

O DIREITO À PRIVACIDADE NA INTERNET: DESAFIOS PARA A PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

THE RIGHT TO INTERNET PRIVACY: CHALLENGES FOR THE PROTECTION OF PRIVATE LIFE AND THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA^{*}

BRUNO MELLO CORREA DE BARROS^{**}

MARÍLIA DO NASCIMENTO PEREIRA^{***}

RESUMO: O artigo investigou o direito à privacidade na internet, os limites para a proteção da vida privada e as condições de possibilidade para o exercício do direito ao esquecimento. Utilizou como exemplo os argumentos empregados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para o tema. Utilizou do método de abordagem dedutivo para observar as características do direito à privacidade *online* até se chegar ao direito ao esquecimento. Foi empregado o método de procedimento monográfico, com base em posições da legislação, doutrinária e

ABSTRACT: *The article investigated the right to privacy on the Internet, the limits for the protection of privacy and the conditions of possibility for the exercise of the right to forgetfulness. It was used as an example the arguments used by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul for the topic. It was used the deductive approach to observe the characteristics of the right to online privacy until the right to be forgotten. The method of monographic procedure was used, based on legislative, doctrinal and jurisprudential positions. At the end of the study, it was*

* Professor Adjunto III do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010), na área de concentração em Relações Internacionais, com período de realização de Estágio de Doutorado (doutorado-sanduíche) com bolsa da CAPES na Università Degli Studi di Padova - Itália (fev-jun 2009). Mestre em Integração Latino-Americana (Direito da Integração) pela Universidade Federal de Santa Maria (2005). Líder do Grupo de Pesquisas cadastrado no CNPq denominado CEPEDI - Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (www.cepedi.wordpress.com). Email: advrso@gmail.com

** Professor do Curso de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria – FAMES. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Email: brunomellobarros@gmail.com.

*** Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Integrante do Núcleo de Direito Constitucional (NDC) na Universidade Federal de Santa Maria. E-mail: mah.marilia@yahoo.com.br

jurisprudencial. Ao final do estudo realizado, verificou-se que o Judiciário já vem tratando dos direitos no meio virtual de forma lenta e gradual, onde as decisões não são uniformes, sendo discutidas caso a caso. Na decisão judicial analisada no artigo, verificou-se a observância do caráter público da informação, balizando a deflagração de prejuízo aos direitos da personalidade, para, então, formalizar a tutela do direito à privacidade e ao esquecimento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à privacidade. Direito ao esquecimento. Internet.

verified that the Judiciary has been dealing with rights in the virtual environment in a slow and gradual way, where decisions are not uniform and are discussed on a case-by-case basis. In the judicial decision analyzed in the article, it was verified the observance of the public character of the information, marking the deflagration of prejudice to the rights of the personality, in order to formalize the protection of the right to privacy and forgetfulness.

KEYWORDS: Right to privacy. Right to be forgotten. Internet.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Sociedade Informacional e as TIC: um olhar sobre o panorama contemporâneo. 2.1 Direito à Privacidade *Online*. 2.2 Direito ao Esquecimento. 3 Direito ao Esquecimento e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: tutela e tratamento jurídico. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com a crescente utilização das novas Tecnologias da Informação e Comunicação - TIC, novas nuances para os direitos já consagrados na Constituição Federal de 1988 foram surgindo, fazendo com que normativas jurídicas precisassem se aproximar de ambientes antes desconhecidos para tutelar novas questões. É o caso do direito à privacidade que não foi reconhecido expressamente na Constituição Federal de 1988, porém foi intitulado sob o prisma da intimidade e vida privada, como prerrogativas fundamentais invioláveis.

O desenvolvimento da vida em sociedade sempre despertou a necessidade de uma estruturação em que o respeito aos direitos de personalidade fossem realizados de modo preponderante, tanto que a Constituição Federal disciplinou tais direitos com primazia. A evolução dessa sociedade, aliado à expertise tecnológica e a globalização da economia, cultura, política e relações, deu força para fundar novos contornos aos direitos existentes e inaugurar outros, tal como o direito ao esquecimento. Dessa forma, em casos de notícias, informações, dados e conteúdos informacionais que violem

o direito à privacidade estariam ao abrigo desse novo direito, de modo a permitir a sua retirada (conteúdos nocivos e prejudiciais) do contato aberto e dinâmico com sociedade de cunho informacional.

Nesse contexto, informações e conteúdos nocivos à honra e imagem do indivíduo e, especialmente, conteúdos que adentrem na esfera da privacidade podem estar sob o abrigo dessa nova prerrogativa protecionista. O presente estudo tem o condão de promover uma reflexão acerca desses novos temas, alicerçados por uma sociedade informacional altamente virtualizada e conectada. Para isso, elegeu-se como suporte teórico e empírico a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A partir da identificação de seu posicionamento acerca dessas temáticas foi possível verificar a aplicação da nova abordagem de tais direitos, bem como identificar o engajamento e o interesse do Judiciário gaúcho sobre esses novos estudos jurídicos, altamente emergentes e contemporâneos.

Desta forma, a inserção da sociedade em ambiente virtual tem propiciado um novo cenário para a interação das pessoas com o mundo, ocasionando também alguns conflitos envolvendo a privacidade do usuário e o interesse público ao serem reveladas diversas informações sobre os internautas. Neste novo âmbito marcado pela velocidade e agilidade das informações, o indivíduo que se utiliza das redes online fica suscetível a ter seus dados privados revelados, ou ainda, a ter informações inverídicas ou indesejáveis associadas ao seu perfil. Surge, então, a possibilidade para o usuário das redes e mídias digitais invocar o direito ao esquecimento de fatos passados.

Assim, tratando dessas temáticas que possuem a roupagem da nova configuração social que se dá por meio eletrônico e virtual que o presente artigo se encontra esquematizado, de modo que as pautas temáticas pudessem ser ancoradas em dois eixos principais. O primeiro ponto abarca o contexto da sociedade informacional sob um novo espectro, o olhar sobre a contemporaneidade e as novas dinâmicas, de modo que esse ponto se subdivide em outros dois, o primeiro tratando acerca da privacidade *online* e as suas definições e o outro que irá tratar a respeito do Direito ao Esquecimento. O segundo ponto basilar do artigo refere sobre o já tratado Direito

ao Esquecimento, permeando agora a ótica e o tratamento jurídico dado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Nesse sentido, com o advento da era informacional e a utilização das TIC e demais meios técnicos, surgem muitas demandas que precisam ser enfrentadas pelo Direito e pelo Poder Judiciário, nessa trajetória que o presente artigo se debruça, a fim de delimitar, quais seriam as fronteiras do direito a privacidade na *Internet*? Como o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul vem enfrentando a matéria até se chegar no direito ao esquecimento quando dados da vida íntima são expostos?

Para responder a tais questionamentos foi utilizado o método de abordagem dedutivo, que se preocupou em dar um panorama geral do direito a privacidade *online* para chegar às possibilidades que envolvem o direito ao esquecimento. Também, foi empregado o método de procedimento monográfico que possibilitou a pesquisa no site do Tribunal de Justiça envolvendo as palavras “privacidade” e “direito ao esquecimento” para verificar o tratamento que a corte vem dando à matéria, bem como as posições ofertadas pela legislação pátria e a doutrina.

2 A SOCIEDADE INFORMACIONAL E AS TIC: UM OLHAR SOBRE O PANORAMA CONTEMPORÂNEO

As novas Tecnologias da Informação e Comunicação – TIC se constituíram no cenário da modernidade como um importante instrumento para a transformação da sociedade industrial em sociedade informacional. Explica Castells que o “emprego dos termos sociedade informacional e economia informacional tenta caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para nossas sociedades”.¹ Nesse sentido, para Castells a sociedade informacional é uma sociedade em rede, ou seja, a partir do novo espectro emerge uma nova morfologia social, e esta nova organização em rede ganha primazia econômica, social, política e cultural.

1 CASTELLS, 1999, p. 46.

Por sua vez, a revolução informacional corresponde ao poder econômico pelo domínio da informação, conjugado ao aprimoramento dos meios de comunicação, possibilitando o acesso coletivizado da informação e, ainda, a interoperabilidade na rede, permitindo os desdobramentos sobre as próprias transformações outrora trazidas pelas revoluções industrial e agrícola, incrementando as tecnologias existentes e criando novas, com inevitáveis repercussões socioeconômicas.²

Segundo Orth,³ vive-se em uma cultura e em uma sociedade que está em constante transformação, quer porque o contexto econômico, social, político e cultural está cada vez mais massificado, internacionalizado e globalizado, quer porque as relações de vida, estudo, trabalho e capital estão mudando rápida e constantemente. Já sob o entendimento de Santos⁴ é possível prescrever que a partir da unicidade técnica (modelo técnico único), tendo por base o sistema capitalista e da forma como está configurado o processo de globalização, há uma transformação expressiva do consumo em ideologia de vida, fazendo dos cidadãos consumidores, massificando e padronizando a cultura, e forma que contribui, muitas vezes, na concentração de riquezas nas mãos de poucos.

Do mesmo modo, sob os auspícios de Ney Jr. “a atual revolução da informação baseia-se nos rápidos avanços tecnológicos do computador, das comunicações e do software, que por sua vez, conduziram a extraordinárias reduções no custo do processamento e da transmissão da informação”,⁵ assim, “em termos ideais, a Revolução da informação repetirá os êxitos da Revolução Industrial. Só que, desta vez, parte do trabalho do cérebro e não dos músculos, será transferido para as máquinas”.⁶ De fato, como

2 SOARES, 2016, p. 873.

3 ORTH, 2002, p. 22.

4 SANTOS, 2013.

5 NEY JR, 2002.

6 DERTOUZOS, 1997.

aponta Cardoso,⁷ a informação parece ter substituído a energia como elemento central da vida econômica, primeiro dos países mais desenvolvidos e depois de expandindo para todas as áreas do planeta sujeita às regras de mercado.

Observa-se nesse panorama que a *Internet* foi o ápice da sociedade informacional, pois possibilitou a livre circulação de informações por todas as partes do globo. Ainda, “os primeiros estágios do uso da *internet*, na década de 1980, foram anunciados como a chegada de uma nova era de comunicação livre e realização pessoal nas comunidades virtuais formadas em torno da comunicação mediada pelo computador”.⁸ Desta feita, “a transferência para as máquinas de um novo tipo de funções cerebrais abstratas encontra-se no cerne da Revolução informacional”.⁹ E no mesmo seguimento, a necessidade de reestruturação do capitalismo impulsiona a adoção, a diversificação da mídia e o desenvolvimento das tecnologias da informação e da sua articulação em rede.¹⁰

Acerca da indução tecnológica e a estruturação a partir dos novos meios informacionais e científicos, Habermas¹¹ esclarece:

O método científico, que levava sempre a uma dominação cada vez mais eficaz da natureza, proporcionou depois também os conceitos puros e os instrumentos para uma dominação cada vez mais eficiente do homem sobre os homens, através da dominação da natureza... Hoje, a dominação eterniza-se e amplia-se não só mediante a tecnologia, mas como a tecnologia; e esta proporciona a grande legitimação ao poder político expansivo, que assume em si todas as esferas da cultura. Neste Universo, a tecnologia proporciona igualmente a grande racionalização da falta de liberdade do homem e demonstra a impossibilidade “técnica” de ser autônoma, de determinar pessoalmente a sua vida. Com efeito, esta falta de liberdade não surge nem irracionalmente nem como política, mas antes como sujeição ao aparelho técnico que amplia a comodidade da vida e intensifica a produtividade do

7 CARDOSO, 2007, p. 102.

8 CASTELLS, 2003, p. 100.

9 LOJKINE, 1995.

10 CASTELLS, 2002.

11 HABERMAS, 2006, p. 49.

trabalho. A racionalidade tecnológica protege assim antes a legalidade da dominação em vez de a eliminar e o horizonte instrumentalista da razão abre-se uma sociedade totalitária de base racional.

Segundo a visão de Gonçalves¹² o ciberespaço como principal vetor da *Internet*, tem como características marcantes a invisibilidade, intangibilidade e a intercomunicabilidade. O processamento de informações pelo computador deu origem aos movimentos legislativos e judiciais de proteção de direitos sobre a informação e a regulação do acesso e uso. A *internet* caracteriza-se por ser um espaço comunicacional sem mediador, estruturado segundo uma “relação todos-todos”.

Assim se dão as relações entre as pessoas e a interação com a rede mundial de computadores, que armazena os mais diversos tipos de conteúdos, sejam eles disponibilizados pelos próprios usuários a cerca de suas preferências e de sua vida privada ou pelos próprios servidores. Acontece que pela interação gerada na rede, seu armazenamento e distribuição de conteúdos torna-se tarefa praticamente impossível remover informações uma vez que postas *online*.

A grande dificuldade enfrentada nesse contexto é de separar as esferas públicas e privadas de cada indivíduo daquilo que deve ou não estar disponível, e ao alcance de todos em ambiente virtual. Por isso, “la informática se considera una gran amenaza para la privacidad porque permite una vigilancia omnipresente, bases de datos gigantescas y una veloz distribución de información em El globo entero”.¹³

No tocante à esfera pública, Habermas¹⁴ aduz que ela pode ser “descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de decisões e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em tempos específicos”.

12 GONÇALVES, 2003, p. 138.

13 NISSENBAUM, 2010, p. 21.

14 HABERMAS, 1997, p. 92.

É nesse sentido que se dão as aspirações dos próximos delineamentos do texto, visando propiciar um debate entre o direito à privacidade e à vida íntima, do que pode ou não ser vinculado à existência de cada pessoa, caracterizando-se o que é de interesse privado ou que pode gerar um direito ao esquecimento.

2.1 DIREITO A PRIVACIDADE ONLINE: CONCEITO E DETERMINAÇÕES

O rápido desenvolvimento das tecnologias informacionais, a expansão das redes comunicativas globais e a expansão das mídias digitais corroboraram de modo significativo para edificar-se uma verdadeira sociedade informacional, onde a informação é colocada como a força motriz e mola propulsora dos fluxos informacionais e econômicos na contemporaneidade. Nessa configuração, Wiener¹⁵ coloca que a informação é um termo que designa o conteúdo daquilo que se permuta com o mundo exterior ao ajustar-se a ele, e faz com que esse ajustamento seja percebido. O processo de receber e utilizar a informação é o processo do ajuste às contingências do meio ambiente e do efetivo viver nesse meio. De modo que a *Internet* tem papel de destaque nesse contexto, visto que é por meio dela, como sistema de suporte, que a utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação¹⁶ tornam-se possíveis, gerando a partir dessas tecnologias toda essa nova conjuntura de relações do cenário hodierno. Nesse sentido, muitas instituições, corporações e empresas puderam desenvolver-se, usufruindo do contexto capitalista e informático propiciado pelos novos meios técnicos, nesse paradigma que se infere a respeito dos dados pessoais e a privacidade no ambiente eletrônico e virtual.

15 WIENER, 1970, p. 17-18.

16 Conforme Sanches as Tecnologias da Informação e Comunicação podem ser definidas como um conjunto de recursos tecnológicos usados para produzir e disseminar informações, dentre os quais estão o telefone (fixo e celular), o fax, a televisão, as redes (de cabo ou fibra óptica) e o computador, sendo que a conexão de dois ou mais computadores cria uma rede, e a principal rede existente atualmente é a Internet. (SANCHES, 2003).

Em que pese tratar a respeito do Direito à privacidade *online*, ou seja, àquela precaução ocorrida em meio virtual ou eletrônico, faz-se necessário explicitar termos e definições acerca de tal significação ou a ausência da configuração exata de tal termo, de modo a explanar a respeito de sua tutela jurídica e aplicabilidade no ordenamento pátrio. Relata Schreiber¹⁷ que a evolução do direito à privacidade seria mais recente que a de alguns outros direitos da personalidade – como a honra, por exemplo -, e informa que o marco inicial para seu surgimento teria sido a publicação na *Harvard Law Review*, em 1890, do artigo *The Right to Privacy*, o que demonstra o caráter de relevância a configuração desse direito.¹⁸

Tal autor coloca ainda que “em sua formulação inicial, o direito à privacidade identificava-se com a proteção à vida íntima, familiar, pessoal de cada ser humano. Tratava-se, em essência, de um direito à intimidade”.¹⁹ Contudo, tem-se a notícia de que a preocupação com a privacidade e a intimidade da pessoa humana é muito mais antiga, porquanto ela remontaria aos primórdios da cultura judaico-cristã.²⁰

Dito isso, cumpre referenciar que o termo “privacidade” não fora abarcado com exatidão terminológica pela Constituição Federal de 1988 e também pela legislação infraconstitucional, uma vez que tais diplomas se utilizam de outros termos, tais como “vida privada, intimidade, segredo, recato, reserva, intimidade da vida privada”, além de haver também outras formas usadas pela doutrina brasileira como “privatividade” ou “privaticidade”.²¹

Não há uma uniformidade na utilização, bem como não existe uma definição específica para o termo, dando arbítrio para a utilização e à violação de direito existente. A “falta de clareza a respeito do que é privacidade cria complicações para definir

17 SCHREIBER, 2013, p. 134

18 OTERO, 2016, p. 481.

19 SCHREIBER, 2013, p. 135.

20 OTERO, 2016, p. 481.

21 LEONARDI, 2012, p. 46.

políticas públicas e para resolver casos práticos, pois se torna muito complexo enunciar os danos ocorridos em uma situação fática, podendo dificultar ou mesmo inviabilizar sua tutela”, conforme preceitua Leonardi.²² Entretanto, deve ser explicitado que não se trata da falta de clareza conceitual acerca da terminologia que gera toda a problemática, este cenário só corrobora para o surgimento de imprecisões e utilizações equivocadas do termo. Torna-se cada vez mais necessário clarear acerca do assunto, visto as mais diversas demandas e contornos que a virtualidade e os meios digitais propiciam na contemporaneidade.

Nesse sentido, cumpre referir o entendimento de Reinaldo Filho²³ o qual afirma que:

[...] como não se tem um indicativo constitucional ou legal da extensão desse direito, pode haver um tratamento diferenciado pelas cortes judiciárias, variando largamente de acordo com o contexto social e político em que discutam questões ligadas à privacidade; como as circunstâncias em que esse tema está implicando podem variar largamente, fica difícil prever o resultado das lides judiciais em cada caso concreto, sendo, ao contrário, fácil prognosticar uma tendência ao desencontro de decisões judiciais, um obstáculo frente à harmonização jurisprudencial.

Em âmbito internacional salienta-se que também não há uma conceituação exata e inequívoca para o termo “*privacy*” ou privacidade, vez que “até mesmo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou não considerar possível, nem necessário, procurar uma definição exaustiva para a noção de vida privada”.²⁴ Assim, o principal problema encontrado na conceituação consiste na produção de conceitos que por vezes acabam por tornar-se excessivamente restritivos ou excessivamente abrangentes, ou seja, “a insistência

22 Ibid., p. 47.

23 REINALDO, 2002, p. 28-29.

24 UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130deaba4da0417794a31b057a34452aae007.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObxqOe0?text=&docid=153853&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=111237>>. Acesso em: 24 mai 2015.

em isolar as características essenciais da privacidade e reuní-las em um conceito unitário, aplicável indistintamente em quaisquer situações, é tarefa que tende a fracassar”,²⁵ desta feita, que não se encontra uma linearidade na terminologia, o determinado conceito fechado. No que toca à doutrina que se ocupa do estudo do Direito Informático a ideia de privacidade está diretamente ligada com a da proteção de dados pessoais tratados por meio eletrônico. Na pós-modernidade, caracterizada por ser uma sociedade pós-industrial, de grande comunicação e de acumulação de novos conhecimentos, o poder e a riqueza agora estão, conforme apontamento feito por Daniel Sarmiento,²⁶ “na posse de conhecimento e de informações”. E isso tem muito valor.

Nessa linha de raciocínio, insere-se a opinião Rodríguez²⁷ ao relacionar a proteção de dados pessoais com a possibilidade de tratamento automatizado desses dados, ao afirmar que “que se pretende proteger não é a intimidade e, sim, algo com maior profundidade que, no âmbito anglo-saxão, denomina-se *privacy* e que, em minha opinião, se “*há castellanizado*” como privacidade”.

Embora não haja uma definição inequívoca para o termo privacidade, a mesma ganha proteção em nível internacional a partir de dois diplomas fundamentais, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁸ e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.²⁹ Assim, a privacidade tem sua regência realizada

25 LEONARDI, Op.cit. p. 51.

26 SARMENTO, 2004. p. 38.

27 DAVARA RODRÍGUEZ, 1999, p. 26.

28 Refere o Art. 12 da DUDH: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou sua na correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.” DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 02 Jun. 2015.

29 O artº 17º do PIDCP é a disposição internacional mais importante no que respeita à privacidade. Refere o seguinte: “1. Ninguém será objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação. 2. Toda e qualquer pessoa tem direito à proteção da lei contra tais intervenções ou tais atentados.” BRASIL, Decreto

em nível internacional, devendo os Estados signatários dos tratados e convenções respeitar seus ditames e mandamentos legiferantes.

No âmbito legislativo espanhol, teve grande importância a revogada Lei Orgânica de Tratamento Automatizado dos Dados de Caráter Pessoal (Lei 5/1992), também conhecida como Lortad,³⁰ a qual em sua exposição de motivos deixava bem claro a noção precípua e basilar do conceito de privacidade, o qual consistiria em um conjunto e aspectos os quais careceriam de significado, se considerados isoladamente, mas que, uma vez que reunidos, poderiam revelar facetas da personalidade do indivíduo, as quais este possui o direito de proteger. Notadamente, o dicionário da língua espanhola já predispunha uma significação para o com conceito de privacidade, a qual se definiria como “ámbito de la vida privada que se tiene derecho de proteger de cualquier intromisión”.³¹

No cenário brasileiro, valem as palavras e o entendimento de José Afonso da Silva,³² no comentário acerca do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988:

O dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Por isso preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade que o texto constitucional em exame consagrou.

Nº 592, de 6 de Julho de 1992. Dispõe sobre Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 02 Jun. 2015.

30 A Exposição de Motivos da LORTAD dizia: “(...) Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad. La privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre si, arrojan como precipitado um retrato de la personalidad de individuo que este tiene derecho a mantener reservado”. (PEREIRA, 2011, p. 124).

31 REAL ACADEMÍA ESPAÑOLA, 2001, p. 1835.

32 SILVA, 2000, p. 209.

No espectro virtual ou *online* a privacidade ganhou exponencialidade e importância quando da ingerência cada vez mais solidificada das informações no âmbito das redes, Rodotà observa que “a novidade fundamental introduzida pelos computadores é justamente a transformação da informação: antes dispersa, torna-se organizada”,³³ a rede mundial de computadores, assim, passou a gerir todas as informações dos usuários, gerando um contingente informacional bastante expressivo, propiciando diversos celeumas e a judicialização destes.

A respeito, José Afonso da Silva³⁴ diz que:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

A amplitude cada vez maior dos canais informacionais e comunicacionais pela *Internet* fazem com que muitos setores da sociedade se estructurem e também levem os indivíduos a divulgarem ou compartilharem seus dados pessoais na rede, espontaneamente ou captados por empresas ou geradoras informáticas que se utilizam desses dados para fins pacíficos ou prejudiciais, para o Estado e para o usuário. Leonardi aponta que “grandes quantidades de informação sempre estiveram disponíveis de modo esparso, mas a possibilidade de análise e agregação de todos esses dados por qualquer pessoa, e não apenas por governos e por empresas, é algo inédito”.³⁵

Do mesmo modo que tal compartilhamento facilita a vida tecnológica propiciando como vantagens a maciça circulação de produtos e serviços, diminuição dos riscos e custos da atividade

33 RODOTÀ, 1973, p. 14.

34 SILVA, 2000, p. 209-210.

35 LEONARDI, 2012, p. 71.

econômica e agilização da concessão de crédito, tais potencialidades apresentam riscos, desnudando dados, os usuários ficam à mercê de *hackers* e demais criminosos que se utilizam das redes e mídias digitais para o cometimento de ilícitos e apropriação indébita, o que ao fim e ao cabo refuta completamente o ideário de privacidade *online*.

Nesse contexto, Bruce Schneier³⁶ aponta que:

O “maremoto” de dados pessoais gerados nas relações do cotidiano representa a poluição da era da informação: assim como a produção industrial gera resíduos, computadores utilizados para processar informações produzem dados; se ignorados, esses dados permanecerão registrados para sempre, sendo necessário regular sua geração, seu uso e seu descarte.

Conforme o pensamento do aludido autor alerta-se que “assim como o problema da poluição ambiental foi largamente ignorado em nome do progresso, a sociedade atual tem ignorado o problema do excesso de dados em nome da obtenção de novas tecnologias e terá que resolver problemas gigantescos relativos à privacidade”.³⁷ Viana “afirma que o direito à privacidade deve ser concebido como uma tríade: a) direito de não ser monitorado; b) direito de não ser registrado; c) direito de não ser reconhecido”,³⁸ contudo, o conceito peca por não apresentar uma limitação razoável quanto ao indivíduo exercer o controle total sobre suas informações e dados pessoais.

Nesse sentido, Sarmiento Castro afirma que “dado pessoal é o dado relacionado a um indivíduo identificado ou identificável, independentemente do suporte em que se encontre registrado (escrita, imagem, som ou vídeo)”,³⁹ da mesma forma, a autora pontua que “entende-se por identificado o indivíduo que já é conhecido, e por identificável a pessoa que pode ser conhecida

36 SCHNEIER, 2006.

37 SCHNEIER, 2008.

38 VIANNA, 2007.

39 CASTRO, 2005, p. 70-71.

diretamente pelo próprio possuidor de seus dados, ou indiretamente através de recursos e meios à disposição de terceiros”.⁴⁰

Para ilustrar a respeito da captação de dados e a consequente identificação de usuários na *Internet* vale destacar um caso específico ocorrido nos EUA em 2006:⁴¹

[...] o provedor norte-americano de serviços de Internet *America Online* publicou vinte milhões de registros, contendo as pesquisas efetuadas, ao longo de um período de três meses, por 657 mil usuários de seu mecanismo de busca. O provedor removeu todos os dados capazes de identificá-los, atribuindo a cada usuário um número aleatório. A intenção da empresa era colaborar com estudos acadêmicos. No entanto, poucos dias depois, sem maiores esforços, dois repórteres do jornal *The New York Times* conseguiram identificar uma pessoa, *utilizando apenas os termos de busca por ela empregados*, e descobriram que o “usuário 4417749” era a Sra. Thelma Arnold, então viúva, com 62 anos de idade, residente em Lilburn, estado da Georgia, que adorava seus três cães e frequentemente buscava informações a respeito das doenças de que padeciam suas amigas. Entrevistada pelo jornal, revelou-se “desiludida” com o ocorrido, afirmando que “ninguém deveria ter descoberto minhas buscas”, e prometeu cancelar a assinatura dos serviços oferecidos pelo provedor.

No caso em tela, se prescinde a análise visto que o provedor de serviços informacionais propiciou a coleta e disponibilização dos dados indevidamente, expondo seus usuários, mesmo que com objetivo precípuo de auxiliar estudos acadêmicos e científicos, vez que potencializou manobras que pudessem sincronizar os dados dos internautas, indenticá-los e, sobretudo, delinear seu perfil de buscas, gerando total desconforto e irregularidade.

Já no cenário brasileiro, a promulgação da Constituição Federal de 1988 estabeleceu um sistema normativo baseado no princípio da *dignidade da pessoa humana*, considerado um dos fundamentos da República, a partir desse eixo mandamental outros direitos e princípios passam a ser assegurados. Reconhecido que o direito à privacidade é um direito fundamental tem a estrutura

40 Ibidem.

41 LEONARDI, 2012, p. 77.

de princípio, mandamento de otimização que deve ser realizado dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, um elemento essencial à sua tutela é a dimensão do seu peso.⁴²

A Carta da República de 1988 também inovou no sentido de estipular em suas diretrizes seculares que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais do qual o Brasil seja signatário. Essa disposição “é extremamente relevante, porque a privacidade é reconhecida como direito fundamental em praticamente todos os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil”.⁴³

As palavras de Leonardi⁴⁴ corroboram o entendimento:

Ainda que os benefícios decorrentes da privacidade sejam frequentemente pessoais, emocionais, intangíveis e de difícil mensuração, isto não significa que não seja possível sopesá-los diante de outros interesses concorrentes, igualmente relevantes. A ausência de um sistema infalível de identificação, avaliação e comparação de interesses conflitantes não impede que sejam tomadas decisões a respeito de qual deles deve prevalecer, desde que sejam compreendidos quais são os principais elementos de valoração de cada um.

Não há, portanto, uma fórmula pronta com exatidão a ser utilizada quando se tratar de privacidade seja em âmbito virtual ou fora dele, ou seja, a privacidade não possui um conceito terminológico uniforme em todos os contextos, sendo impossível escapar da análise dos elementos fáticos de cada caso para vir a formar o senso a respeito dessa baliza e sua devida aplicação. Nesse ínterim, o Código Civil de 2002, por sua vez, trouxe um capítulo específico sobre os direitos da personalidade, estipulando, com relação à privacidade, que “a vida privada da pessoa é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.⁴⁵ Assim, este dispositivo

42 Ibidem, p 112-113.

43 Ibidem, p. 95.

44 Ibidem, p. 113.

45 BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código

assegurou de maneira ampla e irrestrita a possibilidade de tutela a quaisquer direitos da personalidade,⁴⁶ estabelecendo também que se pode exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções revas em lei.

Com a sedimentação do ideário de privacidade, bem como da utilização de meios técnicos e informacionais como a Internet muitas violações de direitos e utilizações errôneas, equivocadas e ilícitas de dados pessoais e informações passam a ocorrer e os indivíduos passam a socorrer-se do Direito para a busca e tutela dessas novas demandas, judicializando-as. Nesse paradigma, cumpre referir acerca dos principais mecanismos de proteção dos quais os indivíduos e internautas devem se utilizar em se tratando de ambiente eletrônico. O primeiro deles consiste na Autotutela,⁴⁷ que tem por base na proteção realizada por ele próprio, utilizando-se das próprias ferramentas tecnológicas de que dispõe, de modo a estabelecer parâmetros de cuidado e sigilo na *Web*, não divulgando dados, fotos, sons, imagens ou vídeos, assim como informações comprometedoras ou que possuam alguma relevância ou importância.

Nas palavras de Leonardi⁴⁸ acerca de tal tema:

Como é intuitivo, é ônus do próprio indivíduo resguardar adequadamente sua privacidade *online*. Além DE adotar cautelas com relação a seus hábitos de uso da Internet, divulgando o mínimo possível de informações e dados pessoais, indicando suas preferências para a coleta de *cookies* e implementando filtros tecnológicos de combate ao *spam*, a solução mais eficiente à disposição do usuário é a utilização de mecanismos de criptografia assimétrica para proteger o sigilo de suas informações.

Dando seguimento, cumpre referir outro mecanismo de defesa, nesse sentido explana-se a respeito do *Habeas Data*,

Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

46 LEONARDI, 2012. p. 94.

47 Ibidem, p. 187.

48 Ibidem, p. 187.

um importante instrumento jurídico constitucional.⁴⁹ Cabe tal ferramenta em razão de que boa parte dos procedimentos de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais no âmbito da Internet ocorre em decorrência de uma relação de consumo entre um provedor de serviços (fornecedor) e um usuário (consumidor). Por tratar-se especificamente de uma relação de consumo o Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu art. 43 e respectivos parágrafos, que o consumidor, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes, destacando que os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão.

Ainda no entendimento do aludido autor quanto às informações consistentes em sites ou portais da Internet:⁵⁰

[...] não podem conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos, estabelecendo ainda que a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele, facultando-lhe ainda, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

Nesta trajetória, o *habeas data* é, portanto, um mecanismo de tutela à disposição do usuário de internet que, vinculado a uma relação de consumo com um fornecedor, pretenda fazer valer seu direito de acessar os registros existentes em bancos de dados e em cadastros de consumo, bem como retificar ou apagar registros

49 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:

LXXII – Conceder-se-á “habeas data”:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou de bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

50 LEONARDI, 2012, p. 199.

errôneos e complementar registros insuficientes ou incompletos. O ordenamento jurídico brasileiro assim como a jurisprudência são pacíficos no cabimento de dano moral nos casos de violação da privacidade por meio da Internet, contudo tal arbitramento deve obedecer os limites da extensão do dano, nesse sentido, Leonardi⁵¹ estabelece linhas gerais para esta determinação, verdadeiros eixos que devem ser observados, tais como: a) Registros de acesso e volume de tráfego de dados do *Web site*; b) exame de popularidade do *Web site*; C) o exame da forma pelo qual o *Web site* explora a divulgação de informações; d) o período de tempo em que as informações ofensivas permaneceram disponíveis na Rede.

Assim, em relação a critérios gerais de reparação dos danos morais sugeridos pela doutrina e também os utilizados pela jurisprudência algumas situações particulares devem ser observadas no tocante à Internet, as quais devem obrigatoriamente ser consideradas. Nesse tocante, Reinaldo Filho⁵² prescreve:

A maior repercussão dos danos na Internet em relação a outros meios de mídia não pode ser tomada como critério absoluto; apesar do poder de difusão e propagação da Rede, diversos fatores devem ser considerados, tais como os mecanismos de utilização para a comunicação, a disseminação limitada a espaços restritos a certos usuários, o idioma utilizado para veiculação e a popularidade do *Web site* que publicou informações ilícitas, concluindo que “nem sempre uma mensagem difamatória difundida na Internet proporciona maior repercussão que a divulgada em outros meios de comunicação.

Do mesmo modo, “ao arbitrar o valor da indenização por dano moral, o julgador deve agir com ponderação, fixando quantia razoável, tendo em vista que um valor ínfimo representaria verdadeiro incentivo ao ato ilícito e que um extremamente elevado implicaria enriquecimento sem causa”.⁵³ Portanto, apesar da difícil e imprecisa definição do conceito de privacidade, esta se constitui um valor indubitavelmente importante, solidificado no ordenamento

51 Ibidem, p. 226.

52 REINALDO FILHO, 2005, p. 116.

53 LEONARDI, 2012, p. 224.

jurídico e também pela jurisprudência e sua relevância ocorre, sobretudo, quando se trata de privacidade *online*, explorando elementos e informações por meio eletrônico, cabendo ao indivíduo que teve lesão a seus direitos buscar reparação ou utilizar-se dos instrumentos jurídicos cabíveis e dos moralmente legítimos e que não afrontem à lei para ressarcir ou saciar sua pretensão.

A partir de toda revolução informacional ocasionada pela Internet e suas mídias digitais questiona-se a respeito ao direito ao esquecimento, ou seja, a possibilidade de ter retirada qualquer menção a determinado indivíduo na *Web*. É sobre tal tema que se pretende explicar em tópico a seguir.

2.2 DIREITO AO ESQUECIMENTO

A informação tem-se mostrado fundamental na sociedade em diversos aspectos da modernidade, desde concepções relevantes do tocante ao Estado, a vida financeira de grandes conglomerados industriais e econômicos até mesmo a mais modesta vida de pessoas tidas como “comuns”. De acordo com Zeman⁵⁴ a palavra informação tem sua origem no latim do verbo “informare”, que significa dar forma ou aparência, colocar em forma, criar, mas também representar, construir uma ideia ou noção. Tendo a informação como força motriz da sociedade contemporânea a preocupação essencial é de que as sociedades globalizadas não devem perder de vista valores intrínsecos e fundamentais como a dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo da sociedade democrática.

No mesmo diapasão conceitual cabem às palavras da Ministra do STJ Eliana Calmon,⁵⁵ que assim aduz:

O homem do século XXI tem como um dos maiores problemas a quebra da sua privacidade. Hoje é difícil nós termos privacidade. Por quê? Porque a sociedade moderna nos impõe uma vigilância constante. Isto faz parte da vida moderna. Agora, esse século XXI trabalha e tem dificuldade de estabelecer quais são os limites dessa privacidade. Até

54 ZEMAN, 1970, p. 155.

55 ESPECIAL RÁDIO STJ, 2013.

quando eu posso me manter com a privacidade sobre o meu agir, sobre os meus dados, e até que ponto esta privacidade termina por prejudicar a coletividade.

Com base na tutela da dignidade da pessoa humana dada pela Constituição Federal de 1988, o direito ao esquecimento vem ganhando espaço no cenário jurídico, posto que na VI Jornada de Direito Civil (2013) fora aprovado o enunciado número 531, que dispõe:⁵⁶

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Ressalta-se que o referido enunciado situa o direito ao esquecimento no cerne da sociedade da informação, atribuindo sua extensão para dentro das relações estabelecidas através das novas tecnologias da informação. Coloca-se como forma de ponderar os efeitos futuros advindos da trajetória do indivíduo, posto que permite discutir como fatos pretéritos serão lembrados na vida da pessoa. É evidente que o direito ao esquecimento relaciona-se fundamentalmente com o direito à informação, previsto no artigo 220 e 5º XIV como direito fundamental da pessoa humana. Nesse caso, as informações a serem divulgadas devem ser ponderadas com o direito ao esquecimento, inclusive quando se fala do tratamento de dados na *Internet*.

Ao pronunciar-se sobre o assunto o Tribunal de Justiça da União Europeia proferiu decisão no ano de 2014 (dois mil e quatorze) indicando sua posição de garantir o direito ao esquecimento, fundamentado no direito fundamental a vida privada,

56 JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2013.

prevalecendo sobre o direito de acesso à informação. Nesse sentido o acórdão⁵⁷ refere que:

Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse econômico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa.

Com isso, é necessário referendar que direito ao esquecimento solidifica-se na premissa de que não seja autorizado que determinado acontecimento, mesmo verdadeiro, ocorrido em determinado tempo da vida de um indivíduo, seja divulgado à população, uma vez que geraria a esta pessoa, sua família e amigos sofrimento e transtornos. Além disso, é importante ressaltar que o direito ao esquecimento pode também ser tratado como “direito de ser deixado em paz” ou o “direito de estar só”. Do mesmo modo, tal direito se coaduna com outros preceitos solidificados na Carta Magna e no Código Civil brasileiro, tais como direito à vida privada, honra, imagem, à intimidade (art. 1º, inciso III e artigo 5º, inciso X da Constituição Federal; art. 21 do Código Civil de 2002).

Cabe ressaltar que no Brasil, o tema passou a ser discutido mais veementemente pelo julgamento dos recursos especiais REsp 1.335.153-RJ e REsp 1.334.097-RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, na quarta turma do STJ (Superior Tribunal de Justiça). Na perspectiva do precedente, “o direito ao esquecimento é concebido assim, em última análise, como o direito de não ser citado no corpo de um relato atual sobre eventos pretéritos de caráter público”,⁵⁸ importando ao sujeito o direito de deixar fatos sobre a sua existência - ainda que verídicos - no passado.

57 UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130deaba4da0417794a31b057a34452aae007.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObxqOe0?text=&docid=153853&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=111237>>. Acesso em: 24 maio 2015.

58 MARTINS NETO, 2014, p. 811.

O direito ao esquecimento ganhou especial atenção dos operadores do direito com a emergência da sociedade da informação, isso porque “é um direito moldado à imagem das novas tecnologias, procurando impor-se como um travão à coleta e processamento desenfreados de dados pessoais, ainda que fornecidos pelos próprios titulares”.⁵⁹ Ou seja, trata-se da possibilidade legal de supressão de fatos pretéritos da vida do indivíduo como pressuposto da sua dignidade humana, abarcando diversas fontes, tais como condenações criminais, fatos da vida, dados pessoais, etc.

No que tange a essa nova gama peculiar desenvolvida pelo direito ao esquecimento que surge e é impactado potencialmente pelas TIC é essencial registrar que todo conteúdo que não possui relevância ou caráter público pode ser retirado da *Web*. Desta feita, o que também surge nesse espectro é o confronto entre o direito ao esquecimento (direito de personalidade) e o direito a expressão/informação, devendo observar se existe determinado conteúdo relevante publicamente na informação veiculada, caso haja, esta deve ser preservada em prol da coletividade. Segundo assevera o Ministro Luis Felipe Salomão se ainda existir o interesse público, não há que se falar em direito ao esquecimento, sendo assim é lícita à divulgação daquela notícia, como no caso de “crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável”.⁶⁰

Entretanto, não havendo menção a informação pública importante, pode o sujeito gozar do esquecimento em meio virtual, tal posição é corroborada pelo entendimento do Ministro Gilmar Mendes:⁶¹

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

59 RAIMUNDO, 2012, p. 28.

60 JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2013.

61 MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 374.

Destarte, em se tratando de uma sociedade informacional todos os conteúdos noticiosos e informativos reverberam pelos meios eletrônicos, digitais e virtuais, o acesso à informação é amplo e irrestrito, o alcance rápido e imediato a todas as fontes é instantâneo o que coloca em discussão matérias relacionadas à privacidade e intimidade. De um lado encontra-se o Estado em tentar controlar “a Rede das Redes”, de outro, os internautas exigindo que as tecnologias informacionais como a Internet sejam livres e isentas de qualquer forma de monitoramento.⁶²

Por sua vez, é imprescindível o debate sobre tais temas, pois perpassa o direito à autodeterminação informativa, sobre os conteúdos que devem ou não ser acessados pelos internautas, visto que também se ligam diretamente ao “direito de ser esquecido” com objetivo de regulamentar a relação entre as pessoas e a tecnologia. O ponto principal dessas novas regulamentações seria de permitir controle às pessoas sobre o que lhes diz respeito, dando a elas um poderio informativo, entregando assim ao Estado um mecanismo de regulamentação das atividades no “cyberespaço”.⁶³ Desta forma, constitui-se o fundamento de que com essas leis será possível proteger o livre desenvolvimento da personalidade humana, sempre analisada sobre o vértice da proteção da dignidade da pessoa.

No âmbito internacional mostra-se em plena efervescência a discussão a respeito ao Direito ao esquecimento, de modo que cada país está decidindo de uma forma e possui uma orientação de suas Cortes para o tema. Nesse sentido, importa-se esse panorama estabelecido pelo direito Internacional da União Europeia como paradigma para as cortes brasileiras ao julgarem e decidirem casos semelhantes como forma adequada de tratamento do tema.

É o que se passa analisar em tópico a seguir a partir da experiência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

62 PEREIRA, 2011.

63 RODOTÀ, 2008.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: TUTELA E TRATAMENTO JURÍDICO

Na busca pela identidade, caracterizada pela mobilidade e pela dinâmica das representações, muitas vezes algumas atitudes do indivíduo são permeadas por circunstâncias de momento acabando por marcar a sua vida e trajetória. A formação da identidade está centrada na forma que nos representamos e nos identificamos, por isso Tomaz Tadeu da Silva⁶⁴ refere:

A representação inclui as práticas de significação e os sistemas simbólicos por meio dos quais os significados são produzidos, posicionando-nos como sujeito. É por meio dos significados produzidos pelas representações que damos sentido a nossa experiência e àquilo que somos.

É nesse sentido, da mutabilidade da identidade, que se percebe a necessária tutela da privacidade, tendo em vista em não divulgar fatos que se consideram da vida íntima da pessoa e por isso precisam estar e continuar em âmbito privado. São esses tipos de casos que devem permitir uma invasão mais agressiva da tutela dos direitos gerando de tal monta a aplicabilidade do direito ao esquecimento.

Caso contrário, fatos notórios que sempre foram divulgados a cerca da identidade do um indivíduo e que não lhe causam prejuízo moral, físico ou psíquico podem estar à disposição do público sem que haja ingerência do direito ao esquecimento. Trata-se de afirmar que o direito ao esquecimento possui voz apenas com acontecimentos da vida íntima e não possui relação com fatos já divulgados e que depois da transição do tempo, em virtude de um desígnio tardio começam a assombrar a realidade da pessoa.

É nesse sentido que optou por decidir o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), aplicando ao caso concreto de uma torcedora do time gaúcho Grêmio Foot-Ball Clube Porto-Alegrense que se tornou musa do referido time por sua vontade

64 SILVA, 2009, p. 17.

livre em não ter reconhecido o direito ao esquecimento em virtude desse ato. Acontecimento esse que não agride a sua imagem perante a sociedade e como já foi plenamente divulgado com a sua anuência no momento não resta dúvida que o fato já é público e não merece proteção.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESULTADOS DE BUSCA NO GOOGLE. MUSA DO GRÊMIO FOOT-BALL PORTO ALEGRENSE. DIREITO AO ESQUECIMENTO. INAPLICABILIDADE. CONDIÇÃO NÃO DESABONATÓRIA. INTERESSE PÚBLICO DE ACESSO À HISTÓRIA DO CLUBE SUPERIOR À PRIVACIDADE DA AUTORA. TUTELA INIBITÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INDEFERIMENTO. O direito ao esquecimento costuma ser invocado como o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores. Trazer no currículo o título de Musa do Grêmio não fere a privacidade da autora a ponto de se sobrepor ao interesse da sociedade de acesso à história do clube divulgada na internet. Os provedores de pesquisa não estão obrigados a eliminar resultados de busca que relacionem o nome da autora à determinada foto ou informação, sob pena de exercerem censura prévia sobre conteúdo criado por terceiros que eventualmente não sejam ilícitos. Provimento temerário e ineficaz, considerando que a cada momento novos conteúdos são inseridos na rede mundial de computadores e a eliminação do resultado de busca não significa exclusão da página-fonte. (AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70062705405, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 26/03/2015)).⁶⁵

A inserção da *Internet* no mundo das pessoas, não deve ser tratada como um sub mundo, onde os direitos e garantias não são alcançadas, mas sim uma nova esfera que desafia o direito

65 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70062705405, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=+privacidade+e+direito+ao+esquecimento+na+Internet&proxysylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&cas_qj=direito+ao+esquecimento+na+Internet&site=ementario&cas_epq=&cas_oq=&cas_eq=&cas_q=#main_res_juris>. Acesso em: 06 abril 2015.

para encontrar novas soluções para novas relações. Sendo assim Leonardi⁶⁶ prescreve:

A internet não exige apenas novas soluções jurídicas para os novos problemas; ela também afeta a maneira como os problemas e as soluções jurídicas devem ser analisados. Ao romper com os paradigmas jurídicos tradicionais e desafiar os mecanismos convencionais da tutela, a rede representa um dos principais objetos de estudo dos doutrinadores preocupados com essa nova realidade social.

Por esse motivo, o elemento virtual que permeia as relações é identificado como possível violador de direitos, porém não é esse o cerne da questão. A *internet* deve ser vista como fator de mudança social que também deve ser enfrentado pelos tribunais nas suas mais variadas questões. Como ocorrido no caso supra citado, o alcance do direito ao esquecimento pode ser verificado em ambiente virtual, mas não apenas em virtude da facilidade de acesso as informações é que será este direito ampliado, mas sim apenas interpretado a luz das questões que envolvem o *ciberespaço*.

Ao pesquisar-se sobre o tema proposto no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, delimitando-se a busca pelas palavras “direito ao esquecimento” e “*internet*” esse é o único julgado encontrado. Apesar de mostrar-se como precursor não apresenta grande embate entre o direito ao esquecimento, ambiente virtual e vida privada, deixando a desejar na análise dessas questões como modificadoras das relações sociais.

Em nenhum momento o tribunal gaúcho se preocupa em analisar possíveis responsabilidades do provedor de busca como observado nas cortes da União Europeia anteriormente citadas. Apresenta-se assim como um tema novo ao ambiente dos tribunais brasileiros dar tratamento aos direitos incluídos no ambiente virtual, muito embora de forma lenta e gradual os tribunais passem a experimentar a discussão acerca desses novos direitos, ou de direitos já consagrados mas que estão sob a égide da revolução da informação e dos meios tecnológicos próprios da sociedade informacional contemporânea.

66 LEONARDI, 2012. p. 39.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar as seguintes premissas expostas sobre o direito à privacidade e sobre o direito ao esquecimento no que tange à sua aplicabilidade em ambiente virtual observou-se que ambas as garantias previstas, na perspectiva interna ou externa acerca dos direitos da personalidade, ganharam novos delineamentos e posturas, haja vista o ápice da revolução informacional. A proteção à privacidade, apesar de não encontrar expressa referência no âmbito da Constituição Federal de 1988, encontra fulcro no sistema de proteção da dignidade da pessoa humana e representa o ápice da tutela da vida íntima do indivíduo que deve ser preservada e não rompida pela atuação do Estado e dos demais agentes da sociedade, salvo algumas exceções.

Já o direito ao esquecimento como citado representa novo campo de atuação do direito, permeado pelo direito à informação e o direito à liberdade de expressão na rede mundial de computadores (*Internet*), possibilita uma alternativa de regulação do ciberespaço posto que o indivíduo torna-se ativo em determinar quais os conteúdos que podem ser vinculados às suas características. Nesse concernente, importa, pois, pensar que o direito à privacidade e, principalmente ao esquecimento quando vinculados e debatidos ainda representam grande discussão ao ambiente do direito, que caminha a passos lentos para a devida regulamentação dos limites e extensões da aplicabilidade. O que pode se observar ao escolher a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, é que o tema começa a ter apreciação pelo poder judiciário brasileiro, todavia, muitas das decisões proferidas tornam-se ausentes na disposição total sobre esse anseio social, de modo que os provimentos jurisdicionais proferidos até então não representam voz unívoca ao alardear tais balizas, uma vez que muito se pode discutir tratando de tal matéria, especialmente por sua atual emergência.

No caminho mais proativo, tem-se a jurisprudência europeia que já busca enfrentar o tema de tal maneira a conseguir delinear os parâmetros de aplicabilidade de tais direitos, impondo uma análise do conteúdo e a relevância pública para delimitar sua utilização. Sendo assim, quando a informação estiver vinculada ao interesse

público, o direito ao esquecimento deve ser deixado de lado, é o que apontam as decisões proferidas nos tribunais europeus. De modo que no Brasil, pode-se caminhar do mesmo modo, na compreensão que o caráter público deve ser privilegiado.

O que se pode extrair de mais importante da pesquisa é que o direito ao esquecimento já vem protegendo a vida privada da população, porém não se pode aplicá-lo de maneira desmedida e pretensiosa, sobretudo quando o objetivo é ocultar fatos da vida que já são públicos e não demonstram situação vexatória que onera a privacidade ou dignidade da pessoa humana. Assim, o direito ao esquecimento, através da pesquisa realizada e conforme demonstrado no artigo, já fora reconhecido e aplicado em várias instâncias no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que sua difusão e aplicação na sociedade informacional sejam realizadas de forma efetiva e que a tutela do Judiciário recaia e aceite, de forma total, esse instituto como respaldo para proteção dos direitos da personalidade, especialmente o direito à privacidade.

Nesse contexto, as fronteiras do direito à privacidade na *internet* são tênues, e as decisões judiciais são plúrimas. Com base na jurisprudência do TJ/RS utilizada para embasar o artigo, fica evidenciada uma tendência de maior atenção e melhor entendimento acerca da informação de natureza pública, aquela que seja útil e reverta em prol da coletividade. Desta forma, os direitos à privacidade e ao esquecimento devem ser analisados detidamente para evitar eventual deflagração de posturas equivocadas, ou seja, protegendo-se informações e conteúdos informacionais que não carecem de tutela ou que necessitam de conhecimento público e notório, ou ainda, casos de divulgação de informações que não maculem os demais direitos da personalidade, retirando, então, a razão de incidir tal instituto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70062705405, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins .Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q+=privacid>

ade+e+direito+ao+esquecimento+na+Internet&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entosp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=direito+ao+esquecimento+na+Internet&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 06 abril 2015.

_____. **Decreto Nº 592, de 6 de Julho de 1992.** Dispõe sobre Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 02 Jun. 2015.

_____. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei Nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 04 Jun. 2015.

_____. **Código Civil.** Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

CARDOSO, Gustavo. **A Mídia na Sociedade em Rede: filtros, vitrines, notícias.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio: a era da informação: economia, sociedade e cultura.** Trad. Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3.

CASTRO, Catarina. Sarmento. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais.** Coimbra: Almedina, 2005.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. **Manual de Derecho Informático.** 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2001.

_____. **Guía Práctica de Protección de Datos desde la óptica del titular del fichero,** 1ª ed., ASNEF, Madrid, 1999, p. 26.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 02 Jun. 2015.

DERTOUZOS, Michael. **O Que será** – Como o novo Mundo da Informação transformará nossas vidas. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

DICIONARIO DE LA LENGUA ESPANOLA. 21. ed. Real Academia Española. Madrid: Espasa, Tomo II, 2001, p. 1.835.

ESPECIAL rádio STJ: direito ao esquecimento em debate. Brasília, Rádio STJ, 04 agosto 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 04 Jun. 2015.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

HABERMAS, J. **Técnica e Ciência como ‘ideologia’**. Lisboa: 70, 2006.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciados aprovados na IV Jornada de Direito Civil, 2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130607-02.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vol. I/ Jürgen Habermas. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOJKINE, Jean. **A Revolução Informacional**. São Paulo: Cortez Editora, 1995.

MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de informar e direito à memória: uma crítica à ideia do direito ao esquecimento. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEY JR, Joseph. **O Paradoxo do poder Americano: por que a única potência do mundo não pode seguir isolada**. São Paulo: Unesp, 2002.

NISSENBAUM, Helen. **Privacidad amenazada. Tecnología, política y la integridad de la vida social**. México: Oceano, 2010.

ORTH, M. A. **Experiências teóricas e práticas de formação e capacitação de professores em Informática da Educação**. Porto Alegre: UFRGS, 2002. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

OTERO, Cleber Sanfelici; TENA, Lucimara Plaza. Fundamentos que justificam os Direitos de Privacidade: A Dignidade Humana como núcleo pétreo dos Direitos da Personalidade e situações na Odontologia que permitem uma flexibilização (Cadastro e ficha de anamnese). In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n.2/ 2016, p. 481. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19683/pdf#.WROKJogrLIV>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet**. Curitiba: Juruá, 2011.

RAIMUNDO, João Pedro Sargaço Dias. **Uma nova frente da proteção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento**. Julho de 2012. 70p. Dissertação. Faculdade de Direito Universidade de Porto. Porto, 2012.

REAL ACADEMÍA ESPAÑOLA. Disponível em: <<http://www.rae.es/>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. A privacidade na “sociedade da informação”, In: **Direito da Informática: temas polêmicos**, coordenado pelo mesmo autor. Bauru: Edipro, 2002.

REINALDO FILHO, Demócrito. **Responsabilidade por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODOTÀ, Stefano. **Elaboratori elettronici e controllo sociale**. Bologna: Il Mulino, 1973.

_____. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciano Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANCHES, Oscar Adolfo. **Governo Eletrônico no Estado de São Paulo**. São Paulo: Série didática n. 7, 2003.

SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço e Tempo: Globalização e Meio Técnico-científico-informacional**. 5. ed. 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. 9.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Roger da Silva Moreira; BARBOSA, Marco Antônio. A Informação como Produto e a Proteção do Consumidor na Sociedade da Informação: Estudo de caso. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n.3 / 2016, p. 873. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/21251/pdf#.WRPK7ogrLIU>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHNEIER, Bruce. **The future of privacy, in Schneier on security**. Disponível em: <http://www.schneier.com/blog/archives/2006/03/the_future_of_p.html>. Acesso em: 02 Jun. 2015.

_____. On people, the death of privy, and data pollution. **EDUCAUSE Review**, mar./abr. De 2008. Disponível em: <<http://www.schneier.com/news-055.html>>. Acesso em: 02 Jun. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130deaba4da0417794a31b057a34452aae007.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbn4ObxqOe0?text=&docid=153853&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=111237>>. Acesso em: 24 mai 2015.

_____. **Tribunal Europeu de Direitos Humanos**, Niemietz v. Alemanha, 72/1991/324/369, seção 29, julgado em 16 de dezembro de 1992.

VIANNA, Túlio. **Transparência Pública, Opacidade Privada**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2007.

ZEMAN, J. Significado filosófico da noção de informação. In: **O conceito de informação na ciência contemporânea**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1970.

WIENER, N. O homem e a máquina. In: **O conceito de informação na ciência contemporânea**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1970.

Recebido em 03/11/2016.

Aprovado em 19/05/2017.