

Dez Dilemas sobre o chamado Direito ao Esquecimento

Manifestação do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, em 12.06.2017, sobre o tema “direito ao esquecimento”

1. **Definição.** *Esquecimento é efeito, o que existe é apagamento, remoção ou desindexação. Nenhuma decisão, judicial ou administrativa, gera o efeito do esquecimento.*

Existe um problema conceitual grave com o chamado direito ao esquecimento. **Ele não é um direito nem gera o pretendido efeito de esquecimento.** Afirmamos que o chamado direito ao esquecimento não é um direito por três motivos. De início, ele *não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro*. Em segundo lugar, ele tem servido, na verdade, para *dar novo nome a lesões a outros direitos fundamentais ou da personalidade*, como a honra, privacidade e nome. Como diz a ex-relatora para a Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos (OEA), Catalina Botero, o chamado direito ao esquecimento não é uma categoria jurídica, mas sim uma “categoria emocional”. O terceiro argumento para não reconhecer ao chamado direito ao esquecimento o status de direito é a verificação de que a sua implementação trata, na verdade, de questões envolvendo o *apagamento de dados, a remoção de conteúdo ou a desindexação de chaves de busca*. Essas medidas ou são previstas no ordenamento ou são debatidas pela jurisprudência, que estabelece limites para a sua execução. Convencionar o nome de algo como direito ao esquecimento obscurece o tratamento do está em seu cerne: a proteção de direitos como a privacidade, a imagem e nome por mecanismos como apagamento de dados, remoção de conteúdo e desindexação de chaves de busca.

Se por um lado o direito ao esquecimento não é um direito, ele tão pouco gera o pretendido efeito de forçar o esquecimento de uma certa notícia ou referência. **Nenhuma decisão judicial é capaz de automaticamente gerar o efeito do esquecimento.** Não existe qualquer garantia de que a decisão judicial vá necessariamente gerar o resultado pretendido pela parte autora, ou seja, o esquecimento. Não se está aqui diante de um filme de ficção científica em que, através do uso de dispositivos diversos, se consegue ingressar na mente de terceiros e dali remover uma informação, apagando seletivamente parte de sua memória.

Sendo assim, o direito ao esquecimento nem bem é um direito nem mesmo atinge o seu pretendido fim de gerar o esquecimento. É um engano conceitual de perigosos efeitos para a liberdade de expressão e para o acesso ao conhecimento e à informação, em especial na Internet.

2. **Arquitetura da rede.** *A rede foi feita para preservar a informação. Lembrança é a regra, o esquecimento é a exceção.*

Embora o caso Aída Curi não verse sobre **conteúdo disponibilizado na Internet**, a decisão do Supremo Tribunal Federal no presente processo certamente impactará o tratamento que é oferecido ao chamado direito ao esquecimento como um todo, afetando as tentativas de sua implementação frente a um universo expandido de atores, como jornais impressos e online, empresas que exploram estações de rádio ou canais de televisão, além de provedores de atividades diversas na rede. Convém, então, pontuar os impactos e as melhores diretrizes para o tratamento do assunto na Internet.

Na Europa, após a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no chamado caso Costeja (em 13.05.2014), proliferaram decisões e projetos de lei pelo mundo afora que discutem o chamado direito ao esquecimento e sua implementação na Internet. O *amicus curiae* apresentado pelo ITS neste processo passa em revista o número de decisões proferidas sobre o tema no Poder Judiciário brasileiro.

Em análise realizada nos Tribunais do Rio de Janeiro, de São Paulo, do Paraná, do Rio Grande do Sul, do Distrito Federal e da Paraíba, com o uso de palavras-chave e termos específicos para filtragem dos resultados, entre 01.01.2012 a 09.11.2016, em âmbito cível e penal, o resultado obtido gerou um total de 329 julgados, das quais 114 (35%) foram relevantes em razão de envolverem o pedido de direito ao esquecimento em veículos de comunicação, incluindo a Internet. O direito ao esquecimento foi suscitado por uma das partes ou mesmo pelo relator do caso, devido à divulgação de informações ou de conteúdo, como fotos ou vídeos, por meios de comunicação. Notou-se que, nas 114 decisões analisadas, 84 (74%) tinham como veículo de comunicação a Internet, tendo sido o fato ou conteúdo divulgado, por exemplo, em matérias jornalísticas publicadas online, sites de busca ou mesmo em blogs de notícia e entretenimento.

Essas decisões evidenciam a complexidade do assunto e revelam o papel de destaque desempenhado por pedidos de desindexação de resultados de busca na rede dentro do contexto geral sobre o chamado direito ao esquecimento. Dessa forma, a decisão que o STF tomar sobre o presente caso (ainda que se trate de conteúdo televisivo) certamente afetará o curso do debate sobre desindexação de resultados em provedores de busca. Esse tema vem sendo objeto de reiteradas decisões pelo STJ no sentido de afastar a responsabilidade do buscador em casos em que se pleiteia o chamado direito ao esquecimento.

Vale lembrar que a regra na Internet é a lembrança, sendo o esquecimento a exceção. A Internet foi criada como uma rede de redes que pudesse continuar em operação mesmo com a destruição de uma de suas partes. Essa rede descentralizada dificulta a implementação de medidas que seriam possíveis caso a rede tivesse um servidor central através do qual

necessariamente todas as informações tivessem que transitar. Sendo assim, a própria estrutura da rede facilita a perpetuação da informação e dificulta o seu controle.

Isso é um vitória do nosso tempo. Para conhecer o passado não raramente recorremos aos museus. E o que vemos lá? Tabuletas de argila, papiros, pergaminhos que nos contam sobre o passado. Mas antes de cada conteúdo ser firmado em seu suporte, aconteceu uma seleção. O material e conhecimento era escasso então apenas o mais relevante era colocado por escrito. O tempo, em conluio com outras circunstâncias como guerras, desastres naturais e a própria fragilidade dos materiais fez com que o passado chegasse a nós filtrado. A Internet permite, em nosso tempo, a digitalização e a preservação de conteúdos como nunca antes. Parece uma vitória parcial sobre o tempo. Por que caberia então ao Direito engendrar um mecanismo falho como o chamado direito ao esquecimento para fazer com que informações sejam apagadas ou menos acessíveis? O sinal que o chamado direito ao esquecimento envia para as outras áreas do conhecimento não é positivo. Que digam os historiadores e os comunicólogos.

3. **É possível decidir *ex ante* o que deve ser esquecido? É possível saber *ex ante* se um fato que hoje parece trivial no futuro não poderá atrair interesse coletivo?**

Vale ainda indagar sobre a possibilidade de se **prever *ex ante*** algo como sendo de pouco relevo para a posteridade (sem interesse público) e com isso forçar o seu apagamento. O item seguinte debaterá a quem cabe decidir sobre o chamado direito ao esquecimento. Aqui nos preocupa especialmente não o “quem”, mas sim o “porquê”. Quais seriam as condições que tornariam possível algo ser esquecido? A resposta imediata geralmente é encontrada na dicotomia entre interesse público e interesse privado. Afirma-se que o conteúdo que é de interesse público deve ser preservado, enquanto que aquilo que diz respeito apenas à pessoa poderia ser eliminado.

Notem que mesmo na seara do Direito Público o conceito de interesse público é fruto de constante debate. Mais ainda, cumpre lembrar na discussão sobre o que é de interesse público o exemplo do processo judicial envolvendo o pedido indenizatório por um acidente de trabalho ocorrido no ABC Paulista nos anos 60 em que um metalúrgico perdeu um dedo em uma prensa. Esse processo foi destruído para liberar espaço em arquivo. Tratava-se de algo que não parecia ter qualquer interesse público, já que se tratava de mais um trabalhador vítima de um triste acidente de trabalho. Esse mesmo metalúrgico veio a se tornar o Presidente da República. Que interessante seria se tivéssemos acesso a esse processo! Mas ele infelizmente foi destruído. Na época não parecia que o mesmo teria qualquer interesse público.

4. Privatização da análise sobre ilicitude. *A decisão do caso Costeja delega ao setor privado uma missão que deveria ser de competência do Poder Judiciário. É a legitimação dos tribunais corporativos.*

O caso dos autos aqui debatidos trata de televisão e seu desfecho cabe à decisão do STF. Todavia, vale lembrar que o chamado direito ao esquecimento tem nutrido mundo afora um incentivo para que decisões sobre a permanência ou o apagamento de conteúdos sejam transferidas para atores privados, retirando do Poder Judiciário a prerrogativa de atuar na devida ponderação de interesses inerente aos casos como o que aqui se discute.

A decisão do caso Costeja, do Tribunal de Justiça da União Europeia, transfere para os provedores de pesquisa na Internet o dever de receber notificações reclamando a desindexação de resultados de busca e de decidir sobre a mesma. Essa medida delega uma competência que deveria ser do Poder Judiciário para as plataformas, que passarão a decidir sobre a remoção, apagamento ou desindexação de informações com base em seus próprios critérios de implementação.

Em última instância, o resultado da decisão europeia estimula a criação de verdadeiras cortes corporativas. Cada buscador, cada provedor na Internet desenvolveria então as suas condicionantes para remover conteúdos em substituição à análise que deveria ser feita pelo Judiciário. Em direito internacional privado muito se discute sobre “forum shopping”. A decisão europeia parece então criar um verdadeiro “platform shopping”, estimulando que o usuário que queira postar um conteúdo passe a ponderar qual seria a jurisprudência do Google, do Facebook e de outras empresas com relação ao tipo de conteúdo que deseja subir para a Internet. Talvez devêssemos começar a ensinar a jurisprudência dessas empresas em sala de aula, junto com os mais recentes julgados do STJ e deste Tribunal.

Logicamente esse cenário não é o ideal. Cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a licitude e a ilicitude de um conteúdo. Por isso mesmo o artigo 19 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) determina que provedores de aplicações no Brasil apenas sejam responsabilizados caso descumpram ordem judicial que determina a remoção de um conteúdo. Isso não significa que provedores apenas possam remover conteúdos com ordem judicial. Ao contrário, é dado aos provedores removerem conteúdos antes de receberem qualquer ordem caso entendam que o mesmo viola os seus termos de uso. Mas os provedores não são no Brasil obrigados a tanto. Salvo quando receberem ordem judicial específica que, após feita a devida ponderação, comanda a remoção do conteúdo.

Por tudo isso, a dinâmica estabelecida na decisão europeia, que privatiza a ponderação de direitos fundamentais, não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

5. **Efetividade da medida. *O mundo todo precisa esquecer? Caso Google Espanha mostra o dilema da implementação do direito ao esquecimento. Tailândia, Rússia e o nivelamento da liberdade de expressão global pelo seu nível de menor proteção.***

A discussão sobre o chamado direito ao esquecimento na Europa tem revelado uma importante faceta do problema. Caso se opte pela obstrução do conteúdo, como implementá-lo? No que diz respeito à Internet, vale lembrar que a rede é essencialmente global e que embora existam mecanismos para restringir o acesso a conteúdos apenas para conexões provenientes de um certo país, esse recurso está longe de ser perfeito e incontornável. Sendo assim, um conteúdo postado no Brasil pode ser acessado dos mais diferentes países.

Ao pleitear uma remoção global de informações (como a imposição de que a Google desindexe resultados de pesquisa não de sua chave de busca nacional, mas sim da “.com”) o debate europeu abre espaço para que países que oferecem um regime de liberdade de expressão contestado em várias frentes possam fazer com que o certo conteúdo seja eliminado não apenas de suas fronteiras físicas, mas sim de todo o mundo.

Caso o chamado direito ao esquecimento sirva para consagrar mecanismos de remoções globais, um juiz da Tailândia, onde é crime criticar a realeza, poderá impor os padrões de discurso do seu país para além de suas fronteiras e apagar conteúdos da Internet global. O mesmo vale para governos de países que se empenham em perseguir blogueiros e proibir memes. Nivelaremos a liberdade de expressão global pelo seu nível mais baixo de proteção.

Vale lembrar que já existe discussão sobre remoção global de informações nos tribunais brasileiros. No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, um magistrado já recusou o pedido por remoção global de conteúdo por afirmar que “este juízo não detém jurisdição para determinar que o vídeo indicado na inicial não seja divulgado em território estrangeiro, tal como Colômbia e Alemanha sob pena de transportar o âmbito de sua competência e incidir em violação da soberania dos demais países.” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2.059.415-21.2016.8.26.0000).

Em nota ainda sobre a confusão conceitual causada pelo chamado direito ao esquecimento e diferentes perspectivas em cada país, vale lembrar que recentemente a Corte Superior de Karnataka, na Índia, julgou procedente um caso de direito ao esquecimento ao reconhecer que existiria uma “tendência ocidental” ao reconhecimento desse direito que procuraria especialmente proteger a modéstia das mulheres. A Índia, assim como o Brasil, não possui uma lei geral de dados pessoais e a importação de padrões estranhos, como o chamado direito ao esquecimento, não está isento de críticas e confusões.

6. **Efetividade.** *Dano seletivo? Ações movidas contra determinadas empresas e não outras. A informação continua disponível em outros buscadores. Falha em tutelar integralmente a pessoa humana.*

Em seguida, existe uma preocupante questão na implementação do chamado direito ao esquecimento quando a vítima move a ação com base nesse argumento contra um ou outro veículo de comunicação, deixando que o mesmo conteúdo continue a ser exibido, publicado ou transmitido em outros tantos meios. Ou bem existiria um dano e seria necessário promover a tutela integral da pessoa humana ou, como parece ocorrer em vários casos, a vítima se contenta apenas com a remoção realizada e a indenização cobrada em face de veículos selecionados, o que fragiliza a percepção de robustez do chamado direito ao esquecimento. Tratar-se-ia, na melhor das hipóteses, de uma **tutela sempre parcial**.

Esse argumento aparece com destaque em recentes julgamentos pelo STJ, em especial nos votos da Ministra Nancy Andrighi, que enfatiza a tutela parcial, seletiva, que parece oferecer esse recurso.

7. **Efeito Streisand.** *Lembra-se mais do que se esquecer. O paradoxo da permanente lembrança do que se procura forçosamente esquecer.*

Geralmente **lembramos mais daquilo que procuramos forçosamente esquecer**. Casos recentes envolvendo tanto pessoas notórias quanto anônimas que buscaram remover conteúdos atraíram para os seus autores um natural interesse. Batizado de “efeito Streisand”, em referência à atriz norte-americana Barbra Streisand que buscou remover uma foto de sua casa da rede, o fenômeno expõe uma realidade que poderia muito bem ser aplicada para o espanhol Mario Costeja (que provocou a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia) ou para a professora Aliandra, de Minas Gerais, que busca em ação que atualmente se encontra neste Supremo Tribunal Federal a remoção de uma comunidade na extinta rede social Orkut e indenização pelo seu conteúdo (ARE 660.861).

Nessa direção, o efeito do chamado direito ao esquecimento parece ser contrário ao interesse das partes autoras.

8. **Reescrevendo a história.** *Risco não desprezível de se permitir a revisão da história, de fatos de interesse coletivo, com especial aplicação para a vida e carreira de figuras públicas. Histórico da América Latina. Comissões da Verdade.*

Se de um lado há a possibilidade de se tutelar parcialmente direitos da personalidade, como a privacidade, a imagem e a honra, de outro, há um risco não desprezível de se permitir com o chamado direito ao esquecimento a **revisão da história e de fatos de interesse coletivo**, o que afronta diretamente os direitos à liberdade de expressão, à informação e à verdade histórica.

O caso Aída Curi marcou uma época, tendo em vista a gravidade do crime praticado e seu forte impacto na sociedade e na história do direito penal brasileiro. Assim, mesmo passado o tempo, deve a sociedade ter o direito de ser informada sobre ele.

A vítima no caso é elemento principal e indissociável do delito, o que impõe a sua indicação. Não se pode falar do caso Aida Curi sem fazer menção ao nome Aida Curi. Infelizmente foi o nome da vítima que restou atrelado a qualquer tentativa de identificação do caso. São as peculiaridades da vítima, por ser mulher, jovem, e ter sido vítima de crime brutal em bairro que representava a boemia carioca que atraem o nome da vítima ao próprio caso. Seria inviável narrar o crime de forma adequada se a figura da vítima fosse omitida. Em relação à forma como o caso foi tratado, salienta-se que as informações apresentadas no programa Linha Direta tinham caráter jornalístico e informativo e que o caso não foi exposto de forma apelativa ou sensacionalista.

Em termos gerais, vale ainda lembrar que, conforme expõe Eduardo Bertoni, diretor da Autoridade de Proteção de Dados da Argentina, a implementação de um chamado direito ao esquecimento parece rivalizar com a **construção das democracias latino-americanas**. Superados longos períodos de regimes autoritários, vive-se no continente um momento propenso ao lembrar e não ao esquecer. Nessa direção vão as inúmeras comissões da verdade.

Tendo em vista o desenvolvimento do debate na região latino-americana, o atual relator para a Liberdade de Expressão na OEA, Edison Lanza, afirmou em seu recém publicado Informe Anual que “Ahora bien, el derecho internacional de los derechos humanos no protege o reconoce el llamado “derecho al olvido”, en los términos delineados por el TJUE en el caso *Costeja*. Por el contrario, la Relatoría Especial estima que la aplicación en las Américas de un sistema de remoción y desindexación privada de contenidos en línea con límites tan vagos y ambiguos resulta particularmente problemática a la luz del amplio margen normativo de protección de la libertad de expresión bajo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

9. **Fragiliza a liberdade de expressão.** *Recentes julgados do STF e pareceres do Conselho de Comunicação Social, do Congresso Nacional.*

O STF tem assim, diante de si, uma oportunidade importante para consolidar a sua **jurisprudência de promoção da liberdade de expressão**, atentando ao cenário internacional e aos impactos que a sua decisão deixará sobre os diversos casos que procuram reconhecer um chamado direito ao esquecimento na Internet.

O Conselho de Comunicação Social, em seu “Relatório sobre Projeto de Lei que instituem o chamado direito ao esquecimento” teve a oportunidade de asseverar que “a melhor reação a um discurso ou relato considerado

problemático é a resposta a ele na esfera pública. Em vez de supressão ou tolhimento, mais discursos, mais versões, mais contraditório. Essa é a praxe saudável de uma sociedade que se governa sob um Estado Democrático de Direito.”

Deve-se assim estimular mecanismos alternativos ao chamado direito ao esquecimento. Contextualizar uma informação, atualizar o seu conteúdo ou ainda oferecer o direito de resposta são alternativas preferíveis ao que se convencionou chamar de direito ao esquecimento.

10. Marco Civil da Internet não dispõe sobre o tema. *Trata somente da exclusão de dados ao término da relação contratual.*

A confusão terminológica sobre o chamado direito ao esquecimento chega enfim à aplicação do Marco Civil da Internet. Buscando importar o mecanismo do esquecimento para o País, autores procuram enxergar a sua positivação do artigo 7º, X, da Lei 12.965/2014.

O Marco Civil não trata do chamado direito ao esquecimento e com isso anda bem. O que existe no mencionado dispositivo é apenas o direito do titular de dados pessoais solicitar o seu apagamento quando do término da relação contratual existente entre o mesmo e um provedor.

*Art. 7º, X - Exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, **ao término da relação entre as partes**, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.*

O direito ao apagamento de dados não se confunde com o chamado direito ao esquecimento, já que se restringe ao término de uma dinâmica contratual e seu pedido se encontra ancorado nas delimitações do dispositivo próprio.

Esses são portanto dez dilemas sobre o chamado direito ao esquecimento que o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro gostaria de trazer para a considerações. Atuando aqui como amigo dessa Corte, seja através da participação nessa audiência ou de nosso *amicus curiae*, já aceito nos autos do processo, o ITS Rio espera que o presente processo seja julgado improcedente pelas razões expostas.

Agradecemos uma vez mais a oportunidade de compartilhar essas reflexões. Para saber mais sobre as pesquisas, publicações e eventos do ITS Rio sobre o tema do chamado direito ao esquecimento, nós reunimos uma seleção de nossos materiais na página www.itsrio.org/direitoaoesquecimento. Obrigado!

Carlos Affonso Pereira de Souza, *diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS Rio). Doutor em Direito Civil na UERJ. Professor da UERJ e da PUC-Rio.*