**. p.162.

informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem.

Dessa forma, o provedor de conteúdo pode ou não ser o próprio provedor de informação, conforme seja ou não o autor daquilo que disponibiliza.”¹⁷⁴

Nesta hipótese, os dados de conexão fornecidos pelo provedor de serviços deverão ser apresentados ao provedor de acesso do usuário infrator, para que sejam informados seus dados cadastrais e demais elementos necessários à sua identificação e localização. O que acarretaria, novamente, em mais tempo demandado para solucionar questões facilmente resolvíveis.

3.2.4 A Lei nº 13.079/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados – trazendo mais privacidade ao solo brasileiro

Certo é que a proteção da privacidade na sociedade da informação deve ser garantida por meio da proteção de dados pessoais, que nos permite a entendê-la como uma forma a propiciar aos indivíduos a construção e consolidação de uma esfera privada própria, distinta daquela ideia de garantia de isolamento social abordada e consolidada no conceito do direito de ser deixado só.

Esse giro inclusivo é bastante importante e necessário ao desenvolvimento da personalidade como um todo, uma vez que possibilita a contemplação e promoção de valores individuais, garantindo de maneira substancial a proteção das relações privadas, mas também, impulsiona valores sociais, ao garantir também a vida pública bem delineada, por mais paradoxal que pareça.

Segundo Jan Van Dijk, na sociedade da informação, todas as atividades começam a elevar uma organização social assentada na ciência, racionalidade e reflexão, baseadas em informações obtidas por meio da coleta de dados. Há uma intensificação do processamento da informação em todas as questões da vida cotidiana. A maioria das atividades nessa sociedade são dedicadas a sentidos, estes construídos por meio do processamento e produção de dados.

Há uma grande mutação do ambiente no qual circulam os dados, trazendo uma realidade de fluxo informacional mais robusto e potencialmente ofensivo à privacidade uma vez que há uma manifestação dos interesses ligados à privacidade de modo mais agudo, decorrente da convergência de variadas tecnologias com o meio digital.

¹⁷⁴ LEONARDI, Marcel. *Ibidem*. p.29.

Há uma grande necessidade de observar a proteção de dados, pois estamos a adentrar em questões sensíveis aos destinos das sociedades, do seu passado e também de seu futuro. Sem uma forte proteção da privacidade, do conjunto de informações coletadas a nosso respeito, a liberdade pessoal encontra riscos severos de desenvolvimento e, com isso, a liberdade na sociedade não encontra bases sólidas para se construir.

Desta forma, há uma clara tendência de elaboração de códigos que visem abordar a questão da privacidade com mais afinco, diligenciando sobre o tratamento de dados pessoais, sobretudo com vistas aos meios digitais. A tecnologia, por sua vez, ajuda a moldar uma esfera privada mais rica, porém, mais frágil, cada vez mais exposta a ameaças digitais: daí deriva a necessidade do fortalecimento contínuo de sua proteção jurídica, da ampliação das fronteiras do direito à privacidade.

Em nossa legislação pátria, essa nova tendência de construir um código específico para a proteção de dados também encontra ressonância, recentemente abordada na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. A elaboração deste código foi um longo processo de um debate legislativo e jurídico de sete anos, envolvendo o Ministério da Justiça, sociedade civil, empresas e organismos de pesquisa. No texto há menção da criação de uma autoridade nacional de proteção de dados pessoais e como o poder público deve realizar o tratamento dos dados pessoais dos cidadãos brasileiros, totalmente independente do Poder Executivo.

Figuram no rol de princípios do regulamento, a finalidade: configurada pelo tratamento realizado com propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular; a adequação: tida como a compatibilidade do tratamento com as finalidades que foram informadas ao titular; a necessidade: que consiste na limitação do tratamento ao mínimo necessário para realizar suas finalidades, circunscrevendo o tratamento aos dados pertinentes, proporcionais e suficientes às finalidades; o livre acesso: que garante aos titulares a consulta facilitada e gratuita sobre como e por qual período de tempo seu dado é tratado; a qualidade dos dados: garantindo aos titulares a exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados; a transparência: disponibilizando informação clara, precisa e de fácil acesso ao titular; a segurança: utilizando medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acesso não autorizado e de eventos acidentais ou ilícitos; a prevenção: que consiste na adoção de medidas aptas a prevenir a ocorrência de danos advindos do tratamento; a não discriminação: impossibilitando a realização de tratamento com fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; e a responsabilização e prestação

de contas: configurada como a demonstração, pelo agente, de medidas hábeis a comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais.

O âmbito de aplicação da LGPD é circunscrito a qualquer operação de tratamento de dados pessoais que tenham ocorrido dentro do território nacional ou que possua como objetivo final o oferecimento de bens ou de serviços a pessoas que estejam no Brasil, independentemente se esses dados foram coletados off-line ou on-line, por meios físicos ou digitais. Os dados pessoais coletados on-line são aqueles que valem de métodos automatizados, normalmente preenchidos por uma pessoa em protocolos na internet, por meio de redes sociais, aplicativos, ou contratação de serviços.

A coleta de dados *off-line* ocorre pela obtenção destes sem utilizar processos automatizados, seja do preenchimento de pesquisas de intenção, seja por meio de cadastro de clientes de uma determinada empresa. São apresentados quatro tipos de atores no regulamento; o titular, o controlador, o operador e o encarregado dos dados. O titular é a pessoa física ou jurídica a quem se refiram os dados, já controlador é aquele que coleta dados pessoais e gerencia a forma de tratamento dos dados pessoais.

Em seu artigo 5º, a LGPD traz a definição do que vem a ser de dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dados anonimizados ou anônimos. Dados pessoais são postos como quaisquer informações que identifiquem ou possam identificar uma pessoa natural. A informação que identifica é a que, por algum motivo, individualize ou indique com precisão o titular do dado, como o número da carteira nacional de habilitação. De outro lado, o dado que torna identificável é a informação que se relacione de maneira indireta com o titular do dado, como atributos físicos. Os dados pessoais sensíveis são aqueles que possuem um potencial discriminatório de maior escala, como convicção religiosa, opinião política e organização genética.

Ressalte-se que o tratamento de dados pessoais sensíveis necessita de uma atenção maior, fazendo obrigação de consentimento específico e destacado do titular, com finalidades específicas e delineadas. Os dados anônimos ou anonimizados são quaisquer dados pessoais que, submetidos a meios técnicos como a criptografia, por exemplo, passem a não mais identificar ou permitir a identificação de uma pessoa. O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, além de observar a LGPD, devem estar em acordo com a legislação pertinente, observando o seu melhor interesse, resguardando-nos da exploração ou lesão de direitos.

O consentimento, nesses casos, ocorre com a anuência de pelo menos um dos pais ou responsáveis legais, ressalvados os casos em que o dado for utilizado em uma oportunidade, sem armazenamento, para a proteção do infante ou a fim de contatar os pais ou responsáveis legais, com a restrição de não poderem ser repassados a terceiros. A LGPD aborda um ponto muitíssimo sensível, qual seja a coleta de informação desse público por meio de aplicativos de jogos ou educacional, instituindo a obrigatoriedade da coleta mínima de dados para o uso destes, uma vez que é recorrente a grande invasão de dados particulares por esses tipos de aplicativos.

Necessário, porém, frisar que todo tipo de coleta de dados pessoais, sensíveis ou não, deve ser feita por meio do consentimento, definido pela LGPD como a informação ao titular acerca do tratamento do dado para uma finalidade determinada. Tal informação é validada por meio de declaração ou conduta que prove inequivocamente sua aceitação quanto à cessão dos seus dados para tratamento, obtida por livre e espontânea vontade.

Para fiscalizar as possíveis ocorrências ou desvios da aplicação da LGPD fixa a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão da administração pública federal, sem autonomia financeira e administrativa (artigos 55-A e ss), que poderá vir a ser transformada Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República.

Caso o tratamento de dados não seja feito de acordo com a LGPD, todos os controladores que estiverem diretamente envolvidos com o tratamento dos dados pessoais que tenham dado causam a danos ao titular dos dados. O operador, caso não cumpra com as recomendações passadas pelo controlador, também pode ser responsabilizado solidariamente. Em caso de descumprimento da LGPD, a ANPD possui atribuição de aplicar multas, determinar a divulgação da infração, o bloqueio ou apagamento dos dados pessoais lesionados e até a suspensão ou proibição do tratamento de dados pessoais por parte dos infratores. A possibilidade da transferência de dados pessoais para o exterior é abordada na Lei Geral, demonstrando onze possibilidades.

Desta forma, resta evidente que o tratamento postado pela Lei Geral de Proteção de Dados se demonstra como um grande avanço no que tange as medidas protetivas que circunscrevem a privacidade digital, sendo um balizador normativo que demonstra, a primeira vista, uma maior preocupação do Estado para com a esfera privada do cidadão e, em uma segunda investida, o necessário impulso teórico normativo para que se efetive o direito ao esquecimento, na legislação, de maneira explícita.

O direito ao esquecimento pode encontrar ressonância neste texto, de modo implícito, quando há a menção da necessidade de correção dos dados postados, quando há a postulação por uma maior tutela da privacidade dos cidadãos citando, por exemplo, a simples oposição como óbice ao tratamento de dados, quando realizado entre particulares. Porém, poderia o direito ao esquecimento figurar como um passo mais avançado desta construção normativa, advindo de suas implicações no dia-a-dia jurídico.

3.3 Projetos de lei que intentaram regular a internet no Brasil

A regulamentação da internet é tema bastante controverso em todos os países em que se intentou enfrentar a temática, que é bastante espinhosa, dada a enorme importância e influência da *web* em nosso cotidiano social. Foram vários os projetos que tiveram intenção em fazê-lo em solo nacional.

No Brasil, a primeira proposta apresentada e aprovada pela Câmara foi o Projeto de Lei nº 84/99, de autoria do deputado Luiz Piauhyllino, que ficou conhecido como o PL dos Crimes Digitais. Um ano depois, houve a proposta do senador Luiz Estevão, confeccionando o PLS nº 151/00 (na Câmara, PL 5.403/01) que, resumidamente, determinava a obrigatoriedade sob guarda dos registros de conexão dos usuários à internet. O projeto dos Crimes Digitais ganhou bastante repercussão, vez que inseriu novos tipos penais no escopo jurídico pátrio, considerando crime a invasão de sites, o roubo de senhas, a criação ou disseminação de vírus no manejo das atividades cibernéticas.

Obteve sua aprovação na Câmara dos Deputados em 2003, porém, sofrera modificações pelo Senado em 2008, voltando para apreciação das modificações introduzidas. Sucede que, durante a tramitação, ocorreu o notável episódio envolvendo a atriz Carolina Dieckmann, no qual houve o vazamento de imagens íntimas obtidas por meio de invasão de privacidade, via *hackeamento*. A repercussão midiática foi tão grande que, em clara reação ao acontecido, o deputado Paulo Teixeira propôs o PL nº 2.793/11, o qual foi aprovado em 2012 juntamente com o projeto de lei anteriormente proposto, que confeccionou a Lei que fora apelidada como o nome da atriz em questão.

Seguindo um contra fluxo dos debates que se focavam muito nas questões criminais decorrentes do uso indevido da internet, surge o PL nº 2.126/11, de autoria do Poder Executivo, fruto de uma gestação do Ministério da Justiça e de várias consultas públicas. Tal projeto contrapôs o histórico brasileiro no tocante a regulação da internet, na medida que, ao invés de tratar de questões criminais e proibitivas, intentou adentrar em questões que alargam o horizonte dos cidadãos, qual sejam a garantia da liberdade e de direitos dos internautas.

Tão grande fora a reverberação do Marco Civil da Internet que ganhou impulso outra proposta de regulamentação da rede mundial de computadores na Câmara, a Proposta de Emenda à Constituição – PEC 479/10. A PEC, de autoria de Sebastião Bala Rocha, que propunha a inclusão do acesso à internet banda larga no rol dos direitos fundamentais do cidadão, dada a grande importância da rede mundial de computadores na realidade atual.

No momento em que o mundo inteiro se põe a discutir o direito ao esquecimento, foram apresentados no Congresso brasileiro diversos projetos de lei que tinham por objetivo regular, em alguma medida, o direito ao esquecimento.

O que merece maior destaque, não apenas por ter sido o primeiro, mas também pela falta de técnica e pela abrangência de aplicação caso viesse a ser aprovado o projeto de lei de nº 7881/14 do então deputado Eduardo Cunha, posteriormente cassado.

Ronaldo Lemos e Carlos Affonso Souza afirmam acerca do Projeto de Lei supracitado:

*“Não apenas impressiona como tema de tamanha complexidade foi tratado de forma tão reduzida, mas também os critérios usados para que o direito ao esquecimento venha a ser implementado: basta que qualquer pessoa solicite a remoção de dados irrelevantes ou defasados. A irrelevância é uma questão frequentemente debatida na aplicação do direito ao esquecimento, existindo grande controvérsia sobre como impedir que matérias de relevância pública sejam atingidas. No que diz respeito a informações defasadas, não faltam críticas a esse critério e dúvidas sobre sua aplicação.”*¹⁷⁵

O deputado propunha a obrigatoriedade da remoção de links dos mecanismos de busca da internet que fizessem referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida. O projeto de lei, que tentou por à baila o direito ao esquecimento, pecou por conta de sua simplicidade extremada, caso viesse a ser convertido em lei, se destinaria apenas aos buscadores e indexadores de conteúdo afinal determina que seria obrigatória a remoção de links, e não do próprio conteúdo, o que teria um impacto grande, porém seria insuficiente para o fim que se pretende, retirar o conteúdo da rede mundial de computadores.

Não são os links, porém, que possuem a potencialmente de violar a privacidade do indivíduo, e sim a disponibilização do conteúdo não desejado. Não há, para além disso, qualquer referência aos parâmetros de decisão que já foram apontados nas decisões do Superior Tribunal

¹⁷⁵ LEMOS. Ronaldo. **Ibidem**. p. 129-130.

de Justiça. Em momento algum se ventila a importância de preservação da liberdade de expressão ou da conservação da memória, trazendo a necessária ponderação a ser realizada.

Por conta de todos os erros técnicos, o Projeto de Lei não obteve êxito algum e o direito ao esquecimento segue sem inserção normativa explícita.

3.4 Discussão nos tribunais superiores: análise no Superior Tribunal de Justiça - STJ e Supremo Tribunal Federal – STF

3.4.1 Casos *offline* – veiculados em mídias distintas da Internet - Recursos Especiais nº 1.335.153/RJ (Caso Aida Curi) e nº 1.334.097/RJ (Caso Chacina da Candelária)

A temática, quando inserida em assuntos da seara penal, possui grande histórico de discussão, porém, quando escapa a esta área, ainda há pouquíssima ressonância nos Tribunais Superiores. O tema fora abordado em somente duas ocasiões no Superior Tribunal de Justiça, a primeira vez em 2013, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, em um caso de nova apresentação da lembrança do homicídio de Aida Curi, irmã dos recorrentes, ocorrido em 1958 que já obtivera seu amplo noticiamento à época do ocorrido e já havia causado suficiente dor aos familiares.

Na ocasião, os autores afirmaram serem os únicos irmãos vivos de Aida Curi, vítima de um notável homicídio ocorrido no ano de 1958, crime que ficou nacionalmente conhecido por força do noticiário da época, assim também o processo criminal subsequente. Sustentam que o crime fora esquecido pelo passar do tempo, mas que a emissora ré cuidou de reabrir as antigas feridas dos autores, veiculando novamente a vida, a morte e a pós-morte de Aida Curi, inclusive explorando sua imagem, mediante a transmissão do programa chamado “Linha Direta Justiça”.

Entendem que a exploração do caso pela emissora, depois de passados tantos anos, foi ilícita, tendo ela sido previamente notificada pelos autores para não o fazer, indicando estes, ademais, que houve enriquecimento ilícito por parte da ré, explorando tragédia familiar passada, auferiu lucros com audiência e publicidade. Por isso pleitearam indenização por danos morais – em razão de a reportagem ter feito os autores reviver a dor do passado –, além de danos materiais e à imagem, consistentes na exploração comercial da falecida com objetivo econômico.

Assentou-se o conflito na questão do confronto entre os princípios da liberdade de expressão e os direitos da personalidade, o reconhecimento do direito ao esquecimento. O

programa era conhecido por trazer os fatos de uma maneira muito diferente daquela que realmente aconteceram.

Em primeiro lugar, apareciam pontuais flashes das cenas violentas protagonizadas por atores (apenas flashes da reconstituição dramatizada dos fatos, retratando o momento exato do cometimento do crime, pois a reconstituição integral seria apresentada ao longo do programa) e a apresentação da vítima, sua biografia, geralmente através de depoimentos de seus parentes e amigos, e naturalmente ressaltando suas qualidades e seus sonhos, dramaticamente interrompidos pela tragédia ocorrida.

A estória começava a ser contada através de dramatização, conjugada com depoimentos das testemunhas (estas reais). Aquele que é apontado como autor do fato criminoso raramente é ouvido e quando o é, sua versão dos fatos é imediatamente colocada em dúvida pelos esquetes de dramatização.

O ator que desempenha o papel de criminoso, além de guardar sempre traços físicos parecidos com os do próprio, semelhança que é acentuada pela constante transposição entre os arquivos jornalísticos e a dramatização, geralmente é apresentado como uma pessoa cruel, fria, qualidades destacadas pelo sorriso irônico, pelo olhar, pela fala, e ainda pelos recursos sonoros utilizados.

A principal técnica utilizada pelo Linha Direta é a conjugação de jornalismo e dramatização. A transposição de imagens e dados jornalísticos (fotos dos suspeitos, depoimentos dos familiares da vítima e de testemunhas, depoimentos de policiais e promotores responsáveis pelo caso) para o ambiente de dramatização se faz muitas vezes de maneira bastante sutil, de modo a criar no telespectador a certeza de que os fatos se passaram exatamente da maneira como estão sendo mostrados pelos esquetes de simulação.

Ao final do programa, o telespectador estará convencido da versão apresentada, não restando qualquer dúvida de que os fatos se passaram daquela forma. Com efeito, no Recurso Especial, apesar do direito ao esquecimento ser reconhecido para todos (ofensor e ofendidos) não foram reconhecidos os danos morais, vez que se reviveu, cinco 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 Aida Curi, sem Aida Curi.

Não se entendeu que houve foi uma exacerbada exploração midiática, não ficou reconhecida essa artificialidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

Entendeu-se que 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.

A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, o que faz concluir que não há o abalo moral. Finalmente, foi abordado o aspecto temporal para embasar a decisão que foi desfavorável aos autores da ação judicial, consoante disposto no voto do relatório do Minis Luis Felipe Salomão, em seu voto afirmou:

*“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.”*¹⁷⁶

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 após o transcurso tão distanciado. Na verdade, os próprios recorrentes afirmam que, durante toda a matéria, o caso Aida 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 ocasionaria um decréscimo ou acréscimo na receptividade da reconstituição pelo público expectador.

¹⁷⁶ Trecho do texto do Recursos Especiais nº 1.335.153/RJ, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>, acesso em 13/08/2019.

Numa segunda oportunidade, no mesmo ano de 2013, apresentou-se mais uma discussão acerca do tema, novamente sob relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão e envolvendo a mesma empresa de comunicação que, por sua vez, produzia o mesmo programa de televisivo supracitado.

Na oportunidade, Jurandir Gomes de França ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda. (Globo Comunicações e Participações S/A). Informou o autor ter sido indiciado como coautor/partícipe da sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, conhecidos como "Chacina da Candelária", mas que, a final, submetido a júri, foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença. Noticiou que a ré o procurou com o intuito de entrevistá-lo em programa televisivo ("Linha Direta - Justiça") - posteriormente veiculado -, tendo sido recusada a realização da referida entrevista e mencionado o desinteresse do autor em ter sua imagem apresentada em rede nacional.

Porém, em junho de 2006, foi ao ar o programa, tendo sido o autor apontado como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido. Segundo entende, levou-se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares.

Alegou que a situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por "justiceiros" e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares.

Por entender que a exposição de sua imagem e nome no mencionado programa foi ilícita e causou-lhe intenso abalo moral, pleiteou o autor indenização no valor de 300 (trezentos) salários mínimos.

No Recurso Especial em cotejo entendeu-se que, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional.

A 4ª Turma do STJ valeu-se de critério francamente incompatível com a Constituição para traçar uma distinção entre os casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”. Entendeu a Corte que teria sido possível para a Consulente narrar os assassinatos dos menores na Candelária sem qualquer alusão a Jurandir Gomes de França - o autor da ação judicial.

A liberdade de imprensa não seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, que, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado.

No caso, permitir nova veiculação do fato com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera, porquanto, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional. Na ocasião, ainda se indenizou o autor no quantum de \$50.000,00 (cinquenta mil reais) considerando a gravidade dos fatos e a possibilidade financeira da veiculadora de notícias.

O mencionado conflito é imanente à opção constitucional pela proteção de valores quase sempre antagônicos, os quais, nos casos em análise, representam, de um lado, o legítimo interesse de "querer ocultar" e, de outro, o nada menos legítimo de se "fazer revelar".

No mesmo Tribunal, porém, encontra precedente que impõe a toda e qualquer notícia o dever de preservar os direitos da personalidade, onde são incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade, além do compromisso ético com a informação útil. A novidade na discussão acontece por conta da modernidade, que conferiu à colisão de direitos supracitada uma nova roupagem, apresentando um novo prisma, desafiando os agentes do direito a manejá-la com vistas a uma nova realidade social, ou melhor conceituada realidade sociodigital, ancorada numa produção agigantada de novos dilemas.

Este novo paradigma fincado leva, diariamente, à invocação de novos direitos, ainda que hauridos de direitos da personalidade consagrados em nossa sociedade como, por exemplo, o direito à honra, à privacidade e à intimidade, valores resultantes da importante proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana.

Com as distintas decisões tomadas em razão dos elementos concretos de cada caso, há de se perceber que houve a preservação da liberdade de expressão em ambos, ainda que com graus diferentes. Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça concebeu diante dos casos que até o momento teve de apreciar que o direito ao esquecimento pode ser protegido desde que e, tão somente, quando a liberdade de expressão não acabe por ser tolhida.

Seria deveras perigoso e facilmente poder-se-ia abraçar a censura, o apagamento de fatos históricos e até mesmo da violação de um dever de preservação da memória.

3.4.2 – Casos *online*: o direito ao esquecimento no ambiente da Internet sob a perspectiva do Superior Tribunal de Justiça - STJ

Até o presente momento não há discussão sobre o direito ao esquecimento no ambiente digital julgado no Supremo Tribunal Federal nem no Tribunal Superior de Justiça, havendo tão somente audiências públicas sobre a temática, que deve entrar em pauta nos tribunais em breve.

As discussões acerca de temas correlatos a questão, tendo à baila a responsabilização dos provedores de conteúdo e um direito à desindexação, quando da discussão do Marco Civil da Internet. Todavia, embora os casos judiciais até agora tutelados envolvam responsabilidade de provedores de conteúdo em virtude do não apagamento de manifestações de todas naturezas que tenha caráter ofensivo.

De todo modo é necessário salientar que a jurisprudência do STJ acerca de temas digitais, tem entendido de maneira consolidada que: (i) os provedores de aplicação e conteúdo incluindo as redes sociais, não respondem de maneira objetiva pela inserção no site, de informações ilegais; (ii) não é dever do provedor fazer um controle prévio do conteúdo das informações postadas pelos usuários; (iii) no momento que tiverem inequívoca ciência da existência do conteúdo deverá removê-lo; (iv) deve manter uma estrutura eficaz hábil a identificar seus usuários, cuja efetividade deve ser aferida no caso concreto; (v) a responsabilidade do provedor é subjetiva, sendo solidária ao autor da postagem ilícita quando toma ciência do conteúdo mas não toma as devidas providências para a sua remoção.¹⁷⁷

Acerca dos provedores de pesquisa, o Tribunal tem entendimento que, em caráter excepcional, os provedores de busca podem ser compelidos a excluir de seu banco os resultados

¹⁷⁷ Nesse sentido, REsp 1642560/SP: Relatoria de Ministro Marco Aurélio Belizze, julgamento de 12/09/2017 e REsp 1629255/MG: Relatoria de Ministra Nancy Andrighi, julgamento de 22/08/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>, acesso em 23/09/2019.

que forem incorretos ou danoso, especialmente quando não existir relação de pertinência entre o conteúdo do resultado e o critério pesquisado. Afastando a responsabilidade do provedor de pesquisas, o REsp 1.593.873/SP onde havia uma ação de obrigação de fazer movida contra o Google Brasil Internet objetivando o bloqueio definitivo no sistema de buscas com base no nome da autora, vez que levavam a imagens que retratavam sua nudez.

Na oportunidade entendeu que o provedor de pesquisa não pode responder pelo conteúdo dos resultados das buscas levadas a efeito pelos próprios usuários, não sendo obrigados a eliminar os resultados derivados das buscas em determinado nome ou termo. Necessário dizer que tal decisão conflita o Tribunal da Cidadania com o Tribunal Federal Alemão, que condenara a Google, impondo a responsabilidade de retirar buscas vexatórias (conforme se abordou no primeiro capítulo).

Até o presente momento, no que concerne ao direito ao esquecimento é possível somente uma interpretação sistemática do marco normativo nacional, em especial, quando vislumbrada pela perspectiva constitucional, mas também a partir de diversos diplomas legais postadas em sede infraconstitucional. Assim, sufraga a possibilidade de seu reconhecimento como direito implícito associado à dignidade da pessoa humana, ao direito geral de personalidade e a diversos direitos especiais de personalidade.

A despeito da inexistência de previsão específica a um direito de desindexação ou direito ao esquecimento em face dos provedores de pesquisa na legislação ordinária, inclusive na Lei do Marco Civil da Internet, a responsabilidade dos provedores de pesquisa pode ser, ponto para ao menos em termos gerais, fincar o marco normativo destes direitos. Deve-se atentar que os provedores de pesquisa, por meio de seus motores de busca não podem ser considerados pura e simplesmente meros intermediários entre os usuários e os provedores de conteúdo, visto que os mecanismos de que se utilizam para suas operações implicam uma forma de coleta e processamento de dados. Com efeito, vasculham de maneira automatizada, continuada e sistemática na caça de informações publicadas na Internet para, somente após isso, proceder para com sua seleção, armazenamento e organização, trazendo posteriormente uma armazenagem e organização em termos de ordem de aparição nas páginas.¹⁷⁸ Assim, cai por terra o argumento falho de que as empresas e os programadores que alocam os algoritmos não

¹⁷⁸ ESPOSITO, Elena. **Algorithmic memory and the right to be forgotten on the web**, in: Big Data and Society, January-June 2017, p.2.

possuem conhecimento dos dados e não controlam os resultados decorrentes de seu processamento.

4. CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO AMBIENTE DIGITAL

4.1 Propostas para fixação de critérios para concretizar o direito ao esquecimento na sociedade da hiperinformação

A efetividade da tutela de direitos no âmbito da Internet depende não somente da capacidade de regulação da rede pelo sistema jurídico. Essa nem sempre pode ser adquirida diretamente vez que em algumas circunstâncias há modalidades de regulação indireta que entregam resultados práticos mais eficientes. Diante dessa moldura é preciso compreender como se dá esta padronização por métodos indiretos, o que exige uma análise diferenciada, que suscita o estudo das normas do sistema normativo. Comumente há certa resistência ao exame de questões técnicas permeadas de ciências interdisciplinares.

Fábio Konder Comparato destaca que “a tradição misoneísta dos nossos juristas continua a condenar as trevas exteriores toda e qualquer manifestação jurídica que não se enquadre no seu sistema”.¹⁷⁹ Para afastar a ideia de que a Internet não pode ser regulada, é imprescindível adotar uma abordagem interdisciplinar, a fim de examinar certos aspectos essenciais da arquitetura atual da Internet.

O jurista necessita de consciência tecnológica, não podendo permanecer insensível diante dos novos problemas decorrentes da tecnologia, devendo adotar uma atitude reflexiva crítica e responsável. Neste sentido, escrever sobre regulação deste ambiente de um desafio transforma-se em um necessário dever. Nesta esteira, é necessário apresentar diferentes conceitos inscritos ao “ciberespaço”, bem como as principais correntes doutrinárias a respeito da possibilidade de regulação da Internet. Posteriormente, apresentar e discutir possíveis critérios para aplicação do direito ao esquecimento e seus limites neste espinhoso terreno.

Ao final da década de 1980 e início da de 1990, predominava a ideia de que a Internet representava um espaço totalmente livre e apartado dos territórios físicos, local imune às soberanias dos Estados organizados. Esse território livre foi denominado como ciberespaço,

¹⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico**. Revista dos Tribunais.v 353. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 14.

uma espécie de nova fronteira eletrônica, verdadeira “pátria da era da informação, lugar em que o futuro está destinado a residir”¹⁸⁰

O espaço conhecido como ciberespaço não existe como realidade física, vez que não se configura como Estado soberano, sendo uma espécie de representação audiovisual criada e mantida por sistemas informáticos e programas de computador, presente em quase todos os países do mundo, uma ficção. Porém, é forçoso pensar imaginar que exista um espaço autônomo criado pela Internet, onde seria possível navegar em busca de locais pensados para a interação sociodigital de usuários a fim da troca de dados.

Em outras palavras, enunciam Hal Abelson, Ken Ledeen e Harry Lewis:

“a comunicação instantânea de quantidades massivas de informação criou a falsa impressão de que há um lugar chamado ‘ciberespaço’, ou seja, um território sem fronteiras onde todas as pessoas do mundo podem estar conectadas como se fossem moradoras de uma mesma cidade pequena.”¹⁸¹

A metáfora do ciberespaço era relevante no momento em que o número de usuários da rede era pequeno, em um contexto em que as relações sociais *online* possuíam delimitação bem apartada das relações sociais *offline*, haja vista que a dificuldade do usuário da internet se comunicar com pessoas que também conhecia no mundo físico era muito grande.

Essa separação decorria do fato de que a internet era pouco acessível, sendo assim poucas pessoas detinham o ingresso. Atualmente, há uma amálgama clara entre *online* e *offline*: a rede aumenta, impulsiona, facilita, a vida social no mundo físico, ao invés de cambiá-lo. Não existe mais a ideia de um ambiente separado, passando a Internet a integrar o cotidiano social, fazendo essa mentalidade de um ambiente apartado fosse, gradativamente, perdendo seu significado.

Porém, o entendimento ou a metáfora da Internet como sendo um lugar é influente e possui um caráter carismático¹⁸², apesar de tal impressão estar deveras desvirtuada¹⁸³ e tal

¹⁸⁰ KAPOR, Mitchell, BARLOW, John Perry. **Across the electronic frontier**. Disponível em: http://w2.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/eff.html, acesso em 14/01/2020.

¹⁸¹ ABELSON, Hal, LEDEEN, Ken, LEWIS, Harry. **Blown to bits: your life, liberty and happiness after the digital explosion**. Boston: Addison-Wesley/Pearson Education, 2008, p. 13.

¹⁸² WU, Tim, GOLDSMITH, Jack L. **Who controls the Internet? Illusions of a borderless world**. Nova York: Oxford University Press, 2006, p. 16.

¹⁸³ JÚNIOR, Seiiti Arata. **Regulação pela definição de padrões tecnológicos na governança da Internet**. Dissertação de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 25-26.

prognóstico acaba por atrapalhar o desenvolvimento de mecanismos eficazes de regulação e de tutela. Neste último capítulo, intenta demonstrar perspectivas hábeis a um adequado manejo do instituto mencionado. Aqui reside a tentativa de elaborar uma espécie de lista que habilite a utilização do instituto de maneira coerente e efetiva através da utilização de postulados constitucionais vigentes, para tanto demonstra, de pronto, uma série de critérios plausíveis que seguem.

Estabelecer critérios para a reconhecimento do direito ao esquecimento é deveras complicado e propicia uma ampla possibilidade de inserção de polêmicas no debate que de ser pautado pela tecnicidade. Por certo, os critérios devem ser observados em cada caso que se sustente a necessidade desta aplicação, indispensável memorar que esta se dará por meio da ponderação ao se vislumbrar que os conflitos postos entre a tutela e proteção da personalidade e outros direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional se dão de maneira individualizada e cada caso carrega em si peculiaridades diversas.

Os direitos fundamentais que hoje vislumbramos, surgem em períodos diferentes da história, à medida que as pessoas e a vida em sociedade vão evoluindo, de maneira que seu rol vai sendo alargado frente à inevitável mutação social. Tais direitos, tem como característica, se fundar em valores diversos e possuem conteúdos imprecisos e heterogêneos, o que dificulta sua coexistência. Tudo isso faz dos direitos fundamentais bens jurídicos não absolutos, porquanto não são plenamente realizáveis ao mesmo tempo. O caráter absoluto referido por ocasião da análise dos direitos da personalidade diz respeito ao fato de serem oponíveis de forma *erga omnes*, contra o Estado e os particulares; não significando, portanto, que o exercício deles sempre irá prosperar.

Acerca dessa problemática, ressalta-se que não só os direitos sociais carecem da intervenção estatal, também entre os chamados direitos de primeira geração há conflito entre a postura imposta ao Estado, porque as liberdades civis não são apenas oponíveis às entidades públicas, quer seja requerendo sua omissão ou seu afastamento, mas também, impingindo aos demais indivíduos, exigindo do Estado uma intervenção protetiva suficiente.¹⁸⁴

Tais possibilidades se aplicam também, aos direitos, liberdades e garantias, tais quais a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, onde se insere o direito ao esquecimento. Destarte, apresenta como complexa a tarefa de harmonizar a contento os direitos

¹⁸⁴ HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p.14

fundamentais, que possuem estrutura normativa formada também por princípios e comumente relacionam-se com outros por meio de uma relação de tensão ou colisão. Aqui trata-se das ditas “antinomias impróprias” ou “antinomias de princípios”, as quais se referem à contraposição dos valores fundantes do ordenamento jurídico. Tais situações não são antinomias propriamente ditas, mas fontes geradoras de normas antinômicas¹⁸⁵.

A variedade dos valores em que se fundam e a heterogeneidade de seus conteúdos fazem dos direitos fundamentais concorrentes entre si e também com outros valores constitucionalmente assegurados, de modo que, por diversas vezes, a efetivação de alguns implica na necessária restrição de outros. Necessário frisar que, sendo a proteção dos direitos fundamentais um dever estatal, a restrição destes não se legitima senão em razão da tutela de outro direito fundamental com valores, exigências ou objetivos que sejam superiores ao indivíduo, visando o bem comunitário.

Um direito fundamental, por ter estrutura de princípio, admite outro igualmente válido em sentido contrário¹⁸⁶ e que, ao contrário das regras, cuja aplicação acontece pelo método do tudo ou nada, aqueles admitem uma realização gradual na maior medida do que for fático e juridicamente possível, podendo, assim, serem preteridos numa situação concreta e manter incólume sua validade¹⁸⁷. Necessário tratar de problemas de interpretação e aplicação do direito que os critérios tradicionais de resolução de antinomias jurídicas pouco contribuem para a resolução.

As modalidades de interpretação jurídica clássicas (literal, histórico, sistêmico e teleológico) e o método de justificação pelo silogismo jurídico são inaptos, por si só, de apontarem caminhos suficientes a responder todos quesitos que se apresentam nas equações jurídicas elencadas em um sistema constituído por normas tais quais os princípios, visto que não são aptos a retirar premissas de normas de conteúdo indeterminado e a considerar as circunstâncias do caso concreto para tanto. Portanto, a técnica jurídica classicamente considerada comum do direito não é capaz de resolver essas controvérsias¹⁸⁸.

¹⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Apresentação de Celso Lafer; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.94-95.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P.44-45.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Ibidem**. p.3-4.

Assim sendo, a pergunta mais importante a ser feita não pertence ao aspecto atinente a saber se direitos fundamentais são ou não absolutos no sentido de plena e permanentemente realizáveis mas sim, descobrir quais condições prevalecerão, quão relativizados, desmontados ou comprimidos podem ser esses direitos preferenciais e como controlar a legitimidade das decisões e intervenções estatais sobre eles.

Em capítulo anterior, foi demonstrado que o exercício do direito ao esquecimento colide naturalmente com a liberdade de expressão, liberdade de imprensa, e até mesmo o direito à memória, tendo essas colisões, inclusive, refletido em normas nacionais e alienígenas (RGPD, LGPD, por exemplo). A colisão que a eles é imposta, não elimina um ou outro de maneira exaustiva, e nem deveria o fazer, restando complexidades e potenciais antinomias entre esses direitos, o que continua a demandar novas intervenções do estatais, ainda mais neste contexto da sociedade da informação, especialmente quando a querela se dá no âmbito da internet, mormente nas redes sociais.

A utilização de um método para fazer essa harmonização deve ser hábil a considerar direitos fundamentais com valores distintos em concomitância com seus condicionantes jurídicos e não-jurídicos, mantendo suas conclusões de acordo com a legitimidade democrática e constitucional. O princípio da proporcionalidade é considerado geralmente um postulado implícito nas constituições nacionais, apesar de ser comum encontrar padrões da proporcionalidade ao longo de textos constitucionais. Destarte, ainda que haja expressa previsão do método, o princípio da proporcionalidade pode ser deduzido do sistema constitucional, haja vista que qualquer afetação negativa de princípios de direitos fundamentais deve ser estritamente proporcional ao que exigir a realização dos fins que a justificam.¹⁸⁹

Cabe aqui a menção que o método da proporcionalidade vem sendo universalizado como padrão de valoração de poderes e medidas, presente em ordenamentos nacionais, comunitários e internacionais, bem como nos ordenamentos da *common law* e *commonwealth*, além da maciça aplicação nos sistemas da *civil law*.¹⁹⁰ A ideia central é alcançar a ponderação ou concordância prática dos direitos fundamentais colidentes, distribuindo os pesos da colisão mediante a consideração de elementos jurídicos e não-jurídicos. Dessa ponderação obtém-se uma conclusão, a partir da qual um dos valores colidentes deverá ceder e ser limitado em prol

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. **Ibidem**. p.116-117.

¹⁹⁰ TAVARES DA SILVA, Suzana. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014. p.59-72.

de maior realização do outro, sendo válida apenas ao caso concreto, não estabelecendo com isso uma hierarquia incondicionada entre os direitos fundamentais.

Essa concordância prática será obtida através de três etapas, os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, por via dos quais se busca atender à exigência argumentativa de concreção dos princípios, extraindo assim, enunciados normativos.¹⁹¹ A construção ora exposta foi inicialmente desenvolvida pela jurisprudência e dogmática alemã,¹⁹² a qual opera preponderantemente na perspectiva metódica de um raciocínio conducente a uma decisão jurídica racional, coerente e conforme as exigências da legitimidade democrático-constitucional.

O intérprete, para tanto, deve observar todos os fatos relevantes do caso concreto, o que exige conhecimento interdisciplinar, os métodos tradicionais da interpretação da lei, a contribuição da dogmática jurídica somada à jurisprudência, bem como os argumentos lógico-jurídicos especiais tais como a analogia. Deve lançar mão de todas as fontes do discurso jurídico a fim de buscar as premissas a serem aplicadas na solução do caso.

Iniciando o exame da adequação, deve identificar a idoneidade do meio para adimplir a finalidade almejada, devendo ser descartada toda e qualquer proposta de solução inapta a atingir o fim intentado.¹⁹³ Quando adentra ao teste da necessidade há de se perguntar se não há meio menos oneroso ao interesse colidente e que seja capaz de atingir igualmente a finalidade que se pretende, deve ser aplicada a solução que afete o interesse oposto tão somente naquilo que seja estritamente necessário. Acerca do custo factual, deve se observar que, na sociedade da informação, onde as colisões ocorrem, em virtude de avanços tecnológicos, pode ser que exista medida mais eficaz e menos gravosa, porém, que demande grande investimento financeiro ou que se apresente como tecnicamente muito difícil para que seja aplicado.

No teste da proporcionalidade, cabe ao intérprete analisar a relação entre os benefícios e os prejuízos produzidos pela medida a ser adotada. Verificar-se-ia se o benefício produzido compensa as perdas atinentes ao processo, determinando assim, a importância ou peso em concreto dos princípios colidentes. É estritamente o mandamento de ponderação, mas que não pretende conduzir o intérprete a um único e inequívoco resultado, embora essa possibilidade muitas vezes seja possibilitada.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. **Ibidem.** p.104.

¹⁹² TAVARES DA SILVA, Suzana. **Ibidem.** p. 50-51.

¹⁹³ ALEXY, Robert. **Ibidem.** p.116-120; 588-590.

Considerando os direitos fundamentais como mandamentos de otimização, os dois primeiros testes atendem ao sentido de otimização perante condições fáticas, enquanto por via do terceiro é perseguida a otimização diante das condições jurídicas, realizando, para tanto, uma análise normativo-jurídica da questão.

O conceito de otimização aqui adotado observa também que o conteúdo dos direitos fundamentais é construído de acordo com um sistema jurídico que possui muitos outros direitos, valores e objetivos fundamentais. Destarte, em situações fáticas, as possibilidades de exercício de um direito são em muito mitigadas em virtude de outro em sentido contrário, ainda que estas estejam abstratamente compreendidas em seu âmbito de proteção. Assim sendo, a proporcionalidade não tem em vista a maximização idealizada de direitos, mas sim como foco principal a reprovação das hipóteses que não atendam às exigências da ponderação, tendo como escopo a redução dos demais valores e interesses envolvidos na tensão. Portanto, a ideia de otimização aqui posta aceita reduções, o que não se compatibiliza com a ideia de maximização dos direitos fundamentais individualmente considerados.¹⁹⁴

Por óbvio, existem críticas ao método da proporcionalidade, sob o fundamento de que ele permite brechas aos decisionismos e, uma vez confirmadas tais críticas, o exame da proporcionalidade poderia viabilizar discricionariedades que transbordem o razoável, culminando, em arbitrariedade, até. Diante de questões inéditas ou muito controvertidas acerca de colisões entre direitos fundamentais, que em geral formam *hard cases*, por haver mais de um resultado interpretativo, o juiz poderia estar autorizado a realizar uma interpretação criativa “livre” das normas colidentes segundo suas intuições. Tal liberdade, caso levada a cabo, autorizaria ao intérprete, criar direitos inéditos, o que vai de encontro ao princípio democrático e à segurança jurídica.

O discurso jurídico, necessário relembrar, possui duas justificações que se complementam; a justificação interna e a externa. A primeira diz respeito ao aspecto material dos argumentos utilizados, isto é, ao conteúdo das normas jurídicas e enunciados empíricos considerados. Esta, ao aspecto formal, cujo objetivo é encontrar o resultado correto racionalmente fundamentado a partir das premissas extraídas da justificação externa.¹⁹⁵ A proporcionalidade, não pretende responder substancialmente a questões de justificação externa e, assim sendo, quando há a aplicação do método o intérprete parte de suas convicções acerca

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. **Ibidem.** p. 588.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. **Ibidem.** p.219.

do direito, utilizando-as como premissas materiais do discurso a serem sustentadas racionalmente em uma decisão jurídica.

Destarte, em uma colisão envolvendo direito ao esquecimento e direito à memória, por exemplo, partindo-se de *standards* diferentes, não seria inesperado ou desaconselhado que as respostas exaradas fossem, também, distintas. Assim sendo, as conclusões obtidas poderão variar no tempo e no espaço, a depender do contexto sociocultural e do momento em que se aplique. Por certo, o método da proporcionalidade como teoria da argumentação jurídica não nega a possibilidade de obter-se mais de um resultado possível e admissível, mas exclui respostas irracionais, contraditórias, incoerentes com as condições que limitam o discurso jurídico.

Deve-se considerar que, no enfrentamento das hipóteses postadas, os ordenamentos contemporâneos, a experiência acumulada pelos tribunais (jurisprudência), as compreensões dogmáticas construídas ao longo do tempo (doutrina), além do estudo do direito comparado auxiliam na melhor compreensão do impasse, transformando-se em guias interpretativos que conferem maior racionalidade às decisões.¹⁹⁶ A abertura semântica dos problemas jurídicos a valorações não pode justificar que o intérprete disponha de livre subjetivismo ou de discricionariedade, mas sim, deve requerer dele um maior esforço no sentido de demonstrar objetivismo nos argumentos que lance mão. Por certo que, em toda decisão jurídica, sobretudo quando envolver a aplicação de princípios, estará presente a abertura das valorações, em maior ou menor grau.

Desse modo, o princípio da proporcionalidade se presta a duas funções; (i) justificar racionalmente uma decisão jurídica e (ii) testar se as premissas utilizadas justificam uma conclusão válida.¹⁹⁷ Nenhuma teoria do discurso jurídico é capaz de eliminar todos os possíveis erros advindos de uma decisão que trate de um *hard case*. Caso isso fosse possível haveria sido estabelecido um código de razão prática, em que estaria inserido todas as regras da argumentação prática racional.

Partindo desta construção teórica, é possível identificar um leque de motivos que justificam ou não o reconhecimento do direito ao esquecimento em determinadas situações concretas, que deverão ser observados no caso em concreto. Assim, necessário elencar alguns

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*. p.439-445.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. *Ibidem*. p. 227.

critérios que tragam certa segurança, postados na ordem constitucional para sua aplicação bem como traçar a delimitação de suas fronteiras.

Para além das dificuldades apontadas, métodos tradicionais, podem não ser suficientes para viabilizar a aplicação do instituto. Assim sendo, necessário, também é determos nossas vistas aos ensinamentos professados por Erik Jayme, num sentido de que a comunicação no direito, com seus reflexos da pós-modernidade no direito internacional privado, é que “*a solução dos conflitos de leis emerge agora de um diálogo entre as fontes as mais heterogêneas.*”¹⁹⁸. Ainda sobre o assunto, prossegue elucidando que “estas fontes todas não mais se excluem, ou não mais revogam mutuamente; ao contrário, elas ‘falam’ uma às outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes ‘escutando’ o que as fontes ‘dizem’”¹⁹⁹.

Destarte, não há como escapar também da noção que, para construir uma hábil solução ao conflito de normas que pode vir a ser apresentado e, por conta da variedade de diplomas que podem apontar caminhos distintos, a teoria do diálogo das fontes pode ser bem-vinda quando da interpretação que se faz necessária. Exponente do tema no Brasil, Cláudia Lima Marques disserta que:

*“os tempos pós-modernos não mais permitem este tipo de clareza e “monossolução”, sequer a hierarquia dessas leis é clara, mas apenas dos valores constitucionais. Nestes novos tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita e por fim pela convivência de leis com campos de aplicação diferentes, mas convergentes, em um mesmo sistema jurídico, plural, fluido, mutável e complexo.”*²⁰⁰

A proposta de coordenação é flexível e útil das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência e ressaltar os direitos humanos, sendo, em uma análise mais apurada, uma mudança de paradigma. Para tanto, tal método interpretativo também aparece como caminho possível no intuito de aglutinar as normativas possíveis para que o direito ao esquecimento tenha o seu prestígio necessário.

¹⁹⁸ JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, Haye, Nijhoff, 1995, II. p.259.

¹⁹⁹ JAYME, Erik. **Ibidem**. p.251.

²⁰⁰ MARQUES, Cláudia. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. Cláudia Lima Marques, coordenação. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.28.

Os critérios abaixo administrados não sustentam, por si só, sobre a possibilidade de suscitar e aplicar o instituto do direito ao esquecimento. Apresentam-se, tão somente, como possíveis balizas para conferir ao intérprete uma aplicação mais segura, justa e pautada dentro dos ditames constitucionais. Por óbvio, não trata de um rol taxativo vez que podem ser apresentados outros critérios possíveis, mas traçam um rascunho do que pode vir a ser uma possível trilha para a inserção explícita do direito ao esquecimento em nosso ordenamento.

4.1.1 Natureza do fato, informação ou opinião supostamente prejudicial

O direito ao esquecimento possui como escopo a existência de uma pretensão protetiva individual que se opõe a divulgação pública de alguns tipos de informações que poderiam adquirir certa relevância coletiva. Desta feita, o interessado busca restringir ou até mesmo impedir o acesso dos dados que levaria a uma exposição excessiva, desproporcional e potencialmente eternizada de um determinado evento passado, do qual tenha participado ou tenha tido seu nome envolvido.

Por certo, não é toda e qualquer faceta da vida privada do cidadão que porventura tenha sido alvo de publicização que culminará em violação ao direito fundamental ao esquecimento. O fato atrelado à esfera particular do indivíduo contra o qual invoca a necessidade de afastar a divulgação pública deve provocar uma repercussão social que possa representar um dano real ou um dano potencial à sua esfera jurídica, de modo que se permita justificar, em um determinado contexto concreto, a aferição de que esteja sendo agredido o direito de personalidade do sujeito exposto indevidamente.

Essa primeira exigência se impõe na medida que o direito não deve intervir em situações que não propiciem dano ou ao menos tenha potencial danoso. Não se deve resguardar o desejo individual de não ter exposto a terceiros fatos banais de sua vida privada que não sejam ofensivos ou agressivos à sua personalidade e dignidade.

Exige, portanto, que as informações que se pretendem apagar de determinado registro ou banco de dados toque em fatos, eventos ou ocorrências que assumam, a priori, vetores prejudiciais, agressivos, vexatórios ou desabonadores do indivíduo. O direito ao esquecimento não pode ser aplicado em situações de mero capricho, em que determinado evento não é conhecido do público, sendo suscitado pelo desejo de retirar algum dado da possível acessibilidade coletiva.

O potencial danoso de determinado fato dependerá também de fatores referentes ao próprio indivíduo que pleiteia o esquecimento. A avaliação depende de alguns elementos contextuais tais como o grau de exposição pública a que tal pessoa está acostumada, vez que se ocupar cargo público ou se é famosa, dever possuir maior reconhecimento social. Assim, as figuras públicas ou pessoas notórias devem se submeter a um grau maior de tolerância na exposição pessoal, nesses casos o ônus argumentativo da lesão sofrida deverá ganhar contornos mais robustos.

Importante fincar, ainda, que a aplicação não depende do eventual impacto sobre a vida pessoal e familiar da pessoa que pretende a tutela do esquecimento, vez que é difícil constatar qual seria tal dimensão e , também é necessário compreender que existem eventos com grande relevância social e interesse público, tais como os casos em que houver condenação criminal²⁰¹ que não podem ser esquecidos com base na aflição pessoal daquele que suscita o direito.

4.1. 2 Contemporaneidade ou não da informação veiculada

A fundamentalidade do direito ao esquecimento se escora bastante em dois pilares essenciais à existência humana, quais sejam o tempo e a memória, conforme já abordado em capítulo anterior. Isso significa dizer que o fluxo do tempo se apresenta como indispensável para aferir o que poderá ser objeto do direito ao esquecimento, na medida em que o transcurso de um período razoável, a contar da ocorrência do fato pretérito é necessário à consolidação adequada de alguns estados memórias no sujeito que viveu e consolidou tais experiências.

Quando se pretenda advogar acerca da existência concreta de uma pretensão jurídica ao esquecimento de fatos já ocorridos deverá demonstrar que esse é autorizado por conta do total esgotamento da dimensão pedagógica que a experiência presente na vivência passada pode exercer. Isto é, quando não mais exista uma função social das informações veiculadas, uma possibilidade de aprendizagem, ainda que remota, ou quando exaurir toda a carga informativa que a subsidiava.

Consoante consta no voto exarado no caso *Ainda Curi*. Existe uma variedade de eventos que desabonem determinado indivíduo que, mesmo diante do potencial negativo à esfera privada de alguém, ainda assim deverá estar acessível ao público e poderão ter o conteúdo

²⁰¹ Exemplo nacional do citado, disponível em: <https://valor.globo.com/noticia/2018/04/10/envolvidos-na-lava-jato-querem-ir-a-justica-pelo-direito-ao-esquecimento.ghtml>. Acesso em 13/12/2019.

retransmitido por terceiros como, por exemplo, a condenação cível ou criminal que provoca abalo na imagem do apenado/executado. No entanto, se tal evento ocorreu em um lapso muito breve não haverá legitimidade o pleito vez que a afetação deverá ser sentida como consequência rotineira da vida em sociedade, onde é normal sofrer com as agruras da existência.

4.1.3 Ausência ou presença de interesse coletivo na divulgação dos fatos

O traço histórico que determinado evento pode assumir representa também um denominador essencial para alegar a legitimidade o direito ao esquecimento. Conceitualmente, fatos históricos, em razão de sua relevância constante no tempo sempre transcendem os interesses individuais, ingressando na seara de direitos que são qualificados como difusos ou coletivos, pretensões jurídicas protegidas pelo direito que pertencem a determinado grupo social ou à comunidade humana como um todo.

Destarte qualquer evento que possa ser qualificado como dotado de relevância histórica traz um obstáculo automático para qualquer pleito judicial ao esquecimento dos fatos pretéritos mesmo que esses sejam gravemente penosos ao indivíduo afetado ou seus herdeiros, mesmo que um longo período tenha sido transcorrido.

Assim sendo, não seria hábil a retirada de informações acerca do período do regime ditatorial do Brasil utilizando-se do sofrimento que os familiares dos agentes estatais que implantaram o regime estejam sofrendo. Em razão do valor histórico necessário demonstrar que há um peso axiológico diferenciado a fim de que os dados atinentes ao evento possam ser repassados a gerações futuras, uma vez que tal experiência deverá ser replicada mesmo que cause desconforto coletivo, sendo o desconforto necessário para repensarmos os atos praticados no intuito de não mais permitirmos atrocidades como estas.

Fatos históricos são espécies de museus informacionais que demonstram lições universais e universalizáveis a serem apreendidas a partir das experiências do passado, com o fim de preencher o caráter pedagógico de passado, devendo assim, estar acessíveis eternamente à toda a comunidade humana. Entende-se que, na ausência da importância histórica, quando não houver presente o caráter de historicismo é perfeitamente cabível o direito ao esquecimento. Quando determinado evento, para a observação histórica, for comum, o direito ao esquecimento se demonstrará como valor mais denso, mais penoso e, de importância maior, portanto, deverá ter sua aplicação garantida.

Em contraponto, importante lembrar que quando houver interesse público legítimo, a publicização ganha peso maior que o esquecimento. Importante ressaltar que interesse público – conceito de significação fluida já abordado em capítulo anterior -, não coincide com o interesse do público que, por vezes, é guiado por sentimento que abarca desde um tipo de curiosidade até a execração pública, conhecida nos dias de hoje como a cultura do “cancelamento” nos dias de hoje, uma espécie de praxeamento da pessoa humana, a fim de obter uma condenação sumária e destruição da honra pessoal.

Sobre o tema, Gilmar Mendes assevera:

*“Decerto que interesse público não é conceito coincidente com o de interesse do público. O conceito de notícias de relevância pública enfeixa as notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo na sociedade. Em princípio, notícias necessárias para proteger a saúde ou a segurança pública, ou para prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade têm, prima facie, peso apto para superar a garantia da privacidade”.*²⁰²

373).

Destarte, a meu sentir a harmonização dos direitos fundamentais devem ter como solução o caminho que entregue a maior preservação da pessoa, ainda que envolva restrições publicitárias.

4.2 Instrumentos processuais e extraprocessuais possíveis para a efetividade do direito ao esquecimento

A tutela da efetividade do direito ao esquecimento envolve diversas situações distintas, de modo que cada um exige mecanismos específicos de proteção. Em linhas gerais, pode-se identificar dois problemas principais relativos à privacidade *online*: a privacidade do usuário enquanto utiliza a Internet e o respeito à privacidade de terceiros, acrescenta um terceiro obstáculo: a de tutela efetiva dificultada pelas peculiaridades da arquitetura digital da Internet.

Assim sendo, intenta abordar neste subtópico as possíveis providências hábeis a efetivar o direito ao esquecimento neste ambiente complexo, que possui uma arquitetura com

²⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. **Ibidem.** p.373.

uma certa indefinição e desconhecimento por parte da população mundial. Tem de se frisar que, no que toca as questões que envolvem a saudável gerência de dados e utilização do espaço digital, o Brasil possui uma enorme deficiência nas questões de alfabetização digital. Quando se parte para questões mais complexas tais como a autoproteção de seus dados pessoais, o assunto fica ainda mais grave, vez que não são raras as oportunidades em que pode se vislumbrar um descuido para com seus dados mais íntimos.

Ao analisarmos as nossas próprias redes sociais, por exemplo, podemos identificar a entrega voluntária de dados de grande valor tais como, localização, nome dos pais, foto de nossas residenciais que são disponibilizadas no intuito de relacionar com nossos amigos virtuais, há uma necessidade de fazer uma auto exposição constante para receber mimos transcritos em elogios da nossa bolha sociodigital. Essa compulsão em entregar nossos dados, por óbvio, dificultam a proteção da privacidade e, nos tópicos apresenta possibilidades de resguardar tais valores, mesmo que as medidas sejam não ortodoxas, como a autotutela.

Os instrumentos que há de se apresentar a seguir, normalmente, se dispõem à tutela dos dados pessoais, porém, constituem em igual medida, instrumento hábeis à possibilitar a efetivação do direito ao esquecimento nas relações inseridas na sociedade da hiperinformação, mormente naquelas que se dão na Internet.

4.2.1 A autotutela

A autotutela, ainda mais quando se trata do ambiente digital, mais provê condições de prevenir futuros danos que contê-los, propriamente. Porém, quando se observa que o ônus de resguardar adequadamente a privacidade *online* também fica a cargo do próprio usuário, que necessita saber quais limites podem ser colocados ou não, o que expor ou não no âmbito da internet, podemos entender que este em muito pode contribuir, no futuro, para a desnecessidade de se requerer o direito ao esquecimento por conta de descuido para com os dados que se inserem na Internet.

Adotar cautelas com relação a seus hábitos de uso da Internet, divulgando o mínimo possível de informações e dados pessoais, ou o tanto quanto ache necessário, indicando suas

preferências para a coleta de *cookies*²⁰³ e implementando também filtros tecnológicos de combate ao *spam*²⁰⁴.

Um dos filtros é a criptografia, por exemplo. Em primeiro lugar, é importante frisar que a criptografia – arte de escrever em códigos – tem suas limitações. Sua ideia essencial é que pessoas, utilizando códigos secretos, consigam manter certas informações em sigilo, sem que seja possível a terceiros conhecer seu teor.

Outro ponto de extrema relevância é o fato de a criptografia envolver conceitos matemáticos e poder ser implementada e assegurada por meio de diversas tecnologias diferentes. De modo simplificado, pode-se afirmar que há duas modalidades distintas de criptografia: a simétrica e a assimétrica.

A criptografia simétrica utiliza uma mesma *chave*, tanto para codificar quanto para decodificar uma mensagem, e por isso é também chamada de criptografia de *chave privada*. Uma das vulnerabilidades da criptografia simétrica, portanto, é a comunicação da chave. Neste tipo de criptografia o emissor e receptor estipulam previamente, de modo seguro, qual seria a chave, desta forma, ter ciência da chave significa poder decifrar o conteúdo cifrado.

A chave precisa ser compartilhada com todos os destinatários da mensagem e, desta forma, quanto mais pessoas tiverem ciência da chave, menos seguro se torna o sistema. Outra complicação é que a criptografia simétrica apenas garante o sigilo de informações, não garante a autoria ou a integridade do documento compartilhado, tendo em vista que qualquer pessoa que conheça a chave pode criar ou alterar o documento cifrado a partir dessa senha. Por fim, não basta transmitir em sigilo as chaves privadas: elas precisam ser armazenadas, utilizadas e destruídas de maneira segura.

Por outro lado, a criptografia assimétrica, por sua vez, utiliza um par de chaves diferentes entre si, que tem relação matemática por meio de determinado algoritmo, de forma que o texto cifrado por uma chave apenas pode ser decifrado pela outra chave, do mesmo par, e por isso é também conhecida como criptografia de *chave pública*. Ou seja, ao contrário da

²⁰³ “*Cookies* são pequenos arquivos de texto oriundos de um servidor Web que são gravados no disco rígido de determinado computador e utilizados por um programa navegador (browser). Seu objetivo básico é tornar mais conveniente a utilização da Internet, evitando que certos dados precisem ser fornecidos a cada vez que um Website é visitado, armazenando as preferências de um usuário com relação aquele Website.” VELLOSO, Fernando de Castro. **Ibidem**. p.234

²⁰⁴ “O *spam* é definido como o envio maciço de correspondência eletrônica comercial não solicitada.” VELLOSO, Fernando de Castro. **Ibidem**. p.24

criptografia simétrica, que utiliza uma única senha conhecida pelo emissor e por todos os receptores de uma mensagem, a criptografia assimétrica utiliza duas chaves distintas: uma para cifrar e outra para decifrar a mensagem, sendo praticamente impossível deduzir uma chave a partir da outra.

Dependendo da chave utilizada para cifrar uma mensagem, tem-se resultados distintos: se o que se deseja é a confidencialidade da comunicação, ou seja, ter certeza de que ela não poderá ser acessada por terceiros, o emissor que deseja enviar uma informação sigilosa a alguém deverá utilizar a chave pública do destinatário para cifrar a informação. Por outro lado, se o que se deseja é a autenticidade da comunicação, ter certeza de que ela provém de determinada fonte e não foi alterada em trânsito, as chaves são aplicadas no sentido inverso ao da confidencialidade: o emissor utiliza sua chave privada para cifrar a informação. Nessas circunstâncias, é possível assegurar a autoria e a autenticidade da informação, pois a mensagem codificada pela chave privada do emissor somente pode ser decifrada com a chave pública desse mesmo emissor.

Não há qualquer segredo no algoritmo empregado para criptografar as mensagens: todo o sistema de criptografia se baseia na segurança da chave privada e, com relação a criptografia assimétrica, na impossibilidade técnica de que computadores consigam deduzir uma chave privada a partir de uma chave pública, ou vice-versa.

Surge aqui, porém, uma discussão em relação a qual deveria ser o papel do Direito quando o sigilo de uma comunicação ilícita e inviolável não em razão da lei, mas por força de ferramentas tecnológicas. Tomando como caminho a experiência legislativa e jurisprudencial estrangeira aponta dois caminhos bastante distintos: a obrigatoriedade de o indivíduo entregar sua chave privada ou senhas em determinadas circunstâncias, sob pena de sofrer certas penalidades, ou a manutenção de sua liberdade de não divulgar sua chave privada ou suas senhas, bem como de não permitir o acesso ao conteúdo de dispositivos de armazenamento de dados protegidos por criptografia, em razão do direito de não produzir provas contra si mesmo.

No Reino Unido, promulgou-se lei que define como crime recusar-se a fornecer senhas ou chaves privadas necessárias para ter acesso a dados eletrônicos criptografados²⁰⁵, toda vez que, sem essa chave, os dados não possam ser prontamente acessados ou lidos de forma

²⁰⁵ REINO UNIDO, Regulation of Investigatory Powers Act 2000, Parte III, intitulada “Investigation of electronic data protected by encryption etc.”

inteligível. Essa necessidade de acesso pode ser invocada somente em três oportunidades: a) interesses de segurança nacional; b) para o propósito de prevenir ou detectar crimes; e c) por interesses de bem-estar econômico.

A pena prevista é de cinco anos de prisão para casos que envolvam a segurança nacional e dois anos de prisão para quaisquer outros casos. A lei somente pode ser aplicada a dados existentes ou armazenados em servidores ou em equipamentos localizados no Reino Unido. A Corte de Apelações do Reino Unido asseverou que há uma distinção entre a produção compulsória de documentos, ou outros materiais que existam independentemente da vontade do acusado, e eventuais declarações que ele tenha que fazer sob coerção, observando que não há ofensa ao direito de permanecer em silêncio e de não se auto incriminar na primeira hipótese.

Em sentido diferente, nos Estados Unidos, decidiu-se que um indivíduo não pode ser obrigado a revelar sua senha ou, mesmo sem informá-la, remover as proteções criptográficas existentes em seu computador para facilitar uma investigação criminal, sob pena de violação da Quinta Emenda da Constituição norte-americana, que proíbe ao indivíduo servir de testemunha contra si mesmo²⁰⁶.

No caso em concreto, o réu teve seu computador inspecionado quando cruzava a fronteira do Canadá para os Estados Unidos; seu computador estava ligado nesse momento e o conteúdo foi rapidamente verificado, constatando-se visualmente a existência de supostas imagens de pornografia infantil. Posteriormente, uma cópia-espelho do disco rígido foi feita pela perícia técnica, mas não era mais possível acessar o conteúdo nele armazenado, vez que as informações do aparelho estavam criptografadas.

O réu se recusou a fornecer aos agentes governamentais a senha que permitiria acessar o conteúdo do computador. Na oportunidade, entendeu que o ato de digitar a senha no computador implicitamente revela que o réu conhece essa senha e que tem controle sobre os arquivos desse computador, sendo equivalente a perguntar, em depoimento pessoal, se o réu

²⁰⁶ ESTADOS UNIDOS, Constituição, 5ª emenda, com a seguinte redação: “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denuncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização”.

conhece essa senha, o que o colocaria em uma situação difícil: incriminar-se ou mentir sob juramento.

Destacou, ainda, que a senha era uma informação existente apenas na mente do réu, representando, portanto, uma prova de natureza testemunhal, e não um documento físico. Por esses motivos, deliberou que o réu não poderia ser compelido a fornecer a senha, nem ser forçado a permitir o acesso ao conteúdo *laptop* por outras formas.

Transpondo tais questões para o Brasil, em razão do disposto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição da República Federativa Brasileira e no artigo 186 e parágrafo único do Código de Processo Penal, bem como em inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal consagrando o direito de permanecer calado e de não produzir prova contra si mesmo, resta claro que o indivíduo não pode ser compelido a fornecer sua chave privada ou quaisquer outras senhas, sendo papel do Estado buscar a quebra desse sigilo das maneiras que se fizerem possíveis²⁰⁷.

Outra maneira para garantir a privacidade, é que os usuários utilizem servidores *proxy* que anonimiza a conexão, que funcionam ao fazer computador do usuário se conectar a Internet por meio de um provedor de acesso local e, posteriormente, conecta-se a um servidor *proxy* que pode estar localizado em qualquer parte do mundo. Com isso, o computador do usuário passa a utilizar o endereço IP desse servidor e não o endereço IP de sua conexão local. A partir de então, o tráfego desse usuário é enviado primeiramente ao servidor *proxy* e, em seguida, ao computador do usuário.

O ponto relevante é que esses serviços visualizam somente o endereço IP do servidor *proxy*, e não o endereço IP da conexão local, dificultando ou impossibilitando o rastreamento desse usuário, se nenhum registro dessas atividades for feito. Note-se que, em tese, o responsável pelo servidor *proxy* tem os mesmos deveres de outros provedores de serviços de Internet, notadamente com relação ao registro dos dados de conexão de seus usuários.

Nada há de ilícito no oferecimento de um servidor *proxy* ou na utilização de anonimizações: há inúmeros motivos que justificam sua utilização, tais como acessar informações que estão bloqueadas em determinado território, exercer a liberdade de

²⁰⁷ BRASIL, Decreto-lei 3.689 de 3 de outubro 1941: “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

manifestação de pensamento em serviços fora do alcance da censura de um governo, impedir a identificação de hábitos de navegação do usuário, vinculados a um determinado endereço IP ou a uma localização geográfica especificada.

Ocorre, porém, que anonimato e privacidade não se confundem, porém, tal obviedade nem sempre é percebida pelo usuário da Internet. Um exemplo é o programa de computador Tor²⁰⁸ que possibilita ao indivíduo utilizar a Internet de modo anônimo. Tal software age por meio de uma rede de computadores que dividem o tráfego do usuário entre si antes de enviá-lo ao seu destino, em um processo de redirecionamento em camadas sucessivas, conhecidas como “*onion routing*”. As comunicações efetuadas entre os computadores são criptografadas dentro da rede Tor, mas o tráfego que sai dessa rede é aberto a fim de chegar a seu destino final.

O problema, porém, é que o preço pago por esse anonimato e a exposição do tráfego a agentes completamente desconhecidos: ao utilizar a rede Tor e outras ferramentas similares, é impossível saber quem controla os computadores que criptografam essas comunicações e com que intenções. É por isso que as fraudes *online* não se limitam a explorar falhas em sistemas informáticos²⁰⁹ mas principalmente do elo mais fraco de toda a corrente de segurança: o usuário.

4.2.2 O *habeas data* e suas limitações

O *Habeas Data*, por vezes vinculado à proteção de dados pessoais, pode em muito contribuir para uma efetivação do direito ao esquecimento quando possibilita a retirada de circulação dados que se pretende esquecer seja por conta de suas imprecisões, sejam por conta da distância temporal em que foram confeccionadas. Grande parte dos procedimentos de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais no âmbito da Internet ocorre em decorrência de uma relação de consumo entre um provedor de serviços e um usuário.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu artigo 43 e respectivos parágrafos, que 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, destacando que os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos,

²⁰⁸ Tor Project, disponível em <http://www.torproject.org>, acesso em 12/02/2020.

²⁰⁹ MITNICK, Kevin D. e SIMON, William L. **The art of intrusion: the real stories behind the exploits of hackers, intruders & deceivers**. Indianapolis: Wiley, 2005.p.15.

estabelecendo ainda que a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele, facultando-lhe ainda, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.²¹⁰

O *caput* do artigo 43 faz referência ao artigo 86 que, em sua redação proposta, previa expressamente a aplicação do *habeas data* a tutela dos direitos e interesses dos consumidores. O artigo, no entanto, foi vetado pela Presidência da República²¹¹, pois se entendeu que o *habeas data* deveria ter aplicação restrita a defesa de direitos subjetivos públicos, não podendo tutelar direitos privados do consumidor.

O veto, porém, não prosperou vez que a redação original do art. 43, §4º, foi mantida viabilizando, assim, a aplicação do art. 5º, LXXII, da CRFB/88, que estabelece que o *habeas data* será concedido em duas hipóteses: i) para assegurar o conhecimento de informações relativas a pessoa do impetrante, constantes de registros públicos ou banco de dados de entidades governamentais ou de *caráter público*; ii) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

O *habeas data* é, portanto, figura como mecanismo de tutela à disposição do usuário de Internet que, quando participante de relação de consumo, pretenda fazer valer seu direito de acessar os registros existentes em bancos de dados e em cadastros de consumo²¹², bem como retificar ou apagar registros errôneos e complementar registros insuficientes ou incompletos. A

²¹⁰ Cf. BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, art. 43, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º.

²¹¹ Cf. a mensagem de veto n. 664, de 11 de setembro de 1990: “As ações de mandado de segurança e de *habeas data* destinam-se, por sua natureza, a defesa de direitos subjetivos públicos e tem, portanto, por objetivo precípuo os atos de agentes do Poder Público. Por isso, a sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com sua índole constitucional. Os artigos vetados, assim, contrariam as disposições dos incisos LXXI e LXXII do art. 5º da Carta Magna”.

²¹² Em termos técnicos, cadastro representa a relação de informações sobre determinada pessoa ou empresa, criada por alguém para ser consultada posteriormente, enquanto banco de dados é o acervo estruturado de registros contendo tais dados organizado e manipulado por meio de programas de computador.

No Código de Defesa do Consumidor as expressões adquirem outro significado: o arquivo de consumo é gênero do qual os bancos de dados e os cadastros de consumo são espécies. Caso as informações são ou podem ser transmitidas a terceiros, ou não forem de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositaria das informações, serão consideradas um banco de dados, equiparado a entidade de caráter público. Se os dados são de uso exclusivo de quem os registrou, sem qualquer compartilhamento com terceiros, serão denominados cadastro de consumo. Sobre o assunto, consultar: EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35-36. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 2007, p. 431-436.

utilização do *habeas data*, porém, está diretamente relacionada a existência de uma pretensão resistida, com substrato na recusa prévia do mantenedor do cadastro em responder ao pedido de acesso, retificação ou complementação das informações, seja de forma explícita ou implícita, tal como nos casos de omissão ou atraso injustificado.

A Súmula 2 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que:

*“não cabe habeas data (art.5º, letra “a”; CRFB) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa. Da mesma forma, o art. 8º da Lei n. 9.507/97 estabelece como requisito da petição inicial da ação de habeas data a prova: i) a recusa ao acesso as informações ou decurso de mais de dez dias sem decisão; ii) a recusa em fazer-se a retificação ou decurso de mais de quinze dias sem decisão; ou iii) a recusa em fazer-se a anotação a que se refere o §2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão. Vale notar que a jurisprudência consolidou o entendimento de que a medida processual adequada para a obtenção de informações existentes em arquivos de consumo é o habeas data e não a ação de exibição de documentos.”*²¹³

Os bancos de dados e cadastros de consumidores, apesar da criação de mecanismos para a tutela do consumidor, têm pouca efetividade diante da realidade fática vez que o cidadão dificilmente consegue exercer algum controle sobre as suas informações pessoais registradas em inúmeros “dossiês digitais”²¹⁴. É preciso compreender que os problemas relativos à coleta e ao uso de informações armazenadas em bancos de dados e cadastros de consumo são distintos daqueles relacionados as práticas de vigilância governamental.

A metáfora de uma sociedade de controle encontrada na obra de George Orwell, não é bastante para compreender essas questões vez que possui como escopo os danos causados pela vigilância a inibição de comportamentos e o controle social. Aqui os danos são realizados por conta do amplo processamento de informações através de seu armazenamento, utilização e análise.

²¹³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n.70011410560, julgado em 5 de maio de 2005.

²¹⁴ SOLOVE, Daniel J. **The digital person: technology and privacy in the information age**. Nova York: New York University Press, 2004, p. 13-26.

O “*Big Brother*” representa o poder autoritário centralizado que anseia pelo controle absoluto. Os dossiês digitais construídos pelas detentoras dos dados não são controlados por um poder central, e seu objetivo não é oprimir, mas estimular o e determinar o consumo. O maior dos problemas dossiês digitais é propiciar, por meio da compilação de dados que outrora estavam esparsos, a criação de perfis completos de consumidores e a prática de *dataveillance*, definida como “o sistemático uso de sistemas de dados pessoais na investigação ou monitoramento das ações ou comunicações de uma ou mais pessoas”.²¹⁵

O problema é que o processo burocrático e descontrolado, e o uso de informações tem efeitos palpáveis, haja vista que os dossiês digitais são utilizados por empresas e governos para definir políticas acerca dos indivíduos. O risco de o consumidor ser considerado incapaz de contratar ou de honrar seus compromissos, com base em meros fragmentos de informações, é enorme.

E nesse contexto que se percebe a palpável insuficiência da tutela prevista no Código de Defesa do Consumidor para lidar com os problemas trazidos pelos dossiês digitais. A possibilidade de um consumidor impetrar *habeas data* com essa finalidade também esbarra em uma série de dificuldades práticas, processuais e econômicas. Na grande maioria das oportunidades, o consumidor sequer tem a informação de que houve abertura de cadastro em seu nome, notadamente quando se trata do registro de informações de uso restrito do fornecedor que não são divulgadas a terceiros.

O consumidor deve primeiramente solicitar providências a respeito de seus registros- acesso, retificação ou complementação – a quem mantém o banco de dados ou o cadastro. Em seguida, somente é possível a impetração de *habeas data* se houver recusa ou demora injustificada no atendimento dessa solicitação, e tranquilamente pode se notar que alguns usuários sequer saberão efetuar tal solicitação por conta própria, residindo aqui a necessidade de auxílio de terceiros para o simples exercício do seu direito de conhecer, retificar ou complementar os dados existentes em tais cadastros.

Ainda nessa jornada dificultada, o consumidor que intenta impetrar *Habeas Data* enfrentará os custos inerentes a uma ação judicial. O processo administrativo para acesso à informações, retificação de dados e anotação de justificção quanto a e a ação judicial de *habeas*

²¹⁵ CLARKE, Roger. **Information technology and dataveillance**. In: Communications ACM, 31, 5 (May 1988), p. 498-512.

data, são gratuitos, nos termos do art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal e do art. 21 da Lei n.9.507/97. A despeito disso, esta gratuidade abarca somente o pagamento das despesas processuais e tal procedimento não pode ser exercido sem a contratação de advogado, o que por si só representa um tremendo fator de desestímulo para a sua propositura, em razão dos custos dos honorários advocatícios.

Esse problema poderia ser minimizado se o profissional contratado pelo consumidor aceitasse trabalhar em troca do recebimento das verbas decorrentes dos ônus da sucumbência, porem há controvérsia sobre o seu cabimento nas ações judiciais de *habeas data*. Há decisões de tribunais estaduais que entendem que, por conta da aplicação do princípio da sucumbência, é cabível a condenação. Por outro lado, o entendimento dos tribunais superiores se situa em sentido contrário, afastando a condenação nos ônus da sucumbência em tais hipóteses,²¹⁶ por aplicação extensiva da Súmula 105 do STJ 559 e da Súmula 512 do STF²¹⁷.

Além disso, o art. 20, I, *f*, da Lei n. 9.507/97 estabelece a competência genérica do juiz estadual para julgamento do *habeas data* quando não for caso do pedido ser conhecido pelos tribunais. Porém, em razão da qualidade do procedimento, a propositura de *habeas data* não é admitida nos Juizados Especiais, como se vê, o consumidor que tiver seu pedido de acesso, retificação ou complementação de informações rejeitado pelo mantenedor do cadastro de consumo dificilmente ingressara com ação judicial de *habeas data*, em razão de todos esses empecilhos.

De qualquer forma, a análise feita pela doutrina e pela jurisprudência em relação aos bancos de dados e cadastros de consumo parte de premissas antiquadas, longe da sociedade da hiperinformação, de que instituições públicas e privadas que coletam dados pessoais devem ser compelidas a tratá-los adequadamente, respeitando ao máximo a privacidade dos indivíduos cujos dados são registrados, sob pena de responsabilidade civil e criminal, conforme o caso. No entanto, os diversos mecanismos de tutela previstos no Código de Defesa do Consumidor não são eficientes no que diz respeito a utilização e a divulgação indevida de dados pessoais coletados por um determinado fornecedor, ou a sua utilização para fins diversos daqueles originalmente previstos.

²¹⁶ Súmula 105 do STJ: Na ação de mandado de segurança não se admite a condenação em honorários advocatícios.

²¹⁷ Súmula 512 do STF: Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança

4.2.3 Retenção de dados cadastrais e de conexão dos usuários

Tal tema figura como um dos mais controversos vez que tange questões deveras sensíveis como o respeito da privacidade do usuário na Internet e a retenção de dados cadastrais e de conexão por parte de provedores de serviços, procedimentos que seriam necessários para a investigação de atos ilícitos cometidos por meio da Rede e tutela dos direitos das vítimas. A arquitetura original da Internet não impõe aos usuários nenhum mecanismo de autenticação prévia, o que permite, na ausência de implementação de arquiteturas de controle com esse objetivo, a utilização anônima da Rede.

Quando se debate o tema, aportava-se a insipiência vez que não havia normas brasileiras ou estrangeiras explícitas que estabeleciam o dever de retenção desses dados por parte de intermediários *online*. Os dados cadastrais são informações pessoais fornecidas pelo usuário ao provedor de serviços, tais como nome, endereço, números de documentos pessoais ou empresariais e demais informações necessárias a instalação, funcionamento e cobrança dos serviços. Os dados de conexão são os endereços IP utilizados durante o acesso à Internet, bem como outras informações relativas ao uso da Rede, tais como datas e horários de *login* e *logout*, nome de usuário utilizado, e demais informações técnicas que tenham por objetivo identificar o usuário.²¹⁸

Em 2006, a União Europeia adotou a Diretiva n. 2006/24/CE,576 estabelecendo os padrões mínimos a serem implementadas pelos Estados-membros relativos a conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis, ou de redes públicas de comunicações, englobando as comunicações realizadas por meio da Internet e as comunicações telefônicas.

A Diretiva define dados como os “dados de tráfego e os dados de localização, bem como os dados conexos necessários para identificar o assinante ou o usuário”²¹⁹, estabelecendo que os Estados-Membros devem conservar diversas categorias de dados, de acordo com o meio de comunicação utilizado, a fim de garantir a disponibilidade desses dados para efeitos de investigação, detecção e repressão de crimes, tal como definidos no direito nacional de cada Estado-Membro.

²¹⁸ LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 91-97.

²¹⁹ UNIAO EUROPEIA, Diretiva 2006/24/CE, art. 2o. Note-se que a redação original da Diretiva em português fala em “utilizador”, cujo sinônimo no Brasil é “usuário”.

Assim sendo, com relação a Internet, a Diretiva impõe aos Estados- Membros o dever de retenção de diversos tipos de dados, tais como de identificação do usuário e o número de telefone atribuídos a qualquer comunicação que entre na rede telefônica pública, o nome e o endereço do assinante ou do usuário registrado, a quem o endereço do protocolo IP, o código de identificação de usuário, ou o número de telefone estavam atribuídos no momento da comunicação e muitos outros, arrolados na parte introdutória da Diretiva.²²⁰

Além disso, os Estados-Membros devem assegurar que essas categorias de dados referidos sejam conservadas por períodos não inferiores a seis meses e não superior a dois anos, no máximo, a contar da data da comunicação.

Em território nacional, no Estado de São Paulo promulgou-se a Lei nº 12.228, conhecida como “lei das *lan houses*”, que atribuía responsabilidade aos estabelecimentos comerciais instalados no Estado de São Paulo, obrigando-as a criar e manter cadastro atualizado de seus usuários, contendo nome completo, data de nascimento, endereço completo, telefone e número de documento de identidade.

Estabeleceu também que o responsável pelo estabelecimento deverá exigir dos usuários a exibição de documento de identidade no ato de seu cadastramento e sempre que forem fazer uso de computador, registrando a hora inicial e final de cada acesso, com a identificação do usuário e do equipamento por ele utilizado.

As informações obtidas deveriam ser mantidas por, no mínimo, 60 (sessenta) meses, sendo facultado o armazenamento em meio eletrônico, com a observação de que o fornecimento dos dados cadastrais e demais informações só pode ser feito mediante ordem ou autorização judicial, sendo vedada a divulgação desses dados e informações se não houver expressa autorização do usuário.

A liberdade de expressão e sigilo das comunicações são pressupostos básicos e os usuários de serviços de telecomunicações e de Internet tem direito de usufruir de garantia de que sua própria privacidade e liberdade de expressão tuteladas, porém, tal garantia não é absoluta, e deve ceder ocasionalmente a outros imperativos legítimos, tais como a prevenção de crimes ou a proteção dos direitos e liberdades. É, portanto, dever do legislador confeccionar estrutura hábil a conciliar as diversas reivindicações que competem por proteção neste contexto.

²²⁰ UNIAO EUROPEIA, Diretiva 2006/24/CE, art. 1º, 2, e art. 5º, 2.

Necessário destacar que a retenção de dados cadastrais e de conexão não implica nem se confunde com a interceptação do conteúdo das comunicações exaradas pelos usuários. Distinguir quebra de sigilo de dados cadastrais e de conexão da interceptação ou monitoramento de informações transmitidas pela Internet é muito importante, ponderando que o sigilo dos dados cadastrais e de conexão de um usuário decorre de seu direito à privacidade e, como tal não é absoluto, sendo protegido pelo inciso X do art. 5º da CRFB/88. Enquanto o sigilo da transmissão de dados via Internet está protegido pelo inciso XII do art. 5º da Constituição Federal.

Percebe-se que a retenção de dados cadastrais e de conexão é efetivamente necessária para a tutela do direito das vítimas de atos ilícitos cometidos por meio da Rede e não representa violação da privacidade dos usuários, vez que realizada exclusivamente para esses fins.

Assim adverte Tércio Sampaio Ferraz Junior:

*“a quebra de senhas por força de coação legal ou a possibilidade de armazenamento (público ou privado) de dados devem estar restritas a objetivos claros e expressos, em função dos quais são instaurados a quebra ou o armazenamento”.*²²¹

Tal reconhecimento é pacificado vez que a jurisprudência reiteradamente vislumbra essa necessidade, autorizando provedores de serviços a fornecer judicialmente esses dados as vítimas.

Adoção de tais medidas facilitaria no sentido de acelerar o processo custoso identificação de quem posta o conteúdo que deveria ser esquecido. Atuando tanto no auxílio da identificação primária de quem é o responsável pela manutenção dos arquivos no ambiente digital quanto em uma responsabilização secundária, que ocorreria em caso de descumprimento de ordem judicial ou em decorrência de uma replicação não autorizada do que deveria ser retirado da Internet, por terceiro alheio a relação vez que o upload e dispersão de dados na sociedade digital é facilitado e encontra possibilidades infinitas.

²²¹ FERRAZ, Tércio Sampaio. **A liberdade como autonomia recíproca de acesso a informação**, in *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*, Marco Aurélio Greco e Ives Gandra da Silva Martins (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 246.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante foi oportunizado no curso desta dissertação, por meio da revisão bibliográfica, da análise da legislação europeia, estadunidense e nacional, apresentando pontualmente alguns casos paradigmáticos. Foram traçadas importantes conclusões a respeito do instituto, abarcando pontos necessários à sua compreensão, tais como o âmbito de proteção, a natureza jurídica, a estrutura e eficácia do direito ao esquecimento, tendo este trabalho pretendido expor progressivamente os elementos que viabilizaram encontrar as respostas lançadas nos últimos capítulos de seu desenvolvimento.

No capítulo 01 apresenta a evolução tecnológica e comunicativa no mundo e o surgimento e consolidação do direito ao esquecimento. No primeiro momento, traçou um breve histórico que circunscreveu a comunicação humana, partindo da arte rupestre até chegar ao mundo digital. Partindo desse campo, começa a enveredar diretamente na sociedade digital, apontando a convergência das múltiplas tecnologias em um palco unificado que desemboca na Internet das Coisas.

Abordando a sociedade da informação e sua conceituação juntamente com a ideia de aldeia global para, enfim, traçar um panorama do surgimento do direito ao esquecimento colacionando suas aparições no exterior, primeiro abordando sua existência na França, depois no caso mais paradigmático, que acontece na Alemanha com o Caso Lebach I e II, culminando nas muito recentes Diretivas europeias (48/1995/CE e Lex 679//2019) a fim de demonstrar sua evolução na história e no calibre teórico. Do estudo da Diretiva 95/46/CE foram identificados dispositivos que fundamentam o direito ao esquecimento e que harmonizam as colisões que possam, porventura, acontecer. Por outro lado, há previsão expressa desse direito tão somente no Regulamento Geral Europeu para Proteção de Dados Pessoais, que vinculará diretamente os Estados-membro da comunidade europeia (sem a necessidade de serem adotadas leis nacionais de transposição).

No Regulamento Geral, além da disciplina expressa do direito ao esquecimento, são feitos melhores equacionamento acerca da sua natural colisão com as liberdades de expressão, mas sem esgotar a liberdade de conformação do intérprete²²², vinculando a interpretação jurídica à literalidade do enunciado normativo ou apenas aos elementos intrínsecos da lei, bem

²²² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

como condicionam o sentido da interpretação à intenção do legislador, uma teoria típica dá já vencida concepção de que o direito se resume a um sistema de regras.

No capítulo 02 aborda os direitos fundamentais inseridos no ambiente digitalizado, abordado a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa, que propicia uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de grande importância para a análise do direito ao esquecimento, vez que as discussões tangenciam em vários aspectos. Após, trabalha o direito à privacidade, trazendo aqui as facetas necessárias ao entendimento do instituto na atualidade, quais sejam a proteção e controle de dados pessoais.

Ao final do capítulo entra no instituto do direito ao esquecimento em si, abordando temas correlatos tais como a indelebilidade de dados pessoais na sociedade de informação, a necessidade neuropsicológica de se esquecer, abordando com certo viés filosófico as questões atinentes ao tempo e memória e, apresentando ainda mais ao encerramento da divisão, o direito de ser esquecido como corolário da dignidade da pessoa humana e reconhecimento dos direitos da personalidade. A partir dos modos de exercício declarados nos clássicos e contemporâneos casos de reconhecimento desse direito fundamental, identifica que o direito a ser esquecido alberga as prerrogativas de impedir a divulgação de um fato ou realidade do passado do titular, de apagar dados pessoais tratados por outrem e de exigir a observância de uma visão prospectiva ou atualizada a respeito da pessoa em causa. Foi verificado ainda que, além de ser um direito da personalidade, o âmbito de proteção do direito ao esquecimento, tal qual se retirou dos já reconhecidos modos de exercício, está compreendido no suporte fático de consagrados direitos da personalidade, podendo ser definido como uma perspectiva (ou um direito) bem definida da intimidade da vida privada, honra objetiva, crédito e identidade pessoal, porém marcada pela ausência de contemporaneidade entre o fato ou realidade e sua divulgação ou exibição. Como aqueles direitos da personalidade, o direito ao esquecimento também admite a limitação voluntária, o consentimento com a violação e até a conformação interna de seu conteúdo pelo titular.

No capítulo 03 aborda o direito ao esquecimento na ordem constitucional e infraconstitucional no Brasil, traçando os seus passos na Carta Maior nacional e, após, visitando as legislações infraconstitucionais. Aborda sua aparição no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil, no direito penal e processual penal, no Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados, importantíssimos diplomas para sustentação do instituto estudado. Ainda nesta divisão, abordou o histórico de legislação apta a regulamentar a internet no Brasil e análise dos casos que envolvam o direito ao esquecimento nos tribunais superiores,

relembrando os emblemáticos casos de Aida Curi e da Chacina da Candelária, que tiveram tutelas judiciais diametralmente opostas.

No último capítulo, a intenção caminha no sentido de apontar possíveis critérios harmonizados com a Constituição no intuito de aplicar o direito ao esquecimento na sociedade da hiperinformação. No encerrar do capítulo aponta os possíveis instrumentos processuais e extraprocessuais possíveis para a efetivação do direito ao esquecimento.

Ao decorrer do texto fica clarificado que a Internet é um ambiente destituído de fraqueza de memória e não conhece o perdão dos erros pretéritos de quem quer que seja, vez que consiste em um depositário informacional infinito, atemporal e imperecível. Assim sendo, figura como um ambiente de incontável reiteração do sofrimento e da dor causada por qualquer aspecto do passado, desde desvios de condutas moralmente necessárias ou até o cometimento de crimes, o mundo digital simplesmente não oferece a possibilidade de esquecimento alheio nem de esquecimento pessoal.

E é por nesta observação que assenta no direito ao esquecimento a sua manifestação mais nobre e necessária nos tempos atuais. Consoante afirma a Constituição em seu artigo 5º, III, ninguém pode ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e, na sociedade da informação, essa tortura pode vir pelo viés psicológico, ao ter veiculado um erro do passado por inúmeras vezes e como se este fosse recente. O direito ao esquecimento traz consigo a esperança de um recomeço social, apresenta ao cidadão que errou, que cometeu um crime ou que somente quer seguir sua vida adiante, uma folha em branco na qual ele poderá escrever aqui que pretende.

Quando da aplicação deste instituto, há a real possibilidade do apagamento dos julgamentos morais pretéritos, mitigação dos danos psicológicos que vinha sofrendo e a criação de uma nova perspectiva na decoração de sua memória pessoal tão ou mais importante que o julgamento alheio das condutas pessoais do postulante. Por suposto, conferir a aplicação do direito ao esquecimento implica em propiciar um constante, complexo e amplo debate acerca dos valores constitucionais que se encontram na arena. Há de ocorrer, sem dúvidas, a ocorrência de colisão principiológica acentuada vez que em cena sempre estarão o direito à privacidade e do controle de dados pessoais, o direito à honra e imagem, contrapondo-se com a liberdade de expressão, o direito a autonomia informacional e o direito à informação.

Assim sendo, necessário que se faça uma reflexão apurada, tendo em vista todos os contornos pertencentes a sociedade da informação, sobre qual direito deverá ser colocada como mais importante e qual será preterido em um debate, utilizando-se do sopesamento. Por exemplo, quando as informações que se pretendem “apagar” ou esquecer, utilizando-se do

direito ao esquecimento, possuem uma maior relevância, como dados públicos nacionais, dados históricos, ou abordarem fatos de relevância nacional, ainda que estes rememorem sentimentos ruins às pessoas envolvidas na situação, não é possível que se intente em aplicar o instituto, vez que a relevância informacional possui maior importância que o sofrimento individual.

Quando há a veiculação de determinados fatos, é importante frisar que não basta que estes sejam revestidos de veracidade informativa (cumpra ressaltar que a veracidade é um termo que se obtém a partir de um único observador) para que se destina a divulgação. Cobra-se, para além disso, que a divulgação não se destine meramente a atender à morbididade curiosa e ociosa do público, mas que constitua elemento útil e fundamental para que o indivíduo consumidor da informação possa vir a construir um saber correto, se orientando e orientando a sociedade em que se vive e relaciona, portanto, informações ainda que verídicas, porém, banhadas na futilidade estão a mercê do seu apagamento, tendo em vista a necessidade de preservação de memórias.

Destarte, sempre haveremos de aquilatar o interesse público, manifestado no dever informativo com o desgaste emocional, psicológico e social do cidadão que é retratado. Ao garantir um juízo de proporcionalidade estrita como método de ponderação dos valores fundamentais em colisão. Como outrora mencionado, os clássicos métodos de resolução de antinomias e os cânones tradicionais da interpretação jurídica, por si só, não são eficientes a solucionar os problemas enfrentados neste trabalho. O motivo disso é facilmente perceptível vez que a textura aberta do conteúdo dos direitos fundamentais, que possuem estrutura normativa de princípio, são dotados de grande carga axiológica e natural imprecisão conceitual, além do fato de estarem inseridos em um mesmo plano normativo hierárquico.

Assim sendo, a resposta não pode ser vislumbrada por meio da utilização de formalismo jurídico ou de um interpretativismo, haja vista que tais teorias já se mostraram incapazes de solucionar *hard cases* tais quais apresentadas ao decorrer do texto, pois em seus radares não há aptidão para decidir acerca de casos de colisão de princípios sem regras de solução pré-existentes. Entendendo que a apreensão dos direitos fundamentais transborda a análise do sistema jurídico ensimesmada, devendo necessariamente dialogar com o contexto sócio-político-econômico e com os valores que os subjazem.

Não deve se incorrer, por outra perspectiva, a um movimento oscilante para, ao sair da ineficiência do formalismo, aterrissar em um pragmatismo excessivo. Quando se tem vistas a uma concepção instrumentalista, por exemplo, o pragmatismo erra ao desprender-se do plano jurídico e focar no grau de utilidade da decisão, o que justificaria conclusões que optem pelo

total sacrifício desproporcional e desarrazoado de direitos fundamentais com o objetivo de satisfazer finalidades coletivas.

Por outro lado, não se deve incorrer em um movimento pendular para, saindo da ineficiência do formalismo, adotar um excessivo pragmatismo. Numa concepção instrumentalista, o pragmatismo peca por desprender-se do plano jurídico e focar-se demasiado no grau de utilidade da decisão, o que justifica conclusões que sacrifiquem desproporcional e não razoavelmente direitos fundamentais como meio de satisfazer finalidades coletivas. Destarte, encontramos-nos diante da insuficiência de controlabilidade de conclusões sobre problemas de princípios, aqui inclusos os direitos fundamentais, sendo essencial de aderir a um método confiável que, ainda que de maneira pequena, controle os atos e medidas dos poderes constituídos sobre esses direitos, dada a importância vital dos bens jurídicos que venha a proteger.

É, portanto, fundamental que se aproxime da melhor conclusão diante das possibilidades postas, o que poderá exigir a confecção de pontes entre do direito com a teoria jurídica e a realidade que se pauta como pano de fundo. Com a tendência da constitucionalização dos diversos ramos do direito e ampliação do caráter normativo dos princípios, surge uma nova concepção do local a que pertence o direito no mundo, o qual deve ser o moderador das teorias jurídicas mais radicalizadas a fim de aproximar os tensionamentos teóricos existentes, cujas bases não admitem uma compreensão excludente de regras e princípios, que tornem invisíveis o sistema jurídico como uma prática social complexa, composta por fatos, valores e normas, que não leve em conta as consequências das soluções avançadas; que não conceba a interpretação jurídica como atividade conformadora do direito; e que, sobretudo, desconsidere a necessidade de justificação racional das decisões prolatadas.

Assim, a atividade interpretativa não estará automaticamente legitimada simplesmente por conta de argumentos de autoridade, sendo necessário explicitar a argumentação utilizada em sua justificação, apresentando a razão prática aplicada. Com isso haverá sempre, ainda, que aquilatar o interesse público com o desgaste material e emocional para o retratado, num juízo de proporcionalidade estrita, para se definir a validade da exposição ou a necessidade de esquecimento do fato.

Devemos ater a novos questionamentos que surgem com a evolução do pensamento jurídico e se fazem necessários, nos atendo ao questionamento crítico da utilização do instituto, revivido pela complexidade elevada conferida pela nova realidade social. Na persecução desse

objetivo o intérprete deverá sempre encaminhar seu raciocínio ao ordenamento jurídico, buscando a transcendência da argumentação aplicada, evitando a interpretação casuística considerando os efeitos práticos de suas conclusões.

Atendendo a essas exigências, se constitui como o mais efetivo meio de controle dos atos e medidas dos poderes públicos que versem sobre os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade. Figura como meio adequado a harmonizar institutos de natureza distinta em rota de colisão, sendo apresentado como valioso instrumento inclinado ao devido processo legal substantivo e à justiça uma máxima decorrente da própria natureza dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida fático e juridicamente possível.

Partindo para a aplicabilidade do direito ao esquecimento, existem formas para combater informações inverídicas propiciadas pela legislação pátria que são menos lesivas que o apagamento de informações, como o direito a resposta a ser aplicado observando o caso concreto. No entanto, há de se sensibilizar para questões que tem sua lesividade incrementada por conta da utilização da rede mundial de computadores e que necessitam de um combate instantâneo, nos quais a resposta com a correta informação sequer mitiga os danos, que podem viralizar em grupos de *Whatsapp*, *Facebook* e *Twitter*.

O reconhecimento do instituto no Superior Tribunal de Justiça traz fôlego acadêmico e operacional, porém, sua utilização de forma aleatória e sem o devido crivo que possibilita a deturpação e conseqüente enfraquecimento e pertinência do necessário direito. Exemplo disso é que o Brasil lidera o *ranking* de pedidos para a remoção de *links* perante o Google, sendo preciso analisar mais coesamente do que é, de fato, o direito conclamado e como se aplica em nosso cotidiano, impedindo a ocorrência de uma aplicação irresponsável, que acabaria por retirar a força do instituto, banalizando seu sentido e tornando uma palavra abstrata, proclamada aos quatro cantos.

É necessário que haja uma mudança de cultura para entender que não é para todo e qualquer caso que envolva dados incômodos que é preciso recorrermos ao apagamento destes como forma de garantir nossa privacidade, nossa mentalidade e nossa percepção identitária, sendo preciso propiciar mais diálogo e maturidade dos meios de informação. Desta forma, uma sociedade mais crítica e consciente seria formatada, trazendo consigo uma dose maior de humanidade no trato sociodigital, acarretando num melhor manejo das tecnologias digitais e, conseqüentemente, num maior resguardo da dignidade da pessoa humana.

Uma vez que a tecnologia converteu a exceção em regra (ao tornar impossível se esquecer) o direito ao esquecimento é o remédio hábil a propiciar uma normalidade que outrora possível. Não há como apontar um caminho que seja infalível, porém, há de se testar o que pode ser feito e, observando os critérios elencados, tais como a relevância dos dados, o grau de danos propiciados pela veiculação das informações, a saída se encontra mais perto do postulado na Constituição brasileira e da observação das necessidades da tutela humana, da plenitude da possibilidade de desenvolvimento humano e do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos sociodigitais.

Em um puro exercício de futurologia, pode até ser que a frente vivamos em uma sociedade em que se determinado cidadão possua uma condenação judicial ou tenha contra si a veiculação de dados moralmente condenáveis não sejam lidos como uma mancha em sua imagem pessoal ou do imaginário social. Porém, esta não é a realidade e está longe de o ser e, nos atendo a ela, devemos prestigiar o direito ao esquecimento como medida necessária e suficiente para a reconstrução de uma vida perante a sociedade e a reconstrução da própria memória, possibilitando um afresco pessoal que permita nos esquecer de tudo aquilo que de algum modo nos aflija.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBATE, Janet. **Inventing the internet**. Cambridge: The MIT Press, 1999; Hafner, Katie; LYON, Matthew. **Where wizards stay up late: the origins of the internet**. Nova York: Touchstone, 1998.

ABELSON, Hal, LEDEEN, Ken, LEWIS, Harry. **Blown to bits: your life, liberty and happiness after the digital explosion**. Boston: Addison-Wesley/Pearson Education, 2008.

ADONI, H. and H. Nossek. **‘The New Media Consumers: Media Convergence and the Displacement Effect’**, European Journal of Communication Research, 26 (1): 59–83, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALMEIDA, Carlos Sanchez. **Ciberdelitos y ciberderechos: corren malos tiempos**. Disponibilizado em: http://www2.noticiasdot.com/publicaciones/2004/0604/1606/noticias1606004/ciberdelitos_ciberderechos_buffete-almeida.pdf

AGRE, Philip E. **Computation and human experience**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

_____, ROTENBERG, Marc (Ed.). **Technology and privacy: the new landscape**. Cambridge: MIT Press, 1997.

ANDRADE, Pedro Less. **La censura previa nunca es un buen modelo**. in El Blog Oficial de Google para America Latina, 8 de outubro de 2008, disponível em: <http://googleamericalatinablog.blogspot.com/2008/10/la-censura-previa-nunca-es-un-buen.html>

ARATA JUNIOR, Seiiti. **Regulação pela definição de padrões tecnológicos na governança da Internet. Dissertação (Mestrado)** – Faculdade de Direito. Sao Paulo: Universidade de Sao Paulo 2006.

AKDENIZ, Yaman. **To link or not to link: problems with World Wide Web links on the internet.** International Review of Law, Computers and Technology, v. 11, n. 2, 1997.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
 Arterton, Christopher F. **Teledemocracy: Can Technology Protect Democracy?** Newbury Park, CA: Sage, 1987.

ARTIERÈS, Philippe; DUBY, Georges (orgs.). **História da vida privada.** São Paulo: Companhia das Letras, 1991, v. 3.

_____, Philippe. **Arquivar a própria vida. Estudos Históricos.** Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, 1998.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **A sociedade da informação. Direito da sociedade da informação.** Coimbra: Coimbra Editores, 1999. Volumes I a VIII.

_____, José de Oliveira. **Criminalidade informática, in Direito da sociedade da informação,** v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____, José de Oliveira. **Teoria Geral do Direito Civil.** Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1995;

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho.** Primera edición, México D.F: UNAM, 2005.

ATKINS, Bruce T. **Trading secrets in the information age: can trade secret law survive the internet?** 1996 U. Ill. L. Rev., n. 1.151, 1996.

AUGUSTO, Regina. **O “grande irmão” e a privacidade.** Revista Meio & Mensagem, p.6, 28 out. 2001.

BADDELEY, Alan. **Human Memory: Theory and Practice.** rev. ed. Hove: Psychology Press. 2003. BALADI, Joe. **Building castles made of glass: security on the internet.** U. Ark. Little Rock L. J., v. 21, n. 251, 1999.

BALDWIN, T., McVoy, D. and Steinfield, C. **Convergence: Integrating Media, Information and Communication.** Thousand Oaks, CA: Sage, 1996.

BANNON, L.J. **‘Computer-mediated communication’**, in D.A. Norman and S. Draper (eds), User Centered System Design: New Perspectives on Human – Computer Interaction. Hillsdale, NJ: Erlbaum, 1986.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Biografias e liberdade de expressão: critérios para a publicação de histórias de vida**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão entre direitos fundamentais e critérios ponderação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARKER, Colin. **25 billion connected devices by 2020 to build the internet of things**. ZDNet, 11 nov. 2014. Disponível em: <https://www.zdnet.com/article/25-billion-connected-devices-by-2020-to-build-the-internet-of-things/>, acesso em 12/09/2019.

BARNES, Jonatan. **On memory in the complete Works of Aristotle**, Volume I. Estados Unidos da América: Princeton University Press, 1995.

BARNETT, Stephen R. **The right to one's own image: Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain**. in American Journal of Comparative Law, v. 47. 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

_____, Zygmunt. **Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos - e outras baixas colaterais da modernidade líquida**. In. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

_____, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BELL, Gordon; GEMMELL, Jim. **O futuro da memória**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor, p. 70-151** In: **Ação civil pública: (lei 7.347-85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação)**. Coordenador: Édis Milaré ; colaboradores: Ada Pellegrini Grinover ... [et al.]; Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

_____, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 2007.

BENDICH, Albert M. **Privacy, poverty and the constitution, report for the conference on the law of the poor**. University of California at Berkeley, 1966.

BENTHAM, Jeremy. “**Panopticon (Preface)**,” in **The Panopticon Writings**. Miran Bozovic, ed. 29–95. London: Verso. 1995.

BERG, Tom. “**Remembering Every Day of Your Life.**” *The Orange County Register* (April 25, 2008): Life Section.

BIEGEL, Stuart. **New directions in cyberspace law**. L. A. & S. F. Daily Journals, 1996/97.

_____, Stuart. **Beyond our control? Confronting the limits of our legal system in the age of cyberspace**. Cambridge: MIT Press, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1.

_____, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 9 ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1997.

_____, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros 1992.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil--Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro; Renovar, 2003.

BROWN, J.S. and Duguid, P. **The Social Life of Information**. Boston, MA: Harvard Business School Press, 2000.

BOYLE, James. **Shamans, Software & Spleens: Law and the Construction of the Information Society**. Cambridge: Harvard University Press, 1996

BRYAN, C., Tsagarousianou, R. and Tambini, D. “**Electronic democracy and the civic networking movement in context**”, in R. Tsagarousianou, D. Tambini and C. Bryan, **Cyberdemocracy, Technology, Cities and Civic Networks**. London/ New York: Routledge, 1998.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Revista Civilística, ano 2, n. 3. Disponível em: <http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento>.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional** – São Paulo: Saraiva, 2007.

BUNNIN, Nicholas; TSUI-JAMES, E. P. **Compêndio de Filosofia**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BURKERT, Herbert. Privacy – Data Protection – **A German/European Perspective**, in **Governance of global networks in the light of differing local values**. Christoph Engel/Kenneth Keller (ed.). Baden-Baden: Nomos, 2000.

CARDOSO, Gustavo; GOMES, Maria do Carmo; CARDOSO, Tânia. **Tempus Fugit o Tempo na Sociedade em Rede**. In **Sociedade da Informação o Percorso Português**. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Direito à Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTELLANO, Pere Simón. **The Right to be Forgotten under European Law: Constitutional Debate**. Lex Electronica, vol 16.1, Winter 2012.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____, Manuel. **The Informational City: Information Technology, Economic Restructuring, and the Urban–Regional Process**. Oxford: Blackwell, 1989.

_____, Manuel. **European cities, the informational society and the global economy**. New Left Review, 204: 18–32, 1994.

_____, Manuel. **The Information Age: Economy, Society and Culture. Vol. I: The Rise of the Network Society**. Oxford: Blackwell, 1996.

_____, Manuel. **The Information Age: Economy, Society and Culture. Vol. II: The Power of Identity.** Oxford: Blackwell, 1997.

_____, Manuel. **The Information Age: Economy, Society and Culture. Vol. III: End of Millennium.** Oxford: Blackwell, 1998.

_____, Manuel. **Materials for an exploratory theory of the network society.** British Journal of Sociology, 51 (1): 5–24, 2000.

_____, Manuel. **The Internet Galaxy, Reflections on the Internet, Business and Society.** Oxford, New York: Oxford University Press, 2001.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e do STJ comentados.** Manaus: Dizer o Direito, 2014.

CAVALCANTI, José Carlos. **The new ABC of ICTs (analytics + big data + cloud computing): a complex trade off between IT and CT costs.** In: MARTINS, Jorge Tiago; MOLNAR, Andreea (Org.). **Handbook of research on innovation in information retrieval, analysis and management.** Hershey: IGI Global, 2016.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Coimbra.: Almedina, 2012.

CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1991.
CINQUENTA ANOS DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CASTRO, Catarina Sarmento. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais.** Coimbra: Almedina, 2005.

CAUPERS, João. **Talvez seja tempo de ponderar a inclusão, no texto constitucional, entre os direitos, liberdades e garantias, do direito ao esquecimento** (2014). Universidade Nova Lisboa. Disponível em: https://www.fd.unl.pt/conteudos_tipo.asp?Tipo=76.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 104, n. 952, p. 85-119.

CHIN, Andrew. **Making the World Wide Web safe for democracy: a medium specific First Amendment analysis.** Hastings Comm. & Ent. L. J., v. 19, n. 309, 1997.

CHUN, Wendy Hui Kyong. **Control and freedom: power and paranoia in the age of fiber optics**. Cambridge: The MIT Press, 2006.

COHEN, Julie E. **A right to read anonymously: a closer look at copyright management in cyberspace**. Conn. L. Rev., v. 28, n. 981, 1996.

_____, Julie E. **Some reflections on copyright management systems and laws designed to protect them**. Berkeley Tech. L. J., v. 12, n. 161, 1997.

_____, Julie E. **Lochner in cyberspace: the new economic orthodoxy of “rights management”**. Mich. L. Rev., v. 97, n. 462, 1998.

_____, Julie E. **Cyberspace and privacy: a new legal paradigm? Examined lives: informational privacy and the subject as object**. Stan. L. Rev., v. 52, n. 1.373, 2000a.

_____, Julie E. **Taking stock: the law and economics of intellectual property rights: copyright and the perfect curve**. Vand. L. Rev., v. 53, n. 1.799, 2000b.

CLARKE, Roger. **Information technology and dataveillance**. In: Communications ACM, 31, 5 (May 1988).

COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract**. Chicago: Callaghan and Company, 1879.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português. Parte geral**. Coimbra: Almedina, 2007. t. I.

COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento na internet: a Scarlet Letter digital**. Direito e mídia. Coord. Anderson Schreiber. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito à informação ou deveres de proteção informativa do Estado?** in SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.

_____, Adriano de. **Il diritto alla riservatezza esiste**. In: Foro Italiano, IV, 1954.

DA SILVA, José Afonso; **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros Editores, São Paulo – SP, 2005.

DORDICK, H. and Wang, G. **The Information Society: A Retrospective View**. Newbury Park, CA, London, New Delhi: Sage, 1993.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade a proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, Rene Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DRUMMOND, Victor. **Internet, privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DIAS, Bruno. **A Nova Sociedade e as Ferramentas do Sistema**. In **Sociedade da Informação o Percurso Português**. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 2. v.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDWARD SHILS. **Privacy. Its constitution and vicissitudes**. In: **Law and contemporary problems**. 2/1966.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

_____. **Liberdade de expressão e comunicação. Teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Teorie dell'agire comunicativo**. Bologna: Il Mulino, 1997.

HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HAYDEN, Patrick. **The Philosophy of Human Rights**. Estados Unidos da América: Paragon House, 2001.

FEDERAL ALEMÃO. Livre Desenvolvimento da Personalidade. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**, disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67231/69841.

_____, Tercio Sampaio. **A liberdade como autonomia recíproca de acesso a informação, in *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada***, Marco Aurélio Greco e Ives Gandra da Silva Martins (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001,

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRANCA, Rubens Limongi. **Institutos de proteção a personalidade**. In Revista dos Tribunais 391/20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____, Rubens Limongi. **Aplicação do direito positivo**. in *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva. 1977. 7 v.

_____, Rubens Limongi. **O direito, a lei e a jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____, Rubens Limongi. **Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais**. in *Revista do Advogado*, n. 38, dez. 1992.

_____, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 8. ed. atualizada por Antônio de Sant'Anna Limongi. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FREDETTE, John. **The promise and peril of hyperconnectivity for organizations and societies**. In: **The global information technology report 2012: living in a hyperconnected world**. Genebra: Insead; World Economic Forum, 2012.

FROOMKIN, A. Michael. **The metaphor is the key: cryptography, the clipper chip, and the Constitution.** University of Pennsylvania Law Review, v. 143, n. 709, 1995.

_____, A. Michael. **Regulation and computing and information technology: flood control on the information ocean: living with anonymity, digital cash, and distributed databases.** U. Pittsburgh J. Law & Com., v. 15, n. 395, 1996b.

_____, A. Michael. **The death of privacy?** Stan. L. Rev., v. 52, n. 1.461, 2000a.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg a internet.** São Paulo: Record, 2001.

GANDY, Oscar H. **The Panoptic Sort: A Political Economy of Personal Information.** Boulder, CO: Westview. 1993.

GARFINKEL, Simson. **Database Nation: The Death of Privacy in the 21st Century.** Sebastopol, CA: O'Reilly. 2000.

GAUDIN, Sharon. **“Total Recall: Storing Every Life Memory in a Surrogate Brain.”** Computerworld (April 2, 2008).

GILLETTE, Clayton. **“Reputation and Intermediaries in Electronic Commerce.”** Louisiana Law Review 62 (2002).

GERE, Charlie. **Digital Culture.** London: Reaktion Books, 2002.

GORE, Al. **The Assault on Reason.** USA: Penguin Press, 2007.

GHEZZI, Alessia; PEREIRA, Ângela Guimarães; VESNIC-ALUJEVIC, Lucia. **The Ethics of Memory in a Digital Age – Interrogating the right to be forgotten.** Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2014.

GOLDSMITH, Jack L. **Against cyberanarchy,** in 65 University of Chicago Law Review, Fall 1998.

_____, WU, Tim. **Who controls the Internet? Illusions of a borderless world.** Nova York: Oxford University Press, 2006.

GRASSEGGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. **The data that turned the world upside down.** Disponível em <https://publicpolicy.stanford.edu/news/data-turned-world-upside-down>, acesso em 12/09/2019.

GRECO, Rogério. **Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade**. in Temas Atuais do Ministério Público. 4 ed. Salvador: Jus Podvm, 2013.

GRISWOLD, Charles L. **Forgiveness: A Philosophical Exploration**. New York: Cambridge University Press. 2007.

GROSS, Hyman. **The concept of privacy**. 43 New York University Law Review, 1967

HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HOBBSAWN, Eric J. **A Era das Revoluções: 1789-1848**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1982.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

KANT, 1993 *apud* PACHECO, A.M.P. **Há um retorno do pensamento retribucionista?** Sobre a (des)conformidade entre teoria da pena, política punitiva e legitimação. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 84. maio/2010.

KATZ, J.E. and Rice, R.E. **Social Consequences of Internet Use, Access, Involvement, and Interaction**. Cambridge MA, London: The MIT Press, 2002.

KHOURI, Paulo R. **O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 89, set/2010.

KIESLER, Sara. **Culture o f the internet**. Erlbaum, 1996.

LANE, Julia. **Privacy, big data and the public good: frameworks for engagement**. Nova York: Cambridge University Press, 2014.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Sociedade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

_____, Ronaldo. **Legal position on the right to be forgotten**. Disponível em: <https://itsrio.org/en/publicacoes/legal-position-on-the-right-to-be-forgotten>, acesso em 12/02/2020.

_____, Ronaldo. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **Marco Civil da Internet: construção e aplicação**. Juiz de Fora: Editar, 2016.

LEONARDI, Marcel. **Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo – Saraiva, 2011.

_____, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet** – Belo Horizonte, MG – Editora Juarez de Oliveira, 2005.

LESSIG, Lawrence. **The path of cyberlaw**. Yale L. J., v. 104, n. 1.743, 1995.

_____, Lawrence. **The zones of cyberspace**. Stanford Law Review, v. 48, n. 1.403, 1996b.

_____, Lawrence. **The law of the horse: what cyberlaw might teach**. Harvard Law Review, v. 113, n. 501, 1999b.

_____, Lawrence. **Cyberspace and privacy: a new legal paradigm?** Stan. L. Rev., v. 52, n. 987, 2000.

_____, Lawrence. **The future of ideas: the fate of the commons in a connected world**. [S.l.]: Random House, 2001.

_____, Lawrence. **Free culture**. Penguin, 2004.

_____, Lawrence; RESNICK, Paul. **Zoning speech on the internet: a legal & technical model**. Mich. L. Rev., v. 98, n. 395, 1999.

LEVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: Ed. 34, 1998.

_____, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. 2. ed. 6. reimpressão. São Paulo: Editora 34, 2007.

LEWICKI, Bruno. **Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada**. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, v. 7, n. 27, p. 211-219, jul./set. 2006.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 103, n. 946, p. 77-109, 2014.

LISBOA, Roberto Senise. **A inviolabilidade de correspondência na internet**. In: LUCCA, Newton De e SIMÃO FILHO, Adalberto (coords). **Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas recuperações na realidade**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2016.

LINDON, Raymond. **Une création prétorienne: Les droits de la Personnalité**. Paris: Dalloz, 1974.

LONGHI, João Victor Rozatti. **Marco Civil da Internet no Brasil: Breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores.** In: **Direito digital: direito privado e internet.** / Allan Rocha de Souza...[et al.]; organizado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi. – 2. ed. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

LUCCA, Newton De e SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.) e outros. **Direito & internet vol. II-aspectos jurídicos relevantes.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação.** Tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Editora Paulus, 2005.

LYON, David. **Surveillance Society: Monitoring Everyday Life.** Buckingham/ Philadelphia: Open University Press, 2001.

MACEDO, Manuel Lopes Rocha; MACEDO, Mario. **Direito no ciberespaco.** Lisboa: Cosmos, 1996.

MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet.** 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Sociedade da informação e promoção à pessoa empoderamento humano na concretude de novos direitos fundamentais.** Revista de Direito do Consumidor - vol. 96/2014. p. 225 – 257. Nov – Dez 2014.

MAGALHÃES, Luís T. **O Desafio de Hoje Para Sociedade da Informação.** In **Sociedade da Informação o Percorso Português.** Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre criptografia.** São Paulo: Forense, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Generational Development of Data Protection in Europe.** In: **Technology and Privacy: The New Landscape,** Phil Agre and Marc Rotenberg, eds. 219–41. Cambridge, MA: MIT Press. 1997.

_____, Viktor. **Internet Privacy: The Internet and Privacy Legislation: Cookies for a Treat?** Computer Law & Securities Report 14 (1998).

_____, Viktor. **Beyond Copyright: Managing Information Rights with DRM.** Denver University Law Review 84 (2006).

_____, Viktor. **Delete. The virtue of Forgetting in the Digital Age.** Princeton University Press, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública.** 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira - **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

MITNICK, Kevin D. e SIMON, William L. **The art of intrusion: the real stories behind the exploits of hackers, intruders & deceivers.** Indianapolis: Wiley, 2005.

MILLER, Arthur R. **The assault on privacy.** Ann Arbor: University of Michigan, 1971.

MOREIRA, José Manoel. **Ética e Sociedade da Informação e Conhecimento.** In Sociedade da Informação o Percorso Português. Lisboa: Edições Sílabo, 2007

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NIETZSCHE, Friedrich. **Segunda Consideração Intempestiva: Sobre a utilidade e a desvantagem da história para a vida.** Traduzido por Marco Antonio Casanova; Editora Relume Dumará; Rio de Janeiro; 2014.

O'ROURKE, Maureen A. **Fencing cyberspace: drawing borders in a virtual world.** Minn. L. Rev., v. 82, n. 609, 1998.

_____, Maureen A. **Evaluating mistakes in intellectual property law: configuring the system to account for imperfection.** J. Small & Emerging Bus. L., v. 4, n. 167, 2000a.

_____, Maureen A. **Shaping competition on the internet: who owns product and pricing information?** Vand. L. Rev., v. 53, n. 1.965, 2000b.

ORWELL, George, **1984**; Tradução: Luiz Carlos Carneiro de Paula; Editora Bibliex Biblioteca do Exército; Rio de Janeiro – RJ; 1ª Edição, p.13.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**, Rio de Janeiro – 1958 – Ministério da Justiça/ Serviço de Documentação.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital** – 4.ed. ver, atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIRÓS, Eça de. **A cidade e as serras**. São Paulo. Ática. Série Bom Livro, 1901.

RIJMENAM, Mark Van. **Why the 3 V's are not sufficient to describe big data**. Datafloq, ago. 2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>.

_____. **Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento-culpa-erros-humanos>.

_____. **Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>.

_____. **Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>.

_____. **Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>.

_____. **Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha (parte 2)**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-28/direito-comparado-direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha> .

_____. **Direito a ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados.** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-04/direito-deixado-paz-esquecido-apagar-dados>.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância- a privacidade hoje.** Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____, Stefano. **Tecnologie e diritti.** Il Mulino, Bologna: 1995.

RODRIGUES, Georgete Medleg; OLIVEIRA, Eliane Braga de. **Memória e esquecimento no mundo virtual: os mesmos fios tecendo uma nova trama?** Liinc em revista, v.11, n.1, 2015.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005

ROTHFELDER, J. **Privacy for Sale.** New York: Simon and Schuster, 1992.

ROSSATO, Luciano Alves; LEPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: lei 8.069/1990 - artigo por artigo.** 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RYAN, Johnny. **A history of the internet and the digital future.** Londres: Reaktion Books, 2010.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio; **Direito Constitucional: comentários à Constituição de 1946,** 2 volumes, São Paulo - SP, Max Limonad.

SAMUELSON, Pamela. **“Privacy as Intellectual Property?”** Stanford Law Review 52 (2000).

SÁNCHEZ GIL, Rubén. **El Principio de Proporcionalidad.** Primera edición. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira.** Parecer. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09>.

SCHOEMAN, Ferdinand. **Privacy: philosophical dimensions of the literature. Philosophical dimensions of privacy: an anthology.** Cambridge: Cambridge University Press, 1984. p.14.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHWARTZ, Paul M. **“Beyond Lessig’s Code for Internet Privacy: Cyberspace Filters, Privacy Control, and Fair Information Practices.”** Wisconsin Law Review (2000): 743–88.

_____, Paul M. **“Property, Privacy, and Personal Data.”** Harvard Law Review 117 (2004): 2056–128.

_____, Paul. SOLOVE, Daniel J. **Information privacy: statutes and regulations**. 2008–2009. New York: Aspen Publishers. 2008.

SELTZER, William and Margo Anderson. **“The Dark Side of Numbers: The Role of Population Data Systems in Human Rights Abuses.”** Social Re-search 68 (2001): 481–513.

SHAPIRO, Andrew L. **The control revolution: how the internet is putting individuals in charge and changing the world we know**. Public Affairs, 1999.

SILVEIRA, Luís Novais Lingnau da. **O Direito à Proteção de Dados Pessoais**. In **Sociedade da Informação o Percorso Português**. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Sociedade da informação e seu lineamento jurídico**. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

SLOBOGIN, Christopher. **Public privacy: camera surveillance of public places and the right to anonymity**. Mississippi Law Journal, v. 72, 2002.

SOLOVE, Daniel J., **The digital person: technology and privacy in the information age**. New York City, NY – New York University Press, 2004 — manufactured in the United States of America.

_____, Daniel J., **The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the Internet**. New York City, NY – New York University Press, 2007 – manufactured in the United States of America.

TAVARES DA SILVA, Suzana. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

TAKAHASHI, Tadao (Org.). **Sociedade da informacao no Brasil: livro verde**. Brasília: Ministerio da Ciencia e Tecnologia, 2000.

THIBES, Mariana Zanata. **Orkut: o público, o privado e o íntimo na era das novas tecnologias da**

informação. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-12072010-135357/pt-br.php>.

TOFFLER, Alvin; **Future Shock**; A Bantam Book / published by arrangement with Random House, July 1970, New York, N.Y.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** New York: Verso, 1996.

U. KARPEN. **Freedom of expression**, in U. Karpen (ed.), The Constitution of the Federal Republic of Germany, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, – versão ebook.

VAIDHYANATHAN, Siva. **The googlization of everything (and why should we worry).** Berkeley: University of California Press, 2011.

VAN DIJK, Jan A.G.M. **‘Communication networks and modernization’**, *Communication Research*, 20 (3): 384–407, 1993.

_____. **The mental challenge of the new media**, *Medienpsychologie*, 1: 20–45, 1993.

_____. **The reality of virtual communities**, *Trends in Communication*, 1: 39–63, 1997.

_____. **Universal Service from the Perspective of Consumers and Citizens.** Report to the Information Society Forum. Brussels: European Commission/ISPO, 1997.

_____. **The one-dimensional network society of Manuel Castells**, *New Media and Society*, 1 (1): 127–38, 1999.

_____. **The network society: social aspects of new media.** 2. ed. London: SAGE, 2006.

VEIGA, Rosanie Martins da. **Direito Autoral — Jurisprudência.** Rio de Janeiro: Esplanada, 2000.

VELLOSO, Fernando de Castro. 8.ed. **Informática : conceitos básicos.** Fernando de Castro Velloso. - 8.ed. - Rio de Janeiro : Elsevier, 2011.

VERÍSSIMO, Paulo Esteves. **Sociedade da Informação, Sociedade (in)Segura?.** In *Sociedade da Informação o Percuro Portugues*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007

VOLOKH, Eugene. **Cheap speech and what it will do.** *Yale L. J.*, v. 104, n. 1.805, 1995.

_____. **Freedom of speech in cyberspace from the listener's perspective: private speech restrictions, libel, state action, harassment, and sex.** 1996 U. Chi. Legal Forum, n. 377, 1996a.

_____. **Law and computers: computer media for the legal profession.** Mich. L. Rev., v. 94, n. 2.058, 1996b.

_____. **Freedom of speech, shielding children, and transcending balancing.** 1997 Supreme Court Review, 1997.

_____. **Cyberspace and privacy: a new legal paradigm? Freedom of speech and information privacy: the troubling implications of a right to stop people from speaking about you.** Stan. L. Rev., v. 52, n. 1.049, 2000a.

WARREN Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The right to privacy.** 4 Harvard Law Review 193, 1890.

WEBER, Thadeu. **Ética, direitos fundamentais e obediência à Constituição.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WESTIN, Alan F. **Privacy and Freedom.** New York: Atheneum. 1967. WHITAKER, Reg. **The End of Privacy.** New York: The New Press. 1999.

WITHMAN, James Q. **The two western cultures of privacy: dignity versus liberty.** Yale Law School. Public Law & Legal Theory Research Paper Series N. 64 (2003).

ZICK, Timothy. **"Clouds, Cameras, and Computers: The First Amendment and Networked Public Places."** Florida Law Review 59 (2007).

ZITTRAIN, Jonathan. **The rise and fall of sysopdom.** Harvard Journal of Law and Technology, v. 10, n. 495, 1997.

_____. **The un-Microsoft un-remedy: law can prevent the problem that it can't patch later.** Connecticut Law Review, 1999b.

_____. **What the publisher can teach the patient: intellectual property and privacy in an era of trusted privication.** Stanford L. Rev., v. 52, n. 1.201, 2000.

_____. **The Future of the Internet and How to Stop It.** New Haven: Yale University Press. 2008.

ZORRINHO, Carlos. **Sociedade da Informação, Coesão e Competitividade**. In Sociedade da Informação o Percuro Português. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

ZUCCHI, Maria Cristina. **O sigilo profissional do advogado. O segredo do segredo e a realidade pública da cibernética**. in *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (coords.). Bauru: Edipro, 2000.