

Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento

Daniel BUCAR*

“Viver é um livro de esquecimento
Eu só quero lembrar de você até perder a memória”.
(Elevador, Ana Carolina)

SUMÁRIO: 1. Apresentação dos casos. 2. Prelúdio para um *leading case*. 3. O Espaço de Aplicação do Direito ao Esquecimento. 4. Concepção Objetiva e Contemporânea da Privacidade: O Tríplice Controle. 5. Conclusão.

1. Apresentação dos casos

(a) O Caso para Esquecer¹

JGM ajuizou ação pleiteando reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda. Informou ter sido procurado pela emissora de televisão para gravar entrevista a ser veiculada no programa jornalístico Linha Direta - Justiça, o qual trataria de homicídios em série ocorridos no Rio de Janeiro em julho de 1993, cujo caso ficou conhecido como a Chacina da Candelária.

Noticiou que recusou o convite formulado, pois, embora tenha sido indiciado como coautor dos crimes, foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença, razão por que não desejava que seu nome e sua imagem fossem novamente divulgadas em rede nacional, o que terminou por acontecer.

Alegou que, embora o programa tenha mencionado a absolvição, a notícia de seu indiciamento, acompanhado de nome e imagem, reavivada em 13 (treze) anos após o evento gerou-lhe intenso abalo moral, o qual não foi reconhecido pelo juízo da 3ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

* Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Professor do IBMEC. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado.

¹ STJ, 4ª Turma, REsp. 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 28.05.2013, v.u.

Inconformado com a sentença, JGM interpôs recurso de apelação, o qual foi provido, por maioria, pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para condenar a TV Globo Ltda. ao pagamento de indenização de R\$ 50.000,00 pelos danos morais sofridos pelo autor.

Por conta da ausência de unanimidade no julgamento da apelação, foram opostos Embargos Infringentes, que confirmou, mais uma vez por maioria, a condenação. A emissora interpôs Recurso Especial e o STJ manteve, agora por unanimidade, o reconhecimento do pleito indenizatório.

Como razões de decidir, a Quarta Turma do STJ, ao adotar expressamente os fundamentos do acórdão fluminense, entendeu que a ponderação entre a liberdade de informação (art. 220, Constituição da República) e a proteção da vida privada (art. 5º, X, CR) deveria privilegiar o direito ao esquecimento, o que determinava fossem poupados o nome e a imagem do autor, não obstante o reconhecimento da licitude do conteúdo da matéria jornalística em si.

(b) O Caso Inesquecível²

Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi ajuizaram ação objetivando reparação de danos materiais e morais decorrentes de ato praticado pela TV Globo Ltda.. Únicos irmãos vivos de Aida Curi, vítima de homicídio ocorrido em 1958, que ficou nacionalmente conhecido, os autores buscaram a indenização pelo ilícito que apontavam haver sido cometido pela transmissora, configurado na reabertura de antigas feridas pela veiculação do programa Linha Direta-Justiça, o qual tratou novamente da vida, morte e do pós-morte de sua irmã.

Quanto ao dano moral, pediram sua indenização por conta da dor de reviver o passado; já o dano material, seu ressarcimento se justificava pela exploração da imagem da falecida irmã com objetivo comercial e econômico.

Em 1ª Instância, o juízo da 47ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro julgou improcedentes os pedidos dos autores, cuja sentença foi confirmada pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça fluminense, sob o fundamento de que o homicídio de Aída Curi foi amplamente divulgado pela imprensa no passado e ainda é discutida e noticiada nos últimos cinquenta anos.

² STJ, 4ª Turma, REsp. 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 28.05.2013, v.m.

Interposto Recurso Especial pelos irmãos de Aída Curi, ao mesmo foi negado provimento pela maioria dos integrantes da Quarta Turma do STJ. O voto vencedor, proferido pelo Relator Ministro Luis Felipe Salomão, considerou que, naquela específica hipótese, a liberdade de imprensa (art. 220, Constituição da República) deveria preponderar sobre a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (arts 5º, X e 220, §1º, Constituição da República), uma vez que, além da matéria não estar incrementada de artificiosidade, os fatos revelavam notícia histórica de repercussão nacional.

Portanto, entendendo tratar-se de dado histórico, o pedido de indenização por danos morais foi negado, assim como o de reparação de danos materiais, porquanto o uso da imagem foi feito de modo lícito.

A divergência, aberta pela Ministra Maria Isabel Gallotti e acompanhada pelo Ministro Marco Buzzi, entendeu que a ausência de autorização dos irmãos, conforme previsão do art. 20 do Código Civil, acrescida da carência de notoriedade da vítima, autorizavam o acolhimento do pleito indenizatório com a aplicação, inclusive, da Súmula 402 do próprio STJ³. Prevaleceu, entretanto, a possibilidade de nova divulgação dos fatos, sem necessidade de anuência de interessados.

2. Prelúdio para um *leading case*

Ambos os julgados inauguraram o debate, no Superior Tribunal de Justiça, em torno do conflito entre direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, o qual já vem sendo enfrentado em Cortes inferiores⁴, na doutrina brasileira⁵ e nas Jornadas de Direito Civil (Enunciados 404⁶ e 531⁷).

³ Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

⁴ A título de exemplo: TJERJ, 5ª C.C., Ag. Inst. nº 0051483-50.2012.8.19.0000, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, publ. em 25.10.2012; TRF-4ª Região, 4ª T, Ap. Civ., 2003.70.00.058151-6/PR, Rel. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler, j. em 06.05.2009.

⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Atlas, 2011, p. 164/165. COSTA, André Brandão Nery. Direito ao Esquecimento na internet: a scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 184-206.

⁶ Enunciado 404: A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

⁷ Enunciado 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Para delimitar as fronteiras do case, os julgados pontuaram a inexorável necessidade de interpretação da matéria à luz da Constituição da República⁸ e expuseram o estado da jurisprudência acerca dos parâmetros de exercício da liberdade de expressão⁹, que se encontra pautada nos seguintes pontos no STJ:

- compromisso ético com a informação verossímil;
- preservação dos direitos da personalidade, mitigados quando se tratar de pessoas notórias;
- vedação à crítica com o intuito difamatório deliberado;
- contemporaneidade da notícia.

Tratando-se do nova divulgação de uma notícia verídica, o que fugiria, em tese, do controle da contemporaneidade aplicado à veiculação originária, os julgados optaram por analisar a incidência do direito ao esquecimento suscitado exclusivamente no contexto do exercício da liberdade de expressão na mídia televisiva; retirou-se da abrangência da decisão, de forma expressa e contundente, a sua aplicação no ambiente da internet¹⁰.

Dentre os argumentos contrários ao acolhimento do direito ao esquecimento nos casos levados ao STJ, pontuou-se:

- a violação à liberdade de expressão
- a possibilidade de perda da história;
- a privacidade como censura dos tempos atuais;
- o privilégio da memória individual em detrimento daquela da sociedade;
- a ausência de registro sobre crimes perversos;
- a inexistência de ilicitude no ato;
- a preservação do interesse coletivo;
- a extinção de programa policiais.

⁸ A abordagem teve lugar para superar o entendimento do STJ que impede o conhecimento de matéria que tenha como pano de fundo normas constitucionais. Em realidade, todo o ordenamento deve ser interpretado diante da eficácia das normas constitucionais conforme é lecionado em PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 574.

⁹ O que também já foi objeto de análise em doutrina: MORAES, Maria Celina Bodin de. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com*, a.2, n2., 2013. Disponível em civilistica.com/wp-content/uploads/2013/06/Honra-liberdade-e-ponderacao-civ.a.2.n.2.2013.pdf. Acesso em 07.09.2013.

¹⁰ O que se entende por equivocada, como adiante se verá.

Em contraposição a estes argumentos, defendeu-se a aplicação do direito ao esquecimento com base na proteção da vida privada e na historicidade das notícias, que apenas poderiam ser reavidadas, sem o consentimento do interessado, quando o fato guardar relevância histórica para a sociedade, atendido o requisito da ausência de artificialidade e abuso da notícia ao tempo de sua divulgação original e antecedente.

Assim, conjugados os argumentos expostos nas decisões, a Corte Superior se posicionou em fixar como fiel da balança para o acolhimento, ou não, do direito ao esquecimento, a qualificação do fato como histórico, que deve ser demonstrado na situação concreta. No Caso Aída Cury, o interesse histórico teria ficado demonstrado pela comprovação do estudo do crime nos meios acadêmicos e a divulgação do fato criminoso em mais 470.000 links na internet; quanto ao Caso JGM, embora esteja conexo a evento histórico (Chacina da Candelária), rememorar seu nome e sua imagem não é essencial para a compreensão dos fatos, pelo que, em relação à sua pessoa, deve incidir o direito ao esquecimento.

3. O espaço de aplicação do direito ao esquecimento

Ao restringir o âmbito de abrangência dos julgados ao ambiente televisivo, o STJ firmou posição expressa no sentido de que o direito ao esquecimento (e, talvez, outras formas de tutela) deve ser compreendido de forma diversa quando aplicados no ambiente virtual. Fundamentou a cisão sob o argumento de que “o debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.”

Tal compreensão, no entanto, comporta perigosa interpretação. Com efeito, o reconhecimento de supostas barreiras técnicas para a aplicação do direito ao esquecimento no ambiente virtual permite entender que aquele espaço cibernético encontra-se imune à incidência de qualquer disciplina jurídica. Além de não ser possível conceber o ambiente virtual como um “território” livre¹¹, é importante ressaltar que o próprio STJ, diante do vácuo legislativo existente no Brasil acerca da internet¹², já

¹¹ Basta lembrar as inúmeras demandas judiciais que tratam de relações estabelecidas no mundo virtual.

¹² Encontra-se em trâmite no Congresso Nacional diversos projetos de lei acerca da rede de computadores, sendo o mais notório o denominado Marco Civil da Internet (PL 2126/11), submetido a tortuosa tramitação e sem previsão de inclusão em pauta de votação no plenário da Câmara dos Deputados.

teve oportunidade de atuar como criador de verdadeira fonte primária de direito e delimitar parâmetros para a responsabilização de provedor de serviços por conta de dano extracontratual¹³ ocorrido na rede.

Por outro lado, apartar a mídia televisiva de outros meios de comunicação é emprestar à informação tratamento fragmentado não condizente com a sua perspectiva unitária, haja vista que uma informação terá o mesmo conteúdo qualquer que seja o seu meio de transmissão¹⁴. Portanto, afora tecnicidades específicas de cada mídia, a disciplina jurídica em torno da informação independe do meio de comunicação em que é veiculada¹⁵, não se justificando, desta forma, a exclusão do ambiente virtual quanto à aplicação de eventual direito ao esquecimento¹⁶, sobretudo porque é este o locus próprio para o seu estudo na contemporaneidade, tornando-se anacrônico o fracionamento e a demarcação da disciplina apenas para a mídia televisiva¹⁷.

¹³ “Civil e consumidor. Internet. Relação de consumo. Incidência do cdc. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de conteúdo. Fiscalização prévia do teor das informações postadas no site pelos usuários. Desnecessidade. Mensagem de conteúdo ofensivo. Dano moral risco inerente ao negócio. Inexistência. Ciência da existência de conteúdo ilícito. Retirada imediata do ar. Dever. Disponibilização de meios para identificação de cada usuário. Dever. Registro do número de ip. Suficiência. 1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo. 7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo que registra o número de protocolo (IP) na internet dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet. 8. Recurso especial provido” (STJ, 3ª T, REsp 1186616/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 23.08.2011).

¹⁴ Conforme Wiener, informação é “o termo que designa o conteúdo daquilo que permutamos com o mundo exterior” (WIENER, Norbert. *Cibernética e Sociedade. O Uso Humano de Seres Humanos*. Trad. de José Paulo Paes. São Paulo: Editora Cultrix., 1968, p. 17).

¹⁵ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 154/155.

¹⁶ E mesmo de aplicação do ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁷ Na Itália, por exemplo, o debate em torno do direito ao esquecimento em ambiente televisivo já data de quase 20 anos. O caso mais conhecido, denominado de “Bolzano”, tratava da morte de Milena Sutter, uma menina de 13 anos, que foi assassinada barbaramente em 1971, tendo o assassino sido preso, processado e condenado. Tal qual o Caso Aída Cury, às vésperas da transmissão do programa televisivo “I Grandi Processi” (com conteúdo de reprodução de crimes famosos, com o mesmo apelo do *Linha Direta - Justiça*), a família da vítima requereu tutela de urgência, para que não fosse veiculado o aludido episódio, invocando o direito ao esquecimento. Contudo, o Tribunal de Roma mediante fundamentação similar ao adotado pelo STJ no Caso Aída Cury, entendeu que havia interesse histórico na hipótese, pelo que permitiu a veiculação do programa. Tribunale Civile di Roma, Ordinanza 27 de novembro de 1996.

4. Concepção objetiva e contemporânea da privacidade: o tríplice controle

O direito ao esquecimento encontra-se inserido na disciplina de proteção à privacidade, cuja tutela, em aspectos gerais, é extraída dos artigos 5º, X, XI e XII, da Constituição da República e 21 do Código Civil. O chamado direito ao esquecimento incorpora uma expressão do controle temporal de dados, que preenche com o fator cronológico a atual tríade de ferramentas protetivas da privacidade, complementada pelos controles espacial e contextual.

4.1. O controle espacial

A experiência humana, em seu espectro existencial, é composta por diversas escolhas e condições pessoais que, formadoras do comportamento humano, projeta-se de diversas formas na sociedade contemporânea. A criação de novas tecnologias, cujo escopo foi e é atender, principalmente, a demandas de segurança (pública, de crédito, antiterrorista, etc.) e de comunicação audiovisual (internet, celulares, etc.), fez com que as condutas pessoais fossem fragmentadas em subdados comportamentais, os quais podem ser reconstruídos a partir de condições de vida, opiniões, preferências, dados, tomados unitária ou conjuntamente¹⁸.

Assim, o desafio da privacidade, como asseguradora do livre desenvolvimento da vida privada, é fornecer à pessoa subsídios para o controle de informações que ela pretende manter ao seu alcance.

A necessidade desse controle, importante frisar, não é justificada por uma pretensão de isolamento social, há um tempo defendida pelos precursores da disciplina da privacidade através da ideia de ser deixado só¹⁹. Muito pelo contrário, o controle das informações pessoais encontra sua razão na inserção da pessoa no tecido social, com dados já assimilados externamente, assegurando-lhe, através da privacidade, o livre desenvolvimento de suas habilidades, como produto de uma vontade própria, afastadas dos ditames da normalidade, estigmatização e dominação externa. Somente com a proteção fornecida pela privacidade é possível conceber uma pessoa livre para

¹⁸ RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19, p. 97, jul-set/2004.

¹⁹ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*. Cambridge: The Harvard Law Review Association, V. IV, n. 5, p. 193, Dec. 1890.

desenvolver, em seu grau máximo, sua criatividade, alcançar seus desejos, como o afastamento de um controle comportamentalizador.

Desta forma, a privacidade na sociedade da informação deve ser tida como a possibilidade de a pessoa conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo de informações pessoais que dela tratam, possibilitando-lhe ter exata e prévia ciência do espaço informacional sobre o qual desenvolverá a sua personalidade²⁰. É, portanto, o direito de manter o controle das próprias informações²¹, de molde a assegurar a livre construção da própria esfera privada²².

É contumaz, nesta direção, a doutrina de Alan Westin, o qual entende que a vida privada será protegida pelo direito à privacidade, cuja concepção é “a reivindicação de indivíduos, grupos ou instituições em determinar por si mesmos quando, como e quanto de informações sobre si mesmos será comunicado aos outros”²³. Assim, a privacidade ganha contornos de direito à autodeterminação informativa, que se traduz na “faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais”²⁴.

4.2. Controle contextual

Ao lado do controle espacial, posiciona-se o controle contextual dos dados, no sentido de se ter ciência quanto à exatidão da informação, que deverá refletir, quando da divulgação, o contexto correto em que foi recebida.

²⁰ É esclarecedora, também neste sentido, a lição de Robert Post, para quem a privacidade está relacionada à criação do conhecimento, da dignidade e da liberdade. POST, Robert C. Three concepts to privacy. *Georgetown Law Journal*. Washington, DC: Georgetown University Law Center, June 2001. Disponível em: <findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_200106/ai_n8995411?tag=rel.res3>. Acesso em: 21.04.2008.

²¹ Veja, neste sentido, este julgamento único do STJ: “RHC – Constitucional – Processual Penal – Informações Cadastrais – Sigilo – Quando uma pessoa celebra contrato especificamente com uma empresa e fornece dados cadastrais, a idade, o salário, o endereço, é evidente que o faz a fim de atender às exigências do contratante. Contrata-se voluntariamente. Ninguém é compelido, é obrigado a ter aparelho telefônico tradicional ou celular. Entretanto, aquelas informações são reservadas, e aquilo que parece ou aparentemente é algo meramente formal pode ter consequências seríssimas; digamos, uma pessoa, um homem, resolva presentear uma moça com linha telefônica que esteja no seu nome. Não deseja, principalmente se for casado, que isto venha a público. Daí, é o próprio sistema da telefonia tradicional, quando a pessoa celebra contrato, estabelece, como regra, que o seu nome, seu endereço e o número constarão no catálogo; entretanto, se disser que não o deseja, a companhia não pode, de modo algum, fornecer tais dados. Da mesma maneira, temos cadastro nos bancos, entretanto, de uso confidencial para aquela instituição, e não para ser levado a conhecimento de terceiros” (STJ, 6^aT, RHC n. 8.493/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 20.05.1999).

²² RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Org., sel. e apres. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94.

²³ WESTIN, Alan F. *Privacy and freedom*. New York: Atheneum, 1967, p. 7.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4^a ed. Lisboa: Almedina, 2000, p. 500.

Com efeito, quando uma informação é revelada fora de contexto, a lesão que esse evento ocasiona não é apenas a eventual invasão de privacidade. Mais do que isso, para que o interessado a reinsira no contexto original, será obrigado a revelar outras informações privadas ²⁵, aumentando significativamente o número de dados que a circulação original destes pretendia fornecer. Trata-se, portanto, de uma maior projeção de caracteres da pessoa para corrigir uma situação mal posta em determinado contexto.

O STJ, decerto e por exemplo, já teve oportunidade de enfrentar um problema de privacidade nesses termos. Tratou-se da vinculação de anúncio, em lista telefônica, de um número de telefone residencial como se fosse o de uma casa de mensagens. Como se pode imaginar, para promover a correção do dado, o interessado teve que abrir mais informações, para demonstrar que seu número de telefone não guarnecia estabelecimento voltado ao serviço de mensagens²⁶.

4.3. Controle temporal

Ao lado dos controles espacial e contextual, posiciona-se o temporal, que demanda uma proteção das escolhas pessoais após certo período de tempo, em que o indivíduo já não mais pretende ser lembrado, rememorado por dados passados.

Com efeito, a única característica imutável da pessoa é sua própria aptidão de mudar ao longo da vida. O passar do tempo permite que a projeção exterior das escolhas pessoais sofram voluntariamente alterações, ou não, de acordo com as experiências vividas. À pessoa, portanto, é dada a liberdade de alterar, mudar seu comportamento, sob pena de predeterminar e amarrar sua história pessoal.

Impor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções.

Vale notar que a própria constituição das escolhas existenciais da pessoa é feita mediante um processo dialético entre recordações e esquecimentos. Não apenas a

²⁵ ROSEN, Jeffrey. Out of context: the purposes of privacy. *Journal Social Research*. New York: The New School for Social Research, V. 68, n. 1, 2011, p. 209-211.

²⁶ STJ, REsp. n. 506.437/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julg. 16.09.2003.

psicanálise afirma tal percepção²⁷, como o fato é estudado pela neurociência, que atribui à memória o papel principal na definição e constituição do ser humano, visto que “somos aquilo que recordamos (ou que, de um modo ou de outro, resolvemos esquecer)”²⁸.

Portanto, memória e esquecimento são processos mentais intrínsecos da pessoa, a quem, ao lado de seu controle interno e subjetivo, deve ser assegurada a possibilidade de exercer seu controle externo e objetivo.

A tutela desta característica humana, com efeito, não é de todo desconhecida do ordenamento brasileiro. Basta lembrar as disposições inseridas nos artigos 43, §1º, do Código de Defesa do Consumidor²⁹ e 748 do Código de Processo Penal³⁰, que acolhem, em certa medida, o controle temporal dos dados pessoais. Enquanto o CDC determina a supressão de registros pessoais após o transcurso de certo período da situação devedora, o CPP restringe o acesso às informações sobre o cumprimento de pena pelo condenado³¹, após este já a ter observado.

Em termos mais amplos, o direito ao esquecimento permite que a pessoa, no âmbito da concretização de sua plena autodeterminação informativa, exerça o controle da circulação de seus dados após determinado período, mediante supressão ou restrição, ainda que estes tenham por conteúdo informações passadas e verídicas acerca do interessado.

²⁷ Como há muito ensinou Freud, a própria existência da pessoa é pautada por processo de remoção de fatos traumáticos que ficam retidos no inconsciente humano, de forma que a consciência da pessoa possa sobreviver sem a dor de eventos indesejados. LA PLANCHE, Jean. PONTALIS. *Vocabulário da Psicanálise*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 430.

²⁸ SQUIRE; L. R.; KANDEL, E. R. apud DALGARRONDO, Paulo, *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 137.

²⁹ “Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”.

³⁰ “A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”.

³¹ Quanto à aplicação judicial do art. 748, CPP, vide, por todos o seguinte julgado: “Processual penal. Recurso em mandado de segurança. registro de dados criminais. manutenção pelo instituto de identificação. violação à direito líquido e certo. Sigilosidade. Arquivos de acesso exclusivo via autorização judicial. Inteligência do art. 748 do cpp. Recurso parcialmente provido. 1. É uníssono o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, ‘por analogia aos termos do art. 748 do Código de Processo Penal, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados, a ações penais trancadas, a processos em que tenha ocorrido a reabilitação do condenado e a absolvições por sentença penal transitada em julgado ou, ainda, que tenha sido reconhecida a extinção da punibilidade do acusado decorrente da prescrição da pretensão punitiva do Estado’ (STJ, 5ª T, RMS 24.099/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 23.06.2008. 2. ‘Tais dados entretanto, não deverão ser excluídos dos arquivos do Poder Judiciário, tendo em vista que, nos termos do art. 748 do CPP, pode o Juiz Criminal requisitá-los, de forma fundamentada, a qualquer tempo, mantendo-se entretanto o sigilo quanto às demais pessoas. (Precedente)’ (RMS 19501/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 1/7/05) 3. Recurso ordinário parcialmente provido para, concedendo em parte a segurança, determinar a vedação de acesso aos registros constantes dos bancos de dados do Instituto de Identificação, salvo pelo Poder Judiciário para efeito de consulta fundamentada de Juízes Criminais” (STJ, 5ªT, RMS 33.300/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Jorge Mussi, j. em 23.10.2012).

Contudo, como os próprios julgados submetidos ao presente comentário já denunciaram, há situações em que o controle temporal cede espaço a outros interesses, que permitem o tratamento atual de dados passados, ainda que haja manifestação de recusa (ou ausência de consentimento) por parte do indivíduo atingido. São duas, a propósito, as hipóteses que possibilitam o tratamento não desejado: (a) a presença de valor existencial de igual ou superior relevância ao do interessado e (b) tratamento dos dados com conteúdo histórico, cuja divulgação encontra-se inserida em uma das vertentes da liberdade de expressão.

Na hipótese de haver, por exemplo, a vida de terceiros em perigo, quer parecer que não há como se concluir de maneira diversa: poderá ocorrer o tratamento dos dados passíveis de esquecimento, de modo que seja preservada a vida humana. Exemplo claro neste sentido é a revelação de dados sanitários de um ascendente da pessoa, sem o consentimento desta, mantidos em prontuários médicos da rede hospitalar, cujas informações possam efetivamente auxiliar no tratamento de uma enfermidade que acometa a um descendente. Tal conclusão decorre da opção do ordenamento jurídico pela dignidade da pessoa como seu pilar (art. 1º, III, CR), cuja plena aplicação requer a existência da pessoa como ser biológico vivo.

Outra hipótese é aquela em que não há a sobrevivência de um ser humano em jogo, mas sim projetos de vida contrapostos, havendo, de parte a parte, tendência ao cerceamento do livre desenvolvimento (seja daquele que será privado de conhecer dados relevantes para sua existência, seja daquele cujos dados sensíveis – um dado genético, por exemplo – serão tratados). Em tal situação, apenas a exata averiguação do caso concreto, em que se tenha conhecimento de outros interesses envolvidos, possibilita que se possa dirimir a questão com a devida ponderação fundamentada. De toda sorte, deverá o intérprete adotar o critério de maior vulnerabilidade sócio-existencial (criança, adolescente, idoso, deficiente) para decidir acerca do tratamento.³²

Ao lado das situações existenciais conflitantes, há a possibilidade de tratamento de dados passíveis de esquecimento, quando cuidarem de fatos históricos, o que decorre de um sopesamento entre a tutela da privacidade e a liberdade de expressão (art. 5º, IX e 220, CR). . Embora o próprio conceito de fato histórico seja controvertido,

³² Embora controvertido, é válida, neste contexto, uma reflexão criteriosa acerca do banco de dados previsto no Projeto de Lei do Senado nº 338/2009, inspirado na experiência norte americana da Public Law 109/248, de 2006, em que deverão ser cadastrados todos os condenados por crime contra a dignidade sexual da criança e do adolescente, cujos arquivos manterão os dados do condenado mesmo após o cumprimento da pena, para consulta pela população.

polissêmico e incerto, o que aqui deve ser verificado é o grau de relevância do papel da pessoa na constituição do evento.

Mesmo participando ativa ou passivamente, o que se busca é a verificação se aquele fato, caracterizado como evento histórico de determinado setor, pode ser novamente propagado com a necessária identificação de suas personagens. Veja que no “Caso para esquecer” acima relatado, embora se reconheça a relevância histórica da Chacina da Candelária, notou-se que não era essencial para a sua reprodução a identificação de pessoas equivocadamente tidas como partícipes da barbárie.

A tutela de dados passados da pessoa, neste ponto, não significa revisionismo histórico, como brada os críticos do controle temporal. Na realidade - e paradoxalmente -, uma proteção nesta direção significa justamente aprimorar uma verdade histórica (se é que existe), com o apontamento e depuração dos partícipes relevantes³³, de forma que o fato, na medida do possível, seja atualizado dentro de uma democracia cronológica (isto é, interpretado com a devida nota de historicidade, mas em tempos diversos).

A questão, portanto, não é de fácil resolução, mas impor-lhe negativa é fulminar a possibilidade do indivíduo se reinventar como pessoa e ter controle sobre suas próprias informações. E a problemática também não passa despercebida do ambiente jurídico estrangeiro.

A Lei Federal de Proteção de Dados Pessoais em Posse de Particulares, editada em 05 de julho de 2010 nos Estados Unidos Mexicanos, uma das últimas desta espécie no planeta, previu expressamente o direito ao esquecimento “cuando los datos de carácter personal hayan dejado de ser necesarios para el cumplimiento de las finalidades previstas”. Inovando na matéria, a legislação mexicana avançou ao, inclusive, prever prazo para a retirada de dados da circulação:

“La cancelación de datos personales dará lugar a un periodo de bloqueo tras el cual se procederá a la supresión del dato. El responsable podrá conservarlos exclusivamente para efectos de las responsabilidades nacidas del tratamiento. El periodo de bloqueo será equivalente al plazo de prescripción de las

³³ É contundente o debate, quanto a este ponto, em torno das Comissões de Verdade instaladas no África do Sul e, mais recentemente, em países da América Latina, como o Brasil. Confira, neste sentido: VIANNA, Ulysses Shwarcz. Memória e Esquecimento: “Comissão da Verdade” na perspectiva filosófica de François Ost. *Revista de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Ano I (2012), nº 12, pp. 7747-772.

acciones derivadas de la relación jurídica que funda el tratamiento en los términos de la Ley aplicable en la materia”.

Contudo, na própria normativa, previu-se a exceção da supressão do dado, que poderá ser tratado, divulgado, quando houver interesse público qualificado, ou para atendimento de situação da própria pessoa cujas informações estão há muito cadastradas (ex. tratamento médico, cujos dados somente podem ser manejados por profissionais que guardem igual sigilo legal).

Na União Europeia, a Vice-Presidente da Comissão (Viviane Redings) propôs, em janeiro de 2012, uma atualização da Diretiva 95/46/CE sobre proteção de dados pessoais, que ainda se encontra em discussão³⁴. Uma das inovações da atualização da matéria reside justamente na previsão de um direito ao esquecimento³⁵, que permitirá à pessoa gerir seus dados e suprimi-los quando não mais houver motivos legítimos para o seu tratamento.

Tal proposta, entretanto, também não passou imune a debates. Stefano Rodotà, notório defensor de uma privacidade contemporânea e objetiva, ex-Presidente da Autoridade Independente para proteção de dados na Itália, comemorou o intento de atualização da Diretiva, asseverando que “liberar-se da opressão dos registros, de um passado que continua a onerar fortemente o presente, torna-se um objetivo de liberdade”³⁶. Para o jurista italiano, aliás, o ponto nodal da questão não se trata de um direito absoluto de supressão de todos os dados para “zerar” a pessoa; trata-se, sim, de buscar um equilíbrio entre memória individual e memória social.

Se a tarefa de buscar o ponto de equilíbrio já não é fácil em mídias tradicionais, naquelas ambientadas no mundo virtual apresenta-se de forma ainda mais crítica.

³⁴ Disponível em ec.europa.eu/justice/data-protection/minisite/. Acesso em 08.08.2013.

³⁵ Art. 17 da Proposta de Revisão da Diretiva Europeia sobre Dados Pessoais:

“The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data relating to them and the abstention from further dissemination of such data, especially in relation to personal data which are made available by the data subject while he or she was a child, where one of the following grounds applies:

(a) the data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed;

(b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or when the storage period consented to has expired, and where there is no other legal ground for the processing of the data;

(c) the data subject objects to the processing of personal data pursuant to Article 19;

(d) the processing of the data does not comply with this Regulation for other reasons”.

³⁶ Tradução livre. RODOTÀ, Stefano. Dai ricordi ai dati l’oblio è un diritto? Disponível em ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio-un.html. Acesso em 02.10.2012.

Além de gozar de uma evidente descentralização, a mídia virtual é democrática, social e pluriforme. E é neste contexto que outro estudioso da privacidade, já sob a ótica norte-americana, questiona a viabilidade de execução do direito ao esquecimento em dados armazenados na nuvem virtual. Jeffrey Rosen, citando Peter Fleischer, executivo da Google Inc., formula três questões sobre a inaplicabilidade do direito ao esquecimento no mundo virtual³⁷:

- 1) Se a pessoa divulga algo na rede, teria ela o direito de suprimir após certo período?
- 2) Se a pessoa divulga algo na rede e terceiro replica a informação em seu próprio site, teria a pessoa, que originalmente divulgou, o direito de suprimir?
- 3) Se a pessoa divulga algo sobre terceiro, ela teria o direito de suprimir a informação?

Em realidade, fortes na ampla extensão da liberdade de expressão assegurada pela Primeira Emenda, juristas norte-americanos costumam apresentar respostas negativas a estas questões, o que evidencia a clara cisão quanto à compreensão sobre privacidade entre norte-americanos e europeus.

Outra disputa que tem como pano de fundo o direito ao esquecimento gravita em torno de sua aplicabilidade aos motores de busca. Tramita no Tribunal de Justiça Europeu disputa suscitada pelo Poder Judiciário espanhol³⁸ em face do Google Espanha.

No país ibérico, tramitam na Audiência Nacional mais de 150 demandas solicitando a aplicação do controle temporal de dados nos resultados das pesquisas feitas no site Google; em relação a um destes pleitos³⁹, a Espanha resolveu encaminhá-lo ao Tribunal de Justiça Europeu, para que este decidisse se havia, no ordenamento europeu, a tutela do direito ao esquecimento na Diretiva que se encontra em vigor (ainda não atualizada pela proposta da Comissão).

³⁷ ROSEN, Jeffrey. The Right to be Forgotten. *Standord Law Review*. N. 64, Online 88. Disponível em stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten. Acesso em 02.10.2012

³⁸ Especificamente, pela Audiência Nacional, órgão específico da organização judiciária espanhola, que não encontra similar na organização brasileira.

³⁹ O caso tratava-se do pedido formulado por determinada pessoa que, mesmo após 10 anos da extinção de processo executivo que lhe fora movido, a pesquisa com seu nome no Google direcionava a link de um jornal catalão, onde se noticiava a praça de imóvel excutido no referido feito, ocorrida em 1998. Assim, alegando dificuldades de obter crédito e, inclusive, emprego, o prejudicado solicitou a supressão do link do resultado da pesquisa. Disponível em sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/02/actualidad/1330721064_418059.html. Acesso em 20.09.2013.

Em que pese a ausência de decisão final do Tribunal Europeu, o Advogado Geral da Corte, espécie de custos legis, emitiu parecer⁴⁰ em junho de 2013 no sentido de que, embora o Google deva se submeter aos ordenamentos jurídicos dos países membros da União Europeia, a função do motor de busca não é tratar os dados, mas apenas indexá-los, o que determinaria a direção do pedido aos sites em que os dados encontravam-se divulgados.

No mesmo sentido, parece ser o caminho que trilharia o nosso Superior Tribunal de Justiça (não especificamente quanto ao direito), visto que o entendimento da Corte tende à aceitação da neutralidade da indexação dos resultados dos motores de busca, o que determinaria o direcionamento de eventual pedido de supressão ou correção de notícia às mídias que a divulgaram⁴¹.

Ainda que esta posição também não seja indene de críticas, até porque a indexação pode se apresentar como forma de tratamento de dados, verifica-se que a extensão da abrangência do direito ao esquecimento encontra-se na ordem do dia, demandando (a) seu estudo dogmático à luz da realidade prática e (b) sua defesa em qualquer espécie midiática.

5. Conclusão

A convivência na sociedade da informação, otimizada pela tecnologia computacional, não mais permite que a privacidade seja cooptada para a proteção do sigilo dito íntimo. Para uma interação com a sociedade em seus mais diversos aspectos, a pessoa

⁴⁰ Disponível em: poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Audiencia_Nacional/Sala_de_prensa/Notas_de_prensa/Conclusiones_del_Abogado_General_del_Tribunal_de_Justicia_de_la_UE_sobre_el_caso_planteado_por_Espana_respecto_al_derecho_al_olvido_en_Internet. Acesso em 20.09.2013.

⁴¹ “Civil e consumidor. Internet. Relação de consumo. Incidência do cdc. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de pesquisa. Filtragem prévia das buscas. Desnecessidade. Restrição dos resultados. Não-cabimento. Conteúdo público. Direito à informação. (...) 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. ‘Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido (...)’” (STJ, 3ªT, REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 26.06.2012).

tem seus dados invariavelmente coletados por meio de inúmeras ferramentas de captação de informações pessoais (mídia, banco de dados de consumo, arquivos sanitários, etc.).

A partir desta constatação, o conceito da privacidade sofre uma inevitável atualização e precisa ser redefinido de acordo com a realidade contemporânea. Assim, a concepção da privacidade deve ser compreendida de forma objetiva com a construção do escudo protetor da liberdade, a partir dos próprios dados tomados em si e coletados por cadastros diversos.

Sob esta perspectiva objetiva, altera-se a acepção clássica do direito a ser deixado só para entender a privacidade como o direito ao controle espacial, contextual e temporal dos dados pessoais, de modo que se permita ao interessado ter ciência e manifestar seu consentimento (quando necessário) quanto ao exato ambiente, contexto e tempo em que suas informações serão projetadas, de modo a proteger a sua vida privada (sobretudo seu perfil existencial) da violação ocasionada pela estigmatização ou pela discriminação social.

Apenas com o escudo protetor objetivo da privacidade a pessoa poderá construir e escolher livremente seus aspectos pessoais e existenciais, sem qualquer vício discriminatório exterior⁴².

As referidas formas de controle, aplicáveis a qualquer espécie de local armazenador de dados ou meio de comunicação estruturado, cedem espaço à divulgação de informação sem consentimento do interessado em situações excepcionais e o STJ, nos casos objeto do presente comentário, enfrentou uma delas. Cuida-se da possibilidade, ou não, de tratamento de dados passados desprovido da anuência do interessado em razão da liberdade de expressão, por conta de relato de fato histórico.

Note-se que em ambos os casos, a aplicação do direito ao esquecimento foi avaliada sob o prisma da relevância histórica do evento e da essencialidade da nova divulgação dos envolvidos, valoradas segundo as provas constantes em cada feito, próprio às situações que devem ser examinadas à luz da dinâmica concreta e específica dos fatos.

⁴² “O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107).

Não há dúvida: se os cadastros de informações, amplamente considerados, passaram a guardar parte da memória da pessoa, o ambiente de controle de recordação pessoal também é deslocado para o exterior da mente humana. Como resultado do processo dialético mental de memória e esquecimento, os bancos de dados, portanto, sofrerão igual controle sob a ótica do indivíduo, acrescentado mais uma relação a ser enfocada pelo direito.

Como citar: BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/control-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Data de acesso.