V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

ROSANE LEAL DA SILVA

MARCELO EDUARDO BAUZA REILLY

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito, governança e novas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/ URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Marcelo Eduardo Bauza Reilly, Rosane Leal Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-251-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito. 3. Governança. 4. Novas tecnologias. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

Apresentação

Vive-se sob o impacto crescente do desenvolvimento tecnológico. Diariamente incontáveis produtos e serviços são projetados e disponibilizados no mercado global de consumo e a cada novo lançamento se renovam as promessas de mais qualidade de vida, redução de distâncias, maior conexão e felicidade.

A indústria desenvolvedora de tecnologia não mede esforços na criação de produtos e aplicativos mais dinâmicos e inteligentes e, amparados em poderosas campanhas de marketing, criam e/ou antecipam desejos de consumo. Novos lançamentos se sucedem num curto espaço de tempo, ditados mais pelo ritmo frenético da obsolescência programada do que por qualquer real necessidade dos usuários. No outro lado da cadeia de produção, consumidores ávidos por novidades não medem esforços para a aquisição de um novo dispositivo eletrônico e, cativados pelo discurso publicitário, apostam nas promessas mercadológicas como verdadeiras fórmulas garantidoras de uma vida plena e feliz.

Não é diferente no segmento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), cujos produtos, aplicativos e serviços seduzem milhares de usuários em todo o mundo. Em nenhum outro período histórico foi tão fácil e rápido obter informação e o acesso aos bens culturais como livros, músicas e filmes também experimentou relativa democratização.

Ao lado da pluralidade de fontes de consultas, a tecnologia alçou o consumidor, antes reduzido a um papel mais passivo, à condição de produtor de conteúdos, fato que se revela atrativo, especialmente para os internautas mais jovens, denominados nativos digitais. E as anunciadas vantagens não cessam no campo da informação, pois as experiências comunicativas também se renovam sob a promessa de conexão global.

Para permitir a comunicação instantânea e sem fronteiras são criados dispositivos móveis e variados aplicativos que tanto possibilitam contatos reservados entre um número limitado de atores, quanto interações mais amplas e públicas, ocorridas nos inúmeros sites de redes sociais. E o ato de comunicar ganha novos matizes, pois ao lado da palavra falada e escrita novos signos são incorporados, encontrando nas imagens e símbolos aliados para dar vazão à liberdade de expressão e comunicação.

Todas essas facilidades introduzem modos próprios de ser e estar no mundo, típicos da era digital, e incorporam ao vocabulário cotidiano verbos como “publicar”, “curtir” e “compartilhar”. Quando esses verbos se transformam em ações, experiências de vida tornam-se insumos de um mercado que não cessa de se expandir. Grande parte dessa expansão ocorre graças aos dados pessoais dos internautas, captados durante as interações on-line, momento em que os usuários das TIC abrem mão de sua privacidade em nome de experiências compartilhadas nos mais variados ambientes virtuais. Ao lado da disponibilização voluntária de informações também são utilizadas técnicas mais veladas de captura dos dados pessoais, tanto realizadas pelo mercado quanto pelos Estados.

Em grande medida essa foi a tônica das discussões que se realizaram no GT Direito, Governança e Novas Tecnologias, realizado no dia 09 de setembro de 2016, na Universidad de la República Oriental del Uruguay, em Montevidéu, aos auspícios do V Encontro Internacional do CONPEDI.

A seleção dos trabalhos que compõem a presente obra foi realizada após criteriosa avaliação (com dupla revisão cega por pares), o que resultou na qualidade dos dezesseis artigos apresentados nesta obra. Ainda que com enfoques distintos, os artigos guardam em comum a preocupação com os impactos produzidos pelo uso crescente das tecnologias da informação e comunicação, quer isso se revele como um desafio para a regulação da internet, nos efeitos que vai produzir na sua regulação, quer se manifeste nas relações entre os particulares.

Para dar maior coerência aos debates ao longo da apresentação, ocorrida no dia 09 de setembro de 2016, os trabalhos foram divididos em três eixos temáticos, assim distribuídos:

1) Temas mais gerais, que situam o leitor sobre os desafios impostos à sociedade e Estado em decorrência do uso das tecnologias da informação e comunicação, tanto pelo aspecto da governança, quanto em razão dos processos de regulação, o que pode ser encontrado nos artigos: A governança do endereçamento da rede: breve análise comparativa; A regulamentação da internet à luz da violação à liberdade de uso; Apartheid tecnológico ou tragédia dos comuns: a América Latina na sociedade da informação; Crimes de informática e cruzamento de informação a partir de dispositivos móveis; Os contratos eletrônicos e os deveres anexos: aspectos da boa-fé objetiva e as novas tecnologias.

2) Os potenciais das tecnologias da informação e comunicação como instrumento para atuação política, tema que foi objeto de atenção nos trabalhos: A influência das novas tecnologias no processo democrático; As novas tecnologias da informação e o e-gov como instrumento de participação social; Em tempos de comunicação digital a transparência e o

acesso à informação como condições indispensáveis para o exercício da cidadania democrática.

3) O terceiro eixo é composto por trabalhos que versam sobre novas formas de violação da privacidade e de dados pessoais, discutindo-se as estratégias para a sua proteção na sociedade em rede, temática que perpassa os trabalhos: A proteção de dados no e-processo: entre a publicidade do processo e a privacidade na era internet; A tutela da privacidade e a proteção à identidade pessoal no espaço virtual; A sociedade da informação como ambiente de transmissão de dados; Breves considerações sobre desafios à privacidade diante do big data na sociedade da informação; Os comunicadores instantâneos e o direito fundamental à privacidade nos ambientes corporativos; Privacidade e proteção de dados pessoais na era pós-Snowden: o Marco Civil da Internet mostra-se adequado e suficiente para proteger os internautas brasileiros em face da cibervigilância? Sociedade virtual do risco vs. Filosofia libertária criptoanarquista: livre manifestação do pensamento, anonimato e privacidade ou regulação, segurança e monitoramento da rede; Anotações sobre o marco civil da internet e o direito ao esquecimento.

Com nossos votos de boa leitura!

Profa. Dra. Rosane Leal da Silva - UFSM/Brasil

Prof. Dr. Marcelo Eduardo Bauzá Reilly - UDELAR/Uruguay

ANOTAÇÕES SOBRE O MARCO CIVIL DA INTERNET E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

NOTAS SOBRE EL MARCO DE INTERNET CIVIL Y EL DERECHO AL OLVIDO

Alexsandro da Silva Linck

Resumo

O artigo contempla apontamentos sobre o Marco Civil da Internet e o direito ao esquecimento, abordando a problemática surgida a partir do interesse na não divulgação de fatos da vida privada nos meios digitais.

Palavras-chave: Internet, Intimidade, Esquecimento

Abstract/Resumen/Résumé

El artículo incluye notas sobre el Marco Civil de Internet y el derecho al olvido , hacer frente a los problemas derivados del interés por la no divulgación de los hechos de la vida privada de los medios de comunicación digital.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: La internet, La intimidad, Olvido

Introdução

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014), elaborado com a participação de diversos segmentos da sociedade, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, ou seja, define os direitos e as responsabilidades em relação ao uso dos meios digitais.

Destarte, além dos apontamentos acerca deste diploma legal, tido como referencial para outros países (LEITE; LEMOS, 2014, p. XXVII-XXVIII), serão apresentadas breves anotações sobre o direito ao esquecimento.

O assunto enseja reflexão uma vez que, apesar de um dos pilares do Marco Civil da Internet ser a preservação da neutralidade e a não censura — onde temos a denominada Sociedade em Rede (MOLINARO; SARLET, 2014, p. 29-30) —, há indivíduos que preferem a não divulgação de fatos relacionados à sua intimidade.

Dessa forma, a partir de breves apontamentos, apresenta-se o assunto e almeja-se contribuir para reflexão e o necessário debate acerca do tema, considerando que há discussões e propostas de alteração da novel legislação.

Marco Civil da Internet: Lei n. 12.965/2014

Atualmente, é inegável a existência de uma Sociedade em Rede (MOLINARO; SARLET, 2014, p. 29-31), sendo que a disseminação e o controle das informações ocorrem não apenas pela opinião pública convencional "agendada pelos meios de comunicação tradicionais e controlada por interesses privados e pelas regulações e poderes estatais" (BAVARESCO; GONZAGA de SOUZA, 2013, p. 109), como também pela chamada opinião pública diferenciada — "[...] que tem, como agentes, os cidadãos protagonistas e descentralizados, com mobilidade instantânea e articulados em rede sociais" (BAVARESCO;

GONZAGA de SOUZA, 2013, p. 109). —, sendo a Internet um dos mecanismos utilizados para fácil e ágil proliferação das informações.

Nesse contexto, não é incomum sustentar a ocorrência de ofensa a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011, p. 73) — contempladas a proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (Art. 5º, X da CRFB e Art. 21 do CC) —, em virtude da divulgação de informações não desejadas: a proliferação das informações ocorre tanto pelos meios de comunicação tradicionais como por aqueles descentralizados — "opinião pública diferenciada" (BAVARESCO; GONZAGA de SOUZA, 2013, p. 109).

Logo, na mesma medida em que são assegurados os direitos fundamentais de livre manifestação de pensamento e de acesso à informação (5º, IV e XIV da CRFB), com liberdade de imprensa (Art. 220, § 1º da CRFB), existe a proteção à intimidade e à vida privada (Art. 5º, X da CRFB e Art. 21 do CC).

Verifica-se, com efeito, tensão entre os direitos fundamentais, uma vez que tanto o indivíduo como os meios de comunicação, quando restringido o exercício desses direitos, sustentam a ocorrência de ofensa. Não é, porém, desconhecido que dispomos de sistemas para solucionar as antinomias e resolver as tensões — entre esses, por exemplo, a interpretação sistemática (FREITAS, 2010, p. 273-276) —, mas também não é incomum que a harmonização efetive-se apenas depois de verificado o resultado (dano).

Ainda, não bastando esse ambiente onde há proliferação das informações — por meios de comunicação convencionais e não convencionais (BAVARESCO; GONZAGA de SOUZA, 2013, p. 109) —, e, por conseguinte, eventuais ofensas aos direitos fundamentais, verifica-se a existência de um Estado de Vigilância (MOLINARO; SARLET, 2014, p. 34) com o monitoramento em geral, conforme se depreende do exposto por CANTALI (2009, 195-196):

> A Constituição e o Código Civil brasileiros determinam que a vida privada e a intimidade são invioláveis. Serão mesmo invioláveis? Simples análise do cotidiano das pessoas leva à conclusão de que a privacidade das pessoas está sujeita a sistemáticas violações. Vive-se numa sociedade vigiada, com câmeras, revistas em aeroportos, bancos de informações virtuais que armazenam dados pessoais e mesmo a mídia que a cada dia se torna mais agressiva, devassando a vida das pessoas, principalmente dos famosos, nas atitudes mais corriqueiras.
> […] Ademais, o impacto que a revolução tecnológica vem causando também diz com o direito à privacidade, principalmente em função da *internet* e o seu fluxo de troca de informações.

A Sociedade em Rede (MOLINARO; SARLET, 2014, p. 29-31), assim, acaba por submeter-se a controles e intrusões. Não fosse o suficiente, as informações de navegação na Internet — para situar-se apenas neste mecanismo de comunicação —, são armazenadas e utilizadas para diversos fins, de modo que a privacidade do indivíduo é prejudicada.

As circunstâncias em questão não são desconhecidas, pois já nos deparamos com a confissão realizada pelo norte americano Edward Joseph Snowden (analista de sistemas, ex-administrador de sistemas da CIA e ex-contratado da NSA), relatando publicamente a sistemática de vigilância global da NSA (*National Security Agency*) em relação aos indivíduos[1].

Foi nesse contexto, depois de um período considerável de debates, que o Marco Civil da Internet foi aprovado, sancionado e está em vigor (Lei nº 12.965/2014), conforme o relatado pelo Deputado Federal Alessandro Molon (2014, p. XXVII-XXVIII):

> Hoje, podemos comemorar a conquista do que o físico britânico Tim Berners-Lee, criador da World Wide Web (www), chamou de presente para o Brasil. Aprovado, sancionado e em vigor, o Marco Civil da Internet representa uma luta vanguardista do nosso país em defesa dos direitos dos internautas, tomada como exemplo por países mundo afora.
> Os esforços por sua aprovação, no entanto, não foram nada fáceis. A queda de braço na Câmara – que durou três longos anos – por pouco não terminou com uma derrota ou com um projeto desfigurado, em que a sociedade seria vencida pelos interesses de um setor econômico.
> A relatoria desse projeto se provou um grande desafio e um fértil aprendizado. Em meio a tantas barreiras e incertezas, alguém muito próximo, já preocupado com as idas e vindas do processo, certa vez me perguntou quem raios havia me escolhido como relator do problemático Marco Civil. Estava inconformado. Respondi, com um sorriso, que eu mesmo havia não só pedido, mas insistido em relatar o mesmo. Lutei por ele porque vi a internet como a conhecemos em perigo. Porque a neutralidade da rede precisava ser garantida e as forças que se faziam presentes no Congresso pressionavam na direção contrária. Porque acredito que a democracia passa cada vez mais pela internet, e a internet precisa de uma rede neutra para florescer. Sem neutralidade, não há futuro para a nossa rede.
> Este foi, sem dúvida, o ponto que mais gerou resistência na Casa. O argumento de que a garantia em lei da neutralidade da rede representaria perdas para as empresas telefônicas foi munição pesada para os opositores ao projeto. Falou-se, também, que a oferta de pacotes que permitissem a segmentação da internet, com preços diferenciados para o acesso a determinados serviços, facilitaria o

[1] Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>. Acesso em: 23 fev. 2016.

acesso da comunidade mais carente à internet, quando, na realidade, apenas fecharia mais portas para a população digitalmente excluída.

Outras tentativas de desvirtuar o real sentido do Marco Civil foram levadas adiante. Mas não se tratava de um projeto como outros que passam pelos corredores do Congresso. Este carregava a participação da sociedade em seu DNA.

A elaboração de um projeto para garantir os direitos dos internautas e seus deveres na rede, assim como as obrigações de empresas e de outros atores desse meio, foi uma proposta da sociedade ao governo. Ativistas demonstravam preocupação com o avanço no Congresso de um projeto de lei que criminalizaria ações banais na internet. Caso fosse aprovado, de um dia para o outro, qualquer brasileiro poderia, facilmente, vir a responder pela prática de um crime sem sequer imaginar que sua conduta seria reprovável segundo o ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira palavra em lei sobre a internet no Brasil deveria ser para garantir direitos, e não para tipificar crimes, defendiam. Em 2009, o Ministério da Justiça, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getulio Vargas, deu início a uma série de consultas públicas que ajudaram a construir o primeiro texto da matéria, levado à Câmara em 2011, quando fui designado relator.

O encontro com representantes dos mais diversos setores foi ampliado no Congresso, tendo sido feitas sete audiências públicas para discutir e aprimorar o texto, cujo conteúdo foi colocado, em 2012, num portal chamado e-Democracia, criado especialmente para possibilitar a participação de internautas. Foram feitos mais de dois mil e duzentos comentários, além de cento e quarenta sugestões concretas de alteração ao texto, um recorde no Congresso brasileiro. Propostas chegaram até pelo Twitter, e foram aproveitadas. O diálogo com a sociedade civil continuou aberto até a aprovação do Marco Civil.

Por conta dessa autoria praticamente compartilhada, as interpretações mal intencionadas do texto foram combatidas na rede. A sociedade não se calou, mas sim lutou para defender um projeto que era seu. E venceu.

Esse é um trunfo que nenhuma outra lei no Brasil tem. O processo de construção do Marco Civil da Internet é considerado o mais amplo a passar pela Câmara dos Deputados. Como pude verificar em seminário no Parlamento da Itália, interessada em construir seu próprio Marco Civil e propô-lo à União Europeia, a lei é reconhecida não apenas pelos avanços conquistados em seu conteúdo, mas também pela forma como se abriu ao diálogo de representantes e representados, por diversas plataformas. Muitos dos especialistas que contribuíram para idealizar o Marco Civil e para dar a forma final do texto agora versam neste livro sobre as conquistas e desafios da lei.

Nos capítulos a seguir, você terá diferentes olhares sobre o Marco Civil da Internet. Verá que não se trata de uma lei perfeita, como não o é qualquer legislação, mas que consolidou avanços significativos que garantiram ao Brasil e aos seus internautas o papel de pioneiros na defesa de direitos na internet. Como disse um ativista em um debate

> de que participei, "o Marco Civil não é o melhor dos mundos... Mas é o melhor do mundo!" […]

A Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) representa um grande avanço em termos de direito à intimidade e à vida privada no ambiente da Internet. Na afirmação de GUERRA (2014, p. 411) é "uma verdadeira carta de direitos fundamentais dos usuários […], mas que precisará sempre se harmonizar com outros princípios jurídicos, particularmente o interesse público, sobretudo em um país sem tradição à privacidade alheia".

Nas palavras de GIACCHETTA e MENEGUETTI (2014, p. 385) o Marco Civil da Internet "privilegia a garantia de direitos dos usuários da internet, em lugar de restringir suas liberdades, […] a fim de evitarem práticas adjetas como a censura".

Dessa forma, ao dispormos de uma legislação sobre o uso dos meios digitais, oportuno é o debate acerca do direito ao esquecimento na Internet.

Direito ao esquecimento

Esquecimento é o ato ou efeito de esquecer em conformidade ao disposto no dicionário da língua portuguesa (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles, 2009, p. 824). Em se tratando da Filosofia (ABBAGNANO, 2012, p. 416) o significado apresenta outros contornos, mas não distancia-se da ideia de olvido:

> Expressão usada por Heidegger para indicar 'o evento da metafísica', ou seja, 'O Esquecimento da diferença entre o ser e o ente'. Tal Esquecimento 'em que tem lugar e se decide a história ocidental do mundo' brota do próprio Destino do ser, que enquanto se revela (no ente) se esconde (em si mesmo), dando assim lugar às várias épocas históricas. Segue-se que [...] não é devida a uma espécie de 'erro' ou de negligência do homem – como se o ser fosse comparável a 'um guarda-chuva que um desmemoriado professor de filosofia deixou em algum lugar' – mas faz parte da 'coisa' mesma do ser e 'domina como destino da sua essência'. Em outros termos, o Esquecimento do ser (e o Esquecimento desse Esquecimento) é algo que 'acontece' a partir do ser e em virtude do ser.

Assim, não podemos analisar o tema no simples aspecto de não ser lembrado, uma vez que "O acervo de nossas memórias faz com que cada um de nós seja o que é: um indivíduo, um ser para o qual não existe outro idêntico" (IZQUIERDO, 2011, p. 11). A desejada proibição ao acesso de determinadas informações relativas à vida privada (evitar a evocação)

— a fim de atingir-se a qualidade de olvido — não pode ser vista como algo ruim, já que "muitas vezes preferiria esquecer para evitar a recordação de eventos e emoções de tempos terríveis" (BADDELEY; ANDERSON; EYSENCK, 2011, p. 234). Nessa linha, o direito ao esquecimento enseja o debate.

No final do século XIX, o direito de ser deixado sozinho (*right to be let alone*), decorrente do direito à vida privada, foi abordado em artigo elaborado por WARREN e BRANDEIS (1890, *apud* CANTALI, 2009, p. 197), cujo trabalho é considerado um clássico e marco para uma nova fase na defesa da privacidade e da intimidade, e, mesmo depois do transcurso do tempo, mostra-se atual.

A privacidade retratada no pensamento disposto naquele artigo "implicava um direito negativo", ou seja, o direito de ser deixado em paz. Mas, atualmente, também pressupõe um "direito ativo", ou seja, "os indivíduos têm o direito de controlar a circulação de suas informações pessoais", conforme leciona CANTALI (2009, p. 197):

> A privacidade, na sua concepção tradicional, ligada ao pensamento norte-americano, implicava apenas um direito negativo, o direito de ser deixado em paz ou *right to be alone*. Atualmente, por impulse da doutrina europeia, a privacidade passou a ser encarada de forma mais ampla, para além do direito negativo; é também direito ativo, as pessoas têm o direito de controlar a circulação de suas informações pessoais. Trata-se da gestão das próprias informações.

O direito ao esquecimento, então, tem por finalidade impedir a manutenção da divulgação de acontecimento pretérito quanto ao indivíduo, permitindo-se a remoção do conteúdo tido como ofensivo no âmbito da Internet (GIACCHETTA; MENEGUETTI, 2014, p. 385). Ainda, "define-se pelo direito de que ninguém pode ser eternamente lembrado ou cobrado por atos praticados no passado", conforme a citação realizada por CONCI e GERBER (2015, p. 262).

Há registro de um julgamento realizado em 1973 pela Primeira Sala do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em que ao analisar-se a possibilidade ou não de exibição de um documentário sobre os autores de um crime e, diante da colisão entre os direitos constitucionais à privacidade, à ressocialização do preso e à liberdade de rádio e televisão, decidiu-se pelo direito à privacidade — mesmo em se tratando de informações verídicas —, e impediu-se a veiculação do filme informativo. Trata-se do caso Lebach.

O tribunal entendeu que embora a regra seja o da prevalência do interesse na informação, a ponderação, em função do transcurso do tempo desde os fatos (o julgamento é

de junho de 1973), deve levar em conta que o interesse público não é mais atual e acaba cedendo em face do direito à ressocialização. Portanto, ainda de acordo com o TCF, se o interesse público na persecução penal, na divulgação dos fatos e da investigação numa primeira fase prevalece em face da personalidade do autor do fato, e tendo sido a opinião pública devidamente informada, as intervenções nos direitos de personalidade subsequentes já não podem ser toleradas, pois iriam implicar uma nova sanção social imposta ao autor do delito, especialmente mediante a divulgação televisiva e no âmbito de seu alcance.

Na década de 90, entretanto, a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão foi outra: nessa oportunidade permitiu-se a divulgação do novo documentário produzido sobre o caso Lebach II, tendo em vista que esse trabalho audiovisual não contemplava elementos para identificar os autores do crime e, portanto, a "interferência no livre desenvolvimento da personalidade seria reduzida" (CONCI; GERBER , 2015, p. 262).

No Brasil, há notícia de dois processos julgados em meados de 2013 pelo Superior Tribunal de Justiça: o caso da Chacina da Candelária (REsp 1.334.097) e o caso Aída Curi (REsp 1.335.153).

No caso da Chacina da Candelária (sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, no Rio de Janeiro) entendeu-se que a emissora de televisão poderia reproduzir a reportagem informativa — no programa televisivo Linha Direta — sem a necessidade de exposição da imagem e do nome de um dos acusados que fora absolvido, mas como não agiu nesse sentido foi condenada ao pagamento de indenização.

Em relação ao caso Aída Curi (trata-se de processo judicial manejado pelos familiares da vítima — Aida Curi foi estuprada e morta em 1958 —, em virtude do constrangimento e exposição causados pela evocação dos acontecimentos em reportagem exibida por emissora de televisão), o Superior Tribunal de Justiça não condenou a emissora de televisão ao pagamento de indenização por conta da exibição do documentário, uma vez que "o transcurso do tempo aplaca a dor e os constrangimentos sofridos pelos familiares, […] o abalo sofrido em virtude da divulgação dos fatos é menor quanto mais tempo passa" (SARLET, 2015).

Quanto a esse caso (Aída Curi) houve a interposição de recurso extraordinário ao STF (ARE 833.248 RJ) e, posteriormente, o reconhecimento de repercussão geral pelo Plenário virtual. O mérito da pretensão ainda não foi apreciado.

Ainda, em meados de 2014, o Tribunal Europeu de Justiça, reconhecendo o direito ao esquecimento, determinou que particulares têm o direito de pedir diretamente aos motores de

busca que eliminem as páginas com informações pessoais 'irrelevantes ou desatualizadas' […] (GUERRA, 2014, p. 411)[2].

Diversos questionamentos decorrem das situações apresentadas, uma vez que no ambiente da Internet as "informações são facilmente transmitidas, não há facilidade de esquecimento, bem como, em contrapartida, há o direito de acesso à informação e o de liberdade de expressão", de acordo com o exposto por SARLET (2015):

> Se as situações anteriores dizem respeito aos meios de comunicação convencionais (a mídia televisiva), no ambiente da Internet o tema assume dimensão mais aguda e algumas peculiaridades. Com efeito, na Internet tudo é mais facilmente transmitido e, portanto, mais difícil de ser esquecido, pelo menos no sentido de as informações serem mais fácil e rapidamente localizadas por todos que acessam a rede. Nesse contexto, além da questão do direito de requerer o apagamento (exclusão) de informações pessoais, assume relevo crescente a questão dos mecanismos de busca (pesquisa) na internet. Tais mecanismos, como o Google pesquisa, aumentam imensamente as possibilidades de acesso a informação e conhecimento. Pela sua magnitude, o GOOGLE seguramente é o mais importante e já deu margem a muitos julgados.
> […]
> Num primeiro passo do julgamento, o TJUE reconheceu que os mecanismos de busca representam uma formatação de dados pessoais, pois o programa busca, armazena e organiza os dados, evidentemente não apenas dados pessoais, mas também dados pessoais. Além disso, os mecanismos de busca devem ser responsabilizados pela formatação dos dados, porquanto, segundo o tribunal, a seleção, análise, sistematização e difusão dos dados é feita pelo Google e os dados são muito mais difundidos com do que sem mecanismos de busca. Por isso, avançou o TJUE, se aplica o direito de proteção de dados!!
> O segundo núcleo problemático examinado na decisão diz com o direito de alguém de exigir a exclusão de referências ou links dos mecanismos de busca.
> O problema jurídico concreto era o de verificar se a divulgação pelos mecanismos de busca seria ilícita apesar de lícita a divulgação pelo jornal e de assegurada a manutenção da informação na página online de origem. Assim, o conflito aferido não se deu propriamente entre a página web e a pessoa afetada, mas sim, entre os mecanismos de busca (Google) e a pessoa afetada.
> Aspecto decisivo para a argumentação adotada pelo TJUE é de que a lista de resultados obtida pelos mecanismos de busca constitui um processo autônomo e com valor informacional próprio e de que tal situação deve ser valorada diferentemente da inserção de uma

[2] Trata-se do caso Google Spain vs Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, em resposta a um pedido de esclarecimento da Audiência Nacional de Espanha, o Tribunal deliberou, com esteio no artigo 14 da Diretiva 95/46 da Assembleia Parlamentar do Conselho de Europa, que o cidadão espanhol Mario Costeja González tem direito a exigir que a Google deixe de mostrar nos resultados das pesquisas uma nota oficial sobre uma penhora publicada no jornal La Vanguardia em 1998.

> informação na página online de um determinado jornal. Especialmente relevante foi a circunstância de que no caso em julgamento se tratava apenas de restringir o acesso a informação, sem impedir, a pessoas físicas individuais, o acesso seletivo às informações.
> Uma das principais críticas assacadas contra a decisão foi a de que embora tenha acertado (pelo menos segundo parte dos críticos) no resultado, o TJUE não considerou a constelação geral dos interesses (e direitos) envolvidos, multipolar e complexa, pois além dos interesses do Google e da pessoa afeta em seus direitos de personalidade, ainda é preciso considerar os interesses da página de origem, das pessoas em geral que tem um legítimo interesse (e direito) no acesso às informações.
> De todo modo, a situação é polêmica, especialmente quando considerado o direito fundamental de acesso à informação o direito à liberdade de expressão e a sua relevância para uma democracia que pretenda ostentar tal título. Que a decisão do TJUE está destinada a provocar não apenas reações críticas, mas também aplausos (como, aliás, já vem ocorrendo), resulta evidente. Independentemente de se emitir aqui um juízo positivo ou negativo, chama a atenção que os motores de busca como o Google não são um nicho imune a controle e sobre o qual não recai nenhuma responsabilidade, como se de meros intermediários se tratasse, e nisso nos parece, salvo melhor juízo, que o TJUE acertou, o que está inclusive determinando ajustes não apenas na esfera das diretivas da União Europeia como também nas legislações internas dos Estados que a integram.
> Até onde, contudo, deve ir a possibilidade de intervenção nesse ambiente, especialmente para efeito de se excluir acessos dos motores de busca ou mesmo chancelar a exclusão de dados de páginas on-line, mas também a veiculação de informações por outros meios (como nos casos apreciados pelo STJ), é algo que demanda extrema cautela e criteriosa avaliação, devendo, pelo menos como regra, prevalecer a liberdade de informação e o direito de acesso à informação. Mas isso ainda será objeto de maior desenvolvimento em colunas futuras. Aqui e por hoje o nosso intento era o de trazer mais informações sobre o assim chamado direito ao esquecimento e alguns dos casos mais relevantes já apreciados, sem, contudo, explorar com maior profundidade os principais argumentos deduzidos em cada julgado, especialmente no que diz com os limites do direito ao esquecimento.

Com efeito, existe a necessidade de regulamentação do direito de não informação para assegurar o esquecimento? A legislação disponível é suficiente para auxiliar na solução de eventuais litígios? Tais indagações ensejam a reflexão e o debate.

Veja-se, por exemplo, o caso citado por GUERRA (2014, p. 412) para demonstrar a existência de situações delicadas quanto ao assunto:

> Pois bem, a questão suscita pontos cegos e questões delicadas como, por exemplo, a máxima de que, por vezes, proteger dados é proteger

> criminosos (“Datenschutz ist Täterschutz”). No Caso Stephanie, ocorrido em 2006 na cidade de Dresden, Alemanha, uma adolescente de 13 anos foi capturada e estuprada durante cinco semanas pelo sequestrador Mario M., de 36 anos, que depois se soube ser reincidente em crimes dessa natureza, inclusive filmando suas vítimas e que tinha sido colocado em liberdade antes de cumprir a pena e que seus dados estavam nos registros centrais da Polícia, que, no entanto, não soube achá-los. O Tribunal impôs a pena máxima ao agressor, que provavelmente cumprirá 15 anos de prisão e, depois, será transferido para internação psiquiátrica indefinidamente.

No mesmo sentido, denotando a importância do debate sobre o direito ao esquecimento e o direito à informação, a rede de comunicação britânica BBC elaborou uma matéria sobre a decisão do Tribunal Europeu de Justiça, apresentando relevantes casos em que houve pleito do direito de esquecimento (não informação) em confronto com o de informação (WAKEFIELD, 2015):

> Pedófilo se aproveita de norma da UE e requisita que Google 'apague' seu passado
> Um ex-político que busca a reeleição, um pedófilo e um médico. Os três estão entre os primeiros a se aproveitar de uma recente decisão de uma corte europeia - batizada por jornais locais de "direito ao esquecimento" - e a requisitar que o Google "apague" resultados de buscas ligados a episódios específicos de seu passado.
> No início da semana, o Tribunal Europeu de Justiça, sediado em Bruxelas, na Bélgica, determinou que indivíduos podem requisitar que a empresa americana remova resultados de buscas "irrelevantes e desatualizadas".
> O ex-político britânico, que não foi identificado, quer a remoção de links atrelados a um artigo sobre falhas de comportamento durante seu mandato; o homem condenado por pedofilia quer apagar os registros da sua condenação; e o médico pleiteia a retirada de resenhas negativas sobre seus serviços.
> O Google não se pronunciou a respeito dos pedidos de remoção já recebidos, mas descreveu a decisão da corte europeia como "decepcionante".
> A empresa, sediada no Vale do Silício, na Califórnia, também não divulgou o número de pedidos de remoção recebidos desde terça-feira, quando o veredicto foi divulgado.
> O caso original foi levado ao tribunal por um homem espanhol. Ele reclamou que os resultados de buscas do Google que mostravam um aviso de leilão de sua casa por falta de pagamento - uma dívida que depois foi quitada por ele - infringiam seu direito a privacidade.
> A decisão do tribunal europeu causou surpresa uma vez que contradiz uma declaração do advogado-geral da União Europeia. No ano passado, ele afirmou que buscadores de internet não era obrigado a acatar tais solicitações.

> A vice-presidente da Comissão Europeia, Viviane Reding, descreveu a decisão como "uma vitória clara para a proteção de dados pessoais dos europeus", mas outros demonstraram preocupação sobre as consequências que o veredicto possa acarretar para a liberdade de expressão.
> O fundador do Wikipedia, Jimmy Wales, criticou a deliberação da corte, descrevendo-a como "espantosa", enquanto que defensores da liberdade de expressão do Índice de Censura afirmaram que a decisão do tribunal "provoca arrepios na espinha de todos aqueles na União Europeia que acreditam na importância fundamental da liberdade de expressão e da liberdade de informação".
> "Em outras palavras, o tribunal disse que os desejos de um indivíduo superam o interesse da sociedade", acrescentou.
> Para Marc Dautlich, advogado do escritório Pinsent Masons, as novas regras são difíceis de implementar pelos motores de buscas.
> "O que eles vão fazer se receberem um volume gigantesco de pedidos para a retirada de informações?", questionou.

As tensões entre os direitos fundamentais estão presentes, conforme o exposto antes. A Constituição da República Federativa do Brasil, o Código Civil e o Marco Civil da Internet poderão resolver as colisões? O Poder Judiciário, acaso provocado, apresentará uma solução ao caso concreto a partir da legislação disponível?

A esse respeito, frisa-se que a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei substitutivo aos Projetos de Leis nº 215/2015, nº 1.547 e nº 1.589 de 2015[3], com o escopo de alterar o Marco Civil da Internet e estabelecer o direito ao esquecimento para os casos de absolvição, de condenações criminais cumpridas ou a fato calunioso, difamatório ou injurioso, a pedido do interessado. Eis o texto constante no substitutivo aos Projetos de Lei em questão, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania da Câmara dos Deputados:

> […]
> Art. 10. O art. 19 da Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3o-A, e o § 4o passa a vigorar com a seguinte redação:
> Art. 19. [...].
> § 3º-A O interessado ou seu representante legal poderá requerer judicialmente, a qualquer momento, a indisponibilização de conteúdo que associe seu nome ou imagem a crime de que tenha sido absolvido, com trânsito em julgado, ou a fato calunioso, difamatório ou injurioso.

[3]Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946034>. Acesso em: 31 out. 2015.

Esses apontamentos, portanto, ensejam a reflexão e a participação da sociedade no necessário debate, considerando que mesmo diante de uma nova legislação (Marco Civil da Internet), já se está trabalhando em alterações para dispor sobre o direito ao esquecimento (o Projeto de Lei substitutivo aos Projetos de Leis nº 215/2015, nº 1.547/2015 e nº 1.589/2015 contempla o necessário quanto ao direito ao esquecimento?).

Considerações finais

O Marco Civil da Internet não é apenas inovador em relação ao estabelecimento de direitos e responsabilidades sobre o uso da Internet no Brasil, mas também na sistemática de elaboração da legislação, uma vez que a sua "construção" contou com a participação de diversos setores da sociedade.

Nesse contexto, onde se tem o respeito à liberdade de expressão como fundamento, deparamo-nos com o debate sobre a garantia à privacidade, ou seja, de não se disseminarem as informações não desejadas. A situação é complexa.

Se fossemos verificar o caso ocorrido em *Little Rock* (capital do Arkansas), em meados de 1957, onde ocorreram insultos de uma turma de jovens brancos em relação a uma jovem negra que pretendia estudar na escola antes frequentada apenas por àquelas pessoas, cuja fotografia está estampada em diversos sites da Internet (retratando a jovem negra na frente (Elizabeth Eckford) e a jovem branca atrás (Hazel Bryan) proferindo insultos), como trataríamos a questão do esquecimento? Suponha-se que a jovem branca não desejasse ver sua imagem facilmente encontrada nos motores de busca da Internet. Qual a melhor solução? Ainda estamos trabalhando nas melhores possibilidades, mas, acredita-se que o paradigma Lebach II seja uma delas.

Todavia, a análise do significado da privacidade, atualmente, enseja a contextualização com a Sociedade em Rede que se formou. A exposição é dita como necessária para comprovar a existência social (postagens em redes sociais com cada passo do cotidiano); entretanto, ao mesmo tempo em que se realiza a exposição pública, também se almeja o esquecimento. Nessa linha, PAESANI (2014, p. 44) comenta:

> Parece que a sociedade está obcecada pela defesa da privacidade contra o olhar penetrante da Internet que a observa e escuta. Na realidade, observa Umberto Eco, todos querem se expor: Observa o escritor na revista *L'Espresso*, de 19 de junho de 2014, '...aparecer, até mostrando o pior de si, é a única maneira de existir'.

A novel legislação não trata do direito ao esquecimento em específico. Assim, em nossa óptica, a disposição legal faz-se importante para auxiliar na prevenção de litígios ou, caso concretizados, na solução respectiva.

Portanto, apresenta-se oportuna a contribuição dos integrantes da sociedade na construção do regramento sobre o tema, uma vez que há propostas de alteração do Marco Civil da Internet para dispor acerca do direito ao esquecimento.

Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. 1210 p.

ARTESE, Gustavo (Coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial.** São Paulo: Quartier Latin, 2015. 402 p.

BADDELEY, Alan. ANDERSON, Michael C. EYSENCK, Michael W. **Memória**. Tradução de Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011. 472 p.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator: Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 9 set. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 20 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.335.153/RJ. Relator: Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 9 set. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100574280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>. Acesso em: 20 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815. Relatora: Cármen Lúcia – Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 jun. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4271057>. Acesso em: 29 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 833.248/RJ. Relator: Dias Toffoli – Plenário virtual. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 fev. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623869>. Acesso em: 20 out. 2015.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2006. 303 p.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 267 p.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 312 p.

GONZAGA de SOUZA, Draiton; BAVARESCO, Agemir (Org.). **Direito e Filosofia I**. Porto Alegre: Letra & Vida, 2013. 111 p.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1986 p.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. 133 p.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12. 965, de 23 de abril de 2014**. São Paulo: Saraiva, 2014. 94 p.

LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. 415 p.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. 1013 p.

LOPES, Lucas Guglielmelli; LOPES Matheus Guglielmelli. **Direito ao esquecimento**. Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior. Ano VII. Mar. 2015. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/files/uploads/20150225_151422.pdf> Acesso em: 30 out. 2015.
MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (coord.). (Org.). **Direito, Inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1. 366 p.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014. 130 p.

ROCHA, Hildo. **Projeto de Lei nº 215, de 2015**. Acrescenta inciso V ao art. 141 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946034>. Acesso em: 31 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 199 p.

_____. **Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados**. Revista eletrônica Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em: 1 nov. 2015.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 512 p.

WAKEFIELD, Jane. **Pedófilo se aproveita de norma da UE e requisita que Google "apague" seu passado**. BBC Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/05/140516_remocao_infos_ google_lgb. shtml>. Acesso em: 2 nov. 2015.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review. Vol. IV, Dezembro de 1890, n. 5. Disponível em: <http://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>. Acesso em: 28 out. de 2015.