

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Gabriel Lima Giambastiani

DIREITO AO ESQUECIMENTO: MEMÓRIA E DIGNIDADE EM UM MUNDO  
QUE DESAPRENDEU A ESQUECER

Porto Alegre  
2016

Gabriel Lima Giambastiani

Direito ao Esquecimento: Memória e Dignidade em um Mundo que Desaprendeu a Esquecer

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do Prof. Fabiano Menke, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais desta Universidade.

Porto Alegre  
2016

Gabriel Lima Giambastiani

Direito ao Esquecimento: Memória e Dignidade em um Mundo que Desaprendeu a Esquecer

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do Prof. Fabiano Menke, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais desta Universidade.

Aprovado em 15 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Fabiano Menke

---

Professor Luis Renato Ferreira da Silva

---

Professor Gerson Luiz Carlos Branco

Porto Alegre  
2016

## AGRADECIMENTOS

*In my younger and more vulnerable years my father gave me some advice that I've been turning over in my mind ever since. "Whenever you feel like criticizing any one," he told me, "just remember that all the people in this world haven't had the advantages that you've had".*

*F. Scott Fitzgerald – The Great Gatsby<sup>1</sup>*

Tive pais amorosos, amigos queridos, professores inteligentes e, ainda cedo, encontrei alguém para dividir meu tempo neste mundo. Sem precisar pensar muito a respeito, posso me considerar parte daquele grupo a quem se costuma chamar de pessoas de sorte. Tal arranjo das circunstâncias sempre me deixou com a impressão de que recebi mais da vida do que dei em troca; e, a partir dessa tomada de consciência, tudo o que fiz foram tentativas para diminuir a assimetria dessa balança. Este trabalho não é uma exceção.

Agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul e às pessoas que a tornam possível, este foi o local que ajudou a moldar e aprofundar meu pensamento. Agradeço ao meu orientador, prof. Fabiano Menke, que me deu liberdade para desenvolver meu tema e engrandeceu este trabalho com seus conhecimentos que, em muito, superam os meus. Agradeço aos meus colegas, que tornaram esta jornada mais agradável. Sua amizade, junto com o que aprendi, são o patrimônio que levo deste curso. Obrigado, Anna, por nestes cinco anos ter acreditado mais em mim do que eu mesmo e mais do que seria possível esperar de alguém: tu é a minha maior sorte e eu te amo.

---

<sup>1</sup> Quando eu era mais jovem e mais vulnerável, meu pai me deu um conselho que tenho revirado em minha cabeça desde então. "Sempre que tiver vontade de criticar alguém" ele me disse, "lembre-se que nem todas as pessoas neste mundo tiveram as vantagens que você teve".

F. Scott Fitzgerald - O Grande Gatsby (tradução livre)

À Anna.

## RESUMO

Embora não se trate de uma preocupação recente, o atual estágio de desenvolvimento da tecnologia da informação trouxe novo interesse ao embate entre "liberdade de expressão e direito à informação" e "direitos da personalidade", sobretudo em sua roupagem mais nova: o direito ao esquecimento. São examinadas as origens desse conflito na cultura jurídica, casos destacados na doutrina, assim como os avanços sociais que o colocaram – novamente – na ordem do dia. Por fim, é apresentado um retrato do momento atual da discussão sobre o direito ao esquecimento no Brasil: sua compatibilidade com as normas constitucionais, a interpretação dos tribunais superiores, seu reconhecimento no plano infraconstitucional e as iniciativas legislativas para colocar o país no mesmo nível de proteção de países desenvolvidos. Ainda que seja possível identificar o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, sua discussão no país é muito limitada uma vez que as decisões excluem a Internet do seu âmbito de apreciação e a legislação existente ainda coloca entraves ao exercício do direito.

**Palavras-chave:** direito ao esquecimento, direitos da personalidade, direito à informação, proteção de dados, princípios constitucionais.

## **ABSTRACT**

Though not a new-found issue, the current stage of information technology has brought a renovated interest to the clash between both "freedom of expression and right to information" and the "rights of personality", especially in its newest form: the right to be forgotten. The origins of the conflict in the legal culture and relevant cases are discussed as well as the social developments that put it – once again – in the order of the day. Finally, it is presented a picture of the current moment of the discussion about the right to be forgotten in Brazil: its compatibility with constitutional norms, interpretation of the higher courts, its recognition in the infra constitutional law and the legislative initiatives to put the country at the same level of protection of developed countries. Although it is possible to identify the right to be forgotten in the brazilian legal system, its discussion in the country is very limited since the decisions exclude the Internet from its scope of appreciation and the existing legislation still hinders the exercise of this right.

**Keywords:** right to be forgotten, rights of personality, right to information, data protection, constitutional rights.

## LISTA DE ESQUEMAS E TABELAS

<b>Esquema 1</b>	– Critério de decisão, Caso Lebach I	.....	20
<b>Esquema 2</b>	– Critério de decisão, Caso Chacina da Candelária e Caso Aida Curi	.....	45
<b>Tabela 1</b>	– Interpretação dos mecanismos de exclusão de dados pessoais previstos na LMCI (Lei nº 12.965/2014)	.....	48

## SIGLAS E ABREVIATURAS

- (1) § - Parágrafo
- (2) §§ - Parágrafos
- (3) AEPD - Agência Espanhola de Proteção de Dados
- (4) Art. – Artigo
- (5) Arts. – Artigos
- (6) E.g. – "exempli gratia", exemplo.
- (7) Efeito Bruxelas – capacidade da UE de impor suas regras ao restante do mundo.
- (8) Efeito Streisand – efeito adverso de se chamar mais atenção para algo na tentativa de escondê-lo.
- (9) EUA - Estados Unidos da América
- (10) CC – Código Civil
- (11) CF/88 – Constituição Federal de 1988
- (12) "Digital Footprint" – rastro que as pessoas deixam ao usar a Internet. e.g.: comentários em sites.
- (13) "Frictionless Sharing" – modo de funcionamento de serviços da Internet em que o compartilhamento de informações é o padrão.
- (14) LMCI – Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)
- (15) N. – Número
- (16) P. – Página
- (17) PL – Projeto de Lei
- (18) "Revenge Porn" - ato de expor conteúdo íntimo de alguém sem o seu consentimento com intuito de se vingar daquela pessoa lhe causando constrangimento.
- (19) STF – Supremo Tribunal Federal
- (20) STJ – Superior Tribunal de Justiça
- (21) TCF - Tribunal Constitucional Federal alemão
- (22) TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia
- (23) UE - União Europeia
- (24) Vol. – Volume

## SUMÁRIO

Agradecimentos .....	4
Resumo .....	6
Abstract.....	7
Lista de Esquemas e Tabelas .....	8
Siglas e Abreviaturas .....	9
Introdução .....	11
PARTE I - Um novo direito (?)......	14
1. "The right to privacy" – Origens Dogmáticas do Direito ao Esquecimento .....	15
2. Caso Lebach (I e II).....	19
3. Internet, "la memoriosa" – "Google Espanha" x "AEPD" .....	22
4. O que mudou? A Tecnologia da Informação .....	27
PARTE II - Brasil.....	32
1. A construção de um Direito.....	33
2. STJ .....	40
2.1. REsp 1.334.097/RJ – caso Chacina da Candelária.....	40
2.2. REsp 1335153/RJ - caso Aida Curi .....	42
2.3. Critério Historicista adotado pelo STJ .....	43
3. Direito ao Esquecimento na Legislação Infraconstitucional.....	47
Conclusão .....	58
Referências .....	62

## INTRODUÇÃO

*"Historically, privacy was almost implicit, because it was hard to find and gather information. But in the digital world, whether it's digital cameras or satellites or just what you click on, we need to have more explicit rules — not just for governments but for private companies."*<sup>2</sup>

*Bill Gates – Fundador da Microsoft*

*"You have zero privacy anyway. Get over it"*<sup>3</sup>

*Scott McNealy – CEO da Sun Microsystems, janeiro de 1999*

*Os jovens de hoje podem ser obrigados no futuro a mudar seus nomes para se livrar dos rastros de suas atividades online passadas.*

*Eric Schmidt – CEO do Google, agosto de 2010*

Uma professora que perdeu o emprego por causa de uma foto na qual aparece segurando um copo de cerveja<sup>4</sup>; um cantor que é repudiado pelo público quando alguém decide vasculhar os arquivos de suas declarações em uma rede social<sup>5</sup>; um ex-detento que deseja esquecer seu passado e se reinserir na sociedade<sup>6</sup>. O que une esses três casos é a vontade de que algo que aconteceu permaneça no passado. A fascinação pelas novidades da vida contemporânea nos distrai de seus perigos, entre eles a dificuldade ou incapacidade de esquecer. Fatos, atos e declarações têm hoje um potencial de permanência impensável há apenas algumas décadas e, com ele, se revela uma nova ameaça à privacidade e à dignidade. Nesse contexto ganha força a discussão sobre o direito ao esquecimento, que consiste no direito de alguém não permitir que um fato – ainda que verdadeiro – ocorrido em determinado momento de sua vida seja exposto ao público em geral, impedindo que lhe cause mais sofrimento ou transtorno.

---

<sup>2</sup> "Historicamente, a privacidade era quase implícita, porque era difícil encontrar e reunir informação. Mas, no mundo digital, quer se trate de câmeras digitais ou satélites ou apenas o que você clica, precisamos ter regras mais explícitas - não apenas para os governos, mas para empresas privada." (tradução livre)

<sup>3</sup> "De qualquer maneira, você não tem nenhuma privacidade. Supere." (tradução livre)

<sup>4</sup> RONSON, Jon. **So You've Been Publicly Shamed**. London: Pan Macmillan, 2015.

<sup>5</sup> O passado misógino, racista e homofóbico de Biel no Twitter é ASSUSTADOR. **Huffpost Brasil**. Disponível em <[http://www.brasilpost.com.br/2016/08/02/tuites-do-biel-preconceituosos\\_n\\_11302828.html](http://www.brasilpost.com.br/2016/08/02/tuites-do-biel-preconceituosos_n_11302828.html)> (26/11/16).

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

O embate entre desenvolvimento tecnológico, liberdade de expressão e de comunicação e privacidade não é algo novo. Como será visto na primeira parte deste trabalho, a discussão remonta ao séc. XIX no seminal artigo de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis publicado em 1890 na Harvard Law Review: "The Right to Privacy". No texto, a preocupação com as novas tecnologias e a ameaça que representavam à vida privada fica evidente, tornando um precedente obrigatório para a discussão do cenário atual.

Avançando no tempo e mudando de continente, será analisado um importante precedente do Direito alemão em que o direito à informação é confrontado com o direito de ressocialização do indivíduo. O caso, e sua posterior variação, é relevante pois coloca em evidência o embate entre valores legítimos e a relevância do contexto para a existência ou não de um direito a ser esquecido. O precedente será lembrado 40 anos depois na fundamentação de decisões envolvendo casos brasileiros.

Desde o final do século XIX, quando "The Right to Privacy" foi escrito, poucas áreas do conhecimento humano experimentaram uma evolução tão contínua quanto a tecnologia da informação. A difusão da Internet nos anos 90 mudaria completamente áreas centrais das atividades de empresas, governos e pessoas comuns: trabalho, informação, comunicação, relacionamento, prestação de serviços, etc. Se hoje a maioria das pessoas usa a rede como mecanismo de busca de informações e para se comunicar, um dado que é negligenciado é seu potencial de armazenamento. De modo que – muitas vezes inconsequentemente – as próprias pessoas fornecem e registram informações que, no futuro, gostariam que tivessem permanecido privadas.

O caso mais relevante envolvendo o direito ao esquecimento e sua reapreciação frente às novas tecnologias ocorrerá na Espanha envolvendo um cidadão que tem divulgado dados sobre o seu passado e o Tribunal de Justiça da União Europeia, pela primeira vez, decide por responsabilizar um terceiro pela divulgação das informações. O caso ganha atenção internacional e coloca o direito ao esquecimento na pauta de discussões, fomenta a revisão da legislação europeia sobre proteção de dados e levanta questionamentos sobre os limites da exposição e da possibilidade de restringir o acesso a informações no século XXI.

O embate entre liberdade de expressão e de informação e privacidade, no entanto, não será encarado de maneira igual em todos os lugares. Duas grandes culturas jurídicas, a

americana e a europeia, terão visões antagônicas quanto ao que deve ser dado maior relevância. Enquanto a primeira apresenta preferência pela liberdade de expressão; a segunda, dá preferência à tutela dos interesses do indivíduo, seja nas decisões dos tribunais seja no plano legislativo criando mecanismos para a proteção da vida privada.

Na segunda parte deste trabalho, será examinado o cenário brasileiro no que diz respeito a essa discussão. O enquadramento do direito ao esquecimento dentro dos direitos da personalidade compreendidos nos arts. 11 a 20 do Código Civil que devem ser lidos através do filtro da Constituição de 1988 e os princípios e fundamentos que a conformam. É nessa perspectiva principiológica que serão examinados os casos de maior destaque, dentro do direito brasileiro. Nos julgados, fica evidente a tendência nacional a acompanhar o posicionamento europeu de proteção aos direitos do indivíduo.

Se, por um lado, a jurisprudência acompanha a tendência europeia, no plano legislativo, o Brasil está atrasado em relação aos outros países. São examinadas a lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e o avanço que representou a possibilidade de responsabilizar os prestadores de serviço de Internet em determinadas situações e a ausência de legislação específica para o tratamento dos dados pessoais, que contribui para a ausência de critérios comuns para decisões relativas ao tema. É analisado o projeto de lei de proteção de dados PL 5276/2016 e sua proximidade com o Regulamento (UE) 2016/679 da União Europeia de maio de 2016. No texto são apresentados princípios para o tratamento de dados, classes distintas de dados com diferentes graus de proteção, papéis dos agentes envolvidos na relação, responsabilidade e sanções para o descumprimento das normas propostas.

Os casos envolvendo o que ficou conhecido como direito ao esquecimento não são recentes, como não eram os casos comentados por Warren e Brandeis ao postularem o reconhecimento de um direito à privacidade. O que existe é uma nova conjuntura de fatores sociais e tecnológicos que demandam um posicionamento do Direito, uma vez que este não evolui no mesmo ritmo da tecnologia da informação e mesmo da Sociedade. Mais do que apresentar soluções, este trabalho se destina a apresentar um retrato do momento atual da discussão sobre o direito ao esquecimento. Como delinear esse direito que nasce no âmbito do Direito Penal e, em função do desenvolvimento tecnológico, extrapola essa origem e se ramifica pra outras áreas do Direito. Como estabelecer suas características, seus limites e critérios de aplicação são os objetivos desse trabalho.

## PARTE I - UM NOVO DIREITO (?)

*O que foi tornará a ser, o que foi feito se fará novamente; não há nada novo debaixo do sol. Haverá algo de que se possa dizer: "Veja! Isto é novo!"? Não! Já existiu há muito tempo, bem antes da nossa época.*

*Eclesiastes 1:9-10*

## 1. "THE RIGHT TO PRIVACY" – ORIGENS DOGMÁTICAS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

*If we pay no attention to words whatever, we may become like the isolated gentleman who invents a new perpetual-motion machine on old lines in ignorance of all previous plans, and then is surprised that it doesn't work. If we confine our attention entirely to the slang of the day [...] we get to think the world is progressing when it is only repeating itself. [I]t is only when one reads what men wrote long ago that one realizes how absolutely modern the best of the old things are.*

*Rudyard Kipling, May 1912, 'The Uses of Reading' (speech at Wellington College)*<sup>7</sup>

Em 1890, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis escrevem um artigo chamado "The Right to Privacy"<sup>8</sup> para a Harvard Law Review. Os autores afirmam que a proteção do indivíduo e da sua propriedade é um princípio tão antigo quanto a "Common Law", porém, devido às mudanças políticas, sociais e econômicas, a natureza e a extensão desse princípio devem ser revistas de tempos em tempos.

Se, em um primeiro momento, a lei garantia proteção apenas contra interferências físicas na vida e na propriedade do sujeito – "the right to life"; gradualmente, o papel da lei se expandiu, garantindo ao indivíduo o direito a aproveitar a vida sem ser perturbado – "the right to be left alone". Assim como houve a ampliação do termo "propriedade", que passou a significar tanto coisas tangíveis (e.g.: uma casa) como intangíveis (e.g.: "trademarks"). No final do século XIX, os autores demonstram preocupação com a difusão de novas tecnologias:

---

<sup>7</sup> Se não prestarmos atenção às palavras, podemos nos tornar como o cavalheiro isolado que inventa uma nova máquina de movimento perpétuo, ignorando todos os planos anteriores, e depois se surpreende que ela não funciona. **Se limitarmos nossa atenção inteiramente ao que é novidade, [...] chegamos a pensar que o mundo está progredindo quando está apenas se repetindo.** É só quando se lê o que os homens escreveram há muito tempo que se percebe como são absolutamente modernas as melhores das antiguidades. Rudyard Kipling, maio 1912, Os Usos da Leitura (discurso na faculdade de Wellington) (tradução livre) (grifos meus)

<sup>8</sup> BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. "The Right to Privacy". Harvard Law Review, Cambridge, Vol. 4 n°5: 193–220, 1890. Segundo Luís Roberto Barroso, o artigo é o marco teórico da construção da dogmática dos direitos à intimidade, vida privada e da proteção das pessoas na sua individualidade. BARROSO, Luís Roberto. (abril 2004) **Colisão entre Liberdade De Expressão e Direitos Da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei De Imprensa.** Revista de Direito Privado, vol. 18, p. 105, abril 2004.

fotografias instantâneas<sup>9</sup> e jornais, e afirmam que "aquilo que é dito no "closet" é ouvido no terraço"<sup>10</sup> (tal observação nos força a imaginar qual seria a reação dos dois juristas se fossem transportados à nossa época e se deparassem com a ubiquidade dos "smartphones").

Warren e Brandeis analisam a evolução da proteção à privacidade no contexto da Common Law, que a protegem por mais de 150 anos sem que o direito fosse formulado como tal<sup>11</sup>. No início, a tutela era nos institutos de calúnia e difamação ("slander" e "libel", respectivamente)<sup>12</sup> e no direito de propriedade. Dada a natureza dos instrumentos de afronta à privacidade, há uma semelhança entre os institutos de "slander and libel" e a violação à privacidade; no entanto, enquanto aqueles estão ligados à reputação do sujeito, este não está. Não é necessário que exista ofensa à honra para sustentar um "direito à privacidade". O direito à propriedade artística e intelectual é um desdobramento do princípio da propriedade e reconhece que a pessoa pode escolher compartilhar – inclusive determinar a extensão desse compartilhamento – de seus pensamentos e sentimentos com outros. Esses institutos permitem

---

<sup>9</sup> A difusão das câmeras fotográficas no final do séc. XIX incentivou o aparecimento de muitos fotógrafos amadores – conhecidos como "kodakers" – e também o primeiro grande debate sobre a morte da privacidade. MOROZOV, Evgeny. **To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism**. New York: PublicAffairs, 2013.

<sup>10</sup> *Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops*. BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. **"The Right to Privacy"**. Harvard Law Review, Cambridge, Vol. 4 nº5: 193–220, 1890. p. 195.

"Fotografias instantâneas e jornais invadiram os recintos sagrados da vida privada e doméstica; numerosos dispositivos mecânicos ameaçam confirmar a previsão de que o que é sussurrado no armário será proclamado nos terraços." (tradução livre)

<sup>11</sup> Ibid. p. 213

<sup>12</sup> Há uma diferença entre esses institutos no modo como são tratados na "Common Law" e no Direito brasileiro. "Slander" deriva da palavra latina "scandalum" – escândalo – e significa imputar a alguém de forma não escrita algo com o intuito de prejudicar sua reputação, independente de ser crime ou não; no século XVII eram comuns casos de "slander" em que se acusava alguém de ter sífilis. No Direito brasileiro, calúnia é definida no art. 138 do CP como imputar falsamente a alguém fato definido como crime. "Libel" seria uma forma de "Slander", porém de forma escrita; as cortes começaram a admitir que a divulgação de informações de forma impressa tinha um potencial de dano maior do que na forma não impressa. A palavra deriva do latim "libellus" – pequeno livro. No século XVI, panfletos difamatórios eram conhecidos como "libelli famosi". No Direito brasileiro, difamação está definida no art. 139 do CP e constitui imputar falsamente algo ofensivo à reputação de alguém. Considerando essa distinção, a grafia será usada conforme o caso: em inglês, quando se fizer referência ao institutos da "Common Law"; em português, quando se pretender o sentido dado pelo Código Penal.

trazer maior definição ao problema, porém, são insuficientes. Como reconhecer a natureza de propriedade quando o valor está na não-publicação de algo, na tranquilidade de seu desconhecimento pelo público em geral? Se um escritor famoso tem seus manuscritos divulgados antes da publicação de um livro, é claro que sofre um prejuízo em razão da divulgação do conteúdo; agora, se é divulgado o diário de seu editor, que não tinha nenhuma intenção em publicá-lo? O prejuízo é tão evidente?

No caso *Pollard vs. Photographic Co.* (1888) um fotógrafo que tirou retratos de uma senhora foi impedido de reproduzir as imagens e vendê-las sob o argumento de que haveria ali uma quebra de contrato e de confiança; a corte justificou sua posição baseada no "direito à propriedade". O que fazer quando não há um contrato? Já na época, a evolução das máquinas fotográficas permitia que os retratos fossem tirados sem a autorização dos fotografados. As doutrinas contratualistas eram insuficientes para garantir a proteção necessária nessas situações.

A proteção da "propriedade" sob o argumento da perda da possibilidade de ganhos encontra problemas uma vez que constitui algo que dificilmente é reconhecido como "direito de propriedade"<sup>13</sup>; além disso, seria insuficiente para resolver casos em que não houvesse interesse econômico envolvido. O princípio a ser protegido, portanto, é o da "inviolabilidade da personalidade" e essa proteção não depende da forma do registro, do valor pecuniário, do esforço empreendido, ou da intenção de publicação. O direito à privacidade seria parte de um direito mais geral à imunidade da pessoa – o direito da personalidade<sup>14</sup>.

Quais seriam os limites para essa proteção? É certo que nem todas as informações merecem igual proteção, e ainda existem algumas pessoas que devido ao papel que desempenham na sociedade merecem ter essa proteção relativizada. É difícil, porém, fazer essa distinção de maneira abstrata, logo, o que os autores definem são orientações gerais que devem ser utilizadas pelos julgadores em casos concretos, as fontes dessas orientações encontram precedentes em duas leis: "law of slander and libel" e na "law of literary and artistic property":

---

<sup>13</sup> Não se considerava, na época em que o artigo foi escrito, a teoria da perda de uma chance, que seria desenvolvida no Direito francês na segunda metade do século XX.

<sup>14</sup> O termo é importante, uma vez que o moderno direito ao esquecimento será incluído no conjunto do que hoje chamamos de "direitos da personalidade".

O direito à privacidade, segundo os autores, não impede a publicação de matéria de interesse público, sendo distinta à proteção conferida à pessoa ordinária e à pessoa pública; ainda no tocante a essa última, a proteção é maior às atividades irrelevantes ao desempenho da função ou cargo do que às atividades relevantes. Também não é infringido o direito à privacidade quando se tratar de comunicação de entidades públicas ou quando o receptor da mensagem tiver motivos para não mantê-la em segredo, e.g.: perante um juiz.

Em geral, a lei não se intrometerá quando a informação for divulgada oralmente (fofoca) ou quando o autor mesmo tiver publicado ou divulgado a informação. A veracidade ou falsidade da informação é irrelevante; o que se protege é a privacidade, não o conteúdo. A falta de má-fé não pode ser alegada como matéria de defesa. Como remédios legais, os autores apontam a "ação de danos" ("action of tort for damages") – em que se admite o dano moral – e a "injunction", ou seja, possibilidade de responsabilizar criminalmente os autores da publicação. Por fim, afirmam que a "Common Law" sempre reconheceu a casa do indivíduo como seu "palácio inviolável" – em alguns casos até mesmo contra a ação do Estado. As cortes devem, então, proteger a porta da frente contra as autoridades constituídas e deixar a porta de trás escancarada para a curiosidade ociosa?

O artigo constitui um precedente importante uma vez que estabelece dois pontos relevantes. O primeiro diz respeito à falta da necessidade do reconhecimento explícito de um direito – ou de sua positivação – para que seja viável a sua proteção. Os autores demonstram que por muito tempo os tribunais protegeram a privacidade ainda que recorressem a conceitos usuais expandidos e reinterpretados para viabilizar essa proteção. Além disso, esboçam critérios de identificação do direito à privacidade que são válidos ainda hoje para a delimitação do que é razoável querer ou demandar esquecer.

Ao enfrentarem o problema, Warren e Brandeis acreditavam enfrentar um estado de coisas novo: a evolução dos meios de comunicação e das tecnologias de registro representavam uma ameaça à vida privada. Desde então, tal quadro não se modificou em suas linhas essenciais, com o agravante de que hoje os próprios indivíduos revelam uma grande quantidade de informações pessoais sem refletir sobre as consequências de tal exposição. O "direito de ser deixado sozinho" dos autores estava relacionado a invasões de privacidade e não atingia facilmente casos em que a informação havia sido propriamente fornecida mas que se tornara invasiva com o passar do tempo.

## 2. CASO LEBACH (I E II)

Um caso que é bastante comentado quando se discute direito ao esquecimento é o apresentado por Robert Alexy no livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* como "Caso Lebach"<sup>15</sup>. Em 1969, próximo à cidade de Lebach – na Alemanha –, quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão foram assassinados enquanto dormiam e as armas que guardavam, roubadas. Em 1970, houve a condenação dos criminosos a penas diversas, um deles – condenado como cúmplice – recebeu pena de 6 anos. Em 1972, a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário com o título "O Assassinato de Soldados em Lebach". Na época prevista para a exibição do documentário, o cúmplice nesse crime estava perto de ser libertado da prisão e entendia que a exibição do programa, no qual era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, ameaçaria sua ressocialização. O Tribunal Estadual rejeitou o pedido de medida cautelar para proibição do documentário e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão; inconformado, o autor ajuizou reclamação constitucional contra as decisões.

No Tribunal Constitucional Federal, a argumentação se deu em três etapas. Primeiro, se constatou uma situação de tensão entre "proteção da personalidade" e "liberdade de informar por meio de radiodifusão". Esse conflito, chamado pelo tribunal de "colisão", ocorre quando há um choque entre princípios cujos valores, em abstrato, estão em mesmo nível hierárquico. Logo, a solução do caso não ocorre pela declaração de invalidade de uma das duas normas. No entanto, as duas normas, isoladamente consideradas, levam a resultados contraditórios: (a) "proteção da personalidade" – proíbe-se a divulgação do documentário; (b) "liberdade de informar" – permite-se a divulgação do documentário. Na segunda etapa, constatado o conflito, o Tribunal sustenta a precedência geral da liberdade de informar quando se tratar de uma informação atual sobre atos criminosos. Geral, ou seja, nem toda informação atual é permitida. A decisão do caso, contudo, ocorre na terceira etapa da argumentação. Nela, o Tribunal entende que no caso a "repetição de noticiário televisivo sobre grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação, coloca em risco a ressocialização do autor", logo, a proteção da personalidade tem precedência frente à liberdade de informar; decidindo, no caso Lebach I, pela proibição da veiculação da notícia.

---

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 99 e ss.

De modo que se pode sustentar que o TCF, ao decidir pela proibição da divulgação do documentário, optou pelo critério da atualidade da notícia, que pode ser ilustrada com o seguinte esquema:

Colisão entre direito à "informação sobre atos criminosos" e "proteção à personalidade"

A informação é atual?	→	Sim	→	(em geral) prevalece o direito à informação
	→	Não	→	proteção à personalidade – ressocialização

esquema 1: critério de decisão, Caso Lebach I

Apesar de o esquema ser bastante simplificado, é importante salientar esse ponto pois o STJ irá adotar um critério semelhante para considerar ou não a existência de um direito ao esquecimento.

Além do sopesamento entre princípios, há dois pontos que merecem atenção. O primeiro diz respeito a uma impossibilidade de ordenação hierárquica abstrata entre valores. Se, por exemplo, se considerasse a primazia da proteção à personalidade sobre a liberdade de expressão em todos os casos, bastaria um mínimo de necessidade de proteção à personalidade para justificar a mais intensa restrição à liberdade de informar. Situação que configuraria, na visão de Carl Schmitt e Nicolai Hartmann, uma "tirania dos valores"<sup>16</sup>.

O segundo diz respeito ao grau de importância ou interferência de um princípio no outro, que – no caso considerando a transmissão televisiva – o tribunal alemão argumentou que constituía uma afetação muito grande no direito de proteção da personalidade fazendo menção "ao alcance das emissões de televisão", aos "efeitos do formato documentário", "ao alto grau de credibilidade que os programas de televisão tem junto ao público", "à ameaça à ressocialização do autor decorrente dessa credibilidade", "vinculação de informação após a perda da sua atualidade"<sup>17</sup>. Essas considerações são relevantes uma vez que a decisão não considera o que hoje é o vilão que foram as câmeras fotográficas no final do séc. XIX: a Internet.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>17</sup> Ibid.

Em 1996, outra emissora de televisão, a SAT 1, produziu uma série sobre crimes que entraram para a História alemã<sup>18</sup>. Dentre eles estava o ocorrido no arsenal de Lebach com o assassinato dos 4 militares. Porém, diferente do que fez a emissora ZDF, os produtores da SAT 1 mudaram os nomes dos envolvidos e suas imagens não foram exibidas. Estes questionaram a divulgação da história e o episódio ficou conhecido como caso Lebach II.

Ao revisitar o direito ao esquecimento, o Tribunal alemão negou o pedido dos autores por entender que, nessa segunda oportunidade, a gravidade da interferência na vida privada era pequena demais para justificar a restrição à liberdade de radiodifusão. Sendo que o direito geral da personalidade protege os indivíduos em situações como a de representações que distorçam ou desfigurem sua imagem ou ainda quando há risco de estigmatização e de ameaça à reintegração à sociedade. Situação enfrentada pelo tribunal no caso Lebach I nos anos 70, em que a exposição dos autores pela ZDF se dava de maneira sensacionalista e com exposição do nome e de fotografias dos envolvidos. Já, no segundo caso, os riscos à ressocialização eram mínimos uma vez que se passara trinta anos da ocorrência do fato<sup>19</sup>. Por entender dessa maneira, o acórdão rejeitou o pedido dos autores, chegando-se a uma conclusão diferente daquela do caso Lebach I.

Os casos Lebach são relevantes para análise do direito ao esquecimento no contexto brasileiro por que é justamente essa diferença de contemporaneidade da informação, de contexto, de impacto na vida dos envolvidos que o STJ irá salientar nas decisões sobre o tema: a existência de um direito ao esquecimento depende do caso e do contexto.

---

<sup>18</sup> O nome da série era "Verbrechen, die Geschichte machten", Crimes que fizeram história; o episódio em questão era o segundo: "Der Fall Lebach", O Caso Lebach.

<sup>19</sup> Crime ocorreu em 1969; acórdão é de 1999.

### 3. INTERNET, "LA MEMORIOSA" – "GOOGLE ESPANHA" X "AEPD"

*Más recuerdos tengo yo solo que los que habrán tenido todos los hombres desde que el mundo es mundo.*<sup>20</sup>

*Jorge Luis Borges – Funes el memorioso, Ficciones, 1956*

A discussão sobre direito ao esquecimento ganha novo fôlego com o caso "Google Espanha x Agência Espanhola de Proteção de Dados" em 2013. O imbróglio pode ser resumido da seguinte maneira: na Espanha em 1998, o jornal La Vanguardia publicou uma notícia sobre a execução de dívida previdenciária envolvendo Mario Costeja Gonzáles. Mesmo após o pagamento da dívida, o mecanismo de busca do Google exibia a notícia quando se procurava pelo nome de Gonzáles. Em 2009, o ex-devedor requere, sem sucesso, ao jornal que este retifique a informação. Após a negativa do jornal, Gonzáles solicita diretamente ao Google Espanha que exclua a página de seus resultados de busca. A unidade espanhola responde que os resultados das buscas são gerenciados pela matriz, nos EUA. Gonzáles apresenta representação à Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) que solicita que o Google Espanha exclua a informação relativa ao antigo devedor de seus resultados de busca mas rejeita a queixa contra o jornal La Vanguardia alegando que o conteúdo foi publicado legalmente. O Google Espanha não atende ao pedido da AEPD e requere à "Audiência Nacional de Espanha", que remete o caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em 2014 – antes da aprovação do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados, que viria a substituir a Diretiva 95/46/CE e incluir o direito ao esquecimento – se decidiu que todo o cidadão da comunidade europeia já tinha uma espécie de direito ao esquecimento, pelo menos desde 1995. A decisão causou surpresa por que em junho de 2013, o advogado-geral, Niilo Jääskinen, havia emitido um parecer<sup>21</sup> pela não responsabilização do Google e contra o direito ao esquecimento no caso em questão. No parecer, o advogado-geral alega que a

<sup>20</sup> "Eu só tenho mais lembranças do que todos os homens tiveram desde o início do mundo." (tradução livre)

<sup>21</sup> Conclusões do advogado-geral Niilo Jääskinen apresentadas em 25 de junho de 2013 ECLI:EU:C:2013:424. Disponível em português em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=473958>> (15/11/16).

atividade exercida pelo buscador é apenas de localização, indexação, armazenamento temporário e exibição de conteúdo publicado na Internet por terceiros, portanto não pode ser considerado responsável pelo tratamento de dados pessoais. Além disso, segundo Jääskinen, os direitos de apagamento e bloqueio de dados, regulados pela diretiva, não dariam a alguém o direito de se dirigir diretamente aos motores de pesquisa para impedir a indexação de informações referentes a sua pessoa, legalmente publicadas em páginas de terceiros, alegando não desejar que tais informações sejam conhecidas em virtude de considerar que as mesmas possam ser prejudiciais ou pretender que sejam esquecidas.

A decisão causou grande repercussão no cenário internacional por evidenciar as diferenças no tratamento da matéria entre a Europa e os EUA. Enquanto há uma evidente inclinação à proteção dos direitos individuais naquela; neste há uma tendência a não limitar a liberdade de expressão em detrimento da privacidade de indivíduos. Jeffrey Rosen, escrevendo para a *Stanford Law Review*, afirma que europeus e americanos têm abordagens diametralmente opostas do problema<sup>22</sup>. Na Europa, no entanto, o cenário é outro: o Google criou um formulário<sup>23</sup> para atender às demandas da União Europeia. No primeiro dia, a companhia recebeu 12.000 solicitações de remoção de conteúdo; 40.000 nos primeiros quatro dias; 70.000 pedidos para remover 250.000 links até o final do primeiro mês de existência do formulário, numa média de 1.000 requisições por dia, ao que a equipe do Google atendeu a remoção de 70.000 links no primeiro mês e criou um comitê para ajudar a companhia a ser "mais europeia"<sup>24</sup>. Em recente palestra em Brasília<sup>25</sup>, o ministro Luis Felipe Salomão comentou casos de solicitações feitas diretamente ao Google envolvendo o direito ao

<sup>22</sup> ROSEN, Jeffrey. **The Right to be Forgotten**. *Stanford Law Review*. N. 64, Online 88. Disponível em <[stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten](http://stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten)> (19/11/16).

<sup>23</sup> Pode ser encontrado em <[https://support.google.com/legal/contact/lr\\_eudpa?product=websearch](https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch)> (19/11/16). O formulário é bastante simples e solicita apenas que o usuário indique sob lei de qual país está demandando a remoção do conteúdo, o termo usado para pesquisa, dados pessoais e endereço de e-mail para contato.

<sup>24</sup> Paul Schwartz alerta que tais condições podem produzir aquilo que Anu Bradford chama de "Efeito Bruxelas", ou seja, a UE impor suas regras ao resto do mundo em decorrência de três fatores: (a) empresas multinacionais não podem se dar ao luxo de ignorar o mercado da UE; (b) a UE ter forte capacidade regulatória; (c) é mais fácil para as corporações voluntariamente se adequar ao padrão mais rigoroso, tornando outros obsoletos. JONES, Meg Leta. **Crtl+Z: The Right to be Forgotten**. New York: New York University Press, 2016.

<sup>25</sup> SALOMÃO, Luís Felipe. **Memória, Esquecimento e Conteúdo na Internet**. 2016. Palestra realizada no XIX Congresso de Direito Constitucional em 27 de outubro de 2016. Disponível em <<https://youtu.be/d8tn1FnBA7s>> (29/10/16).

esquecimento. Na Alemanha, um professor condenado por um crime leve há mais de 10 anos solicitou a remoção de um artigo que mencionava a condenação; a página foi removida. Na França, um padre condenado por posse de pornografia infantil solicitou a remoção de artigos sobre sua sentença e seu banimento da igreja; as páginas não foram removidas. Os exemplos ilustram dois pontos importantes: o primeiro é a impossibilidade de determinar a existência ou não do direito ao esquecimento em abstrato; o segundo, a importância do usuário poder demandar diretamente ao prestador de serviços antes de recorrer ao judiciário.

A posição americana é defendida principalmente fazendo alusão à importância que os EUA dão à liberdade de expressão e de imprensa, que têm seu marco constitucional na primeira emenda<sup>26</sup>. O texto foi adotado em 15 de dezembro de 1791 como uma das 10 emendas que constituíam o "Bill of Rights" americano. Porém, um pouco mais de contexto é necessário. Até o início dos anos 2000, enquanto a Internet ganhava a atenção do grande público, a preocupação com a segurança de dados pessoais crescia nos EUA. Um evento mudou esse cenário: o atentado de 11 de setembro de 2001. Dentre as consequências jurídicas do atentado está o "Patriot Act" ou USA PATRIOT<sup>27</sup> (acrônimo para **U**niting and **S**trengthening **A**merica by **P**roviding **A**ppropriate **T**ools **R**equired to **I**ntercept and **O**bstruct **T**errorism Act) assinado pelo presidente George W. Bush em 26 de outubro de 2001. Entre outras medidas, esta lei permite que os órgãos de segurança e de inteligência dos EUA interceptem ligações telefônicas e e-mails de organizações e pessoas supostamente envolvidas em terrorismo, sem necessidade de qualquer autorização judicial, sejam elas estrangeiras ou americanas. O que acontece nesse país a partir de então é um enfraquecimento da privacidade

---

<sup>26</sup> *"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances." (U.S. Const. amend. I)*

"O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas". (tradução livre)

<sup>27</sup> Disponível em <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>> (19/11/16).

do indivíduo<sup>28</sup> frente ao poder do governo federal. Soma-se a isso o modelo de negócio adotado por gigantes do Vale do Silício, como Google, Facebook, Amazon, que coletam e fornecem dados pessoais de seus usuários a terceiros, dentre eles o governo americano. Logo, atribuir a preferência norte americana somente a histórica preocupação do país com a liberdade de expressão é ignorar boa parte do contexto, da história recente daquela nação e do atual estágio de desenvolvimento da sociedade e da economia de informação.

O julgamento de Mario Costeja Gonzáles teve, no mínimo, duas consequências. A primeira delas é colocar em evidência duas culturas jurídicas antagônicas: o Direito europeu, com uma evidente preferência pelos direitos da personalidade e proteção do indivíduo; e o Direito americano, com sua primazia pela liberdade de imprensa e de expressão, além de uma preocupação doméstica motivada por uma tragédia recente. O Brasil, como se verá em seguida, tende a acompanhar o Direito europeu, concedendo maior relevância à proteção do indivíduo. A segunda, é um questionamento sobre a eficácia do direito ao esquecimento uma vez que ele é judicializado<sup>29</sup>, o que Gonzáles conseguiu com a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia foi uma vitória pírrica, um exemplo do chamado "Streisand Effect"<sup>30</sup>. A preocupação com a efetividade do direito ao esquecimento levou a preferência, no caso da UE, por solicitações do tipo "takedown", em que o titular dos dados solicita diretamente ao controlador de dados a remoção do conteúdo e este deve removê-lo sem demora. A proposta europeia de regulamento para proteção de dados<sup>31</sup> continha em seu texto original uma versão

---

<sup>28</sup> Há de ser feita menção à lei editada pelo estado da Califórnia (Senate Bill nº 568) que ficou conhecida como "Eraser Law" ou "Online Eraser Law". A lei exige que operadores de sites, serviços "on-lines" e aplicativos garantam meios de remoção ou que removam, mediante solicitação, o conteúdo publicado por menores de 18 anos; além de vetar que o operador se utilize dos dados do menor para oferecer-lhe certos produtos. A lei entrou em vigor em 1º de janeiro de 2015 e exclui do seu âmbito de aplicação o conteúdo publicado por terceiros. O exemplo mostra que, mesmo num país com inclinação à proteção do direito de informação, a preocupação com potenciais danos causados pela perpetuação de conteúdo na Internet existe.

<sup>29</sup> A própria menção ao nome de Mario Costeja Gonzáles é uma evidência do fracasso do seu objetivo de ser esquecido. O cidadão que queria ter seu nome apagado de uma notícia publicada na versão "on-line" de um jornal local, hoje, ao procurar pelo seu nome no Google, pode esperar ver quase 11.000 referências.

<sup>30</sup> O fenômeno de atrair mais atenção para algo que se pretendia esconder ganhou esse nome quando, em 2003, a atriz americana Barbra Streisand tentou censurar a divulgação de fotos de sua residência em Malibu através de uma ação judicial e acabou atraindo maior atenção do público.

<sup>31</sup> disponível em < [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com\\_2012\\_11\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf) > (19/11/16).

mais agressiva dessa solução, inclusive fazendo menção a conteúdo divulgado quando o titular dos dados era menor de idade; a versão aprovada do texto manteve o direito ao esquecimento, porém, numa versão atenuada.

#### 4. O QUE MUDOU? A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

*A really efficient totalitarian state would be one in which the all-powerful executive of political bosses and their army of managers control a population of slaves who do not have to be coerced, because they love their servitude.*<sup>32</sup>

*Aldous Huxley – Brave New World*

*Este é um país livre, madame. Nós temos o direito de compartilhar a sua privacidade no espaço público.*

*Peter Ustinov*

É sabido que a motivação para o artigo "The Right to Privacy" foi a relação conturbada que Samuel D. Warren mantinha com a imprensa de Boston<sup>33</sup>. O que se pretendeu demonstrar, no entanto, é que a preocupação com a vida privada e com a intimidade não é algo recente. É inegável, porém, que essa preocupação atingiu novas proporções nas últimas décadas. Pelo menos dois fatores poderiam ser apontados como potencializadores da degradação dos limites da privacidade: o atual estágio de desenvolvimento tecnológico e a relação que os indivíduos têm com a tecnologia.

---

<sup>32</sup> "Um Estado totalitário realmente eficiente seria aquele em que os todo-poderosos chefes políticos e seu exército de administradores controlassem uma população de escravos que não precisassem ser coagidos, porque amam sua servidão." (tradução livre)

<sup>33</sup> Samuel D. Warren era casado com a filha do senador Bayard, de Delaware. Sua esposa costumava dar festas que chamavam bastante atenção da imprensa local. Foi a maneira que os jornais retrataram o casamento da filha de Warren o estopim para o desentendimento com a imprensa. PROSSER, William L. "Privacy". California Law Review, Vol. 48 nº 3: 383–423, 1960.

Se não é recente a inquietação a respeito da privacidade, também há muito que a humanidade sonha com uma memória sem limites<sup>34</sup>. O que até pouco tempo estava reservado para os livros de ficção científica, começa a tomar contornos de realidade. O jurista e professor no Oxford Internet Institute, Viktor Mayer-Schönberger analisa em "Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age"<sup>35</sup> os avanços tecnológicos que permitiram à humanidade desaprender a esquecer: a digitalização; a queda do custo de armazenamento; o desenvolvimento de ferramentas de busca; e a difusão de redes de informática, impulsionaram uma mudança ainda pouco compreendida: esquecer, que era o padrão, virou a exceção; e o lembrar, a bênção e a maldição de nosso tempo.

Quando o serviço de e-mail do Google, o Gmail, foi lançado em 1º de abril de 2004, seu "slogan" era "never delete another e-mail" (nunca apague outro email). Isso por que o serviço foi o primeiro a fornecer um Gigabyte de armazenamento quando os outros competidores não chegavam nem perto disso. Hoje, o Google Photos oferece armazenamento ilimitado de fotografias e vídeos. Além disso, essa informação é sincronizada com todos os dispositivos do usuário e é pesquisável: ao digitar a palavra "gato" na interface do serviço de fotos, o usuário verá todas as fotografias que tirou de felinos. De modo que o Gigabyte oferecido pelo Google em 2004 causa hoje tanto espanto quanto um "disk-man" em um adolescente que cresceu com um iPod.

Historicamente, é comum a comparação entre o funcionamento do corpo humano com desenvolvimentos tecnológicos: no final do século XIX, a mente humana era descrita

---

<sup>34</sup> No final da década de 1930, o escritor de ficção científica H.G. Wells escreveu sobre uma prótese mnemônica a que ele chamou de "World Brain", através da qual toda a memória humana se tornaria acessível a qualquer indivíduo. Transportando a ideia para os dias atuais, seria melhor comparada com o papel desempenhado pela Wikipedia. H.G. Wells, "The Brain Organization of the Modern World", palestra proferida em outubro e novembro de 1937 em viagem aos EUA.

Uma figura conhecida na luta contra o esquecimento é Gordon Bell, o engenheiro e doutor em ciências da computação que após se aposentar foi incorporado ao grupo de pesquisa da Microsoft. Bell usa uma câmera presa ao pescoço que fotografa a cada 30 segundos ou quando alguém se aproxima, além de ter digitalizado quase a totalidade de suas anotações, dados relativos à saúde, e-mails, páginas da web visitadas. Seu objetivo não é nada menos do que tornar obsoleto o esquecimento de qualquer aspecto da vida. Bell lidera um projeto na Microsoft chamado MyLifeBits.

<sup>35</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

como um telégrafo gigante. Recentemente, com o rápido desenvolvimento de tecnologias da informação, termos como "armazenamento" e "memória" são tratados como sinônimos. Sendo o esquecimento visto como um defeito, uma falha do sistema, algo a ser superado. Como bem demonstra Liam J. Bannon, da Universidade de Limerick, em um artigo publicado em 2006, desde sempre a humanidade desenvolveu técnicas para se lembrar de eventos significativos – e.g.: épicos, monumentos, fábulas – ao que se chamou de "memoria technica"; as tecnologias recentes não são nada além de uma continuação dessa tradição. A memória humana é, contudo, um processo dualista que envolve tanto lembrar quanto esquecer, tratá-la como mero armazenamento, como acessar uma informação que está acomodada intacta em algum canto do cérebro está inserido dentro de um contexto de reificação do ser humano que pode não ser desejável.<sup>36</sup> No seu dia a dia, as pessoas usam a Internet como um mecanismo de busca de informação e de comunicação sem levar em consideração que ela atua, também, como um ótimo mecanismo de armazenamento. Milhares de pessoas se expressam todos os dias alheias ao que significa deixar esses registros<sup>37</sup>, muitas delas menores de idade, com quem demonstrava preocupação especial a redação original do Regulamento (UE) 2016/679 e a "Eraser Law" da Califórnia (SB nº 568).

O que nos leva ao segundo ponto: a relação dos usuários com a tecnologia. Um estudante austríaco de Direito solicitou ao Facebook que a empresa fornecesse os dados relativos a sua conta pessoal. Após um longo processo, recebeu da empresa americana um documento com 1.222 páginas contendo informações como orientação sexual, visão política, relacionamentos, eventos frequentados. Rapidamente, usando a ferramenta de busca do visualizador de "pdf", poderia se ter uma noção do perfil do estudante sem nunca tê-lo conhecido. Um fato importante é que ele se considerava um usuário pouco ativo na rede, tendo o perfil há 3 anos, publicava na sua página pessoal, em média, uma vez por semana.<sup>38</sup> A história torna-se mais preocupante ao se levar em consideração a emergência do conceito de

---

<sup>36</sup> BANNON, Liam J. "**Forgetting as a feature, not a bug: the duality of memory and implications for ubiquitous computing**". *CoDesign: International Journal of CoCreation in Design and the Arts*, Vol. 2 nº 1: 3–15, 2006.

<sup>37</sup> Esse rastro que as pessoas deixam ao usar a Internet é conhecido como "Digital Footprint" (pegada digital), ver <<http://www.internetsociety.org/your-digital-footprint-matters>> (30/11/16).

<sup>38</sup> Esse relato pode ser visto no documentário **Terms and Conditions May Apply**. Direção: Cullen Hoback. New York: Variance Films, 2013. (79 min).

"frictionless sharing"<sup>39</sup> que consiste na opção dos serviços e aplicativos compartilharem informações do usuário como padrão, ou seja, caso alguém queira manter algo privado ao usar certo serviço, deverá conscientemente procurar e ativar essa opção, se houver.

Não é por acaso que existem aplicativos como o "Charlie" e sites como o "Pipl.com", que buscam em mais de 100 fontes os dados de alguém e entregam ao final um resumo com nome, informações sobre local de trabalho, educação, amigos e interesses em comum. Se Samuel D. Warren ficou incomodado com a cobertura que a imprensa deu ao casamento da filha, hoje mesmo aqueles que não forneçam suas informações em redes sociais não ficam surpresos em aparecer em fotos ou publicações de amigos que têm perfis nessas redes.

O ministro Luís Felipe Salomão, nos dois processos envolvendo o direito ao esquecimento dos quais foi relator no STJ, faz referência ao sociólogo polonês Zygmunt Bauman. No livro "Danos Colaterais: desigualdades sociais numa era global", Bauman comenta a dicotomia "público" x "privado" e afirma que, durante grande parte da História moderna, houve uma preocupação com o papel que o Estado exerceria na diminuição do espaço privado, sendo a imagem mais contundente dessa visão de mundo a bota pisando sobre um rosto humano descrita por George Orwell no livro 1984. Porém, o que se observou foi o surgimento de uma "sociedade confessional" em que assuntos reservados à esfera privada ganham a arena pública, onde são compartilhados, comentados, registrados; uma sociedade em que existem empresas como "Reputation.com", "TrueRep.com", "IntegrityDefender.com". Empresas de gerenciamento de reputação "on-line" que prometem "limpar" a imagem de seus usuários manipulando buscadores como o Google. Tudo isso por quê, como disse um

---

<sup>39</sup> O conceito ganhou notoriedade após o anúncio feito por Mark Zuckerberg, CEO do Facebook, na conferência para desenvolvedores F8 em 2011. Ver "Facebook Unveils Timeline for 'Friction-less' Serendipity" em <<http://brandchannel.com/2011/09/22/facebook-unveils-timeline-for-friction-less-serendipity/>> (30/11/16).

funcionário da Reputation.com, "What the first page looks like determines what people think of you."<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Como a primeira página [de resultados do Google] se parece determina o que as pessoas pensam de você. (tradução livre). RONSON, Jon. **So You've Been Publicly Shamed**. London: Pan Macmillan, 2015. Em "The Googlization of Everything", Siva Vaidhyathan afirma que se vive em uma época que aquilo que as pessoas chamam de realidade é moldado pelos resultados da primeira página de pesquisa do Google. VAIDHYANATHAN, Siva. **The Googlization of Everything**. Berkeley: University of California Press, 2011. Ou ainda como Jeffrey Rosen lembra em "**The Web Means The End Of Forgetting**": com a Internet, a pior coisa que alguém já fez é a primeira coisa que os outros ficam sabendo, disponível em <[Http://www.Nytimes.Com/2010/07/25/Magazine/25Privacy-T2.Html?Pagewanted=All&\\_R=0](http://www.nytimes.com/2010/07/25/Magazine/25Privacy-T2.html?pagewanted=all&_r=0)> (30/11/16).

## PARTE II - BRASIL

*"O Brasil não é para principiantes."*

*Antônio Carlos Jobim*

## 1. A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO

Não há no ordenamento jurídico brasileiro menção expressa ao direito ao esquecimento como há na diretiva europeia de proteção de dados, pelo menos.<sup>41</sup> O enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil assim dispõe:

*"A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento."<sup>42</sup>*

Justifica tal proposição fazendo menção ao "acúmulo de danos causados pelas tecnologias atuais". Tal afirmação poderia ter sido apresentada por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis para justificar sua diatribe contra as câmeras fotográficas do século XIX. A parte relevante da justificativa é tanto a definição do que ele é quanto do que ele não é. Não se trata de um direito de reescrever a própria história, mas a possibilidade de discussão do uso dado a fatos pretéritos e sobre o modo e finalidade com que são usados. Como referência legislativa é apontado o artigo 11 do Código Civil de 2002<sup>43 44</sup> com as seguintes palavras-chave: "direitos da personalidade", "internet", "imagem" e "direito à intimidade". As referências são significativas pois irão delimitar o âmbito da discussão e revelar divergências entre doutrina e jurisprudência.<sup>45</sup>

O direito ao esquecimento está contemplado nos direitos da personalidade. Estes últimos, por si só, têm conceituação pouco precisa. Jorge Miranda, Otávio Luiz Rodrigues Júnior e Gustavo Bonato Fruet apresentam as seguintes características:

<sup>41</sup> Há quem sustente que o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) – no seu art. 7º, X – pode ser interpretado como uma previsão expressa do direito ao esquecimento, mais sobre isso no capítulo 3 da segunda parte deste trabalho: Direito ao Esquecimento na Legislação Infraconstitucional.

<sup>42</sup> Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>> (29/10/16).

<sup>43</sup> CC/2002 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.

<sup>44</sup> 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, p.463, 2013.

<sup>45</sup> e.g.: STJ irá excluir a internet da apreciação nas decisões sobre o direito ao esquecimento, mais sobre essa questão é examinado no ponto 2.3. Critério Historicista adotado pelo STJ.

*A doutrina jurídica portuguesa contemporânea define os direitos da personalidade como posições jurídicas fundamentais do homem, decorrentes de sua própria condição, a saber, o nascimento e a vida (Cabral de Moncada). Consideram-se, desse modo, como: (a) aspectos imediatos da exigência de integração do homem (Gomes da Silva); (b) condições essenciais a seu ser e devir (Orlando de Carvalho); (c) reveladores do conteúdo necessário da personalidade (Paulo Cunha); (d) emanções da personalidade humana em si (Oliveira Ascensão); (e) direitos sobre outrem de exigir o respeito da própria personalidade (Adriano Vaz Serra); (f) direitos que têm por objeto não um elemento exterior ao sujeito, mas modos de ser da pessoa (Carlos Mota Pinto) ou bens da personalidade física, moral e jurídica (Carvalho Fernandes) ou manifestações parcelares da personalidade humana (Rabindranath Capelo de Sousa ou a defesa da própria dignidade (Pedro Pais de Vasconcelos).<sup>46</sup> [grifos meus]*

No Direito brasileiro, aparecem de maneira expressa nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002, mas seria equivocado dizer que se esgotam nesses onze artigos. Embora o direito ao esquecimento tenha surgido nas discussões relativas ao Direito Penal, hoje é melhor enquadrado dentro do Direito Civil e, portanto, é impossível discuti-lo dentro do contexto brasileiro sem fazer menção ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

Se entende por constitucionalização do Direito Civil, ou como também é conhecido, Direito Civil constitucional, a interpretação dos institutos do Direito Civil conforme a Constituição. Conforme afirma Luís Roberto Barroso<sup>47</sup>:

*[...] a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também **um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.** (grifos meus)*

Ocupando o centro do sistema jurídico, a Constituição irradia sua força normativa também como filtro ou vetor de interpretação de todas as normas do sistema. No âmbito do Direito Civil, há dois desenvolvimentos que merecem destaque. O primeiro diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana que ingressou na Constituição brasileira como um

<sup>46</sup> MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. (Org.). **Direitos da Personalidade**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13.

<sup>47</sup> BARROSO. Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 58, p. 129 - 173, Jan - Mar 2007.

dos fundamentos da República (CF/88 art. 1º, III). Tal princípio impõe limites e demanda atuações positivas por parte do Estado, promove uma "despatrimonialização" e uma "repersonalização" do Direito Civil com ênfase existencial e reconhecimento dos direitos da personalidade. O segundo destaque cabe à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>48</sup> O processo da constitucionalização do Direito Civil, no Brasil, avançou de modo a ser amplamente absorvido pela doutrina e pela jurisprudência, ainda que parte delas expresse uma preocupação com os exageros decorrentes dessa tendência, que implicaria no esvaziamento de institutos próprios do Direito Civil assim como perda de autonomia desse ramo do Direito. Fica clara, nas decisões analisadas neste trabalho, a influência dos valores constitucionais na análise e interpretação de institutos próprios do Direito Civil.

Há que ser feita menção, no entanto, à relação entre dados pessoais e propriedade. Em um relatório do Fórum Econômico Mundial intitulado "Personal Data: The Emergence of a New Asset Class"<sup>49</sup> (Dados Pessoais: A Emergência de uma Nova Classe de Ativos) se afirma que os dados coletados por empresas prestadoras de serviço são capazes de dizer quem somos, quem conhecemos, onde estamos, onde estivemos e para aonde planejamos ir. Em posse desses dados, empresas podem desenvolver modelos de negócios capazes de gerar lucro e governos podem usá-lo para prestar serviços públicos de qualidade. Um dos primeiros casos envolvendo a venda de dados pessoais ocorreu nos EUA no ano 2000 envolvendo a empresa Toysmart.<sup>50</sup> Tendo declarado falência, a empresa vendeu sua base de dados de quase 200.000 usuários, dentre as informações havia nomes, informações sobre cobrança e preferências de compra.

No entanto, parece equivocado afirmar que o indivíduo detém a propriedade dos seus dados, sendo o mais adequado considerar "os dados relacionados a uma pessoa como

---

<sup>48</sup> Como precedente dessa aplicação é apontado o caso Lüth, julgado em 15/01/1958. No caso, Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, promove um boicote a um filme dirigido por um cineasta que mantinha relações com o regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora obtêm, em primeira instância, decisão determinando a cessação da conduta por parte de Lüth por considerá-la violação do § 826 do BGB ("Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados"). O Tribunal Constitucional Federal alemão então reforma a decisão, justificando a partir do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil.

<sup>49</sup> O relatório está disponível no site do FEC no seguinte endereço: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_ITTC\\_PersonalDataNewAsset\\_Report\\_2011.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf) (29/10/16).

<sup>50</sup> **Terms and Conditions May Apply**. Direção: Cullen Hoback. New York: Variance Films, 2013. (79 min).

resultado de uma observação social ou de um processo de comunicação social multirelacional".<sup>51</sup> É preciso se considerar a base filosófica kantiana dos direitos da personalidade que preconiza haver violação da dignidade da pessoa humana sempre que o indivíduo – no caso o titular dos dados pessoais – é rebaixado à condição de objeto, quando passa a ser desconsiderado como sujeito de direito e tratado como coisa num processo de reificação do sujeito. Para se ter uma noção clara dessa ideia basta imaginar uma vida humana em toda sua complexidade reduzida a uma planilha eletrônica que contém nome, idade, etnia, número de cartão de crédito, etc (algo semelhante ao documento entregue pelo Facebook ao estudante austríaco apresentado na primeira parte deste trabalho). Então imagine diversas dessas planilhas sendo comercializadas com o intuito de vender produtos e serviços para esses indivíduos descritos nessas planilhas. É fácil – ao considerar a segunda operação – esquecer que estamos falando de seres humanos.

Dado o fenômeno da constitucionalização do Direito, é necessário examinar os dispositivos constitucionais relativos à proteção da intimidade, da vida privada e da honra e aqueles relativos aos direitos de informar, de ser informado e à liberdade de expressão.

A Constituição de 1988 inseriu a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem no rol dos direitos e garantias fundamentais<sup>52</sup>. Aparecem como desdobramentos do direito à vida que aparece no "caput" do art. 5º da CF. A primeira distinção a ser feita é entre "privacidade" e "intimidade", uma vez que o texto constitucional menciona intimidade como categoria distinta da vida privada. A doutrina aponta<sup>53</sup> que o juiz americano Cooley, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado em paz, de estar só: "right to be alone". Já a intimidade se caracteriza como uma zona secreta da vida

---

<sup>51</sup> MENKE, Fabiano. **A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão**. in: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (org.). **Direito, Inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 213

<sup>52</sup> CF/88 art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 208.

do indivíduo, em que ele tem o poder legal de evitar os demais. Dito isso, é mais apropriado relacionar o tema do direito ao esquecimento à privacidade do que à intimidade. Também são relacionados ao tema os conceitos de honra e imagem, que a Constituição reputa como valores humanos distintos. São associados à reputação, o respeito dos demais, uma visão de terceiros – restante da sociedade – sobre o indivíduo. Dessas diferentes categorias apresentadas pelo art. 5º, X da Constituição se depreende uma separação entre a "esfera pública" (honra e imagem) e "esfera privada" (intimidade e vida privada) na vida do indivíduo. É possível observar, no entanto, um esfrelamento da fronteira entre o público e o privado, com nítido domínio do primeiro sobre o segundo<sup>54</sup>. Basta imaginar a seguinte situação: um profissional tem um perfil numa rede social, nele, está conectado tanto com familiares, amigos e clientes. Todos têm acesso as suas atualizações de perfil, mensagens publicadas e comentários em outros perfis; sem contar com a informação disponível para mecanismos de busca acessível para pessoas que estejam fora das categorias anteriores. A limitação entre vida pública e vida privada nesse caso fica extremamente prejudicada. Logo, tratar essas categorias como distintas, bem delimitadas e estanques é inadequado no contexto atual da sociedade da informação.

Já a liberdade de comunicação pode ser definida como o "conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação"<sup>55</sup> e tem seu fundamento constitucional nos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224. A "liberdade de comunicação" é um desdobramento da "liberdade de opinião", que – por sua vez – irá se ramificar em "liberdade de informação". Esta última contempla dois direitos: o «de informar» – direito individual compreendido no inciso XIII do art. 5º da CF "contaminado" com um

---

<sup>54</sup> No capítulo do livro de Zygmunt Bauman, apontado pelo ministro Luís Felipe Salomão na fundação de seu voto, o sociólogo – citando Alain Ehrenberg – narra o seguinte episódio: numa noite de uma quinta-feira de outono, na década de 1980, uma "mulher francesa comum" declarou durante um "talk-show" de tv, portanto, diante de milhões de telespectadores, que jamais experimentara um orgasmo em toda a sua vida de casada uma vez que seu marido, Michel, sofria de ejaculação precoce. Para Bauman o episódio é significativo pois fatos, até pouco tempo, essencialmente "privados" foram debatidos em "público", representando uma ruptura uma vez que experiências da vida privada são ofertadas para uso e consumo públicos. BAUMAN, Zygmunt. **Danos Colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 107-108.

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 245.

sentido coletivo que, como se verá, vem acompanhado de alguns deveres; e o de «ser informado» – este um direito coletivo de receber informação precisa e imparcial. Dado seus papéis de instrumentos de formação da opinião pública é que se confere à liberdade e ao direito de informação tantas garantias, que não vêm sem alguns ônus, como é o caso da vedação do anonimato (CF art. 5º, IV) e o direito de resposta e indenização (CF art. 5º, V). Em razão da função social que desempenha, o direito de informar traz consigo o dever de prezar pela qualidade, precisão e imparcialidade do conteúdo veiculado.

Nos casos envolvendo o direito ao esquecimento se dará o embate entre direito à informação (compreendido nos seus dois sentidos: de informar e de ser informado), liberdade de expressão e o direito à privacidade. Ocorre que essas normas estão no mesmo plano hierárquico, além disso, os demais critérios tradicionais para solução de conflito entre leis (o cronológico e o da especialização) não serão capazes de solucionar o embate, uma vez que o método da subsunção tradicional é mais adequado à figura normativa da regra. Tais direitos configuram valores contrapostos igualmente relevantes<sup>56</sup> que, dentro de uma sociedade plural e complexa, nunca admitirão um sentido único, objetivo e válido para todas as situações nas quais incidem.

Como afirma Luís Roberto Barroso, o Direito é um sistema de normas harmonicamente articuladas e que, portanto, não pode ser regido simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham.<sup>57</sup> Como resolver o embate que se dá no plano dos princípios constitucionais? Há de se lembrar que, conforme afirma Humberto Ávila<sup>58</sup>, princípios designam "estados ideais", sem especificar a conduta a ser seguida. Segundo Barroso, não estaria o legislador impedido de estabelecer critérios de arbitramento, contudo, sua atuação estaria submetida a um duplo controle de constitucionalidade: o que se processa

---

<sup>56</sup> Outros exemplos podem ser dados: "livre iniciativa e proteção do consumidor", "segurança pública e liberdades individuais", "propriedade privada e função social da propriedade", "direitos da personalidade e liberdade de expressão".

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade De Expressão e Direitos Da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei De Imprensa.** Revista de Direito Privado, vol. 18, p. 105, abr 2004.

<sup>58</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

sobre os enunciados normativos em abstrato, e o desenvolvido diante do caso concreto e do resultado da incidência das normas. Em todo caso, será usada a técnica da ponderação.

A ponderação é uma técnica para a solução de casos difíceis<sup>59</sup>, em relação aos quais a técnica da subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando o caso indica a aplicação de normas de mesma categoria apontando para soluções diferentes, como são – em geral – os casos envolvendo o direito ao esquecimento.

A estrutura do raciocínio ponderativo envolve noções de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas e pode ser dividida em três partes. Na primeira, o intérprete identifica normas relevantes para a solução do caso formando conjuntos de argumentos e aponta eventuais conflitos entre eles. Na segunda parte, se examina as circunstâncias do caso concreto e sua interação com os conjuntos de argumentos formados na etapa anterior. Na última etapa é que a técnica da ponderação irá se diferenciar da técnica da subsunção. Nessa etapa, os diferentes conjuntos de fundamentos e sua repercussão no caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos elementos em disputa, se decidindo por aqueles que deverão preponderar no caso. Em seguida, deve-se decidir a intensidade de prevalência desse grupo de normas e em que medida restringirá a efetivação daqueles preteridos, o processo é pautado pelo princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

Feitas essas considerações sobre os princípios constitucionais envolvidos e na postura que o seu embate exige do intérprete, se passa à análise dos dois principais casos, no Direito brasileiro, sobre o direito ao esquecimento: o REsp 1.334.097/RJ – caso Chacina da Candelária e o REsp 1335153/RJ - caso Aida Curi. Em recente palestra<sup>60</sup>, o relator dos dois casos – ministro Luís Felipe Salomão – afirmou que foi adotada a técnica da distinção, julgando-se os dois casos um após o outro para salientar que a existência do direito ao esquecimento depende, invariavelmente, do caso.

---

<sup>59</sup> "Hard cases" na doutrina inglesa, tratam-se de casos para os quais não há uma solução simples e objetiva no ordenamento jurídico, de modo que se faz necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual discricionariedade.

<sup>60</sup> SALOMÃO, Luís Felipe. **Memória, Esquecimento e Conteúdo na Internet**. 2016. Palestra realizada no XIX Congresso de Direito Constitucional em 27 de outubro de 2016. Disponível em <<https://youtu.be/d8tn1FnBA7s>> (29/10/16).

## 2. STJ

As decisões brasileiras mais conhecidas sobre o direito ao esquecimento são do ministro Luís Felipe Salomão no REsp 1.334.097/RJ – caso Chacina da Candelária; e no REsp 1.335.153/RJ – caso Aida Curi. Ainda que a fundamentação das duas decisões seja muito parecida, com trechos idênticos, na primeira se decidiu pela existência do direito ao esquecimento e na segunda não.

### 2.1. REsp 1.334.097/RJ – caso Chacina da Candelária<sup>61</sup>

Na noite de 23 de julho de 1993, os ocupantes de dois carros pararam em frente à igreja da Candelária, centro do Rio de Janeiro, e abriram fogo contra as pessoas que dormiam nas proximidades da Igreja. No episódio, que ficou conhecido como Chacina da Candelária, oito jovens sem-teto – seis menores e dois maiores de idade – foram mortos por policiais militares.

Em junho de 2006, a TV Globo exibe o programa "Linha Direta - Justiça" especial sobre a Chacina da Candelária. Jurandir Gomes de França é apontado como um dos possíveis envolvidos na chacina, mas que fora absolvido. Jurandir ingressa com ação de reparação por danos morais em face da TV Globo pois já havia sido procurado pelo programa, recusado a dar entrevista e manifestado seu desinteresse na veiculação de sua imagem em rede nacional.

Segundo o autor, a veiculação da notícia antiga (a chacina ocorreu em 1993; logo, quase 13 anos depois) reavivou na comunidade onde morava o ódio social, trazendo prejuízos a si e a seus familiares. Alegou que a situação lhe causou danos sociais e profissionais, tendo perdido o emprego e sido obrigado a abandonar o local onde morava por medo de represálias.

Em primeiro grau, o Juiz de Direito da 3ª Vara Civil da Comarca do Rio de Janeiro sopesou de um lado o interesse público na notícia e no outro o direito ao anonimato e ao esquecimento; acabou dando maior importância ao primeiro e julgando o pedido indenizatório improcedente. Em grau de apelação, a sentença foi reformada por maioria de votos, opostos Embargos Infringentes, também por maioria foram rejeitados. Nos embargos se aduz que o réu não é pessoa pública e que a matéria não trazer novidade jornalística, sendo o uso de sua

---

<sup>61</sup> REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013

imagem, a despeito da expressa resistência do titular, uma violação de direitos a todos oponível.

A recorrente – Globo Comunicações e Participações S/A – sustenta inexistir o dever de indenizar dada a ausência de ilicitude e, ao seu ver, na ausência de invasão à privacidade/intimidade do autor pois os fatos narrados eram públicos e documentados e que, portanto, faziam parte do acervo histórico do povo e que a emissora se limitou a narrar os fatos conforme o ocorrido. Por fim, aduz que o simples fato da pessoa se relacionar com notícia ou fato histórico de interesse coletivo já é suficiente para mitigar seu direito à intimidade, tornando lícita a divulgação de seu nome e de sua imagem independente de autorização.

O relator do caso, ministro Luís Felipe Salomão, manteve a condenação por danos morais e julgou improcedente o recurso especial. Na decisão, o ministro apontou que a divulgação do nome e imagem do autor da ação 13 anos após o ocorrido sem o seu consentimento trouxe prejuízos para Jurandir. Segundo o ministro, o cerne da controvérsia está na ausência de contemporaneidade da informação que faz com que o autor pleiteie seu direito ao esquecimento, definido no julgado como "um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores".

## 2.2. REsp 1335153/RJ - caso Aida Curi<sup>62</sup> <sup>63</sup>

Aida Jacob Curi tinha 18 anos em 14 de julho de 1958 quando foi assassinada no bairro de Copacabana, Rio de Janeiro. Ronaldo Castro e Cássio Murilo, com ajuda do porteiro Antônio Souza levaram a moça até o topo de um edifício onde abusaram sexualmente de Aida e, na tentativa de encobrir o crime, atiraram a jovem do topo do edifício para simular um suicídio.

50 anos após a morte de Aida Curi, a Rede Globo exibe um episódio de Linha Direta Justiça – mesmo programa do caso da Chacina da Candelária – especial sobre a morte da jovem. Os irmãos de Aida ingressam com uma ação de reparação de danos morais – em razão da reportagem tê-los feito reviver um momento doloroso de seu passado –, além de danos materiais e à imagem – devido ao uso não autorizado da imagem da falecida com objetivo econômico.

Em primeira instância, os autores tiveram suas pretensões negadas tendo a sentença sido mantida em grau de apelação. Entenderam os julgadores que os fatos expostos no programa eram de conhecimento público e que haviam sido amplamente divulgados à época e que o meio de comunicação cumpriu com seu papel social ao informar e propiciar o debate sobre um caso controverso. Além disso, alegou o tribunal que o esquecimento não é o caminho salvador para tudo e que, muitas vezes, é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

No STJ, também teve como relator o ministro Luís Felipe Salomão que julgou improcedente o recurso. O caso de Aida está em repercussão geral e aguarda julgamento no STF.

---

<sup>62</sup> REsp 1335153/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

<sup>63</sup> Daniel Bucar compara em "Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento" o caso Aida Curi ao que ficou conhecido na Itália como caso Bolzano: A jovem Milena Sutter, de 13 anos, fora assassinada em 1971, tendo o assassino sido preso, processado e condenado. Às vésperas da exibição do programa de TV sobre o caso "I Grandi Processi" (semelhante ao "Linha Direta - Justiça"), a família de Milena requereu em tutela de urgência que não fosse exibido o programa alegando o direito ao esquecimento. O Tribunal de Roma, adotando fundamentação similar a do STJ no caso Aida Curi, entendeu pela historicidade do crime e permitiu a veiculação do programa. "Tribunale Civile di Roma, Ordinanza 27 de novembro de 1996".

### 2.3. Critério Historicista adotado pelo STJ

Ainda que os casos possuam fundamentação muito parecida – com trechos idênticos – chega-se a conclusão diversa. Portanto, as decisões serão analisadas em conjunto, primeiro naquilo que lhe é comum, em seguida no critério que as separa.

O ministro reconhece que a discussão sobre o direito ao esquecimento ganha novo fôlego no contexto da Internet, meio que se destaca tanto pelo seu alcance quanto pelo potencial de perenizar informações. Demonstra conhecimento do estado atual do tratamento do tema no contexto europeu ao apresentar as diretivas nº45/1995/CE e nº58/2002/CE assim como alude à proposta de revisão dessas duas diretivas pela então vice-presidente da comissão de Justiça da União Europeia, Viviane Reding<sup>64</sup>. No entanto, limita a análise da adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro especificamente ao caso de publicações em mídia televisiva alegando que a inclusão da Internet na discussão incluiria, além de dificuldades técnicas específicas, temas como o tráfego internacional de conteúdo, tangenciando temas sensíveis como a soberania dos Estados-nação.

Ao restringir a decisão ao contexto televisivo, o tribunal sinaliza que o direito ao esquecimento deve ser compreendido de maneira diferente dependendo da mídia envolvida. Caso em que haveria um para a televisão, outro pra a internet, outro para o rádio, outro para o jornal impresso e assim por diante. Se entende, assim como analisa com mais detalhe Daniel Bucar<sup>65</sup>, que tal fracionamento é equivocado uma vez que a informação é a mesma independente da mídia que lhe dê suporte. Além disso, num contexto em que a Internet é o centro da discussão – nacional e internacional – uma decisão que a exclua é, no mínimo, anacrônica.

---

<sup>64</sup> A diretiva, que se encontrava em debate à época da decisão, teve seu texto publicado no diário oficial da união europeia em 04 de maio de 2016 e os Estados membros da União Europeia tem até 06 de maio de 2018 para incorporá-la aos seus ordenamentos jurídicos. O texto final da diretiva está disponível no seguinte endereço em português:

<[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.119.01.0089.01.ENG&toc=OJ:L:2016:119:TOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0089.01.ENG&toc=OJ:L:2016:119:TOC)> (29/10/16).

<sup>65</sup> BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível no seguinte endereço: <<http://civilistica.com/control-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>> (29/10/16).

Nos dois casos é destacada a ausência de contemporaneidade da notícia: no primeiro, a chacina havia ocorrido há 13 anos; no segundo, há mais de 50. Uma das justificativas para o dever de informar em casos em que há crime é a satisfação, a resposta que é devida ao cidadão pelo Estado, um dever de fiscalização social no qual a imprensa desempenha um papel central. Uma vez que se esgota a resposta penal conferida, diminui – quando não se extingue por completo – o interesse público. É feita uma distinção importante entre "interesse do público" e "interesse público". Este está relacionado a notícias relevantes para tomada de decisões do indivíduo e da sociedade<sup>66</sup>; aquele, muitas vezes relacionado a uma ideia de execração pública e vingança continuada.

Qualquer alusão à limitação da liberdade de expressão (CF art. 5º, IX e art. 220) causa, devido ao autoritário passado recente brasileiro, um receio natural. Tal aversão também é vista em países que atribuem à liberdade o caráter de "megavalor", como é o caso dos Estados Unidos. No entanto, a própria Constituição de 1988 subordinou a liberdade de expressão a princípios norteadores presentes no art. 5º (CF art. 220. § 1º); além disso, há de se destacar a posição que ocupa a ideia de dignidade da pessoa humana (CF art. 1º, III) como um dos fundamentos da República. Essa concepção coloca o ordenamento jurídico e a jurisprudência mais próximos ao Direito europeu que ao americano.

Dessa concatenação de princípios, entende o ministro ser o direito ao esquecimento compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Destaca o papel do tempo e do Direito como mecanismos estabilizadores das relações sociais. Ideia semelhante à desenvolvida por François Ost na obra *O Tempo do Direito*<sup>67</sup>:

*"Uma vez que, 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."*

Acrescenta exemplos de institutos conhecidos que operam com a mesma lógica, como prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes conste em cadastros restritivos de crédito (CDC art. 43, §1º), reabilitação penal

<sup>66</sup> MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 373.

<sup>67</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Bauru: Ed. Edusc, 2005. p.161.

(CP art. 93 e CPP art. 748), sigilo da folha de antecedentes criminais (Lei de Execuções Penais art. 202).

A história da sociedade é apontada como patrimônio imaterial do povo, assim, um crime que entre para a história deve ser lembrado por gerações futuras, inclusive sob o argumento de que estas aprendem com os erros das gerações passadas. Por isso, fatos históricos não seriam abrangidos pelo direito ao esquecimento. Há situações ainda em que o nome das pessoas se torna indissociável da história contada, e.g.: Chico Mendes, Doroty Stang, Galdino Jesus dos Santos, Honestino Guimarães, Suzane von Richthofen, Vladimir Herzog, Zuzu Angel. A possibilidade ou não possibilidade de ocultar o nome dos envolvidos foi o que fez o STJ acolher o direito ao esquecimento no caso da Chacina da Candelária e a reconhecê-lo mas não aplicá-lo no caso de Aida Curi, pois ainda que seja possível contar a história da Chacina da Candelária omitindo o nome de Jurandir, não há caso Aida Curi sem Aida Curi.

Critério Historicista - STJ, somado à possibilidade de omissão do nome dos envolvidos

A informação tem relevância histórica?	→ Não	→ proteção à personalidade		
	→ Sim	→ É possível narrar a história omitindo o nome da pessoa sem prejuízo para a informação?	→ Sim	→ proteção à personalidade
			→ Não	→ Prevalece o interesse público - Direito à memória

esquema 2: critério de decisão, Caso Chacina da Candelária e Caso Aida Curi.

Se a história de Aida Curi fosse contada com a modificação do seu nome e do contexto dos acontecimentos, teríamos algo diverso da realidade e do jornalismo. Em 1959, Richard Hickock e Perry Smith assassinaram todos os quatro membros da família Clutter, no Kansas – EUA. Em 1966, Truman Capote publica um marco do jornalismo literário: A Sangue Frio, livro em que narra o ocorrido e sua interação com os assassinos. Em 1820, uma baleia cachalote atingiu o navio baleeiro Essex jogando ao mar sua tripulação que ficou 95 dias à

deriva. Poucas pessoas conhecem o capitão George Pollard Jr., comandante do Essex<sup>68</sup>; mas sua versão ficcional é bem mais conhecida: o obcecado capitão Ahab, comandante do navio baleeiro Pequod no clássico de Herman Melville, *Moby Dick*. Se em *A Sangue Frio* temos a descrição da realidade, ainda que com juízos de valor de Capote, em *Moby Dick*, temos a ficção. Ahab é um personagem, uma invenção; Perry Smith, não.

---

<sup>68</sup> Uma versão não ficcional do naufrágio do navio baleeiro Essex, que envolveu casos inclusive de canibalismo, pode ser encontrada em PHILBRICK, Nathaniel. **In the Heart of the Sea**. New York: Viking Press, 2000.

### 3. DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Até agora foram discutidos o enquadramento do conflito entre "liberdade de expressão e direito à informação" de um lado e "direitos da personalidade" do outro, e a maneira como a questão é tratada nos tribunais superiores. Adotando-se o argumento de Luís Roberto Barroso sobre a possibilidade do legislador infraconstitucional estabelecer alternativas de solução e balizamento para a ponderação de casos de conflito de direitos fundamentais observando a impossibilidade de determinar, em abstrato, a preponderância de um direito sobre o outro por força do princípio da unidade de Constituição e da ausência de hierarquia entre as regras, se discute dois textos relevantes sobre o tema no Direito brasileiro: o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) e o Projeto de Lei de Proteção de Dados (Projeto de Lei 5276/2016).

Alexandre Freire Pimentel e Mateus Queiroz Carsoso<sup>69</sup> enxergam no Marco Civil da Internet uma previsão expressa sobre o direito ao esquecimento com base nos seguintes argumentos: os princípios relativos à disciplina do uso da Internet no Brasil apresentados no art. 3º, I e II do LMCI<sup>70</sup>; no direito de exclusão de dados garantido ao usuário no art. 7º, X da mesma lei<sup>71</sup>; e dos artigos relativos à responsabilização dos provedores de conexão à Internet

---

<sup>69</sup> PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. **A Regulamentação do Direito ao Esquecimento na Lei do Marco Civil da Internet e a Problemática da Responsabilidade Civil dos Provedores**. Revista da AJURIS, Vol. 42 nº. 137: 45–61, 2015.

<sup>70</sup> LMCI art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da **liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento**, nos termos da Constituição Federal; II - **proteção da privacidade**; (grifos meus)

<sup>71</sup> LMCI art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: X - exclusão definitiva dos dados pessoais **que tiver fornecido** a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; (grifos meus)

e de aplicações de Internet<sup>72</sup>. Da interpretação desses dispositivos, pode-se chegar ao seguinte esquema:

Exclusão de Dados Pessoais de acordo com a LMCI (Lei nº 12.965/2014)

Origem do Conteúdo	Tipo de Conteúdo	Tipo de Requisição	Fundamento
Titular dos dados	→ Qualquer	→ O titular pode solicitar a exclusão dos dados ao término da relação.	LMCI art. 7º, X
Terceiros	→ Danoso	→ ordem judicial	LMCI art. 19
	→ Íntimo	→ solicitação do titular dos dados ou de seu representante legal	LMCI art. 21
	→ Provedor de Conexão	→ não será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros	LMCI art. 18

tabela 1: Interpretação dos mecanismos de exclusão de dados pessoais previstos na LMCI. (Lei nº 12.965/2014)

Ainda que se reconheça aqui um direito ao esquecimento, deve-se compreendê-lo de forma limitada. A redação do LMCI art. 7º, X coloca algumas limitações como o requerimento e o término da relação; sendo que a possibilidade de apagar o conteúdo e a possibilidade de manutenção da relação mais adequada à tutela do direito. A primeira

<sup>72</sup> LMCI Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, **o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo** apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, **após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal**, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

condição atendendo a critérios de efetividade e tempestividade; a segunda, à natureza das relações entre usuários e prestadores de serviços na Internet, e.g.: seria a situação de apagar um "tweet" antigo: nem foi feita solicitação nem o usuário encerrou sua relação com o Twitter. Há de se considerar que grande parte das empresas prestadoras de serviço na Internet viabilizam esse tipo de apagamento de dados. Quando se considera o conteúdo originado por terceiros, a situação fica mais complexa. Primeiro, se exclui a responsabilidade daquele que simplesmente fornece conexão à Internet; quanto aos provedores de aplicações se faz uma distinção entre o tipo de conteúdo: para aquele considerado danoso, se prevê a responsabilização do provedor de aplicações caso não tome providências frente a apresentação de ordem judicial específica; já para conteúdos que violem a intimidade (a própria lei fornece exemplos, como cenas de nudez e atos sexuais de caráter privado) exigem apenas notificação para ensejar responsabilidade civil. É possível identificar nessa sistemática um entrave à efetividade do direito ao esquecimento na previsão da ordem judicial, uma vez que os casos correspondem justamente à situações em que o indivíduo não conseguiu remover o conteúdo por si mesmo. A justificativa é apresentada no "caput" do mesmo artigo que prevê a responsabilização (LMCI art. 19) como medida destinada a assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura. A norma europeia, por sua vez, estabelece como condição para que o indivíduo solicite a remoção do conteúdo apenas a titularidade dos dados, independente de quem o tenha disponibilizado.

Portanto, é possível identificar na lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) dispositivos que caracterizem um direito ao esquecimento positivado no ordenamento jurídico brasileiro – ainda que não seja de forma expressa como é feito na legislação europeia – assim como um entrave a sua efetivação. Outro diploma normativo que poderia ajudar a esclarecer a questão é um que não existe: a lei brasileira de proteção de dados.

A primeira lei sobre proteção de dados foi editada no estado alemão de Hessen em 1970, e em 1977 o parlamento da Alemanha aprovou a lei federal sobre a matéria

(*Bundesdatenschutzgesetz*)<sup>73</sup>. A diretiva europeia sobre proteção de dados que serviu de fundamento para o reconhecimento do direito ao esquecimento no caso da agência espanhola data de 1995; em 2009, a Comissão Europeia anunciou que a atualizaria<sup>74</sup>, a nova versão entrou em vigor em maio deste ano tendo os Estados membros da UE até maio de 2018 para implementá-la aos seus ordenamentos jurídicos.

Como foi demonstrado no início deste trabalho, o debate acerca da tensão entre desenvolvimento tecnológico, liberdade de expressão e proteção da privacidade é bastante antigo. Ainda que o Direito brasileiro trate a intimidade e a vida privada como fundamentais (CF art. 5º, X), a ausência de desdobramentos infraconstitucionais dessa garantia colocam o Brasil em descompasso com o restante do mundo: quase 50 anos após a primeira lei sobre proteção de dados, o Brasil ainda não editou a sua.<sup>75</sup>

O Projeto de Lei 4060 de 2012<sup>76</sup>, de autoria do deputado Milton Monti, é justificado como uma tentativa de proteger a individualidade e a privacidade das pessoas sem impedir a livre iniciativa comercial e de comunicação. A esse projeto foi apensado o PL 5276/2016<sup>77</sup>, este elaborado com o auxílio de especialistas e fruto de debate público promovido pelo Ministério da Justiça, é mais extenso e mais abrangente que aquele, de modo que a análise se

---

<sup>73</sup> MENKE, Fabiano. **A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão**. in: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (org.). *Direito, Inovação e Tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 205.

<sup>74</sup> European Commission, *European Commission Sets Out Strategy to Strengthen EU Data Protection Rules*, Comunicado de Imprensa, IP/10/1462 (04 de novembro 2010)

<sup>75</sup> Evidentemente não se considera aqui a lei como uma panaceia, mas essa ausência de legislação ajuda a explicar por que o temas relacionados a dados pessoais são tratados nos tribunais brasileiros a partir de desdobramentos de princípios e analogias com outros institutos do ordenamento jurídico, como a reabilitação. Como exemplo podem ser citadas as decisões do ministro do ministro Luís Felipe Salomão apresentadas neste trabalho.

<sup>76</sup> Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066&ord=1>> (29/10/16).

<sup>77</sup> Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>> (29/10/16). Uma lista de entidades que declararam seu apoio ao PL 5276/2016 pode ser vista na carta aberta divulgada em 02 de junho de 2016, disponível em <<http://ibidem.org.br/protacao-da-dados-pessoais-organizacoes-manifestam-apoio-ao-projeto-de-lei>> (29/10/16).

concentrará no PL 5276/2016. Além desses dois, tramita no Senado o PLS 330/2013 <sup>78</sup> ao qual foram apensados o PLS 131/2014 <sup>79</sup> e o PLS 181/2014 <sup>80</sup>. Em relação aos projetos do Senado, são feitas crítica no sentido de não estarem de acordo com princípios internacionalmente reconhecidos, o PL 330/2013 não contempla, por exemplo, os princípios de "qualidade", "necessidade" e "prevenção". Além disso não trata de temas emergentes como a portabilidade de dados e não prevê a existência de uma autoridade de proteção de dados pessoais<sup>81</sup>, ao invés disso, atribui à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, em caráter concorrente, a fiscalização do cumprimento da lei.

O PL 5276/2016 dispõe sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Desde logo fica claro que o objetivo da lei é proteger os interesses de pessoas naturais. É notável a influência do Direito europeu – tanto da Diretiva 95/46/CE quanto do Regulamento 2016/679 – no PL 5276/2016. Elege como um dos fundamentos para a disciplina da proteção de dados a "autodeterminação informativa", expressão que é utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal na decisão do caso do Censo Demográfico de 1983

---

<sup>78</sup> disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113947>> (29/10/16).

<sup>79</sup> disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116969>> (29/10/16).

<sup>80</sup> disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117736>> (29/10/16).

<sup>81</sup> Como no caso espanhol, a Agência Espanhola de Proteção de Dados. Segundo o Ministério da Justiça, mais de 100 países possuem normas no sentido de proteção de dados pessoais e desses, mais de 90 contam com uma autoridade pública especializada no tema. Ver justificativa do PL 5276/2016.

(*Volkszählungsurteil*)<sup>82</sup>. A autodeterminação informativa apresentado no PL 5276/2016 como fundamento da disciplina da proteção de dados integra os direitos da personalidade e tem amparo dogmático na dignidade da pessoa humana (CF art. 1º, III) e base filosófica kantiana, que entende pela impossibilidade de desconsideração ou descaracterização da pessoa como sujeito de direitos. A Alemanha enquadra o direito à autodeterminação informativa dentro do direito geral da personalidade, que é desdobrado em três categorias: direito à autodeterminação; direito à autopreservação; e o direito à autoapresentação. A primeira se trata de uma concepção mais restrita da autodeterminação informativa e tem a ver com o direito do indivíduo determinar a sua identidade, e.g.: nome, orientação sexual, planejamento familiar. Nessa categoria está incluída a questão da ressocialização do preso. A segunda está ligada à possibilidade do indivíduo ficar só, à intimidade, apresenta afinidade com o que falavam Warren e Brandeis. A terceira categoria, direito à autoapresentação, está ligada a possibilidade do indivíduo se insurgir contra informações degradantes da sua pessoa. Segundo Fabiano Menke, é nessa categoria que se enquadra a autodeterminação informativa.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Trata-se de um caso importante na jurisprudência alemã sobre a proteção de dados. Em 1982 é editada, na Alemanha, uma lei federal de recenseamento prevendo a coleta de uma série de dados pessoais dos cidadãos – religião e meio de transporte utilizado estavam incluídos entre os dados. Seguiram-se uma série de reclamações constitucionais pela impugnação da lei. Para uma análise aprofundada da decisão do censo alemão de 1983 assim como da evolução da disciplina de proteção de dados nesse país ver MENKE, Fabiano. **A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão.** in: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (org.). Direito, Inovação e Tecnologia. São Paulo: Saraiva, 2015.

O século XX tem um exemplo marcante de mau uso dos dados de indivíduos por parte do Estado: nos anos 30, o governo Holandês realizou um extenso registro da população contendo nome, data de nascimento, endereço, religião, entre outras informações pessoais. O registro foi apresentado como necessário para facilitar a administração e o planejamento do bem-estar da população. Quando os nazistas invadiram a Holanda e se apropriaram do registro, identificaram, perseguiram e mataram judeus e ciganos. Em função desses dados, os nazistas foram capazes de identificar, deportar e matar um número muito maior de judeus do que em outros países europeus: Holanda, 73% da pop. judaica; Bélgica, 40%; França, 25%. Schönberger. **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age.** New Jersey: Princeton University Press, 2009.

<sup>83</sup> MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. in: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (org.). Direito, Inovação e Tecnologia. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 210.

O art. 3º do Projeto de Lei destina-se a resolver o problema apontado pelo ministro Luís Felipe Salomão da soberania dos Estados-nação, indicando quando a lei será aplicada, sendo três os critérios: (a) a operação de tratamento de dados é realizada em território nacional; (b) a atividade de tratamento de dados tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; e (c) os dados pessoais objeto de tratamento tenham sido coletados no território nacional. Ou seja, a lei liga operação de tratamento, oferta ou coleta de dados ao território brasileiro. De tal modo que se uma empresa sul-coreana coletasse dados de um brasileiro para processamento na Índia, essa operação seria abrangida pela lei nacional de tratamento de dados pessoais. Se o art. 3º especifica as situações em que será aplicada a lei de proteção de dados, o art. 4º trata de suas exclusões. O tratamento de dados realizado por pessoa natural para fins exclusivamente pessoais; aquele realizado para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos, literários ou acadêmicos (dada a vedação constitucional)<sup>84</sup>; ou aquele realizado para fins de segurança pública, defesa nacional, de segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão de infrações penais, não estão contemplados no projeto de lei.

O projeto ainda dá algumas definições – de maneira muito semelhante à diretiva europeia – como dado pessoal, dados sensíveis, dados anonimizados, banco de dados, responsável, operador, encarregado, transferência internacional de dados e tratamento. Três destaques devem ser feitos: (a) é considerado dado pessoal aquele relacionado à pessoa identificada ou identificável; (b) tratamento é definido de maneira ampla como "toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão e extração". De modo que é difícil imaginar qual operação relativa a dados pessoais que não se enquadraria com a definição que o PL 5276/2016 dá de tratamento de dados; (c) eliminação é a exclusão definitiva de dado ou de

---

<sup>84</sup> CF/88 art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

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

conjunto de dados armazenados em banco de dados, independente do procedimento empregado.

A exemplo do que a diretiva europeia faz no artigo 5º, o PL 5276/2016 elenca no seu artigo 6º, além de fazer menção à boa-fé no seu "caput", elenca uma série de princípios aos quais as operações de tratamento de dados devem atender. São eles: (a) finalidade; (b) adequação; (c) necessidade; (d) livre acesso; (e) qualidade de dados; (f) transparência; (g) segurança; (h) prevenção; e (i) não discriminação. Logo, os dados devem ser necessários e adequados para atender a uma finalidade legítima, específica e explícita.

Ao apresentar os requisitos para o tratamento de dados pessoais, o PL 5276/2016 aponta que o fornecimento pelo titular deve ocorrer mediante consentimento livre, informado e inequívoco, sendo garantido ao seu titular, entre outras coisas, o conhecimento da finalidade específica do tratamento, sua forma e duração. Sendo possível a revogação do consentimento a qualquer momento de maneira imotivada desde que haja manifestação expressa do titular.

O término do tratamento de dados ocorreria em quatro hipóteses: a finalidade do tratamento foi alcançada ou os dados deixaram de ser necessários para alcance da finalidade específica; fim do período de tratamento – que deve ser informado de antemão ao titular; determinação do órgão competente quando houver violação da legislação em vigor; comunicação do titular, inclusive no seu direito de revogação de consentimento. Após o término do tratamento, os dados devem ser eliminados, porém o PL 5276/2016 prevê hipóteses em que é possível a sua manutenção. Entre elas está a pesquisa histórica, científica ou estatística. Hipótese que parece problemática uma vez que não é difícil encontrar justificativas para essa manutenção. Qual é o critério para definir o que é historicamente relevante? Essa definição do que é histórica, científica e estatisticamente relevante é informada ao titular dos dados antes de fornecer o consentimento previsto no art. 7º, I do PL? A anonimização dos dados também parece insuficiente para garantir a privacidade do titular uma vez que é garantia apenas quando possível. Logo, há a seguinte situação: se os dados tiverem um mínimo interesse histórico, cujo critério não é claro, e for impossível sua anonimização, é possível que os dados continuem existindo após o término do período de tratamento.

No capítulo que trata dos direitos do titular dos dados, o PL 5276/2016 não vai tão longe quanto o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu que em seu art. 17 prevê expressamente o direito ao esquecimento. Contudo, é garantido ao titular a confirmação da existência do tratamento, a correção de dados inexatos ou incompletos, a eliminação de dados excessivos, e a eliminação é garantida àquele tratamento cujo titular de dados tenha consentido. Logo, não fica claro no texto do anteprojeto se tal lei ampararia o indivíduo que demanda a exclusão do seu nome de determinado mecanismo de busca por entender que as informações lhe tragam constrangimento desnecessário. Caberia amparo no "caput" do art. 17 que prevê que toda a pessoa é titular de seus dados pessoais e que lhe são garantidos os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade. Logo, há no PL 5276/2016 o mesmo entrave que existe na LMCI para o exercício do direito ao esquecimento.

Uma norma interessante está no art. 20 do anteprojeto, que diz o seguinte: "o titular de dados tem direito a solicitar revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetarem seus interesses, inclusive as decisões destinadas a definir o perfil ou avaliar os aspectos de sua personalidade". Esse dispositivo diz respeito a predições feitas por algoritmos (e.g.: se a pessoa comprou *Ulysses* de James Joyce em alguma livraria pela Internet, pode esperar ver anúncios de *Finnegans Wake* quando retornar ao site dessa livraria ou mesmo em "banners" em sites de notícias não relacionados ao site da livraria). Esse dispositivo é de extrema importância uma vez que empresas como o

Google costumam alegar em suas defesas nos tribunais uma suposta neutralidade de seus algoritmos<sup>85</sup>.

O Anteprojeto prevê a figura encarregado, que é uma pessoa natural, indicada pelo responsável (este é pessoa natural ou jurídica), para atuar como canal de comunicações perante os titulares e o órgão competente. Com essa figura e a previsão de uma resposta rápida por parte do responsável – inclusive com demanda de apresentação de razões para o caso dessa resposta não ser dada em tempo – fica clara a intenção de que o titular de dados deve ter suas reclamações, demandas e questionamentos atendidos prontamente.

A responsabilidade por eventuais danos causados – patrimoniais, morais, individuais ou coletivos – em razão do exercício de tratamento de dados pessoais decorre da atividade. Portanto, se trata de responsabilidade objetiva atribuída a todo aquele que se envolva nesse tipo de atividade. Podendo o juiz inverter o ônus da prova em favor do titular dos dados quando entender que a produção da prova se torne excessivamente onerosa. As sanções administrativas previstas para pessoas jurídicas de direito privado – uma vez que o anteprojeto também dispõe sobre tratamento de dados realizado por pessoa jurídica de direito público –

---

<sup>85</sup>Se alguém digita na caixa de pesquisa do Google "cachorro ovel...", irá aparecer, entre as sugestões, "...heiro só matando", completando o dito regional. As sugestões são feitas com base em buscas semelhantes de milhões de usuários e, no geral, são muito úteis. Agora, se alguém usasse algum serviço de contratação de mão de obra remota, como o "Amazon Mechanical Turk", para fabricar um interesse no seu nome associado a algo degradante? Aparentemente isso não é tão difícil.

A ex-primeira dama da Alemanha, Bettina Wulff, foi vítima de um "crowdfund hit job" e em setembro de 2012, processou o Google pelo sugestões associadas ao seu nome. Ao se pesquisar por Bettina Wulff, o buscador oferecia as palavras "prostituta" e "garota de programa" como sugestões." Na França, o Google foi forçado a modificar as sugestões de busca depois de sugerir que um homem era um "satanista" e um "estuprador".

Nos casos envolvendo esse tipo de demanda, o Google invoca a neutralidade de seus algoritmos e alega que o mecanismo de autocompletar simplesmente reflete o interesse das pessoas. O representante da empresa em um processo desse tipo alegou: "nós acreditamos que o Google não deve ser responsabilizado pelos termos que aparecem no autocompletar uma vez que são previstos por algoritmos de computador baseado em pesquisas de usuários anteriores, **não pelo Google.**" (grifo meu). MOROZOV, Evgeny. **To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism.** PublicAffairs, 2013. Para um estudo aprofundado sobre como modelos matemáticos e algoritmos podem perpetuar preconceitos – inclusive no âmbito do judiciário – ver o trabalho da matemática americana Cathy O'Neil em O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy.** 1 ed. London: Crown, 2016.

podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e vão de multa simples ou diária à suspensão de funcionamento de banco de dados.

Por fim, o anteprojeto prevê um órgão competente e um Conselho Nacional de Dados e da Privacidade. Entre as atribuições do órgão competente estariam o zelo pela proteção de dados pessoais, a elaboração de diretrizes para uma Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade e o papel instrutivo de promover, entre a população, o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre a proteção de dados pessoais e medidas de segurança. O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade seria composto por quinze representantes, incluindo membros da sociedade civil e da academia. Suas funções diriam respeito à promoção do debate e do estudo sobre a proteção de dados, assim como a disseminação do conhecimento sobre a matéria.

Como já foi dito, não se espera que caso o Brasil edite uma lei de proteção de dados, se resolva todos os problemas relativos ao assunto. Porém, é desejável que assim o faça. Tal legislação traria como benefícios maior clareza na definição de conceitos, critérios e limites para a responsabilização, eliminaria a dúvida quanto a lei aplicável ao caso, além de colocar o Brasil no patamar de países que contam com normas mais desenvolvidas em relação à matéria. O país proclama na sua legislação o respeito pela "privacidade" e "intimidade" dos indivíduos<sup>86</sup> e já sinalizou internacionalmente preocupação com o tema, afirmando que os mesmos direitos que as pessoas possuem fora da rede ("off-line") devem ser protegidos em rede ("on-line"), em particular o direito à privacidade<sup>87</sup>. Tal legislação representaria um marco geral para a proteção do uso de dados no Brasil.

---

<sup>86</sup> CF/88 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - **são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (grifos meus)

<sup>87</sup> Ver resolução apresentada pelo Brasil e pela Alemanha à ONU sobre o direito à privacidade na era digital em novembro de 2013. <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/3424-brasil-e-alemanha-apresentam-a-onu-projeto-de-resolucao-sobre-o-direito-a-privacidade-na-era-digital>> (29/10/16).

## CONCLUSÃO

*Um arquivo digital com quinze anos de idade causava a mesma estranheza que aquele meteorito marciano de quatro bilhões de anos de idade que encontraram na Antártida, contendo fósseis microscópicos de bactérias alienígenas quase tão antigas quanto o próprio sistema solar. Assim como o meteorito, o arquivo apontava um passado impossível de ser imaginado. Quinze anos.*

*Daniel Galera – Meia-noite e Vinte*

*[...] a gente morre e some no vácuo, o corpo aduba as árvores e quem se lembra de nós um dia morre também.*

*Victor Heringer – O Amor dos Homens Avulsos*

Já há algum tempo que a Internet deixou de ser uma novidade e passou a integrar o cotidiano; e, embora seja impossível prever o futuro, há poucos sinais de que essa invasão da vida pela tecnologia da informação irá desacelerar: nos últimos 50 anos, o preço de armazenamento foi reduzido aproximadamente pela metade a cada dois anos<sup>88</sup>. Em 1998, a cada 100 habitantes do planeta, 3 estavam conectados; em 2013, eram 38<sup>89</sup>. De modo que estamos sendo chamados a encontrar soluções para uma tecnologia que envelhece, que envelhece porém não esquece. Se a tecnologia não é nova, muito menos o embate entre seu avanço e os direitos da personalidade. Parece, inclusive, que o primeiro estimula o desenvolvimento do segundo, como ocorreu desde as câmeras fotográficas de Warren e Brandeis até a infeliz pesquisa de Mario Costeja Gonzáles.

A primeira resposta que vem a mente é a abstenção. Ora, se o sujeito não tivesse publicado aquele texto que foi interpretado como ofensivo, não teria sido vítima de um "linchamento virtual". Ou, se não tivesse sido marcado numa foto em determinado evento, seu empregador não teria questionado sua integridade. Tal proposição encontra algumas objeções. A primeira no sentido de que estaríamos instituindo uma espécie de censura prévia em que cada manifestação teria de ser escrutinada e projetada em diferentes cenários com diferentes terminações – tanto impraticável quanto indesejável. A segunda objeção vai no sentido de que o fornecimento de informações pessoais é condição para usufruir de serviços que mudaram de

---

<sup>88</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

<sup>89</sup> International Telecommunications Union (Geneva). Tabela disponível em <[http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/statistics/2012/ITU\\_Key\\_2006-2013\\_ICT\\_data.xls](http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/statistics/2012/ITU_Key_2006-2013_ICT_data.xls)> (04/12/16).

maneira substancial seu funcionamento. É só pensar em como funcionam hoje os serviços de música (Spotify), televisão (Netflix) e transporte (Uber). A terceira, e talvez mais sensível, parte da constatação de que nem sempre as informações expostas são fornecidas pelo titular dos dados; como exemplo podemos citar os casos de "revenge porn"<sup>90</sup>. Por último, ainda que, em função dos casos noticiados, as pessoas estejam mais alertas sobre os riscos, há cada vez mais exposição voluntária. Logo, o que se observa é justamente o oposto dessa proposição, ao mesmo tempo em que há um encurtamento das mensagens (e.g.: twitter, limite de 140 caracteres) e, conseqüentemente, do contexto da informação.

Se sair da rede é impossível, ou indesejável, é preciso garantir condições que protejam o usuário. Essa proteção, no entanto, não é tão simples de se alcançar, uma vez que a remoção de conteúdo atinge princípios e direitos fundamentais caros às sociedades democráticas: direito à informação e liberdade de expressão. A preferência por um lado ou por outro nesse conflito irá variar de acordo com a cultura de cada sociedade por razões históricas, econômicas e axiológicas. Neste trabalho, se expôs que enquanto nos EUA há uma preferência por garantir o direito à informação e a liberdade de expressão; na Europa ocorre o contrário, se concede maior proteção ao indivíduo. No Brasil, é possível identificar uma tendência a acompanhar a corrente europeia. A preferência por um direito ou outro decorrerá, portanto, não só do caso mas do local em que o caso ocorreu. Essas diferenças entre culturas seriam menos problemáticas se essa discussão não ocorresse num contexto de globalização, para que a legislação aplicável à Internet seja efetiva, deve haver diálogo entre culturas com visões de mundo antagônicas e respeito a instituições e priorizações de valores diferentes.

Dentro desse contexto de irreversibilidade da vida em rede e de interação entre pessoas, empresas e ordenamentos jurídicos, há um sem-número de casos possíveis: a criança ou adolescente que não considera as conseqüências de suas atividades "on-line", vítimas de abuso, transgêneros, ex-detentos, ex-devedores etc. Há uma enorme quantidade de situações em que alguém teria interesse em ter parte do seu passado esquecido sem que exista algum ilícito penal ou civil na origem da informação. O direito ao esquecimento diz respeito a casos em que a informação se tornou ultrapassada, irrelevante, prejudicial ou imprecisa. Exigir, contudo, que a retirada dessa informação seja precedida por ordem judicial pode representar

---

<sup>90</sup> "revenge porn" - a expressão remete ao ato de expor conteúdo íntimo de alguém sem o seu consentimento com intuito de se vingar daquela pessoa lhe causando constrangimento.

um entrave ao exercício desse direito e, dada a velocidade com que as informações são replicadas, inviabilizá-lo. Em razão disso, alguns lugares – como a UE – têm favorecido soluções na forma de "takedown systems" em que o usuário, titular dos dados, pode solicitar a remoção do conteúdo independente da sua natureza e de ter sido ele o responsável pela publicização.

No Brasil, o tema avança de maneira tímida. Mesmo sendo o 4º país com maior número de usuários de Internet<sup>91</sup> (atrás apenas de China, Índia e EUA), ainda não editou uma lei de proteção de dados e as decisões relativas ao direito ao esquecimento nos tribunais superiores excluem a Internet do âmbito de apreciação. No entanto, parece não haver dúvida de que o direito ao esquecimento é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Essa conclusão pode ser tirada tanto do texto constitucional – que coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República – da interpretação que é dada a ele pelos tribunais quanto da legislação infraconstitucional. Como o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), ainda que possa ser feita a ressalva da exigência de ordem judicial para a remoção de certos conteúdos publicados por terceiros. Como foi dito antes, é preciso localizar o Direito no espaço e no tempo. Dada a história acidentada da liberdade de expressão na sociedade brasileira, há de se ter cuidado na sua limitação sob o manto da legalidade. Exemplos não faltam de como desde o Império (1822-89), passando pelo Estado Novo (1937-45) e pelo Regime Militar (1964-85) a manifestação de pensamento foi reprimida sob argumentos que remetiam a segurança nacional, a ordem pública e aos bons costumes; mas que, na verdade, apenas espelhavam um sentido autoritário e intolerante de poder. O próprio argumento do "interesse público" deve ser analisado com cuidado, uma vez que não apenas as ideias em si mas sua livre circulação constitui interesse público, independente do conteúdo.

O outro lado dessa moeda é que a divulgação de informações traz consigo responsabilidades, entre elas o comprometimento com a precisão e veracidade dos fatos noticiados. Uma tradição, iniciada por Warren e Brandeis, e relevante para casos envolvendo privacidade e, em particular, o direito ao esquecimento, é o estabelecimento de critérios que sinalizem maior ou menor grau de proteção aos envolvidos. Critérios como "veracidade do fato divulgado", "licitude do meio empregado na obtenção da informação", "personalidade

---

<sup>91</sup> United States Census Bureau – calculado a partir de "Countries and Areas Ranked by Population: 2012", Population data, International Programs, U.S. Census Bureau. (04/12/2016)

pública ou estritamente privada do titular dos dados", "local e natureza do fato", "existência de interesse público", "envolvimento de órgãos e agentes públicos" servem de guia para o intérprete e são desejáveis tanto o seu desenvolvimento doutrinário quanto legislativo.

Por fim, é fácil concluir que não só existe um direito ao esquecimento como também a certeza de que um dia seremos esquecidos. Pois como bem disse Henri Poincaré, em *O Valor da Ciência*<sup>92</sup>, a vida é um curto episódio entre duas eternidades de morte no qual o pensamento não é mais que um clarão no meio de uma longa noite. Resta saber se o olvido nos será concedido enquanto ainda vale alguma coisa.

---

<sup>92</sup> POINCARÉ, Henri. *O Valor da Ciência*. 1º ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 1995.

## REFERÊNCIAS

### Livros e Artigos

1. ALEXY, Robert. **Teoria dos Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.
2. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
3. BANNON, Liam J. "**Forgetting as a feature, not a bug: the duality of memory and implications for ubiquitous computing**". *CoDesign: International Journal of CoCreation in Design and the Arts*, Vol. 2 nº 1: 3–15, 2006.
4. BARROSO. Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade De Expressão e Direitos Da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei De Imprensa**. *Revista de Direito Privado*, vol. 18, p. 105, abr 2004.
5. \_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 58, p. 129 - 173, Jan - Mar 2007.
6. BAUMAN, Zygmunt. **Collateral Dammage: social inequalities in a global age**. Cambridge: Polity Press, 2011.
7. BORGES, Jorge Luis. **Ficciones**. Buenos Aires: Emecé, 1956.
8. BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. "**The Right to Privacy**". *Harvard Law Review*, Cambridge, Vol. 4 nº5: 193–220, 1890.
9. BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em <<http://civilistica.com/control-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>> (29/10/16).
10. CAPOTE, Truman. **In Cold Blood - A true account of a multiple murder and its consequences**. New York: Random House, 1966.
11. JONES, Meg Leta. **Ctrl+Z: The Right to be Forgotten**. New York: New York University Press, 2016. (Sem edição em português.)
12. 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, p.463, 2013.
13. MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. New Jersey: Princeton University Press, 2011. (Sem edição em português.)
14. MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
15. MENKE, Fabiano. **A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão**. in: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (org.). *Direito, Inovação e Tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.
16. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. (Org.). **Direitos da Personalidade**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2012,

17. MOROZOV, Evgeny. **To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism**. PublicAffairs, 2013. (Sem edição em português.)
18. O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy**. 1 ed. London: Crown, 2016. (Sem edição em português.)
19. OST, François. **O Tempo do Direito**. Bauru: Ed. Edusc, 2005.
20. PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet**. Curitiba: Juruá, 2003.
21. PHILBRICK, Nathaniel. **In the Heart of the Sea**. New York: Viking Press, 2000.
22. PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz (2015). **A Regulamentação do Direito ao Esquecimento na Lei do Marco Civil da Internet e a Problemática da Responsabilidade Civil dos Provedores**. Revista da AJURIS, Vol. 42 nº. 137: 45–61.
23. POINCARÉ, Henri. **O Valor da Ciência**. 1 ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 1995.
24. PROSSER, William L. (1960). “Privacy”. California Law Review, Vol. 48 nº 3: 383–423.
25. RONSON, Jon. **So You've Been Publicly Shamed**. London: Pan Macmillan, 2015.
26. ROSEN, Jeffrey. **The Right to be Forgotten**. Standord Law Review. N. 64, Online 88. Disponível em <[stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten](http://stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten)> (29/10/16).
27. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013
28. VAIDHYANATHAN, Siva. **The Googlization of Everything**. Berkeley: University of California Press, 2011.

#### **Livros e Artigos Consultados**

1. BARRETO, W. P. **Os Direitos da Personalidade na Jurisprudência Alemã Contemporânea**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 41, p. 135-159, 2010.
2. CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da, et al. **Estudo do caso Xuxa vs. Google Search (REsp 1.316.921)**. Revista de Direito das Comunicações, vol. 7, 2014, p. 335.
3. DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira. **Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, vol. 946, 2014, p. 77.
4. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
5. GHEZZI, Alessia; PEREIRA Ângela Guimarães; VESNIC-ALUJEVIC, Lucia. **The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten**. London: Palgrave Macmillan, 2015. (Sem edição em português.)
6. MARTINEZ, Pablo Rodriguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
7. MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. **Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo**. Revista de Direito Privado vol. 70, 2016, p. 71.
8. NAÍM, Moisés. **The End of Power**. New York: Basic Books, 2013.

9. WOLF, Brittany. "Free Speech versus Human Dignity: Comparative Perspectives on Internet Privacy". *Tulane Journal of International and Comparative Law, Louisiana*, Vol. 23, nº 1: 251–281, 2014.

### Legislação e Jurisprudência Consultadas

1. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) (29/10/16).
2. \_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) (29/10/16).
3. \_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm) (29/10/16).
4. \_\_\_\_\_. lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm) (29/10/16).
5. \_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm) (29/10/16).
6. \_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Marco Civil da Internet**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm) (29/10/16).
7. \_\_\_\_\_. Projeto de Lei 5276/2016. **Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural**. Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1457459&filename=PL+5276/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1457459&filename=PL+5276/2016) (19/11/16).
8. Conclusões do advogado-geral Niilo Jääskinen apresentadas em 25 de junho de 2013 ECLI:EU:C:2013:424
9. EUA. Constituição (1787). **Constitution of the United States**. Disponível em: <[http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)> (19/11/16)
10. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 May 2014. Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2014:317
11. REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013
12. REsp 1335153/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013
13. UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>> (19/11/16).

14. \_\_\_\_\_. **Regulamento (UE) 2016/679 do parlamento europeu e do conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a diretiva 95/46/CE** (regulamento geral sobre a proteção de dados). Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>> (19/11/16).

### **Palestras e Outras Mídias**

1. SALOMÃO, Luís Felipe. **Memória, Esquecimento e Conteúdo na Internet**. 2016. Palestra realizada no XIX Congresso de Direito Constitucional em 27 de outubro de 2016. Disponível em <<https://youtu.be/d8tn1FnBA7s>> (29/10/16).
2. **Terms and Conditions May Apply**. Direção: Cullen Hoback. New York: Variance Films, 2013. (79 min).