

Direito ao esquecimento

Discussão europeia e sua repercussão no Brasil

ERIK NOLETA KIRK PALMA LIMA

Sumário

1. Introdução. 2. Origem do direito ao esquecimento. 3. Proposta legislativa do Parlamento Europeu. 4. Discussões europeias e início no Brasil. 5. Caracterização do direito ao esquecimento e sua visão como direito fundamental. 6. Considerações finais

1. Introdução

É comum hodiernamente a concepção de que as pessoas estão divididas entre duas realidades. Isso porque existe uma referência à realidade virtual como um ambiente distinto da realidade física. Com características próprias, informações de todos os tipos, gramática diferenciada, problemas específicos, linguagem por comandos exclusivos, o mundo digital é designado como um meio dotado de singularidades suficientes para distingui-lo do mundo real¹.

O movimento definitivo de apoderamento popular das funcionalidades da Internet ocorreu, de fato, com o expressivo aumento de interesse ocasionado pela criação das chamadas mídias sociais². Conforme houve uma crescente adesão à Internet, novas tecnologias de armazenamento de dados foram criadas para suprir a demanda. O mote das redes sociais é o

Erik Noleta Kirk Palma Lima é servidor público federal. Assessor de juiz do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Especialista em direito público pela Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central (FACIPLAC), especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF) e mestrando pela Universidade de Brasília (UnB) em Direito, Estado e Constituição.

¹ Exemplo claro do que se está a dizer é a interface de relacionamento interativo em rede chamada Second Life. Nesse espaço lojas físicas convertem-se em dados, dinheiro converte-se na moeda corrente chamada Lindel Dollar, os personagens criados pelas pessoas relacionam-se e, inclusive, reproduzem-se. Há regras próprias de convivência que se infringidas podem gerar suspensão e até de banimento da rede social.

² Segundo *The Wall Street Journal*, o Facebook atingiu em 4 de setembro de 2012 a cifra de um bilhão mensal de usuários ativos. Isso porque, em julho de 2010, havia 500 milhões de usuários. Um crescimento impressionante (FOWLER, 2012).

compartilhamento de informações entre usuários e não usuários, que têm acesso mais restrito. Sendo assim, as pessoas que fazem parte das redes sociais costumam divulgar informações pessoais, fotos, posições políticas e outros dados que julgam relevantes. Esse movimento fez com que os provedores desenvolvessem novas capacidades de lidar com as informações de usuários, devido ao grande volume de dados.

O novo tratamento conferido aos dados inseridos na Internet fez com que, uma vez incorporadas ao espaço digital, as informações nunca fossem inutilizadas³. A ampliação do espaço disponível tornou possível armazenar mais dados, mesmo aqueles que os usuários julgam prescindíveis. Assim, em um ambiente com espaço incomensurável, cada pedaço de informação pode ser lembrado pela eternidade, levando em conta a capacidade de armazenamento digital, modicidade, fácil recuperação e acesso global.

A inserção de dados pessoais na rede, o posterior desejo de torná-lo indisponível e as novas formas como tais informações são utilizadas, acenderam a discussão sobre um meio de os usuários determinarem o desígnio de suas informações digitais. Após diversos embates, a resposta encontrada para a demanda de exclusão das informações indesejadas foi a criação do chamado “direito ao esquecimento”.

³ Nesse sentido, interessante citar o caso de Andrew Feldmar. No verão de 2006, Feldmar foi tentar cruzar a fronteira Canadá/EUA para buscar um amigo no aeroporto de Seattle e teve problemas com a polícia. Tudo aconteceu devido a uma busca na Internet que o segurança do aeroporto fez com o nome de Feldmar, mesmo tendo ele cruzado a fronteira uma centena de vezes. Tal busca revelou que Feldmar havia escrito em um jornal ter feito uso de LSD nos anos 1960. Enfim, Feldmar foi impedido de entrar na fronteira e hoje é impedido de entrar nos Estados Unidos, onde era ativo profissionalmente e onde os seus dois filhos vivem. Desolado com a situação, ao final da entrevista ao *The New York Times*, Feldmar desabafa: “*I should warn people that the electronic footprint you leave on the Net will be used against you. It cannot be erased*” (LIPTAK, 2007).

O presente estudo busca lançar um olhar crítico sobre as discussões que permeiam a reivindicação social por maior controle dos dados pessoais. Nesse sentido, o primeiro capítulo enuncia o contexto que originou o direito ao esquecimento. O segundo capítulo faz referência a casos em que se discutiu o referido direito. Por fim, o terceiro capítulo investiga a caracterização e conceito do direito ao esquecimento à luz da proposta de normatização europeia, inclusive com direito fundamental. A partir da regulamentação encetada na Europa, o usuário passará a ter uma participação mais efetiva em relação aos seus dados que circulam na Internet.

2. Origem do direito ao esquecimento

A Internet vive atualmente uma era cada vez mais social. Uma das características mais marcantes desse período é revelar dados pessoais. Desse modo, sua constante disponibilidade e proliferação agregou valor comercial aos dados pessoais, transformando-os em moeda corrente na Internet. Na atual conjuntura, se comparado a outros meio de comunicação, a Internet é o meio mais fácil de atingir, com baixo investimento, um grande número de pessoas em diversos locais. Contudo, para alcançá-las, dados pessoais passaram a ser captados, acumulados e utilizados pelos provedores em uma diversidade cada vez maior de formas.

A privacidade tornou-se um problema grave na atual sociedade da informação. É uma tarefa difícil prever todas as consequências que possam advir do uso de dados pessoais presentes na rede mundial de computadores. Ao longo do tempo, as pessoas utilizam as redes sociais – hoje começando, na maioria dos casos, na pré-adolescência⁴ – e acabam por alimentá-

⁴ O estudo chamado “Internet Safety for Kids & Families”, realizado em nove países, inclusive o Brasil, pela

-las com informações de caráter supostamente duvidoso⁵. Informações acessadas em um momento de imaturidade podem ter repercussão nas mais variadas esferas de interação social⁶.

O processo biologicamente comum de esquecimento transmutou no paradigma da lembrança. Esse discurso pode ser percebido na fala de Gordon Bell, para quem o computador foi criado justamente para armazenar um vida inteira e conduzir à imortalidade digital⁷. Entretanto, isso não é tudo. A tecnologia atual avançou de forma a permitir que os dados constantemente coletados⁸ sejam utilizados também fora do controle pessoal dos donos.

Diante dessas ponderações, em fevereiro de 2007, Viktor Mayer-Schönberger (2009, p. 7) formulou o que foi alcunhado “*the right to be forgotten*”, em tradução livre, “o direito ao esquecimento”. Sua preocupação com tal direito é externar as falácias existentes na ideia comum de que o ato de deletar dados pessoais na rede mundial de computadores seria garantia de definitiva exclusão.

A partir da discussão gerada pela inquietude de Mayer-Schönberger (2009), o direito ao esquecimento passou a ter visibilidade. A União Eu-

empresa Trend Micro, em outubro de 2011, revelou que a idade média mundial em que as crianças entram nas redes sociais é de 12 anos (UOL NOTÍCIAS, 2011).

⁵ Há um caso emblemático: “Stacy Snyder queria ser uma professora. Na primavera de 2006, a mãe solteira de 25 anos havia terminado o curso e estava ansiosa por iniciar sua carreira futura como professora. Foi então que seu sonho morreu. Convocada por funcionários da universidade, foi dito a ela que não seria possível tornar-se professora, em que pese ela ter consigo todos os créditos, passado em todas as provas, concluído todos as aulas práticas com muitas honras. A ela foi negado o certificado sob o argumento de que seu comportamento era impróprio para um professor. Seu comportamento? Uma foto publicada *online* mostrava Stacy vestindo um chapéu de pirata e bebendo. Stacy colocou a foto em sua página social MySpace, e escrito ‘pirata bêbada’, para seus amigos verem e se divertirem. A administração da universidade, alertada por um professor super zeloso da escola onde Stacy pretendia ser professora, argumentou que a foto publicada foi imprópria porque a fotografia de um professor bebendo álcool exporia seus alunos. Stacy considerou retirar a foto da rede social. Contudo, o dano já havia ocorrido. A página e a foto de Stacy já havia sido catalogada por sites de buscas e indexadores. A Internet lembra o que Stacy quer esquecer” (MAYER-SCHÖNBERGER, 2009, p. 10, tradução nossa).

⁶ Explica Jeffrey Rosen, que “de acordo com uma recente pesquisa da Microsoft, 75 por cento dos recrutadores de profissionais nos Estados Unidos relatam que suas empresas solicitam uma pesquisa *online* sobre os candidatos, e muitos usam uma vasta gama de sites quando selecionam examinandos — incluindo sites de busca, redes sociais, sites de compartilhamento de vídeos e fotos, blogs, páginas pessoais da web, Twitter e sites de jogos *online*. Setenta por cento dos recrutadores nos Estados Unidos narram que rejeitaram candidatos por conta da informação encontrada *online*, como fotos, discussões em sites e participação em grupos controversos” (ROSEN, 2010, tradução nossa).

⁷ Gordon Bell, um dos criadores da National Science Foundation, agência independente do governo norte-americano que promove o desenvolvimento da ciência, descreve sua experiência da seguinte forma: “Eu acredito que foi para isto que os computadores foram realmente criados. Para capturar uma vida inteira. Um computador não seria uma máquina que apenas fica na minha escrivaninha. É um repositório. Acredito no computador como uma memória pessoal. Sinto-me imensamente livre por ter toda a informação no computador” (GAUDIN, 2008, tradução nossa).

⁸ Provedores armazenam históricos de pesquisa, localização de dados, rastreamento de *cookies* etc.

ropeia, com histórico de preocupação relativo à proteção de dados pessoais⁹, também aderiu ao movimento e iniciou estudos visando a rever o tratamento legal da proteção de dados. Assim, no contexto da revisão em curso sobre a atual Diretiva de Proteção de Dados nº 46/1995, está sendo debatida a possibilidade de introduzir nas normativas europeias o direito a ser esquecido. Nesse sentido, em maio de 2009 a Comissão Europeia organizou uma conferência dedicada a debater o uso de dados pessoais e sua proteção, bem como examinar os novos desafios para a privacidade. Foi então que, em 25 de janeiro de 2012, o Conselho e o Parlamento europeus propuseram a codificação do direito ao esquecimento em uma Diretiva e um Regulamento¹⁰.

3. Proposta legislativa do Parlamento Europeu

A União Europeia busca uma maneira de conferir transparência ao nebuloso mundo digital. Os recentes apontamentos sobre o direito ao esquecimento ainda não foram suficientes para gerar uma relativa segurança sobre os seus contornos¹¹. Intencionalmente¹², a Comissão

Europeia comprometeu-se a clarificar o direito ao esquecimento, partindo da seguinte abordagem geral:

“o direito de as pessoas impedirem a continuação do tratamento dos respectivos dados e de os mesmos serem apagados quando deixarem de ser necessários para fins legítimos. É o caso, por exemplo, do tratamento baseado no consentimento da pessoa, se essa pessoa retirar o consentimento ou quando o período de armazenamento tiver acabado.”¹³

Na última conferência realizada em 22 janeiro de 2012, antes da apresentação dos projetos de regulamentação, a vice-presidente da comissão europeia, Viviane Reding (2012, p. 5), apresentou duas condições como argumento principal apto a viabilizar o direito a ser esquecido: a primeira é o indivíduo não ter mais qualquer interesse de que seus dados pessoais sejam processados e/ou armazenados por um controlador de dados; o segundo é a inexistência de razão legítima para o controlador mantê-los.

Assim, a proposta de Regulamento da União Europeia prevê, expressamente, em seu art. 17, o direito ao esquecimento. Segundo a normativa, em seu art. 17, nº 1, o titular dos dados tem o direito de obter a exclusão das informações e a cessação da utilização ulterior de seus dados, especialmente em relação àqueles dados disponibilizados quando o titular ainda era uma criança. No mesmo dispositivo, foram listados os seguintes motivos aptos a gerar a exclusão dos dados: (a) os dados deixarem de ser necessários em relação à finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; (b) o titular dos dados

⁹ Há previsão expressa na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 8, no seguinte sentido: “*Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her*”. Inclusive, o dia 28 de janeiro é dedicado a celebrar o chamado *Data Protection Day*. Esse dia é comemorado em memória do dia da aprovação da Convenção Europeia nº 108, o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculante relacionado com a proteção de dados.

¹⁰ A Diretiva foi nomeada como COM/2012/010.

¹¹ Conforme a seguinte crítica de Rolf H. Weber (2011, p. 128, tradução nossa), “na forma proposta pelo União Europeia, o direito ao esquecimento não pode facilmente se tornar uma contribuição substancial para a melhoria da proteção de dados. O conceito é provavelmente muito vago para ser bem sucedido”.

¹² Em resposta as referidas críticas, a vice-presidente da comissão europeia, Viviane Reding, justifica a redação da atualização legislativa ser ambígua porque “esta regulação precisa remanescer por 30 anos – é necessário que ela seja muito clara, mas imprecisa o suficiente para que as mudan-

ças no mercado ou na opinião pública possam ser manobrados na regulação” (WARMAN, 2012, tradução nossa).

¹³ Essa ponderação está presente na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. COM (2010) 609 final.

retirar o consentimento sobre o qual é baseado o tratamento nos termos do artigo 6º, nº 1, alínea *a*, do próprio Regulamento¹⁴, ou se o período de conservação consentido tiver terminado e não existir outro fundamento jurídico para o tratamento dos dados; (c) o titular dos dados se opor ao tratamento de dados pessoais nos termos do artigo 19º;¹⁵ (d) o tratamento dos dados não respeita o regulamento por outros motivos.

Na origem, o direito ao esquecimento propõe que a informação pessoal deve ser removida irrevogavelmente. Entretanto, a ideia de que a simples revogação do consentimento do processamento de dados pessoais levaria a remoção não é totalmente fática. Mesmo que o consentimento seja retirado, ele não necessariamente permite ao usuário ter seus dados removidos retroativamente. Os provedores estão em uma tendência crescente de armazenar, inclusive os dados descartados pelos usuários (AUSLOOS; GRAUX; VALCKE, 2012, p. 6).

Sem embargo, para a correta compreensão do âmbito de aplicação do direito ao esquecimento, é importante conhecer quais os dados pessoais que devem ser resguardados. Nesse sentido, a atual diretiva 46/1995, em seu art. 2º, *a*, considera dados pessoais qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável. Por outro lado, a atual proposta de Diretiva em seu art. 3º, 2, bem como o Regulamento em seu art. 4º, 2, preveem que os dados pessoais são quaisquer informações relativas a um titular de dados, não importa a referência a ele que se faz.

4. Discussões europeias e início no Brasil

Há na Europa casos emblemáticos que foram responsáveis por colocar em discussão o direito ao esquecimento. Na Alemanha, Wolfgang Werlé e Manfred Lauber foram condenados por um homicídio cometido contra um ator na década de 90, caso que gerou grande repercussão na mídia. Após mais de vinte anos da condenação, em 2009, e já em liberdade, Wolfgang Werlé pleiteou junto ao Tribunal de Hamburgo o direito de obter uma ordem para suprimir todas as referências ao seu nome do idioma inglês e alemão do site Wikipedia. Para fundamentar a ação, o condenado baseou-se em uma decisão de 1973 do Tribunal Constitucional alemão,

¹⁴ Artigo 6º Licitude do tratamento. 1. O tratamento de dados pessoais só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;

¹⁵ Artigo 19º Direito de oposição. 1. O titular dos dados tem o direito de opor-se em qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos seus dados pessoais com base no artigo 6º, nº 1, alíneas *d*, *e* e *f*, salvo se o responsável pelo tratamento apresentar razões imperiosas e legítimas que prevaleçam sobre os interesses ou direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa.

que afirmava os direitos de privacidade dos cidadãos depois de ter integralizado sua pena. O argumento contrário utilizado é que a lógica aplicada em 1973, ainda que louvável, não era viável para a atual era da Internet. A Corte alemã privilegiou a tese do condenado, enviando ofício com um acordo em que a organização retiraria o nome de um dos condenados ou seria submetida a pagar multa contratual não inferior a € 5.100, para cada caso de violação (ALEMANHA, 2008). Todavia, a medida se mostrou um tanto inócua, já que o Wikipedia não tinha filial ou negócios na Alemanha, e estava hospedado e amparado na primeira emenda da Constituição norte-americana, sobre a liberdade de expressão.

Outro caso ocorreu na Suíça em 1983. A Sociedade Suíça de Rádio e Televisão estava com a intenção de fazer um documentário sobre um assassino sentenciado à morte em 1939. Um de seus descendentes moveu ação arguindo que a divulgação de tal informação afetaria sua esfera privada por via oblíqua. O Tribunal Federal Suíço, em que pese reconhecer que não há direito absoluto ao esquecimento que possa impedir a pesquisa histórica e científica, decidiu que o esquecimento naturalmente poderia ser reduzido ou eliminado pelas mídias eletrônicas. Como resultado, foi autorizada a produção do documentário (SUÍÇA, 1983).

Na Bélgica, em acórdão lavrado de 20 de setembro de 2001, o Tribunal Civil de Bruxelas proibiu um programa de televisão da estação comercial RTL-TVI. O filme era uma reconstituição de uma tomada de reféns e tentativa de fuga de um preso, Pedro C., que fora condenado à morte havia 20 anos, mas cuja sentença fora posteriormente comutada para prisão perpétua (trabalho forçado). Ocorrida em 1984, a tentativa de fuga falhou. O programa da RTL-TVI continha algumas imagens autênticas da época, junto com imagens de cenas reconstruídas. O

filme foi transmitido pela RTL-TVI, em 1993, mas como não tinha autorizado o uso de sua imagem no filme RTL-TVI, Pedro C. queixou-se de uma violação do seu direito de personalidade perante o tribunal civil. Ele alegou danos morais e intentou uma ordem judicial para impedir que o filme fosse retransmitido. O Tribunal reconheceu que um prisioneiro pode exercer os seus direitos não patrimoniais, como os seus direitos à sua imagem e seu direito à privacidade. Também foi reconhecido que o filme não foi exibido para relatar um problema social importante e que um preso tem o direito a ser esquecido. O julgamento sublinha que uma pessoa envolvida em um processo judicial pode, por isso mesmo, pertencer à esfera pública. Em tais circunstâncias, a autorização não é necessária para a reprodução da sua imagem de uma pessoa pública no contexto do relato das notícias. No entanto, é restrito o uso da imagem de um prisioneiro muitos anos depois, assim como um prisioneiro tem o direito de retirar-se da esfera pública com o propósito de reintegrar-se na sociedade (BÉLGICA, 2001).

No Brasil, o direito ao esquecimento já contou com algumas manifestações, ainda que não tratado explicitamente com esse termo. O caso Doca Street, que causou grande repercussão na sociedade brasileira dos anos 70, claramente exemplifica a discussão do esquecimento. Raul Fernando do Amaral Street, mais conhecido por Doca, assassinou a socialite Ângela Diniz em dezembro de 1976. No primeiro júri, Doca foi absolvido sob a alegação de legítima defesa da honra. Contudo, diante da intensa campanha feminista, com apoio da mídia, o processo foi reaberto e ele foi condenado a 15 anos de reclusão, dos quais cumpriu sete em regime fechado, obtendo a condicional em 1987.

Em 2003, a emissora Rede Globo de Televisão, no programa *Linha Direta/Justiça*, resolveu exibir uma reportagem dedicada a enfocar o

assassinato da socialite Ângela Diniz. Doca recorreu à justiça alegando o cumprimento da pena e o direito ao esquecimento. O juiz de primeira instância concedeu liminar para impedir a exibição do programa entendendo que existiu abuso na produção e divulgação do programa. Todavia, a decisão foi reformada em 2ª instância autorizando a divulgação. No julgamento da indenização por dano moral, a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a sentença de primeiro grau que havia condenado a emissora a pagar R\$ 250 mil por danos morais a Doca Street. No julgado foi reconhecido que a liberdade de expressão da emissora deveria ser garantida, bem como que o programa se limitara a contar a história de acordo com as provas documentais da época (AGUIAR, 2006).

Em período mais recente, um servidor federal pleiteou na justiça a exclusão de seus registros relacionados a demissão e readmissão anteriores. Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a existência e a necessidade do esquecimento; porém, decidiu que não se aplicava quando se trata de servidores públicos e de pessoas exercentes ou candidatos à vida pública, pois suas vidas pretéritas interessam à população¹⁶.

Outro interessante caso é o da apresentadora Xuxa contra o site de buscas Google. Em outubro de 2010, a referida apresentadora ajuizou ação visando a compelir o provedor Google a remover do seu site os resultados relativos à busca pela expressão “xuxa pedófila” ou, ainda, qualquer outra que associasse o nome da apresentadora a uma prática criminosa qualquer. O pleito liminar foi deferido para que o Google se abstivesse de disponibilizar aos seus usuários aqueles resultados. A última corte a se debruçar sobre o caso, até então, foi o Superior Tribunal de Justiça. Em julgado datado de 26 de junho de 2012, a 3ª turma do STJ, por unanimidade, decidiu que o Google era apenas um facilitador de informação e, por isso, a ação deveria ser movida contra aqueles que veicularam os dados. Na decisão ainda ficou consignado que não se pode reprimir o direito da coletividade à informação¹⁷. Por outro lado, o julgado

¹⁶“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ARTIGO 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...) 2. Embora se possa cogitar em tese sobre um direito ao esquecimento, impeditivo de que longínquas máculas do passado possam ser resolvidas e trazidas a público, tal segredo da vida pregressa relaciona-se aos aspectos da vida íntima das pessoas, não podendo ser estendido ao servidor público, ou pessoas exercentes ou candidatas à vida pública, pois mais do que meros particulares, devem explicações ao público sobre a sua vida funcional pretérita ou presente. Note-se que a matriz constitucional de onde se pode extrair o direito ao esquecimento radica no artigo 5º, inciso X, e inicia dizendo que são invioláveis a intimidade, a vida privada etc., claramente afastando situação de vida funcional” (BRASIL, 2009).

¹⁷“CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. (...)”

poderia ter levado a discussão a outro patamar, enfrentando efetivamente a questão relativa ao direito ao esquecimento.

5. Caracterização do direito ao esquecimento e sua visão como direito fundamental

Ante a situação que se desenha nos casos mencionados, Peter Fleischer divide o direito ao esquecimento em três diferentes categorias¹⁸. A primeira delas, menos controvertida, faz referência ao direito de a pessoa apagar os dados que ela mesma torna disponível na rede. A segunda categoria, de controvérsia mediana, envolve a possibilidade de apagar informações disponibilizadas pelo próprio usuário e copiadas/disponibilizada por terceiros. A última e mais controversa categoria faz referência à possibilidade de o usuário apagar dados seus disponibilizados por terceiros.

A possibilidade de deletar o conteúdo integrado à rede, e que ainda permanece em poder

5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa” (REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/6/2012, DJe 29/6/2012).

¹⁸ Peter Fleischer (2011) pondera que as categorias ameaçariam gradualmente o direito à liberdade de expressão.

do usuário, é uma realidade que redes sociais ainda não partilham¹⁹. Há notícias de que as informações dos usuários permaneçam na base de dados por prazo indefinido (AUSLOOS, 2012, p. 10). Dessa forma, o direito ao esquecimento permitiria que os usuários confirmassem a exclusão de seus dados, após retirados da exposição pública.

A segunda categoria, por envolver terceiros, adquire matizes mais complicadas. Considerando que o usuário superou a primeira categoria – pois de fato conseguiu ter os dados que disponibilizara deletados pelo provedor após requisição –, o problema ocorre quando esse dado foi replicado por um terceiro. Em tese, pessoas/amigos podem acessar os dados de outros usuário na rede, copiar e divulgar a informação, inicialmente com autorização. Todavia, o que ocorre quando o usuário solicita a essas pessoas que deletem a informação, mas elas se recusam a fazê-lo?²⁰

A mais séria colisão com o direito à liberdade de expressão ocorre com a terceira classificação. Nesta, o indivíduo nunca teve poder sobre os dados pessoais, bem como não foi o

¹⁹ A rede social Facebook armazena dados dos usuários que já solicitaram exclusão, sob o pálio de uma nova experiência na rede, conforme a seguinte passagem na política de privacidade: “Quando você opta por excluir algo que foi compartilhado no Facebook, nós o removemos do site. Algumas dessas informações são excluídas permanentemente de nosso servidores. No entanto, algumas só podem ser excluídas quando você exclui sua conta permanentemente. Isso acontece porque precisamos de certos dados para lhe fornecer a melhor experiência possível no Facebook. Por exemplo, salvamos informações sobre solicitações de amizade rejeitadas para que possamos saber a quais pessoas você não deseja se conectar. Também salvamos informações sobre marcações removidas para garantir que você não seja marcado na mesma foto” (grifo nosso). Isso deixa claro que o Facebook rastreia os seus usuários.

²⁰ Pelo menos no Brasil, o Facebook não tem uma solução para o problema. Conforme informações da rede social, “algumas de suas ações no Facebook não são armazenadas em sua conta, como publicações em um grupo ou envio de mensagens (seu amigo ainda pode ter a mensagem enviada, mesmo após a exclusão de sua conta). Essas informações permanecem depois que você exclui a conta”.

responsável pela disponibilização, realizada por um terceiro. A informação, em que pese fazer referência ao usuário, está disponível em razão da conduta de outra pessoa que tem interesse em tornar visíveis os dados.

Em face dessas ponderações, o direito ao esquecimento e ao apagamento previsto no art. 17, nº 1, deve ser interpretado em consonância com as exceções previstas no nº 3, alíneas de *a* a *e*. De fato, o usuário tem o direito de demandar a exclusão de dados pessoais, e o provedor de Internet deve “efetuar o apagamento sem demora, salvo quando a conservação dos dados seja necessária”, nas seguintes hipóteses:

“3. O responsável pelo tratamento deve efetuar o apagamento sem demora, salvo quando a conservação dos dados seja necessária:

(a) Ao exercício do direito de liberdade de expressão nos termos do artigo 80º;

(b) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 81º;

(c) Para fins de investigação histórica, estatística ou científica, nos termos do artigo 83º;

(d) Para o cumprimento de uma obrigação jurídica de conservação de dados pessoais prevista pelo direito da União ou pela legislação de um Estado-Membro à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito; a legislação do Estado-Membro deve responder a um objetivo de interesse público, respeitar o conteúdo essencial do direito à proteção de dados pessoais e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido;

(e) Nos casos referidos no nº 4.

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

(a) A sua exatidão for contestada pelo titular dos dados, durante um período que permita ao responsável pelo tratamento verificar a exatidão dos dados;

(b) Já não precisar dos dados pessoais para o desempenho das suas funções, mas esses dados tenham de ser conservados para efeitos de prova;

(c) O tratamento for ilícito e o titular dos dados se opuser ao seu apagamento e solicitar, em contrapartida, a limitação da sua utilização;

(d) O titular dos dados solicitar a transmissão dos dados pessoais para outro sistema de tratamento automatizado, nos termos do artigo 18º, nº 2.”²¹

Em suma, o provedor de Internet apenas se eximirá da obrigação de excluir os dados se fizer prova de alguma das exceções realizadas. Caso contrário, o desrespeito ao direito ao esquecimento pode causar uma

²¹ Proposta de Regulamento COM/2012/011. Artigo 17º.

multa que começa com € 1.000.000, podendo ser majorada a até dois por cento do rendimento anual em todo o mundo²².

Na Europa, discute-se se o direito ao esquecimento deve ser classificado como uma manifestação do direito à privacidade. Isso porque, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia lista o direito à privacidade separado da proteção de dados pessoais previstos nos artigos 7º e 8º, respectivamente. O direito ao esquecimento, apesar de ter como claro objetivo proteger a intimidade das pessoas, é um típico aspecto da proteção de dados pessoais, com consideração prática sob a privacidade da informação digital. Esse direito é, tão somente, relacionado ao conteúdo da Internet e ao sofrimento decorrente de sua disponibilidade.

Conforme a interpretação lastreada no direito à proteção de dados, o direito ao esquecimento é considerado direito fundamental. No Brasil uma possível consideração sobre o direito ao esquecimento estaria inserida no direito à privacidade – sendo, portanto, parte dos direitos fundamentais. De qualquer forma, a Internet “nos obriga a reexaminar a privacidade como um conceito” (CHEUNG, 2009, p. 192). O propósito de tal resignificação é permitir estabilidade de disposições legais e de identificar o possível âmbito de um novo fundamental direito ao esquecimento.

Uma das maiores dificuldades a ser enfrentadas pelo direito ao esquecimento é a ausência de fronteiras e limites na Internet e a existência de limites no mundo físico. Não obstante os provedores terem presença em todo o mundo, sua hospedagem ocorre, em geral, nos lugares onde a liberdade de comunicação tem maior guarida. Nesse sentido, haverá inúmeros pontos de toque entre ordenamentos diversos visando

a solucionar eventuais contendas que ocorram envolvendo o assunto. Assim, tendo em vista o largo espectro da presença da Internet no mundo, uma normatização supranacional deverá ser implementada para solucionar adequadamente os casos.

5. Considerações finais

A Internet é um poderoso recurso à disposição da humanidade. A despeito de tantos recursos, grandes responsabilidades advêm da utilização. Entre os vários aspectos problemáticos circunscritos ao mundo da Internet, a proteção de dados pessoais tornou-se um dilema. A característica atual da Internet que mais contribui para a questão é a necessidade de revelar dados pessoais. Na contramão dessa tendência, o controle mais efetivo das informações é um denominador comum entre os usuários.

Em uma sociedade democrática, a privacidade tem sido considerada suficientemente protegida por conferir aos indivíduos o “poder” para concordar ou discordar. Todavia, com o advento das novas tecnologias, referida prática mostra claramente as deficiências dessa abordagem. Há fatores que induzem ao raciocínio, segundo o qual, no que tange aos dados digitais, concordar ou não com algumas práticas é inócua. No mundo digital, requisitar a exclusão de informações pessoais não é garantia de remoção retroativa. O novo formato da rede mundial tem prejudicado a possibilidade de as pessoas gradualmente abandonarem o passado. Há uma visível dificuldade prática para ter certeza de que os provedores apagaram os dados, bem como de que estes não foram copiados por terceiros.

O mundo cibernético trouxe consigo a reivindicação de direitos que não figuravam expressamente em nenhuma constituição. Os provedores, voluntariamente, não garantem o

²² Proposta de Regulamento COM/2012/011. Artigo 79º, 5 (c), 6 (c).

controle aos indivíduos sobre seus dados. Nesse contexto, o direito ao esquecimento foi gestado e invocado onde indesejada exposição pública é dada ao passado da pessoa. Na Europa, tal direito é amparado pela alegação de que a exposição viola o direito fundamental à proteção de dados e, por via indireta, à privacidade (direitos de personalidade) em um grau injustificado por qualquer interesse público.

O direito ao esquecimento é uma legítima requisição para balancear o poder sobre dados pessoais. No momento em que os provedores obtêm os dados dos usuários, a informação fica à sua mercê. A propriedade que o titular tem sobre os dados é mitigada pela capacidade quase infinita de armazenamento de que gozam os provedores. Na era digital, com a facilidade de armazenamento, fácil recuperação e acesso global, esquecer tornou-se mais caro e difícil, enquanto lembrar é barato e fácil (MAYER-SCHÖNBERGER, 2009, p. 59). A partir da regulamentação que a Europa está realizando, o usuário passará a ter uma participação mais efetiva em relação aos seus dados que circulam na Internet.

Certamente, algumas vozes vão insurgir-se contra o direito ao esquecimento sob a alegação de uma suposta censura velada. É real a possibilidade de se confundir a retirada de dados da rede a um ocultamento da realidade. Entretanto, os contornos do referido direito evidenciam que não será absoluto. Seus limites serão impostos por outros direitos caros à sociedade, como direito à informação e à liberdade de expressão, em uma espécie de ponderação sobre o interesse em jogo.

O respeito à privacidade e à proteção de dados pessoais devem ser entendidos como cruciais para o desenvolvimento e sustentabilidade de uma sociedade democrática, bem como ao exercício de outros direitos fundamentais. No contexto atual, esquecer deixou de ser apenas um comportamento individual para tornar-se uma conduta conjunta da sociedade. Aos poucos, as pessoas começam a tomar consciência do risco que as informações na Internet podem causar. Essa gradativa consciência pode significar, em breve, uma diáspora das redes sociais e congêneres²³.

Referências

AGUIAR, Adriana. TJ do Rio livra TV Globo de indenizar Doca Street. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 fev. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-fev-08/tj_rio_livra_tv_globo_indenizar_doca_street> Acesso em: 26 dez. 2012.

²³ Um movimento inicial pode ser observado, ainda que nesse período de efervescência das mídias sociais (PACELLI, 2013).

ALEMANHA. Landgericht Hamburg. Acórdão 324 O 507/07, de 18 de janeiro de 2008. *OpenJur*, Hamburgo, 2008. Disponível em: <<http://openjur.de/u/371835.html>>. Acesso em: 3 fev. 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AUSLOOS, Jef. The 'right to be forgotten': worth remembering? *Computer Law & Security Review*, Amsterdam, v. 28, n. 2, p. 143-152, Apr. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1970392>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

_____; GRAUX, Hans; VALCKE, Peggy. The right to be forgotten in the internet era. Interdisciplinary Centre for Law and ICT (ICRI), Leuven, n. 11, Nov. 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2174896>. Acesso em: 1º jan. 2013.

BÉLGICA. Peter C. vs. NV RTL-TVI and the Belgian State, represented by the Minister of Justice, nr. AR 93/4069/A. *Court of First Instance of Brussels (20th Chamber)*, Bruxelas, 20 Sept. 2001.

BRASIL. Apelação cível nº 2003.70.00.058151-6/PR. Relatora: Marga Inge Barth Tessler. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 maio 2009.

CHEUNG, Anne S. Y. Rethinking public privacy in the internet era: a study of virtual persecution by the internet crowd. *Journal of Media Law*, Oxford, v. 1, n. 2, p. 191-217, Dec. 2009.

COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de regulamento do parlamento europeu e do conselho*. Bruxelas: [s.n.], 2012.

FLEISCHER, Peter. Foggy thinking about the right to oblivion. *Peter Fleischer: Privacy...?* [blog], Mar. 2011. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>> Acesso em: 30 dez. 2012.

FOWLER, Geoffrey A. Facebook: one billion and counting. *The Wall Street Journal*, New York, Oct. 2012. Disponível em: <<http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443635404578036164027386112.html>>. Acesso em: 16 dez. 2012.

GAUDIN, Sharon. Total recall: storing every life memory in a surrogate brain. *Computer World*, Boston, Apr. 2008. Disponível em: <http://www.computerworld.com/s/article/9074439/Total_Recall_Storing_every_life_memory_in_a_surrogate_brain?taxonomyId=11&pageNumber=1>. Acesso em: 18 dez. 2012.

LIPTAK, Adam. The nation's borders, now guarded by the net. *The New York Times* [online], New York, May 2007. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2007/05/14/us/14bar.html?_r=0> Acesso em: 22 dez. 2012.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. New Jersey: Princeton University, 2009.

PACELLI, Shirley. Facebook começa a sofrer com evasão de usuários. *Correio Braziliense* [online], Brasília, jan. 2013.

REDING, Viviane. The EU data protection reform 2012: making europe the standard setter for modern data protection rules in the digital age. In: INNOVATION CONFERENCE DIGITAL, LIFE, DESIGN, 2012, Munich. *Anais...* Munich: [S.n.], 2012. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26&format=PDF>> Acesso em: 21 dez. 2012.

ROSEN, Jeffrey. The right to be forgotten. *Stanford Law Review*, Stanford, Feb. 2012. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten>> Acesso em: 20 dez. 2012.

_____. The web means the end of forgetting. *The New York Times Magazine* [online], Jul. 2010. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?scp=1&sq=The%20Web%20Means%20the%20End%20of%20Forgetting&st=cse&r=0>>. Acesso em: 16 dez. 2012.

SUÍÇA. BGE 109, II 353: Paul Iniger: Contra a sociedade de rádio e televisão suíça. *Servat*, jun. 1983. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/c2109353.html>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

UOL NOTÍCIAS. Crianças brasileiras são as mais jovens a entrar em redes sociais, aponta pesquisa. *UOL Notícias – Caderno Tecnologia* [online], out. 2011. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2011/10/25/com-media-de-9-anos-brasileiros-sao-os-mais-jovens-no-mundo-a-entrar-nas-redes-sociais.jhtm>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

WARMAN, Matt. EU fights ‘fierce lobbying’ to devise data privacy law. *The Telegraph*, Georgetown, Feb. 2012. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/technology/Internet/9069933/EU-fights-fierce-lobbying-to-devise-data-privacy-law.html>> Acesso em: 18 dez. 2012.

WEBER, Rolf H. The right to be forgotten: more than a pandora’s box? *JIPITEC*, Göttingen, p. 120-130, 2011.