

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET

Aline Aparecida Novais Silva Lima

Presidente Prudente/SP

2013

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET

Aline Aparecida Novais Silva Lima

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito sob orientação do Prof.º Dr.
Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2013

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral
Orientador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
1º examinador

Sandra Maria Rodrigues
2º examinador

Presidente Prudente, 31 de outubro de 2013

“Esquecer é uma necessidade. A vida é uma lousa, em que o destino, para escrever um novo caso, precisa de apagar o caso escrito.”
[Machado de Assis](#)

AGRADECIMENTOS

A DEUS por não desistir de cada um de nós deixando seu ESPÍRITO SANTO aqui conosco como nosso auxiliador. Eu te agradeço DEUS primeiramente por colocar este sonho no meu coração, depois por me encorajar a cada desafio. Nesta etapa final, lembro-me das vezes em que os desafios pareciam ser maiores que o meu sonho, mas logo surgia uma palavra, de um professor, um amigo, uma situação que me animava novamente e que me fez não desistir. Eu podia sentir que era seu Espírito Santo, me dando o “bom ânimo” por isso dedico esse trabalho e essa etapa a você meu PRECIOSO ESPÍRITO SANTO, pois pela sua graça cheguei até aqui. Quero declarar aqui que é um prazer ter sua presença em cada etapa da minha vida e para todo sempre.

Depois agradeço ao meu esposo, meu amigo e meu amor para toda a minha vida FERNANDO GOMES DE LIMA. Você me emprestou seus olhos quando eu não enxergava onde eu podia chegar. Depois de DEUS, você é quem está comigo faça chuva ou faça sol... Você que cursou comigo esta graduação, pois pagou o preço de não ter uma esposa presente por todos esses anos. Obrigada meu amor, você merece todo meu amor, meu respeito, meu agradecimento eterno. Pois sem você não teria conseguido.

Agradeço ao meu mestre, Professor Doutor SÉRGIO TIBIRIÇÁ DO AMARAL, que foi a primeira pessoa que me fez SER TOLEDO. Eu me lembro como se fosse hoje o meu “Encontro com a Toledo” para apresentação da Faculdade. Naquele dia eu me apaixonei pelo meu curso quando o Professor Sérgio disse uma frase que jamais saiu da minha mente: “Um país pode não tem uma saúde, pode não ter educação, mas se tiver justiça terá esperança”. E agora, após esses anos tenho convicção que não somos os mesmos, não temos o mesmo olhar de antes para o que está a nossa volta, pois o Direito nos torna mais humano e com certeza um olhar mais apurado, e um desejo de contribuir para uma sociedade mais justa. Eu agradeço pelos exemplos de humanidade, de dedicação, de amizade a ser seguido. Sempre serei grata pelo encorajamento, pela confiança e por todos ensinamentos, tanto técnicos quanto de humanidade.

Foi uma caminhada feliz! Quantas pessoas incríveis que jamais esquecerei. Quantas pessoas chegaram e tiveram que sair antes do tempo e que deixaram um vazio na sala e em meu coração: Lucas, Gabriela e Cintia Minaki, como tive que ser forte sem a amizade presente de vocês. Às vezes me senti tão sozinha mesmo com tantas pessoas. Meu eterno carinho também para Thais Bariani e Hugo Crivilim, vocês são pessoas preciosas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fomentar no meio jurídico e acadêmico discussões acerca do direito ao esquecimento na internet. Nesta seara, o direito a autodeterminação da informação ganha novas discussões doutrinárias em todo o mundo com objetivo de estabelecer novos limites ao tratamento de dados na internet. Este direito que envolve a retificação e retirada de conteúdos que violem direitos fundamentais como dignidade e privacidade necessitam de maior discussão em nível doutrinário. Isso porque todos os dias pessoas são expostas por meio de uma notícia, foto, vídeo, ou comentário disponibilizado na internet, muitas vezes sem o consentimento e à medida que essas informações são guardadas para todo sempre e acionadas a um clique, essas pessoas são submetidas a pena perpetua.

Embora seja um tema pouco estudado no Brasil, o direito ao esquecimento ganhou relevância no cenário jurídico nacional depois seu reconhecimento no Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que reconheceu que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Semanas depois, esse tema foi discutido pela primeira vez numa corte superior brasileira, em duas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, o que fomentou ainda mais o debate sobre o direito ao esquecimento na sociedade chamada pela doutrina de sociedade do superinformacionismo, que nada mais é do que uma verdadeira massa de informações sobre tudo e sobre todos, queiram ou não estar naqueles conjuntos de dados ou informações. No entanto, em nível internacional há muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que serão abordados nesta monografia.

O desenvolvimento tecnológico permitiu a democratização da informação, e são incontestáveis os diversos benefícios para a sociedade, tais como maior acesso a informação, exigência de maior transparência dos governos por parte dos cidadãos entre outros. Todavia, as novas formas de veiculação da informação, em especial por meio da internet com jornais e revistas digitalizando suas notícias à medida que são “eternizadas” precisam ter um tratamento jurídico diferenciado, uma vez que não pode uma pessoa ser obrigada a conviver para todo sempre com fatos passados de sua vida, não sendo esta sua vontade. Trata-se da proteção constitucional do direito de personalidade. E diante da nova forma de veiculação da informação tudo se torna imperecível ficando disponível a um clique a quem se interesse. Situações práticas demonstram que essa falta de controle sobre os dados pessoais, tem causado prejuízos pessoais e profissionais, muita vezes irreparáveis a pessoa atingida.

Assim, conclui-se que esquecer é um direito natural e intrínseco do homem, pois permite fazer novas escolhas e dar uma segunda chance, não podendo a tecnologia suprimir esse direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: internet. direito ao esquecimento. autodeterminação da informação.

ABSTRACT:

This article is to promote discussions about the right to forget on the internet. The right to self-determination of the information gain new doctrinal discussions in the world with the objective of establishing new limits to the processing of data on the internet. This law that involves the rectification and withdrawal of the contents that violate fundamental rights as dignity and privacy need to be more discussion on level doctrinaire. This is because all the days people are exposed by means of a news, photo, video, or commentary available on the internet, often without the consent and to the extent that such information is stored for all always and driven to a click, these people are subjected to life imprisonment.

Although little research in Brazil , the right to oblivion gained relevance in the national legal after its recognition in Statement No. 531 the Sixth Day of Civil Law of the Council of the Federal Court , which recognized that "the protection of human dignity in information society includes the right to oblivion " . Weeks later , this topic was first discussed in a Brazilian Superior Court , in two decisions handed down by the Superior Court of Justice , which further fueled the debate on the right to oblivion in the society called the doctrine of society superinformacionismo , nothing more is the true mass of information about everything and everyone, like it or not be those sets of data or information . However , internationally there are many doctrinal and jurisprudential discussions that will be covered in this monograph .

Technological development has allowed the democratization of information , and are undisputed the many benefits to society , such as greater access to information , demand for greater transparency in government by citizens and others. However , new ways of disseminating the information , especially through the internet with newspapers and magazines by scanning your news as you are " immortalized " must have a different legal status , since a person can not be forced to live for all always with past events of his life , and this is not his will . It is the constitutional protection of the right of personality. And before the new way of broadcasting information all becomes imperishable being available at a click for those interested . Practical situations show that this lack of control over personal data has caused damage personal and professional , a lot of times the person afflicted irreparable. Thus, we conclude that forgetting is a natural right and intrinsic of man, as it allows you to make new choices and give a second chance and the technology suppress this fundamental right.

KEYWORDS: Internet . right to forget. self-determination of the information.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 INTERNET: BREVE HISTÓRICO.....	10
3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET.....	12
4 DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	16
4.1 Controle de dados como proteção aos Direitos da Personalidade.....	18
4.1.2 Os Espanhóis, o Direito a Autodeterminação Informativa.....	30
4.1.3 Nacional Europeu.....	33
5 HABEAS DATA: TIPOS E FINALIDADES.....	36
5.1 Os Dados Pessoais e os Bancos de Dados.....	40
5.1.1 Nos EUA.....	41
6 AS INFORMAÇÕES ARMAZENADAS E OS RISCOS NA REDE.....	43
7 O DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	49
7.1 O Direito ao Esquecimento na Sociedade da Superinformação.....	52
7.2 O Direito ao Esquecimento julgados no Brasil.....	54
CONCLUSÕES.....	59
BIBLIOGRAFIA.....	62

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa teve como objetivo fomentar no meio jurídico e acadêmico o direito ao esquecimento, em especial na Internet. Para tanto, o primeiro capítulo relatou o nascimento da rede mundial de computadores e as mudanças decorrentes dessa nova plataforma tecnológica. Depois, usando os métodos históricos e dedutivo, buscou-se demonstrar as características da liberdade de expressão, que tem caráter constitucional, mas aparece nos tratados internacionais de direitos humanos. Aliás, o referido direito à liberdade de expressão é um dos pilares das democracias.

Embora seja um tema pouco estudado no Brasil, o direito ao esquecimento ganhou relevância no cenário jurídico nacional depois seu reconhecimento no Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que reconheceu que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Semanas depois, esse tema foi discutido pela primeira vez numa corte superior brasileira, em duas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, o que fomentou ainda mais o debate sobre o direito ao esquecimento na sociedade chamada pela doutrina de sociedade do superinformacionismo, que nada mais é do que uma verdadeira massa de informações sobre tudo e sobre todos, queiram ou não estar naqueles conjuntos de dados ou informações. No entanto, em nível internacional há muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que serão abordados nesta monografia.

O desenvolvimento tecnológico permitiu a democratização da informação, e são incontestáveis os diversos benefícios para a sociedade, tais como maior acesso a informação, exigência de maior transparência dos governos por parte dos cidadãos entre outros. Todavia, as novas formas de veiculação da informação, em especial por meio da internet com jornais e revistas digitalizando suas notícias à medida que são “eternizadas” precisam ter um tratamento jurídico diferenciado, uma vez que não pode uma pessoa ser obrigada a conviver para todo sempre com fatos passados de sua vida, não sendo esta sua vontade. Trata-se da proteção constitucional do direito de personalidade. E diante da nova forma de veiculação da informação tudo se torna imperecível ficando disponível a um clique a quem se interesse. Situações práticas demonstram que essa falta de controle sobre

os dados pessoais, tem causado prejuízos pessoais e profissionais, muitas vezes irreparáveis a pessoa atingida.

O direito ao esquecimento se fundamenta na premissa de que ninguém será submetido à pena perpétua e que ao cidadão deve ser garantido o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, isso porque, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de determinada pessoa, podem ser ilimitadamente armazenadas e consultadas a qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. Além disso, com a estruturação de sistemas de informação interligados com outros bancos de dados, resulta na criação de um quadro de personalidade relativamente completo, sem que a pessoa atingida possa controlar sua exatidão e seu uso, o que viola o direito fundamental de personalidade.

Sobre o livre desenvolvimento da personalidade analisamos o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão, proferido na sentença dada em razão da reclamação constitucional contra ato normativo 15/12/1983- Tribunal Constitucional Federal Alemão contra lei do censo (*volkszählungsgesetz*) de 1983, que entendeu a falta de controle sobre a destinação da informação não tem somente o condão de violar direitos pessoais como privacidade, imagem e honra, mas também pode impedir o exercício da cidadania e democracia, diante da insegurança que o cidadão sente em relação ao uso de seus dados, temendo problemas futuros.

Desta forma, é evidente na sociedade moderna a necessidade de criação de mecanismos capazes de proporcionar ao cidadão um controle eficiente sobre seus dados. E este é certamente que um importante desafio do Estado Democrático de Direito, pois acelerado desenvolvimento da tecnologia da informação exige medidas eficazes para proteção do cidadão.

2 INTERNET: BREVE HISTÓRICO

A internet foi criada, no final dos anos 60, mais especificamente em 1969 por meio do projeto ARPANET (***Advanced Research Projects Agency Network***) da Agência de Pesquisas Avançadas (ARPA). Era um projeto militar que buscava estabelecer um sistema de informação descentralizado e independente dos meios

convencionais de comunicação, a fim de que a comunicação entre os cientistas e engenheiros militares resistisse a um eventual ataque russo durante a Guerra Fria. A idéia foi a criação de pequenas redes locais(LAN) que posicionadas em lugares estratégicos do país, coligadas por meio de redes de telecomunicações geográficas(WAN). Desta forma, se algumas dessas cidades fossem destruídas por um ataque nuclear, *essa rede de redes conexas- chamada de Internet, isto é Inter Networking*, literalmente interligação entre redes, garantiria a comunicação entre as redes coligadas.

Nas décadas de 80 além de ser utilizada para fins militares, a Internet passou a ser utilizada no meio acadêmico por estudantes e professores universitários, principalmente dos EUA, trocavam idéias, mensagens e descobertas pelas linhas da rede mundial.

No Brasil, a internet chegou em 1988, e inicialmente também era restrita a centro de universidades e pesquisa, até que a portaria 295, de 20 de julho de 1995, possibilitou que as empresas denominadas “provedores de acesso” comercializar o acesso a internet¹

Eury Pereira LUNA FILHO, advogado, especializado em documentação científica, define que a internet “consiste de um conjunto de tecnologias para acesso, distribuição e disseminação da informação em redes de computadores.”²

Hoje, a internet é o meio de comunicação que interliga dezenas de milhões de computadores em todo o mundo e permite o acesso inesgotável de informações, anulando toda distancia de lugar e tempo, pois toda informação é possível a um clique. Assim, a internet, por meio do WWW ou (Word Wid Web) ao tornar o acesso à rede mundial, transformou-se em instrumento de massa.

De acordo com o relatório anual da União Internacional de Telecomunicações (UIT), ligada à ONU – “Medindo a Sociedade de Informação 2013” – a banda larga móvel se tornou o segmento que mais cresce do mercado mundial da Tecnologia de Informação e Comunicação. Números divulgados no relatório mostram a demanda global pelas TICs(Tecnologias de Informação e Comunicação) e a queda contínua dos preços para os serviços de celulares e banda larga, com um crescimento sem precedentes na captação de 3G. A

¹ LUNA FILHO, Eury Pereira. Internet no Brasil e o Direito no ciberespaço. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 32, 1 jun. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1773>>. Acesso em 20 out. 2013.

² Op. cit.

perspectiva é que no final de 2013, haverá 6,8 bilhões de assinaturas para telefones celulares – quase o número total de pessoas no planeta que estima-se chegar a 7 bilhões de pessoas.³

Eric Schmidt, presidente-executivo do Google, afirmou que toda a população do mundo estará conectada até o final desta década. Segundo ele há duas pessoas sem acesso para cada internauta. A afirmação foi feita, na rede social Twitter. Parte do acesso dos novos usuários poderia se dar via smartphones. Schmidt disse esperar que o número de celulares com o sistema operacional Android chegue a 1 bilhão até o final do ano – atualmente, segundo ele, são 750 mil. Ele também afirmou, que esse número deve subir para 2 bilhões em "um ou dois anos", o que permitirá que toda população do mundo esteja conectada até o final desta década à rede de computadores.⁴

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET

A liberdade de expressão por meio da Internet abrange qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: crenças religiosas, convicções, idéias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções e outros atos de manifestação de vontade, como as produções teatrais e cinematográficas, além da pintura e até mesmo filmes e desenhos. E pode se revestir de diferentes formas na rede, como palavra oral ou escrita, gestos, desenhos, imagens estáticas e em movimento e até mesmo o silêncio⁵, revolucionando e democratizando o acesso para todas as pessoas que tenham acesso à rede mundial.

A Internet é o meio de comunicação de massa mais utilizado no mundo, com características e problemáticas próprias, entre as quais de ignorar as fronteiras físicas. No entanto, a rede se presta a outras funções, como venda de produtos, telefonia e transmissão de dados pessoais, entre outros. Por isso, há outras definições devido à abrangência da comunicação feita e da pluralidade de

³Disponível em <<http://www.onu.org.br/onu-44-bilhoes-de-pessoas-permanecem-sem-acesso-a-internet/>> Acesso em 07 de outubro de 2013.

⁴Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/04/17/toda-a-populacao-do-mundo-estara-conectada-ate-o-final-da-decada-diz-diretor-do-google.htm>> Acesso em 07 de outubro de 2013.

⁵ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 225 e segs.

instrumentos⁶. Tecnicamente, trata-se de uma rede mundial que liga um elevado número de computadores no mundo todo, mas disponibilizada um campo de circulação de informações nunca antes conhecido, com diferentes fins, como venda e compra, transações bancárias, telefonia, transmissão de dados, entre outros.

Essa inovação tecnológica provocou nos últimos anos uma mudança substancial no mundo e nas transmissões dos vários tipos de informação, que alcançam todo o planeta. Com uma transmissão de maneira muito rápida, acredita-se ser a internet uma quinta etapa evolutiva, depois de copistas, imprensa escrita, emissoras de rádio e emissoras de televisão.

A rede tirou o acesso, quase exclusivo da comunicação feita por jornais, revistas, emissoras de rádio e televisão, para permitir que qualquer pessoa que navegasse pudesse construir *sites*, páginas e conteúdos⁷.

Na Internet é possível ter uma complexidade de mensagens dentro dos *blogs*⁸, de jornais e outros espaços virtuais como *sites* de bate-papo e redes de relacionamento. Todas as mensagens têm como base os direitos de informação e da liberdade de expressão, bem como o direito de comunicação, todos previstos na Constituição.

É necessário definir as informações ou mensagens na Internet, a partir da palavra “informação”, pois existem diferentes conteúdos ligados à liberdade de expressão. Além disso, a rede pode servir para armazenar informações ligadas à pessoa em banco de dados públicos, privados e mesmo ilegais, como os conseguidos com base nas redes sociais.

Algumas definições são importantes para o enfrentamento do tema, como a definição do que pode ser entendido por dados pessoais, que podem constar em vários órgãos públicos e privados, que podem ser utilizados para um número diverso de fins e envolver a segurança pública e até a defesa do Estado, como registros de natureza penal, financeira e econômica.

⁶ AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Parâmetros Constitucionais do Direito à Liberdade de Expressão na Internet, p. 298.

⁷ SPYER, Juliano. *Conectado – O que a Internet fez com você e o que pode fazer com ela*, p.15

⁸ Sobre o assunto consultar Estudos Jurídicos sobre a sociedade da informação e novas tecnologias, Faculdade de Direito de Burgos, Burgos, 2005, páginas, 51-75 <in> www.cotino.net

Os dados pessoais, segundo uma Diretiva da União Européia⁹, são:

Toda informação sobre uma pessoa física identificada ou identificável; se considerará identificável toda pessoa cuja identidade pode determinar-se, direta ou indiretamente, em particular mediante um número de identificação ou um ou vários elementos específicos, característicos de sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social.

Esse direito de autodeterminação envolve a correção de conteúdos, da retirada e de anulação de conteúdos constantes nesses bancos de dados, que muitas vezes envolvem direitos da personalidade, entre os quais privacidade e intimidade. É possível retirar um conteúdo que perdeu o caráter informativo, mas mesmo assim está registrado num banco de dados de um jornal eletrônico ou em outro local como um banco de armazenamento do *twitter*? É possível retirar um conteúdo que conste num banco de dados de outro país, como a Inglaterra?

Nas democracias, como característica, deve estar presente a pluralidade de informação e ainda a diversidade das manifestações da expressão, mas respeitando os direitos da personalidade, como prevê a Constituição brasileira de 1988, que resguarda os direitos da personalidade como invioláveis, ou seja, direitos sagrados, originários da pessoa humana:

Artigo 5º X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A internet possibilitou a democratização da informação, são inegáveis os diversos benefícios ao cidadão, pois com a internet criou-se um novo domínio social, possibilitou maior acesso à informação entre outros.

Segundo Eury Pereira LUNA FILHO:

Pode-se dizer, sem medo de erro ou exagero, que a Internet abre imensas possibilidades técnicas, tecnológicas, operacionais, econômicas, culturais, de transformação social, e está modificando o modo como nos relacionamos e socializamos no mundo prático; tanto quanto o modo como buscamos atender necessidades vitais materiais, e como se vão

⁹ Diretiva n. 46 (96) do Conselho Europeu e do Parlamento Europeu. Art. 2.

estabelecer as relações de produção no futuro imediato em nossas vidas. Naturalmente, surgem as interseções com as exigências de regulação e de normatização, a partir das experiências já existentes, dos interesses estabelecidos e do choque das novas situações com a configuração dessas experiências e interesses.

Em contrapartida surge à dificuldade de aplicar o controle necessário sobre os dados pessoais, da esfera íntima e privada do cidadão a fim de preservar seu direito constitucional da personalidade. A inexistência de limites geográficos e a imperecibilidade da informação na rede, em casos concretos, acarreta diversas violações aos direitos da personalidade como o direito à imagem, vida privada e intimidade do cidadão, às vezes com prejuízos irreparáveis. Essas novas situações necessitam de regulamentação pelo Direito, de forma a garantir ao cidadão o controle sobre as próprias informações.

No G-20 (grupo das economias mais ricas e dos principais emergentes) o Brasil é o único país que ainda não possui nenhum tipo de regulamentação sobre o tratamento dos dados pessoais. Em janeiro deste ano foi enviada à Casa Civil o projeto de lei que cria o Conselho Nacional de Proteção de Dados, uma espécie "Procon dos dados pessoais", bem como o projeto do Marco Regulatório da Internet¹⁰. Entretanto, percebe-se que o projeto está muito mais direcionado à Defesa do Consumidor para fins comerciais.

Desta forma, violações aos direitos da personalidade como direito à imagem, honra, dignidade, privacidade e intimidade, ainda possuem uma precária proteção estatal. Isso porque a ampliação da liberdade de expressão e dos direitos de informação, proporcionada um livre uso, muitas vezes sem responsabilidade e fiscalização. Pelo poder de publicar, armazenar e transmitir que a rede mundial proporciona, a Internet se confronta com outros direitos fundamentais, muitas vezes sem o consentimento da pessoa prejudicada, restando recorrer ao Judiciário. Sérgio Tibiriçá Amaral¹¹, por sua vez, defende a necessidade de uma concertação internacional, ou seja, a necessidade de tratados internacionais.

A solução necessária certamente está na ponderação dentro do direito interno, dentro do que chamamos de princípio de proporcionalidade, que significa a distribuição necessária e adequada dos custos de forma a salvaguardar direitos

¹⁰ (PL 2.126/11),

¹¹ AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Parâmetros Constitucionais do Direito à Liberdade de Expressão na Internet, p. 430.

fundamentais e valores constitucionais colidentes.¹² Todavia, nos parece que os tratados internacionais tanto em nível da Organização das Nações Unidas, como da Organização dos Estados Americanos poderiam ajudar de forma substancial na efetiva proteção da liberdade de informação e expressão, bem como o direito de comunicação, além de coibir violações aos direitos da personalidade.

4 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A personalidade é o primeiro bem da pessoa, todo homem tem sua personalidade independente do que manda o Direito, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, por meio das normas do Direito Positivo, a coletividade confere autorização para o homem defender sua personalidade, são os chamados Direitos da Personalidade, que fazem parte dos direitos humanos ou fundamentais.

Embora não seja tarefa fácil conceituar e classificar com exatidão os direitos da personalidade, apresentaremos algumas tentativas elaboradas por doutrinadores a fim de aperfeiçoar a evolução da matéria.

Na doutrina nacional, podemos citar Orlando Gomes que entende que “são direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”.¹³

Silvio Rodrigues diz que “Os direitos de personalidade são inerentes à pessoa humana e, portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente”.¹⁴

Para Pontes Miranda trata-se de um direito inato, no sentido de que os direitos de personalidade nascem com a pessoa, constituindo no direito subjetivo de alguém exercer os poderes que se contém no conceito de personalidade.¹⁵

¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2001, p.223; HESSE, Konrad, p.49; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2.ed. Coimbra: Almeida, 1998, p.134

¹³ Direito Civil, p.85, V.1, 1988, Saraiva, São Paulo.

¹⁴ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 19ª ed., v.I, São Paulo, Ed. Saraiva, 1988.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. F.C. Tratado de direito Privado. T.II, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1971.

Acerca da classificação dos direitos da personalidade, Orlando Gomes classifica o direito da personalidade em duas categorias:

A primeira abrange os direitos à integridade física: sendo eles o direito à vida e ao direito ao próprio corpo. A segunda categoria compõe os direitos à integridade moral: direitos à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome ao direito moral e do autor.¹⁶

Limongi França sistematiza os citados direitos em três aspectos determinados:

I-DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA: direito à vida e aos alimentos; direito sobre próprio corpo; direito sobre o próprio corpo morto; direito sobre o corpo alheio vivo; direito sobre as partes separadas do corpo vivo e o direito sobre as partes do corpo morto.II- DIREITO A INTEGRIDADE INTELECTUAL: direito à liberdade de pensamento, direito pessoal do autor científico, direito pessoal de autor artístico e direito pessoal do inventor. III-DIREITO À INTEGRIDADE MORAL: direito à liberdade civil, política e religiosa; direito à honra; direito à honorificência; direito ao recato, direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; direito à imagem e identidade pessoal, familiar e social¹⁷

Na doutrina estrangeira, prevalece a classificação Adriano de Cupis, que divide os direitos da personalidade em seis espécies:

I – Direito à vida e à integridade física. II – Direito sobre as partes destacadas do corpo e do direito sobre o cadáver. III – Direito à liberdade. IV – Direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo). V – Direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título e ao sinal pessoal). VI – Direito moral de autor.

Talvez a dificuldade de se elaborar uma classificação tida como ideal, se fundamente no fato de que direitos essenciais à personalidade mudam conforme ocorrem mudanças na consciência moral da sociedade, bem como surjam novas tecnologias como a rede mundial de computadores.

Assim, diante da evolução da informação proporcionada principalmente pela internet, é necessário que o legislador estabeleça medidas capazes para proteção do direito da personalidade, isso porque todos os dias pessoas são expostas por meio de uma notícia, foto, vídeo, ou comentário disponibilizado na internet, muitas vezes sem o consentimento e à medida que essas informações são guardadas para todo sempre e acionadas a um clique, essas pessoas são

¹⁶ GOMES, O. *Introdução ao Direito Civil*. p.153

¹⁷ FRANÇA, Rubens Limongi, op. cit., p. 939.

submetidas a pena perpétua, tem prejuízos pessoais e profissionais, que em muitas vezes são irreparáveis.

4.1. Controle de dados como proteção aos Direitos da Personalidade

A doutrina italiana se refere à *riservatezza*, a qual, segundo alguns autores¹⁸, constitui o instituto europeu que mais se assemelha ao *right of privacy* dos Estados Unidos, porque busca fazer uma referência a todos os controles que poderiam exercer uma pessoa para proteger os dados, ou seja, informações relacionados com os direitos da personalidade, como intimidade e privacidade. Abrange todos os controles que uma pessoa poderia exercer para proteger-se de informações que tenham sido divulgadas, tanto por meio de críticas quanto por meio de notícias.

A partir dos primeiros desenvolvimentos doutrinários italianos, os juízes e mesmo a doutrina foram erigindo o conceito de liberdade informática como um aspecto da liberdade pessoal e a relacionado, por isso, com a dignidade humana¹⁹. Há ainda fortes indicativos doutrinários que o direito à privacidade nasceu nos Estados Unidos da América do Norte.

O *Bill of Rights* da Constituição não traz expressamente o direito à intimidade, pois sua concepção surgiu dos julgamentos e interpretações do tribunal, a partir de vários dispositivos constitucionais²⁰. Uma das principais bases é o dispositivo da emenda nove, que enumera certos direitos e não nega ou menospreza outros que o povo retém.

A décima quarta emenda²¹, por sua vez, reconhece a todos os cidadãos o direito de não serem privados da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal. Essa cláusula constitui uma proteção a todas as pessoas frente ao exercício dos poderes públicos e também contra os particulares.

¹⁸ SERRANO PEREZ, María Mercedes. *El derecho fundamental a La protección de datos*, p. 60.

¹⁹ FROSINI, Vittorio. *La protezione della riservatezza nella società informática <in> Informática, diritto e società*, p.179.

²⁰ DE LA CALLE RESTREPO, José Miguel. *Autodeterminación informativa y habeas data em Colombia*, p.17

²¹ Due process clause.

Por via dessa emenda, a Corte tomou providências para englobar assuntos que discutem a vida pessoal ou privada²². A sentença da Suprema Corte em *New York Times vs Sullivan* percorreu o mundo pelos conceitos doutrinários aplicados²³. O caso de 1960, no Alabama, coloca frente à frente o conceituado jornal e o comissário de Assuntos Públicos e supervisor de polícia e de incêndios, da cidade de Montgomery, senhor Sullivan. Uma publicação mostrava 64 personalidades públicas ligadas à religião, política, ciência e artes, assinalando os ultrajes que havia sofrido o pastor Martin Luther King Júnior naquele estado. Ainda havia relatos de outros fatos: estudantes negros haviam sofrido expulsão e humilhações. No entanto, a publicação tinha alguns erros.

Depois de duas condenações em instâncias inferiores, o *New York Times* recorreu à Corte Suprema, que julgou improcedente o pedido de indenização. Pela sentença, deveria o demandado provar que a declaração que o afetara tivesse sido feita com real malícia. O julgamento da liberdade de expressão, no caso, passou pela apreciação da nova e décima quarta emendas, bem como a questão do pedido ser de uma pessoa pública.

As duas emendas citadas devem ser somadas à liberdade de expressão reconhecida na primeira emenda e à proteção do domicílio localizada na quarta, como fundamentos legais da jurisprudência para deduzir que existe um direito constitucional à privacidade.

O direito à intimidade não se concentra na proteção da vida privada, no uso de dados pessoais de bancos de dados, mas numa perspectiva muito mais ampla que alcança vários aspectos da vida cotidiana do indivíduo.

5 Autodeterminação sobre os dados Pessoais e Lei Alemã

Diante das condições da moderna tecnologia das informações, a garantia de autodeterminação sobre os dados do cidadão, garante o livre

²² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, José Julian. *Derecho Constitucional de Puerto Rico y relaciones constitucionales com los Estados Unidos*, p. 1000. O autor cita alguns casos, como *NEW YORK TIMES VS. SULLIVAN*, 376 US 254 (1964) e *GERTZ VS. ROBERT WELCH, INC.*, 418 US 323 (1974) e *DUN & BRADSTREET, INC VS. GREENOMOSS BUILDERS, INC.*, 472 US 749 (1985)..

²³ URIOSTE BRAGA, Fernando. *Liberta de expresión y derechos humanos*, p.62.

desenvolvimento da personalidade e proteção dos valores pétreos intrínsecos a pessoa humana, como sua personalidade e dignidade.

Após a Segunda Guerra Mundial, diante das agressões causadas pelos governos totalitários à dignidade humana, tomou-se consciência da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico, resguardando sua proteção na Assembléia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas. Foi, portanto, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, de fato, os direitos da personalidade tiveram destaque. No entanto, compartilhamos do entendimento de que a personalidade está intimamente ligada à dignidade, trata-se de atributo do ser humano e não apenas um direito, pois é inerente a própria condição de pessoa, motivo pelo qual deve ser protegida pelo Estado de Direito.

Sobre o direito a autodeterminação da informação, vejamos o caso ocorrido no ano de 1983 na Alemanha que após fazer um recenseamento geral da população por meio da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*) com objetivo de realizar um levantamento sobre profissão, moradia e local de trabalho para fins estatísticos. No ano de 1983, foi feito na Alemanha o recenseamento geral da população por meio da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*). O objetivo era por meio do levantamento sobre profissão, moradia e local de trabalho para fins estatísticos reunir dados sobre o estágio do crescimento populacional, a distribuição espacial da população no território federal, sua composição segundo características demográficas e sociais, assim como também sobre sua atividade econômica. Tais dados sempre foram considerados indispensáveis para quaisquer decisões político-econômicas da União, Estados e municípios. O§ 9 da Lei previa, entre outras, a possibilidade de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa.²⁴

Várias reclamações constitucionais foram ajuizadas diretamente contra a lei sob a alegação de que ela violaria diretamente alguns direitos fundamentais dos reclamantes, sobretudo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG):

²⁴ Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Livre Desenvolvimento da Personalidade. P. 233. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2013.

Artigo 2º Livre Desenvolvimento da Personalidade, direito à vida e à incolumidade física, liberdade da pessoa humana
I Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem e não se choquem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (grifo nosso)

No mérito, o TCF julgou nulo principalmente o dispositivo § 9 I a III da Lei de Recenseamento por entender que era incompatível com o Art. 2 I e o Art. 1 I da GG, uma vez que o dispositivo previa a comparação e trocas de dados e sobre a competência de transmissão de dados para fins de execução administrativa.

No caso em tela, o direito fundamental previsto no Art. 2 I GG violado foi o poder do indivíduo de decidir ele mesmo sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais. Trata-se da restrição ao direito à “autodeterminação sobre as informações” permitidas somente em caso de interesse predominante da coletividade. Na fundamentação da decisão o TFC reafirmou que no centro da ordem constitucional estão o valor e a dignidade da pessoa que age com livre autodeterminação enquanto membro da sociedade livre.

Em relação ao poder de autodeterminação o Supremo Tribunal Alemão entendeu que diante das condições automáticas do processamento de dados, surge a necessidade de uma proteção efetiva ao livre direito da personalidade, uma vez que com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de determinada pessoa, podem ser ilimitadamente armazenados e consultadas a qualquer momento, a qualquer distancia e em segundos. Além disso, com a estruturação de sistemas de informação interligados com outros bancos de dados, resulta na criação de um quadro de personalidade relativamente completo, sem que a pessoa atingida possa controlar sua exatidão e seu uso. Além disso, esses sistemas poderiam atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas.²⁵

Sobre a autodeterminação o Tribunal Constitucional Alemão acrescenta:

A autodeterminação individual pressupõe, porém – mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação, que ao indivíduo está garantida a liberdade de decisão sobre ações a procedidas ou omitidas e, inclusive, a possibilidade de se comportar realmente conforme tal decisão. Quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, e quem não consegue avaliar mais ou menos o conhecimento de possíveis parceiros na comunicação, pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com

²⁵ Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Livre Desenvolvimento da Personalidade. p. 237. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf> Acesso em 15 de agosto de 2013.

autodeterminação. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente, nas quais cidadãos não sabem mais quem, o que, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito de autodeterminação na informação. Quem estiver inseguro sobre se formas de comportamento divergentes são registradas o tempo todo e definitivamente armazenadas, utilizadas ou transmitidas, tentará não chamar a atenção através de tais comportamentos. Quem estiver contando que, por exemplo, a participação em uma assembléia ou em uma iniciativa popular pode ser registrada pelas autoridades, podendo lhe causar problemas (futuros), possivelmente desistirá de exercer seus respectivos direitos fundamentais (Art.8, 9 GG). Isso não prejudicaria apenas as chances de desenvolvimento individual do cidadão, mas também o bem comum, porque a autodeterminação é uma condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre, fundada na capacidade de ação e participação de seus cidadãos.²⁶

Em face aos perigos de violação de direitos fundamentais que o processamento eletrônico de dados pode ocasionar, a decisão determina ao legislador precauções organizacionais e processuais que combatam o perigo de uma violação do direito de personalidade.

O Tribunal Constitucional Alemão por meio de consistentes e bem fundamentadas decisões têm inspirado vários outros países, como Portugal, Espanha e o próprio Brasil na elaboração de normas constitucionais, bem como para pautar suas decisões jurídico-constitucionais mais importantes. E após 29 anos da decisão do TCF objeto do nosso estudo, é possível identificar parâmetros para a questão da autodeterminação na internet ainda sem lei específica no ordenamento jurídico brasileiro.

O tratamento dos dados na internet fomenta muitas discussões, no entanto, neste trabalho, trataremos do surgimento de uma nova figura de banco de dados, com jornais, revistas e outros veículos que atualmente têm suas publicações digitalizadas e disponíveis na internet.

Neste sentido, explica Artemi Rallo, ex-diretor da Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD)²⁷:

“O problema não é a enxurrada de informação sobre uma pessoa que a Internet pode abrigar, e sim que essa informação seja imperecível. Não se trata de suprimir uma notícia do mundo real ou virtual. O direito ao esquecimento se refere ao efeito multiplicador do Google e das máquinas

²⁶ Idib.,p. 238.

²⁷ GÓMEZ, G. R.. O direito ao esquecimento na internet. **El País**. Luis Nassif Online. Tradução: Luiz Roberto Mendes Gonçalves.Disponível em:< <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/o-direito-ao-esquecimento-na-internet>>.Acesso em 15 de agosto de 2012.

de busca. Pode-se apagar a informação pessoal de um meio digital ou dados que aparecem no BOE, como multas, sanções ou indultos. Essa informação, à diferença do que ocorre no papel, adquire uma expansão global e temporalmente eterna. É bastante razoável que algo que aconteceu há 30 anos não esteja nos índices de uma máquina de buscas"

Percebe-se que com o avanço tecnológico, direitos universalmente consagrados como a intimidade e a vida privada passam a exigir um sistema de proteção mais específico quando relacionados à informação, pois atualmente as informações na internet além do seu alcance global são eternizadas.

Sobre o direito a intimidade e privacidade, José Adércio Leite Sampaio com maestria acrescenta que²⁸:

Não obstante, julgarmos que, em princípio, a história do direito fundamental à intimidade e à vida privada será a história do homem em busca de realização de sua dignidade, será a história de suas lutas contra a opressão, o arbítrio, em prol da afirmação de sua liberdade, confundindo-se, nesse sentido, com a idealização e positivação dos direitos fundamentais.

Para efetivação desses princípios inerentes à dignidade humana cabe a discussão se essas informações podem ser corrigidas e apagadas ou fazem parte da história? Uma jovem que participou de um festival e consumiu drogas, tem o direito de retirar essa informação do arquivo digital? Há um direito de autodeterminação informativa?

No Brasil e nos Estados Unidos a proteção de dados pessoais na internet tramita em projetos de lei. O anteprojeto brasileiro prevê dentre outros pontos a criação de uma autoridade de garantia pela execução da política de proteção de dados. No entanto, percebe-se que ambos os projetos estão mais direcionados à Defesa do Consumidor ao disciplinar a utilização da coleta de dados e históricos de navegação dos internautas para fins comerciais.

Na União Européia já existem leis específicas para proteção da informação, embora muitos Estados-membros não tenham transposto as novas diretrizes para legislação nacional. Na Agência Espanhola de Proteção de Dados

²⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à intimidade e à vida privada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.p. 34

(AEPD)²⁹ é feita a fiscalização sobre a proteção de dados bem como o controle de sua aplicação, especialmente no que se refere aos direitos de informação, acesso, retificação, oposição e cancelamento de dados.

O direito a autodeterminação é uma condição funcional e elementar para uma comunidade democrática livre. O livre desenvolvimento da personalidade garante ao indivíduo a proteção contra armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados. E no que se refere às informações veiculadas na internet à medida que as informações são eternizadas na rede sem nenhuma regulamentação ou limitação, em muitos casos se tornam grave ameaça aos direitos fundamentais como dignidade da pessoa humana.

Conhecer o destino, a forma de armazenamento, os meios de publicação e a finalidade garantem ao interessado o direito de autodeterminar-se, escolhendo entre compartilhar ou não a sua esfera privada.

Diante das condições da moderna tecnologia das informações, a garantia de autodeterminação sobre seus dados, garante o livre desenvolvimento da personalidade, bem como a proteção dos valores péticos intrínsecos a pessoa humana, como sua personalidade e dignidade.

4.1.1 Histórico

Na América Latina, o direito a autodeterminação foi constitucionalizado pela Colômbia³⁰ e Brasil, por meio do artigo 5, LXXII, que prevê o habeas data. Na América do Norte, as discussões começaram com o caso Stacy Snyder.

Na Europa, em 1980, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico produziu as denominadas “Guidelins on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data”, que serviram de ponto de partida para futuras regulações da matéria, em Portugal inclusive.

Portugal foi o primeiro país europeu que constitucionalizou no artigo 35 da sua “Lei Maior” de 1976, o direito dos cidadãos a controlar as informações sobre eles. A regulamentação ocorreu em 1991, quando a autodeterminação deixou de ser uma norma programática.

²⁹ Site: Agencia Española de Protección de Datos.Disponível em:<
<http://www.agpd.es/portalwebAGPD/index-ides-idphp.php>>

³⁰ LA CALLE RESTREPO, José Miguel de. *Autodeterminación informativa y Habeas Data em Colômbia – Análisis de La Ley 1266 de 2008*, p.64.

Nasce o direito à retificação de dados pessoais informatizados (CRP, art.35^o-1), como um direito especial da personalidade. Protege as pessoas dos perigos que pode causar o uso da informática para sua privacidade. O texto original de 1976 referia-se a dados mecanográficos, embora tenha sofrido algumas revisões constitucionais³¹.

Para Canotilho e Moreira, o dispositivo do artigo 35 da Constituição de Portugal consagra um conjunto de direitos fundamentais que pretende impedir que cada um de nós passe a ser encarado como um “simples objeto da informação”³².

Pérez Luño assinala que autores espanhóis como Truyol e Serra e Ramón e Villanueva, encontram as raízes da intimidade em Santo Agostinho, “o primeiro ocidental cuja intimidade conhecemos propriamente”³³.

Outros documentos constitucionais europeus também identificaram um direito à privacidade no mesmo sentido.

A Constituição da Espanha de 27 de dezembro de 1978 consagrou o direito à privacidade no artigo 18. n. 1, fazendo referência ao uso de informática no n.4. O segundo país europeu a reconhecer constitucionalmente a necessidade de tutelar o cidadão frente aos riscos da informática foi a Espanha, que também demorou catorze anos para elaborar uma lei que proporcionou os mecanismos necessários para alcançar uma tutela efetiva³⁴.

Na Holanda, a Constituição refere se expressamente a proteção dos dados pessoais no artigo 10 da Grondwet (Lei Maior), de 24 agosto de 1815, com a mais recente alteração de 22 de junho de 2000³⁵.

Na Suécia, o artigo 3. Parágrafo 2 do Capítulo II refere-se de forma explícita ao tratamento eletrônico dos dados pessoais.

Outras Constituições apenas consagram um direito geral da privacidade, como o caso da Bélgica, que protege o direito à privacidade em geral no art. 22.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 214 e ss. O texto foi alterado nas revisões constitucionais de 1982, de 1989 e de 1997. Os autores abordam o direito à auto-determinação informativa.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 216.

³³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 321.

³⁴ MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa*, p. 20.

³⁵ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, p.32. A autora cita ainda a Finlândia, artigo 8., e a Grécia, cujo artigo 9 da Constituição de 1975, modificada em 2001 também protegem os dados pessoais em nível constitucional.

Dinamarca, França e Itália, por sua parte, protegem apenas o segredo das comunicações, mas não possuem um direito constitucional de proteção à privacidade.

A consolidação de um tipo de direito de proteção da privacidade frente à utilização de dados pessoais foi alvo de apreciação do Tribunal Constitucional Alemão, reconhecendo o direito à autodeterminação informacional³⁶.

Na verdade surge um direito de proteção da informação pessoal face ao uso da informática.

Atualmente, segundo levantamento de Hassemer e Sánchez³⁷, Alemanha, Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Luxemburgo, Holanda, Grã-Bretanha, Áustria, Finlândia, Islândia, Noruega, Itália, Grécia, Suécia, Canadá e Japão possuem leis que tutelam a autodeterminação como uma garantia essencial do Estado Democrático de Direito.

São países que estipulam não só limites ao Estado e também os meios razoáveis para que até pessoas possam acessar seus próprios dados, armazenados nas mais diferentes bases ou bancos de dados, e exercer um controle sobre eles.

Outro estudo revela que existem legislações constitucionais e infra-constitucionais sobre o habeas data por toda Europa³⁸.

A primeira norma aprovada no Continente americano sobre o tema da privacidade e possível afetação pelos computadores foi a legislação dos Estados Unidos da América do Norte de 31 de dezembro de 1974, Privacy Act, em cuja exposição de motivos se lê: “O Congresso estima que a privacidade do indivíduo é afetada diretamente pela captação, conversação, uso, difusão de informação pessoal por entes e órgãos federais[...] o crescente uso dos bancos de dados e uma tecnologia complexa de informação, embora seja essencial para o eficiente funcionamento da administração pública, aumenta grandemente a possibilidade de violação da privacidade individual, que pode ser derivada de qualquer captação, conservação, uso ou difusão da informação pessoal”³⁹.

³⁶ BVerfGE 65, 1 (Bundesverfassungsgericht). Recht auf informationelle Selbstbestimmung

³⁷ HASSEMER, Winfried; SÁNCHEZ, Alfredo Chirino. *El derecho a La autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, p.136..

³⁸ DALLA VIA, Alberto R. E.; IZASCUM BASTERRA, Marcela. *Habes data y otras garantías constitucionales*,

³⁹ MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a La autodeterminación informativa*, p. 125.

Antes, em 1970 foi aprovada a Fair Credit Reporting Act, que continha previsões sobre os dados relativos à solvência patrimonial e o crédito, com a ideia de regular o uso da informação essencial para o funcionamento da economia e o sistema bancário, porém com a utilização proporcional e protetora da privacidade⁴⁰.

Também regula o tratamento de dados financeiros a Rege to Financial Privacy Act de 1978, que delimita os direitos dos clientes a respeito das informações bancárias e os termos que podem ser reveladas às agências federais, tendo como regra geral o consentimento.

A Financial Modernization Services Act de 1999⁴¹ estabelece as políticas de informação pessoal do usuário.

Em 2000, o Departamento de Comércio dos EUA publicou o denominado Safe Artur Privacy Principais, traduzido como Princípios do Porto Seguro(Safe Harbor)⁴²

O documento reconhece os princípios a que devem submeter-se as entidades norte-americanas para conseguir o visto de aprovação da União Européia, com o objetivo de assegurar uma política de proteção de dados que promova a privacidade num nível semelhante ao europeu, cumprindo e estabelecendo regras para entrega ou troca de dados pessoais entre EUA e União Européia.

Como revela De La Calle Restrepo⁴³, os princípios somente são obrigatórios para as empresas que voluntariamente aceitam o Acordo.

Por adesão aos princípios da Safe Harbor, os organismo e entidades se obrigam a cumprir vários princípios, a saber:

- “- Notice (notificação e informação): dever de notificar as pessoas, antes do recolhimento de dados que lhe dizem respeito.
- Opt out choice (direito de opção): em caso de notificação a terceiros ou usos incompatíveis com o objeto inicial do recolhimento, as pessoas tem o direito de exigir a retirada da informação a seu respeito.
- Opt in choice (direito de opção de entrada): para informação especial ou sensível, relativa a origem racial, étnica, opção política, convicção religiosa

⁴⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. *Estudios de protección de datos. Uma aproximación crítica a La autodeterminación informativa*,

⁴¹ Denominada de Billey Act-Gramm-Leach

⁴²Disponível em:

< <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000D0520:EN:HTML>> Acesso em 20 de fevereiro de 2013.

⁴³ DE LA CALLE RESTREPO, José Miguel. *Autodeterminación informativa y habeas data em Colombia*, p. 43-44.

ou outra informação que possa ser utilizada para discriminar, as pessoas tem o direito a não ser incluídas em bases de dados, salvo se optarem voluntariamente a figurar no banco de dados.

- Security (segurança): conforme o qual um operador de informação deve adotar medidas mínimas seguridade para proteger a informação de vazamento ou de uso indevido.

-Integrity (integridade): o tratamento da informação deve responder a um fim compatível e integral para o qual foi destinado.

-Acess(acesso): deve ser assegurado o conhecimento das informações constantes nos bancos de dados.

- Enforcement (coercitividade): outorga a possibilidade dos cidadãos de entrar com recursos ou mecanismos para verificar a responsabilidade do operador de dados”.

A Constituição do Brasil criou a ação do habeas data, em 1988, assegurando o conhecimento de informações relativas às pessoas que constem em registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, incluindo a retificação.

A Constituição do Paraguai de 1992 estabelece no artigo 135: “Toda pessoa poderá acessar a informação sobre ela mesma e sobre seus bens que constem em registros oficiais ou de caráter público, assim como conhecer o uso que se faça dos mesmos e suas finalidades{...}”.

A Constituição da República Argentina de 1994 estabeleceu um ação de amparo para: “Conhecer os dados a ele referidos, assim com sua finalidade, contidos em registros públicos e privados e em caso de serem falsos ou discriminatórios, exigir sua supressão, retificação, atualização e confidencialidade.

Depois do IV Congresso Ibero americano de Informática e Direito, realizado em Bariloche em 1994, a Argentina decidiu fazer uma legislação específica em matéria de tutela do direito a auto-determinação informativa, considerando os direitos de acesso, controle, retificação, atualização e cancelamento de dados pessoais⁴⁴.

A Lei 25326 estabelece os critérios sob os quais podem ser utilizadas as informações, entre os quais o consentimento e outras questões.

O artigo 31 as Constituição da Guatemala diz: “Toda pessoa tem o direito de conhecer o que dele constem em arquivos, fichas ou qualquer outra forma

⁴⁴ HASSEMER, Winfried; SÁNCHEZ, Alfredo Chirino. *El derecho a La autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, p.134.

de registros estatais, e as finalidades a que se dedicam. São proibidos os arquivos de filiação política, exceto os próprios das autoridades eleitorais e dos partidos”⁴⁵.

A Constituição peruana, por sua vez, dispõe no artigo 200: “São garantias constitucionais: [...] A ação de habeas data, que procede do ato ou omissão por parte de qualquer autoridade, funcionário ou pessoa, que vulnera ou armazena os direitos a que se referem o artigo 2, incisos 5. e 6. da Constituição. Por sua vez, o artigo 2 expressa que:

“Toda pessoa tem direito[...] 5) a solicitar sem expressar seus motivos a informação que requeira e recebê-la de qualquer entidade pública, no prazo legal, com o custo que suponha o pedido. São exceções as informações que afetam a intimidade pessoa e as que expressamente se excluam por lei ou por razões de segurança nacional[...]6) A que os serviços informáticos, computadorizados ou não, públicos ou privados, não violem informações que afetem a intimidade pessoal ou familiar”.

Na Colômbia, a autodeterminação foi criada pela Constituição de 1991 e regulamentada mediante ao decreto-lei 2591 de 1991, que se converteu em uma das instituições mais importantes e representativas do novo ordenamento⁴⁶.

A Constituição deu uma ação de tutela sustentada no artigo 86: “Toda pessoa tem uma ação de tutela para reclamar antes aos juízes, em todo o momento e lugar, mediante a um procedimento preferencial e sumário, por si mesmo ou porque quem queira para atuar em seu nome, a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais quando queira porque estes estão vulneráveis ou ameaçados por ação ou omissão de qualquer autoridade pública [...]. Em nenhum caso poderão transcorrer mais de dez dias entre a solicitação da tutela e sua resolução [...]”.

A legislação colombiana não traz uma ação de habeas data, mas um instrumento de tutela para proteger os direitos do habeas data⁴⁷.

Para tal feito, a pessoa que se considera atacada nos direito de conhecer, atualizar ou retificar informações contidas em banco de dados ou os demais direitos derivados do habeas data, deve apresentar por escrito uma petição

⁴⁵ DE LA CALLE RESTREPO, José Miguel. *Autodeterminación informativa y habeas data em Colombia*, p. 45.

⁴⁶ VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional Del proceso – Derecho Prcoesal Constitucional*, p. 62. O autor aoborda a “acción de tutela”.

⁴⁷ DE LA CALLE RESTREPO, José Miguel. *Autodeterminación informativa y habeas data em Colombia*, p. 60.

à qualquer juiz da República, em qualquer jurisdição (civil, penal ou trabalhista), conforme as regras estabelecidas.

A ação pode ser exercida sem nenhuma formalidade, simplesmente expressão de forma clara os fatos que dão lugar aos ataques aos direitos e o nome das pessoas envolvidas e o órgão ou pessoa violadora.

4.1.2 Os Espanhóis, o Direito a Autodeterminação Informativa

A Espanha foi um dos primeiros países europeus a colocar na Constituição normas para a proteção dos cidadãos, ou seja, trouxe uma plena liberdade de expressão e os direitos de informação. Mas, tratou de também constitucionalizar os limites, entre os quais os direitos da personalidade, que são igualmente importantes e de mesmo nível⁴⁸. Além de assegurar o direito à intimidade e à imagem, o artigo 18 estabeleceu que a legislação infra-constitucional estabeleceria os limites ao uso da informática no artigo 18.4.

O direito de autodeterminação informativa existia desde os anos 80, mas ganhou importância com a informatização e, principalmente, depois da Internet, como um direito independente na rede a partir de 2.000, com a sentença 272/2000, que deu um caráter de autonomia ligada à dignidade do ser humano. Todavia, houve outros, a partir de um julgamento de 1993.

Na sentença 254 de julho de 1993, o Tribunal Constitucional afirmou que a norma constante na “Lei Maior” consagra um direito fundamental autônomo que constitui uma nova garantia constitucional como uma maneira de trazer uma resposta a uma nova força de ameaça concreta a dignidade e aos direitos da personalidade⁴⁹.

A liberdade de expressão foi constitucionalizada tendo como objeto as ideias, opiniões e pensamentos, sem nenhum tipo de censura⁵⁰.

⁴⁸ SANJURJO REBOLLO, Beatriz. *Manual de Derecho de La información – Uma perspectiva legal para um mundo cada dia más mediático*, p.78.

⁴⁹ DE LA CALLE RESTREPO, José Miguel. *Autodeterminación informativa y habeas data em Colombia – Análises de La Ley 1266 de 2008*, p.31 O autor cita dois doutrinadores argentinos Alberto R. Dalla Via e Marcela Izascum Basterra, *Habeas data y otras garantías constitucionales*, p. 62.

⁵⁰ O Tribunal Constitucional define como censura: “cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente, al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido”. STC 52/1983.

Esse direito à liberdade de expressão abrange a difusão de ideias e opiniões amparadas na comunicação e difusão, havendo ou não contato entre o emissor e receptor.

Os bens jurídicos protegidos são todos os pensamentos que as pessoas têm e querem expressar.

E o aporte ou meio que se exerce essa liberdade não importa⁵¹, alcançando também a Internet. O artigo 20 da Constituição da Espanha estabelece:

“1. Se reconhecem e protegem os direitos:

a)A expressar e difundir livremente os pensamentos idéias e opiniões mediante a palavra, por escrito ou qualquer outro meio de reprodução.

b)A produção e criação literária, artística, científica e técnica.

c)A liberdade de cátedra. A comunicar ou receber livremente informação veraz por qualquer meio de difusão.

d)A lei regulamentará o direito a cláusula de consciência e ao segredo profissional no exercício destas liberdades.

2. O exercício destes direitos não podem ser restringidos mediante a nenhum tipo de censura prévia.

(...)

4. Estas liberdades tem seu limite no respeito aos direitos reconhecidos neste Título, nos preceitos das leis que os desenvolvem e, especialmente, no direito à honra, a intimidade, a própria imagem e a proteção da juventude e da infância.

5. Somente poderá ocorrer o seqüestro de publicações, gravações e outros meios de informação em virtude de ordem judicial”.

Na interpretação dos dispositivos, a jurisprudência espanhola recebeu influência de alguns critérios da Suprema Corte Americana no tocante ao artigo 20.1 que estabelece a liberdade de informação, como “direito de comunicar ou receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão”⁵².

Num julgamento sobre a liberdade de expressão realizado em 1988⁵³, o Tribunal Constitucional Espanhol considerou-a como um valor preponderante. Mas, ressaltou que somente pode ser exercida quando em compatibilização com outros valores entre os quais a formação da opinião pública.

Numa outra sentença 6/88 de 21 de janeiro de 1988, a Corte afirma que:

“É certo que em casos reais que a vida oferecer não é sempre fácil separar a expressão do pensamento, ideias e opiniões, da estrita comunicação

⁵¹ SANJURJO REBOLO, Beatriz. *Manual de Derecho de La Información*, p. 66.

⁵² URIOSTE BRAGA, Fernando. *Liberdade de expressão y derechos humanos*, p.67.

⁵³ MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa*, p.174 e ss.SENTENÇA 107/88.

informativa, pois a expressão do pensamento necessita a miúdo apoiar-se na narração dos fatos, e ao contrário, a comunicação dos fatos ou de notícias não se dá nunca num estado quimicamente puro e compreende, quase sempre, algum elemento valorativo ou dito de outro modo uma interpretação dos fatos pelo narrador”.

Por outro lado, a jurisprudência e a doutrina foram construindo uma proteção à autodeterminação dentro de um sistema geral diante da informática. A primeira questão reside em saber quando, mas também como deve ser feita a proteção⁵⁴.

Alguns autores chamam de técnicas de proteção de dados, integrada por um conjunto de direitos subjetivos, deveres, procedimentos, instituições e regras objetivas⁵⁵. A pessoa que se beneficia tem uma situação de controlar a circulação e o conhecimento da sua identidade e circunstâncias dos seus direitos da personalidade.

Ainda que o artigo 18,4 remeta somente a lei, a outros preceitos ligados aos direitos da personalidade que se fazem presentes.

Nas análises do direito a autodeterminação informativa alcança identificação dos seus titulares, bem como os bancos de dados. O sujeito ativo é o titular do direito, qualquer pessoa física, independente de idade ou condição. O fator determinante é a personalidade.

O sujeito passivo é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize sistemas informáticos para armazenamento de dados pessoais, jornais inclusive.

O conteúdo típico do direito a autodeterminação informativa podem ser todas as informações pessoais ou mesmo sensíveis que possam ser recolhidas de forma lícita ou ilícita. No último caso, as pessoas têm o direito de saber, da existência desses bancos de dados formados a partir das redes sociais, Facebook, MySpace, Twitter entre outras.

Há um direito de acesso ao conteúdo das informações pessoais. Essa faculdade implica na possibilidade de conhecer a origem ou procedência daqueles conteúdos.

⁵⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos humanos em la sociedad tecnológica*, p. 185. O autor estuda as iniciativas de proteção espanholas.

⁵⁵ MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa*, p.174

Dentro do que foi visto na legislação espanhola e na jurisprudência, há ainda os direitos de retificação, complementação de dados e direito de cancelamento.

A pessoa dentro do sistema protetivo tem o direito ainda de saber se os seus dados pessoais foram transmitidos para outras pessoas ou banco de dados. Portanto, o conhecimento engloba uma completa extensão dos conteúdos, bem como saber quais foram as finalidades do repasse ou troca de conteúdos.

Desta forma, não resta dúvida de que o direito a autodeterminação da informação está diretamente atrelado aos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Uma vez que a exposição de fatos no “mundo virtual” é capaz de provocar enormes prejuízos à dignidade e privacidade da pessoa exposta, seja na ocasião do dispositivo ter sido perdido, furtado ou até mesmo por vingança, como ocorreu no polêmico caso envolvendo a vereadora e professora de inglês da prefeitura de Los Yébenes (Região de Toledo). Olvido Hormigos Carpio, casada com um carpinteiro e mãe de dois filhos adolescentes, produziu um vídeo que vazou nas redes sociais no qual aparece em momentos de sua intimidade.

O vídeo foi enviado por ela para o seu suposto amante, o goleiro do Club Deportivo Los Yébenes, Carlos Sánchez, que, por sua vez, era noivo e já estava de casamento marcado. No entanto, após o vazamento na redes sociais a conselheira admitiu a veracidade do vídeo mas alegou que seria “um presente para o marido” e não para ser visto nas redes sociais.⁵⁶

4.1.3 Nacional Europeu

Ao lado das legislações estatais mencionadas, surgiram, fruto de diversas iniciativas, normas e recomendações emanadas de organismo e instituições supranacionais, em especial na Europa. Foram feitas para construir um quadro uniforme de proteção de dados pessoas frente à informática.

O texto mais relevante foi o Convênio de Proteção das Pessoas com Respeito ao Tratamento Automatizado de Dado de Caráter Pessoal, de 21 de janeiro de 1981, ratificado por todos os membros da União Européia.

⁵⁶ Disponível em: <<http://integracaobrasil.blogspot.com.br/2012/09/video-erotico-da-vereadora-espanhola.html>> Acesso em 01 de março de 2013.

A finalidade foi ressaltar os perigos que representam a informação buscando proteger os valores fundamentais do respeito à vida privada e ao mesmo tempo, de livre circulação da informação.

A partir dessas premissas, o Convênio estabelece uma série de princípios básicos para a proteção de dados, assinalando critérios que regulam o fluxo transfronteiriço e cria um Comitê consultivo a quem se encomenda a formulação de propostas encaminhadas a fim de aperfeiçoar o tratado do Direito Comunitário Europeu.

Na medida em que o conteúdo do Convênio vincula aos Estados-membros que o ratificaram e tendo em vista de que reconhecem as soluções usadas em experiências prévias⁵⁷, interessante expor rapidamente alguns princípios, que são validos tanto para o setor público, como privado⁵⁸:

- “a) Princípio da lealdade – As informações não devem ser recolhidas mediante a procedimentos desleais ou ilícitos;
- b) Princípio da exatidão – O responsável pelo banco de dados tem a obrigação de comprovar a exatidão dos dados registrados e sua atualização.
- c) Princípio da finalidade – A finalidade a qual justifica a criação de um banco de dados deve ser precisa e de conhecimento antes que seja iniciado o seu funcionamento, s fim de que seja possível comprova a qualquer momento:
 - 1) Se os dados recolhidos e registrados tem relação com a finalidade perseguida (princípio da pertinência).
 - 2) Se a informação se utiliza para um fim distinto do próprio banco se dados(princípio da utilização abusiva).
 - 3) Se o tempo durante o qual se conservam os dados não excede o que normalmente se necessita para conseguir a finalidade para a qual foram registrados (princípio do direito ao esquecimento).
- d) Princípio da Publicidade – Deve-se manter um registro público dos bancos automatizados;
- e) Princípio de acesso individual – Qualquer pessoa tem o direito a conhecer seus dados que recebem tratamento informatizado e, dessa forma, obter cópia deles. Se forem registros errados ou inexatos ou de foram recolhidos ilegalmente, o titular do direito pode obter uma retificação ou destruição.
- f) Princípio da segurança – Devem ser adotadas medidas adequadas para garantir tanto a segurança física quanto logística das bases de dados”.

Há um dispositivo ainda que faculta aos Estados signatários, proibir a transmissão de dados pessoais a países que não tenham o mesmo tipo de proteção⁵⁹. Desde os anos setenta, há recomendações da Comunidade Europeia⁶⁰ e do Conselho da Europa⁶¹ no mesmo sentido.

⁵⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos humanos em la sociedad tecnolológica*, p. 163.

⁵⁸ MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a La autodeterminación informativa*, p. 142

⁵⁹ O artigo 12. 3 do Convênio.

⁶⁰ Informe Mansfield, elaborado em nome da Comissão Jurídica do Parlamento Europeu de 19 de fevereiro de 1974 (documento 487/74 da sessão 1974/1975); o Informe Bayerl, feito também em

O dispositivo 1599/99, a chamada Lei de Proteção aos Atos Distintos e a Lei de 1998 faz menção aos princípios.

A Diretiva 95/46 constitui o texto de referência, a nível europeu, em matéria de proteção dos dados pessoais. Nela estão regulamentados os conteúdos e atos pessoais em nível do Direito Comunitário. No entanto, as diretivas precisam se referendadas pelos Paramentos dos Estados-membros, ao contrário dos regulamentos. Artigo 35 da Lei de Proteção – agência – entidade administrativa para proteção de dados pessoais.

O material é bastante amplo, mas com conteúdos e disposições homogêneas servem como orientação e proteção aos países, como Espanha⁶², Áustria⁶³ e Itália⁶⁴, por exemplo.

A todos esses princípios deve ser acrescentado outro que está contido no artigo 6 do Convênio, que proíbe tratar informaticamente, a menos que o direito interno preveja garantias apropriadas.

Os dados de caráter pessoal que revelem a origem racial, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou de outro tipo, assim como os dados relativos à saúde ou a vida sexual são sensíveis e não podem constar nos bancos. Esta proibição se estende também aos dados de caráter pessoal referentes às condenações penais já cumpridas.

nome da Comissão Jurídico do Parlamento Europeu de 4 de maio de 1979(documento 100/79, da sessão 1979/1980), a da Resolução sobre a proteção de direito da pessoa frente aos avanços e progressos técnicos no campo da informática, do Parlamento Europeu.

⁶¹ Resolução (83) 10, de 23 de setembro de 1983, sobre a proteção de dados pessoais frente o uso com fins científicos ou estatísticos; Resolução (85) 20, de 25 de outubro de 1985, sobre a proteção de dados pessoais frente a seu uso para marketing direto; Resolução (86) 1, de 23 de janeiro de 1986, sobre a proteção de dados pessoais para fins de seguridade social; Resolução(87) 15, de 17 de setembro de 197, sobre a utilização de dados pessoais pela polícia.

⁶² HASSEMER, Winfried; SÁNCHEZ, Alfredo Chirino. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, p. 27 . O autor afirma que a pauta geral acerca da proteção de dados foi feita pela Comunidade Européia, que serviram para os Estados-membros.

⁶³ ABOSO, Gustavo Eduardo; ZAPATA, María Florencia. *Cibercriminalida y derecho penal*, p.16. “[...] Esta solução é a adotada por países como a Áustria onde a proteção da informação contida em um sistema informático ou suporte móvel se reconhece de forma expressa mediante a sanção da DATENSCHUTZGESETZ 2000”.

⁶⁴ ZACCARIA, Roberto. *Materiali per um corso sulla liberta di informazion e di comunicazione*, p. 77 e 109. O autor aborda o tema em dois momentos, respetivamente, nos capítulos: Il limite della riservatezza e Il diritto eni confronti dei titolari dell’informazione.

Além disso, o texto do tratado comunitário deixa claro o compromisso das partes signatárias de estabelecer um regime de recursos e sanções que sirvam para efetivação dos princípios.

Desses dispositivos, ficam claros três princípios que devem ser levados em conta na Europa e em todas as democracias. Inicialmente, o da qualidade dos dados que devem ser armazenados, ou seja, devem estar corretos. Portanto, pode ser denominado princípio da qualidade dos dados armazenados.

De outra parte, o princípio da legitimidade para utilização correta desses dados, ou seja, as informações devem ser usadas apenas com as finalidades compatíveis. Portanto, há uma finalidade democrática e legal autorizando o uso desse material.

O terceiro princípio é o da vontade ou consentimento do titular desses conteúdos, desde que não seja pessoa pública ou que esses dados não tenham interesse social. Surgem os buscadores Tribunal de Justiça Europeu – Google responsável – 200 mil fotos na Alemanha. Há ainda as redes sociais, que requerem consentimento. A Reforma se dá com a Comissão Europeia com a consulta 9546. Aceita explicitamente o direito previsto no artigo 17, suprimir os dados e não divulgar desde que seja necessário.

5 HABEAS DATA: TIPOS E AS FINALIDADES

O Habeas Data veio ao ordenamento brasileiro com a Constituição de 1988, sendo regulamentado pela Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997.

Para Araujo e Nunes Júnior⁶⁵, há duas finalidades no instrumento, sendo a primeira de criar um canal judicial de acesso a informações constantes sobre a própria pessoa em registros ou banco de dados de caráter público.

Por isso mesmo, devem ser considerados como banco de dados não apenas os cadastros policiais e dos órgãos de informação, mas os cadastrados privados que possuam um caráter público, como o Serviço de Proteção ao Crédito, como está no parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.507.

⁶⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, p. 207.

Portanto, existem dois bancos de dados, sendo um do Poder Público e outro organizado por particulares, mas com dados de caráter público.

Obtido o acesso às informações, ou seja, o direito de buscar e receber as informações há a segunda finalidade do instituto. É a correção de informações inexatas ou ilegais, a complementação do registro e a anotação de pendência judicial ou administrativa sobre dados verdadeiros que estão no banco de dados.

Os doutrinadores paulistas apontam que o direito de retificação pode ocorrer mesmo em face de eventual informação verdadeira, desde que esta implique violação à lei ou à Constituição.

No caso de uma informação verdadeira, que viole a intimidade do respectivo titular, por abordar aspectos pertinentes a sua orientação sexual, deverá ser retirada.

“O mesmo raciocínio deve ser utilizado para o direito de complementação do registro. Vislumbra-se a existência de uma informação obsoleta, ou desatualizada, como, por exemplo, as respeitantes à formação profissional do indivíduo. Nesse caso, a informação poderia ensejar grande prejuízo profissional”⁶⁶.

A doutrina argentina diz que:

“Este novo direito tem por objetivo garantir a faculdade das pessoas para conhecer e acessar a informação que lhes concerne, arquivada em bancos de dados. Este é o habeas data: um instrumento para controlar a qualidade de dados, corrigir ou cancelar os dados inexatos ou indevidamente processados, e dispor sobre sua possibilidade de transmissão”⁶⁷.

Com fundamentos nos elementos centrais do habeas-data, pode ser feita uma ou outra classificação⁶⁸, dependendo do critério utilizado, como ocorre na Espanha.

A Lei Orgânica Espanhola 15/1999, de 13 de dezembro, de Proteção de Dados de Caráter Pessoal, que é uma lei dividida em nove títulos, sendo que o primeiro leva em conta o objeto, o âmbito da aplicação e a definição de técnicas⁶⁹.

⁶⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, p. 208.

⁶⁷ EKMEKDIJAN, Miguel Angel; PIZZOLO, Calogero. *El derecho a la intimidad frente a La revolución informática*, p. 23.

⁶⁸ DE LA CALLE RESTREPO, José Miguel. *Autodeterminación informativa y habeas data em Colombia*, p. 54.

⁶⁹ SANJURIO REBOLLO, Beatriz. *Manual de derecho de la información*, p. 163.

Por isso mesmo, a doutrina classifica de diferentes maneiras e utiliza critérios variados. Os espanhóis tomam com base os nove títulos da lei.

Levando em conta as lições sobre os objetivos e a natureza jurídica do instituto, o habeas data poderia ser classificado como: a) informativo; b) corretivo; c) aditivo; d) reservador e e) cancelatório.

O habeas data informativo também é dividido em três sub-grupos: exhibitório, finalístico e autoral⁷⁰.

Trata-se daquele que procura somente obter a informação, sendo que o exhibitório tem por meta conhecer os conteúdos que estão registrados. O finalístico, por sua vez, deve assegurar para que e para quem foram feitos os registros, enquanto que o autoral terá como objetivo inquirir acerca de quem obteve os dados que constam no registro.

Este tipo de instrumento se encontra no ordenamento brasileiro, mas também na Argentina⁷¹ e em Portugal⁷². Em alguns países se agregam um habeas data que tem por finalidade saber a existência de um banco de dados e sua localização.

Este é o caso da Espanha, onde a “Ley Orgánica Relativa al Tratamiento Automatizado de Datos” (Lortad), que ordena criar um registro público de banco de dados com o fim de proteger os direitos dos titulares da informação para que possam facilmente estabelecer a existência e a localização dos operados que tem e administram seus dados.

O habeas data corretivo, por sua vez, visa retificar uma informação que se encontra incorretamente registrado. A finalidade é uma correção, um direito à informação verdadeira.

Dessa forma, o titular tem o poder de solicitar a mudança da informação falsa ou inexata. Neste tipo certamente deve ser incluída a possibilidade de atualizar o dado quando seja necessário. Um exemplo seria um acompanhamento de um devido processo judicial, que poderia acarretar numa condenação em primeira instância e uma absolvição no tribunal.

⁷⁰ DE LA CALLE RESTREPO, José Miguel. *Autodeterminación informativa y habeas data em Colombia*, p. 54

⁷¹ ABOSO, Gustavo Eduardo; ZAPATA, María Florencia. *Cibercriminalidad y derecho penal*, p.17.

⁷² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 435.”[...] no direito de acesso dos cidadãos aos dados informatizados que lhes digam respeito (art. 35. N. 1), no direito de serem esclarecidos objectivamente e serem informados acerca da gestão dos assuntos públicos (art. 48, n. 2)”.

Já o habeas data aditivo, de outra parte, garante ao titular do direito fazer a incorporação de seus dados quando em um banco não apareça no registro aquilo que pretende.

São facultadas as colocações de informações novas que agreguem ou acrescentem às já existentes, situações ou fatos importantes.

Trata-se de uma ampliação, que garante ao titular uma informação mais precisa ou completa. No caso, em virtude desse instrumento, uma pessoa pode pedir a um banco de dados de crédito que coloque em frente ao seu nome que ele era, por exemplo, fiador de um empréstimo e não devedor principal.

Alguns doutrinadores fazem referência ao habeas data reservador para assinalar o direito que está em algumas legislações, que pode exigir que informação que repousa num banco de dados seja submetida unicamente para as pessoas legalmente autorizadas.

Mediante ao instrumento, se busca que o operador das informações garanta, sob pena de sanções, que os dados sejam protegidos para que não cheguem às outras pessoas não autorizadas a conhecer.

Este é o tratamento que se dá para a maioria das legislações sobre informações sensíveis, que deve ter uma única finalidade constitucional.

O modelo do tratamento segue as Diretrizes para Regulação dos Ficheiros Automáticos de Dados Pessoais, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas⁷³.

Ainda sobre os reservados, as informações sensíveis, segundo o documento internacional, são aquelas que poderiam ensejar discriminações ilegais e arbitrárias, como raça, etnia, cor, vida sexual, opinião política e religião, entre outros.

Uma informação sobre a filiação a uma associação ou a um sindicato, por exemplo,⁷⁴ pode ser guardada e não é pertinente sua eliminação.

No entanto, não pode ser repassada para terceiros, salvo se exista uma autorização legal para dar respaldo a uma finalidade legal e constitucional.

Finalmente, há o habeas data cancelatório que faz uma referência a faculdade do titular exigir a eliminação física de um dado de um banco de dados,

⁷³ Documento elaborado na 45. Sessão Ordinária da Organização das Nações Unidas.

⁷⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos humanos em la sociedad tecnológica*, p. 163.

quando ele seja procedente, de conformidade com a regulamentação específica de cada país.

Com base em Antonio–Henrique Pérez Luño, pode se defender que ao direito de autodeterminação informativa se deve atribuir um Habeas Data, possibilitando que este remédio seja a via processual de defesa da intimidade frente ao uso da informática com a possibilidade da retirada de conteúdos.

O remédio constitucional se aplica na maioria das legislações para o caso de informações sensíveis ilegitimamente recolhidas e, em geral, para informações pessoais que foram incluídas em banco de dados de forma ilegal. Uma informação que devido a sua natureza precisaria consentimento do seu titular para ser divulgada, mas que figure sem essa anuência num banco de dados, deve ser considerada ilegal e retirada do banco de dados.

5.1 Os Dados Pessoais e os Bancos de Dados

Para o enfrentamento do tema, há necessidade de uma definição do que pode ser entendido por dados pessoais, que podem constar em vários órgãos públicos e privados e ainda que possam ser utilizados para um número e diversos fins. A finalidade pode envolver a segurança pública e até a defesa do Estado, como registros de natureza penal, financeira e econômica. Ressalte-se ainda que surgem novos bancos de dados, alguns com arquivos de jornais e revistas, que podem ser consultados. Há ainda outros conseguidos com violações dos direitos da personalidade, como os capturados por meio das redes sociais.

Os dados pessoais, segundo uma Diretiva da União Européia⁷⁵, são “toda informação sobre uma pessoa física identificada ou identificável; se considerará identificável toda pessoa cuja identidade pode determinar-se, direta ou indiretamente, em particular mediante um número de identificação ou um ou vários elementos específicos, característicos de sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social”

O tratamento dos dados pessoais são definidos como “qualquer operação ou conjunto de operações, efetuadas ou não, mediante a procedimentos automatizados, e aplicados a dados pessoais, como a recolhida, registrada,

⁷⁵ Diretiva n. 9546 (96) do Conselho Europeu e do Parlamento Europeu. Art. 2.

organizada, consertada, elaborada ou modificada, extraída e consultada, entre outras”.

O conteúdo desta informação pode estar constituído pelo denominados “dados sensíveis” de uma pessoa, seu currículo financeiro e econômico, suas preferências, e inclusive alcançar, num futuro próximo, e graças ao descobrimento do genótipo humano, as enfermidades ou riscos de doenças que poderão afetar uma pessoa no curso da sua vida⁷⁶.

Os dados sensíveis podem ser alterados, visto que os bancos de dados estão relacionados com a paulatina dependência da sociedade da Internet. Cabe mencionar que muitas transações econômicas e financeiras são feitas mediante o uso de sistema computadorizados. Aqui ficam claro os princípios e também a questão do consentimento.

5.1.1 NOS EUA

Sobre os avanços da rede e a elaboração de banco de dados, há na rede mundial e nos jornais uma conversa “on-line” do fundador da rede social denominada FACEBOOK, Mark Zuckerberg, sobre a privacidade dos usuários do site, que motivou a criação de uma nova rede, a Diaspora⁷⁷.

Conhecido por Zuck, ele não desmentiu que detenha as informações, mas deu a entender que não utilizaria. No entanto, o número de usuários tem aumentado dia-a-dia, apesar dessa possível violação com a formação de um banco de dados em nível mundial.

Depois das denúncias, a Diaspora pretende que a privacidade seja levada a sério e os dados dos usuários sejam sempre controlados por ele. É um projeto correto juridicamente de rede social, dando poder às pessoas sobre seus dados e não aos sites.

O que motivou os protestos e a tentativa de uma nova rede foi uma conversa quando o FACEBOOK estava sendo criado⁷⁸. O conteúdo dessa conversa é tão revelador que merece ser transcrita e traduzida:

⁷⁶ ABOSO, Gustavo Eduardo; ZAPATA, María Florencia. *Cibercriminalidad y derecho penal*, p.20.

⁷⁷ [Bit.ly/c657AL](http://bit.ly/c657AL)

⁷⁸ LEMOS, Ronaldo. Internets <in> FOLHATEEN 3. FOLHA DE S. PAULO, 20 de setembro de 2010.

“[...] ZUCK – É, então, se você precisar de informações sobre qualquer pessoa de Harvard...ZUCK – É só pedir. ZUCK – Eu tenho mais de 4.000 e-mails, fotos, endereços....AMIGO – O quê!? Como você conseguiu isso? ZUCK – As pessoas colocaram no site.....ZUCK – Não sei por quê... ZUCK – Elas confiam em mim. ZUCK – Retardados, idiotas (o original é “dumb fucks)... AMIGO – E você já decidiu o que vai fazer com o site? ZUCK – Já, eu vou ferrar com eles. ZUCK – Provavelmente no ano (o original é “probably in the year)”.

O FACEBOOK estava nascendo, mas fica clara a idéia de criar um banco de dados mundial não respeitando a privacidade de outras pessoas. Há liberação de informações dos próprios colegas e amigos de universidade.

Apple, FACEBOOK, Google e AT&T enfrentaram em agosto de 2010, um interrogatório sobre políticas de privacidade na Internet, no Senado dos Estados Unidos. Os senadores norte-americanos foram os primeiros interessados em coibir práticas que coloquem em risco à privacidade dos cidadãos⁷⁹.

O questionamento ocorreu na Comissão de Comércio, Ciência e Transporte do Sena, que investiga as práticas de armazenamento e venda de dados de usuários de redes sociais para a criação de anúncios dirigidos.

Os legisladores querem a aprovação de leis para proteger a privacidade dos consumidores. Exigem que as empresas divulguem claramente os usos dos dados armazenados e peçam autorização expressa para que as informações sejam passada a terceiros. No entanto, não há previsão de elaboração de uma legislação e qual seria o seu alcance.

As práticas não são negadas, pois a Google admite manter arquivadas as buscas de números de IPs particulares, enquanto que o FACEBOOK grava arquivos de ações dos seus usuários por vários anos.

É freqüente observar, tanto na doutrina como na jurisprudência, a falta de uma discussão sobre os bancos de dados feitos por intermédio dessas redes sociais, que armazenam comportamentos, preferências, fotos, dados e toda a sorte de informações, que podem parar na mão de pessoas ou empresas, sem o consentimento dos usuários.

Moles Plaza revela que a possibilidade de interceptar as comunicações não é pior ataque, pois existe outro igualmente violador da

⁷⁹ Risco à privacidade é investigado nos EUA – Comissão do Senado questiona empresas sobre ações para proteção de informações pessoais de seus usuários <in> FOLHA DE S. PAULO, F6 tec, quarta-feira, 4 de agosto de 2010.

intimidade, que a possibilidade das redes sociais tem captar os perfis de usuários e associá-los a um banco de dados ilegal, que permita conhecer suas identidades⁸⁰.

Além dos bancos de dados públicos e de caráter público, há os ilegais formados pelas violações das redes sociais.

5.1 Os Dados Pessoais e os Bancos de Dados

Se a Internet possibilita que as pessoas exerçam livremente suas informações, histórias e experiências, o site vencedor do Webby Awards de 2006⁸¹ na categoria “Comunidades” se propôs a tornar o acesso ainda mais rápido e fácil. A cada dia são criados novos bancos de dados e outros são atualizados.

O Cumbria Digital Lives⁸², que faz parte das seções comunitárias do portal da BBC tem duas funções: capacitar às pessoas comuns a registrar a memória de suas família e comunidade e ainda, arquivar e divulgar todo o material.

O site cria um banco de dados, que pode ter fotos impressas, pinturas e outros objetos. Podem figurar textos e entrevistas que registram fatos e histórias. Além de estarem disponíveis pela Internet, as equipes da British Broadcasting Corporatin que produzem programas de rádio, TV e outras mídias também pode aproveitar os mini-documentários dos usuários para divulgar a iniciativa⁸³.

O material recolhido tanto na Web como nos cursos da BBC ficam armazenados nas diferentes seções do site dedicadas a tipos diferentes de mídia e conteúdos.o Vídeo Nation oferece entrevistas e documentários caseiros, enquanto que o Telling Lives reúne histórias pessoais.

⁸⁰ MOLES PLAZA, Ramón J. *Derecho y control em Internet, - La regularid de Internet*, p.103. “..la posibilidad de elaborar perfiles de usuarios e asociarlos a datos que permiten conecer su identidad, son riesgos facticamente posibles”. “Tradução - a possibilidade de elaborar perfis dos usuários e associar-los a dados que permitam conhecer sua indentidade, são riscos faticamente possíveis”.

⁸¹ Disponível em: <www.webbyawards.com/>. Acesso em 10 janeiro de 2010. Prêmios oferecidos pela Internacional Academy of Digital Arts, que envolve sites, publicidade interativa, mídia, cinema e comunidades, entre outros.

⁸² Disponível em: <www.bbc.co.uk/cumbria/digital_lives>. Acesso em 20 de junho de 2010.

⁸³ SPYER, Juliano. *Conectado – O que a Internet fez com você e o que você pode fazer com ela*, p. 185. O autor explica que a Cumbria fica no extremo norte da Inglaterra e junto com o porjeto online, há um ônibus que circula pela região promovendo cursos e oferecendo apoio de profissionais para digitalizar fotos, pinturas e outros objetos.

O Photo Essays compila álbuns de fotos junto com textos, o Inside Lives recolhe histórias de pessoas locais. O Diverse Lives junta relatos sobre a diversidade cultural da região. Trata-se de um banco de dados completo.

Alguns dos principais jornais impressos do Brasil mantêm arquivos digitais, como Folha de S. Paulo e o Estado de São Paulo. O que se discute nas redações é se existe uma autodeterminação informativa dentro dos veículos de comunicação de massa que estão hospedados na Internet.

No dia 5 de novembro de 2008, depois de confirmada sua vitória no Colégio Eleitoral, o presidente eleito dos Estados Unidos Barack Obama colocou em seu Twitter⁸⁴: “Nós acabamos de fazer história. Tudo isso aconteceu porque vocês dedicaram seu tempo, talento e paixão. Tudo isso aconteceu por causa de vocês. Obrigado”.

As palavras, além dos fatos, fizeram história, pois a Biblioteca do Congresso⁸⁵ fez uma parceria com o Twitter e passou a arquivar todas as mensagens enviadas a partir de março de 2006, quando o serviço foi colocado à disposição dos usuários. Portanto, existe um banco de dados de todos "twites", que está nas coleções digitais, junto com outros materiais digitalizados⁸⁶.

Assim, as pessoas de uma maneira fácil, rápida e barata podem encontrar entrevistas, opiniões e reportagens feitas ao longo de anos. Esta possibilidade de acessar ao passado outorga ao cidadão um poder formidável de acompanhar o trabalho e a vida pessoal dos candidatos aos cargos públicos e dos políticos. Mas, se existe essa possibilidade de uma memória que seria útil na democracia, à capacidade de armazenamento eletrônico alcança todas as demais pessoas.

Antes de trazer a discussão sobre a possibilidade de uma busca no passado, importante discorrer sobre os chamados buscadores, presentes no Twitter inclusive, que permitem encontrar às informações pretendidas.

Os instrumentos de busca podem proporcionar ao usuário da rede o acesso não apenas aos sites que lhe interessam, mas também aos assuntos.

Como ressalta Ascensão, os sítios vêm ao encontro do navegante, que é aquele que busca na Internet, enquanto que navegador é o instrumento que lhe

⁸⁴ Disponível em: <Twitter.com/BarackObama>. 22 de junho de 2010.

⁸⁵ Disponível em: <www.loc.gov>. Acesso em 23 de maio de 2010..

⁸⁶ Disponível em: <Tinyurl.com/2knoku>. Acesso em 21 de maio de 2010.

faculta essa busca⁸⁷. Mediante programas de computador adequados, o navegador receber do internauta ou navegante as indicações ou informações que precisa e perscruta na Internet, o que corresponde a esses conteúdos.

É uma maneira pela qual o navegante ou internauta, mesmo não conhecendo o assunto, pode acessar uma informação sobre ela colocada ou postada em qualquer site.

Os números em nível mundial firmam que o Google⁸⁸ é responsável por 90 por cento de todas as buscas, vindo a seguir o Yahoo, com 5,6 por cento, vindo depois a Microsoft, com 2,7 por cento. No site da StatCounter, há outros sites de busca que podem ser usados para acessar informações sobre as pessoas divulgadas tempos antes, cada qual com suas peculiaridades⁸⁹.

Apesar desse domínio, há diversas alternativas de sites de busca, alguns focados na pesquisa científica como o Scirus e outros oferecendo serviços diferentes, como o Wolframalpha, criado pelo físico britânico Stephen Wolfran, que

⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet <in> Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, p. 208.

⁸⁸ Revista Época. Disponível em: <www.epoca.com.br>, Ed.Acesso em 22 de julho de 2009.

⁸⁹ Entre eles: **Hunch** Disponível em: <www.hunch.com>: Inglês - O internauta precisa responder uma série de questionamentos, pois a finalidade é dar uma resposta mais próxima da consulta, de acordo com seu perfil; **Wolframalpha** Disponível em: <www.wolframalpha.com> Acesso em 21 de junho de 2010: Inglês – Criado por Stephen Wolfram, a chamada ‘calculadora universal’ não indica links para outros sites, mas tem próprio banco de dados, com 10 trilhões de resultados, com respostas mais precisa; **Scirus** Disponível em: <www.scirus.com> Acesso em 21 de junho de 2010: Inglês – Oferece mais de 458 milhões de resultados confiáveis, com agilidade, a universitários, cientistas e pesquisadores, além de empresas que investigam se uma patente foi registrada; **Mamma** Disponível em: <http://mamma.com>: Inglês – Pretende ser a ‘mãe dos mecanismo de busca”, pois concentra os resultados oferecidos por outros, como o Google, o Bink e o Ask.O resultado é completo, mas não separa os links patrocinados dos comuns e reúne um banco de empregos e guias de compras e viagens; **Twitter Search** Disponível em: <HTTP://search.twitter.com> Acesso em 21 de junho de 2010: Inglês – As respostas são encontradas em tempo real, ao contrário dos tradicionais que demoram um tempo até indexar as páginas. É possível saber o que as pessoas estão falando sobre qualquer assunto; **Mahalo** Disponível em: <www.mahalo.com> Acesso em 22 de junho de 2010 – Inglês: o buscado deixa de lado os algoritmos e aposta em especialistas humanos para responder aos internautas. Há editores especializados em várias áreas, que são avaliados e pagos pelas avaliações que recebem; **Aardvark** Disponível em: <HTTP://vark.com> Acesso em 23 de junho de 2010 – Inglês – As consultas são realizadas por serviços de mensagem instantânea ou e-mail. Você faz uma questão, e ele pergunta para alguém de sua rede de relacionamentos, como contatos do GTalk, e-mails ou amigos em sites sociais, como Facebook; **Akinator** Disponível em: <HTTP://pt.akinator.com> Acesso em 24 de junho de 2010 - Inglês e Português: Mais que um site, trata-se de um divertido jogo de adivinhação. Ele cerca o internauta com perguntas mais genéricas e costuma dar resultados certos; **Youtube** Disponível em: <www.youtube.com.br> Acesso em 21 de junho de 2010 – Inglês e Português: É o segundo no mercado de buscas. Além de pesquisar clipes de músicas, cenas engraçadas e trechos de filmes, traz um Manual de instruções, com vídeos de ‘como fazer alguma coisa’; **Bing** Disponível em: <www.bin.com> Acesso em 21 de junho de 2010 – Inglês e Português: Serviço recente da Microsoft, que oferece uma série de ferramentas mais avançadas para pesquisas, compras e turismo. Os serviços de compra e turismo só tem versão e inglês.

ao invés de indicar os chamados “links”, pretende reunir informações sobre qualquer expressão que for digitada na pesquisa.

O dicionário Oxford de inglês que era impresso há mais de 126 anos pela Oxford University Press não será mais publicado em papel, pois a coleção de 20 livros e muito cara(USD 1,165) e que não contem as atualizações da versão digital, que pode ser acessada por um buscador ou ainda ser substituída por outros instrumentos constantes na rede. O dicionário é um tipo específico de buscador para significados de termos ou expressões.

Com tantos instrumentos de busca disponíveis, qualquer informação ocorrida há 20 anos pode ser encontrada, se estiver na Internet. No entanto, as respostas dadas, sites ou sítios colocados à disposição, não possuem um caráter meramente estático, como aparentam, pois podem proporcionar respostas que se adaptam ao perfil do usuário, usando alguns dados constantes no perfil do internauta⁹⁰.

São os “cookies”, ou seja, um conjunto de informações de que habitualmente o internauta não se dá conta, que estão armazenadas no seu próprio domínio e permitem mobilizar os dados essenciais de indagações anteriores. Além disso, o navegador pode estar estruturado de tal modo que conduza o navegante para alguns sites e evite outros.

Os instrumentos de busca referenciam a meta-informação disponível sobre os vários servidores. Nas buscas a que procede, o navegador detecta os termos ou expressões referentes à matéria pedida pelo internauta que se encontra em diversos sites ou sítios. Desta forma é atraído pelas palavras ou pelo número de vezes que a palavra é utilizada, escolhendo um site, um local ou ainda os de maior utilização por se presumir serem os mais diretamente relevantes.

O jornal Folha de S. Paulo não altera os arquivos digitais, porque os considera cópia do que foi impresso. Segundo Suzana Singer, Ombudsman, se

⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet <in> Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação, p. 209. “Na progressão, o navegador pode memorizar as informações recolhidas para utilizações futuras. E pode armazená-las onde menos seria de esperar – na própria memória do terminal indagante, de maneira a estarem disponíveis em cada nova utilização”.

houve um erro no passado, o periódico mantém a notícia original, mas faz uma nota corretiva⁹¹.

Esse direito de autodeterminação que envolve a retificação ou retirada de conteúdo que viole direitos precisa ser mais bem discutido em nível doutrinário, embora o problema não seja apenas no Brasil, que tem instrumentos para juridicamente promover as alterações.

Na Europa, já existem discussões se os dispositivos previstos antes da Internet são suficientes para promover correções, alterações e retirada de conteúdos. A legislação vigente na Espanha (LO 1/1984) está escrita com uma vagueza para incluir as informações difundidas por meio de computadores⁹².

Assim, se atribui a “toda pessoa, natural ou jurídica”, o “direito a retificar a informação difundida” por “qualquer meio de comunicação social” (artigo 1)⁹³.

Já existem casos nos quais houve a extensão desse direito aos meios trazidos pela Internet, mas Carlo Miguel Ruiz⁹⁴ defende que a lei deveria trazer especificamente que a aplicação desse direito se estende a qualquer novo instrumento.

Mas, há outro problema. Quando a pessoa não quer a retificação ou réplica, mas pretende um direito ao esquecimento.

O dilema ético que mais provocou debate no encontro anual da Organização de Ombudsman de Imprensa, em 2010, foi o de como lidar com as “injustiças” eternizadas nos arquivos digitais.

Houve uma reunião realizada com a participação de 31 ombudsmen de 16 países, em Oxford, na Inglaterra. Nenhum dos jornais que participaram no encontro tem, em seus códigos de conduta ou manuais de redação, dispositivos de como responder àqueles que exigem que seus nomes sejam retirados ou apagados da internet. Há exemplos sérios, que precisam ser vistos dentro dos direitos fundamentais ou humanos.

⁹¹ SINGER, Suzana. Em algum lugar do passado – Injustiça eternizadas em arquivos digitais de jornais são o principal dilema ético em encontro anual de ombudsmans <in> Folha de S. Paulo, A8, 16 de maio de 2010.

⁹² MIGUEL, Carlos Ruiz. *La libertad política em La democracia electrónicamente influída <in> Libertad em Internet – La red y las libertades de expresión e información*, p. 55.

⁹³ DELPECH, Horacio Fernández. *Internet: su problemática jurídica*, p. 220. O autor os direitos dos titulares de dados.

⁹⁴ MIGUEL, Carlos Ruiz. *La libertad política em La democracia electrónicamente influída <in> Libertad em Internet – La red y las libeertades de expresión e información*, p. 56.

Um garoto de 12 anos escreveu a um jornal inglês, no mês de abril de 2010, solicitando que seja apagada ou censurada uma notícia que o citava como vítima de “bullying”, um tipo de humilhação entre crianças e adolescentes realizada em ambiente escolar. O depoimento, dado seis anos antes, era da própria mãe do menino, que procurou o jornal na esperança de que as autoridades escolares tomassem providências e que as ofensas cessassem.

Graças às ferramentas de busca, como o Google, os colegas do garoto, agora em outro colégio, descobriram a história e começaram a fazer novas gozações e provocações. O pesadelo se repetia. A reportagem foi correta, mas a criança não foi ouvida. Foi à própria mãe que tomou a decisão de dar publicidade ao caso.

Com base no texto constitucional surge uma legislação infra-constitucional tratando do acesso aos dados de terceiros, da maneira como devem ser tratados os dados sensíveis.

Um direito do cidadão brasileiro e do estrangeiro de acesso pessoal aos dados pelo respectivo titular e de um direito à sua atualização e retificação, bem como um princípio da finalidade no tratamento de dados, inclusive seguindo diretrizes estabelecidas em doutrina europeia⁹⁵ e jurisprudência portuguesa⁹⁶.

Sem uma comissão como a portuguesa e sem legislação de Internet específica, ainda assim será possível ao indivíduo que conste no banco de dados da Folha de S. Paulo conhecer o tratamento dos dados pessoais, bem como acessar seus dados. Depois disso, mesmo sendo um documento histórico, tem o direito de corrigi-los, atualizá-los ou eliminá-los. Poderia fornecer esclarecimentos sobre a situação da época.

Na interpretação sistemática e princípio lógico da Constituição do Brasil, o direito de informação necessariamente abrange o direito de conhecer e corrigir os dados pessoais visto ser estes constantes em bancos de dados, por meio do remédio denominado habeas data, sendo necessário buscar antes a forma administrativa.

⁹⁵ CASTRO, Catarina Sarmiento e. Nesse sentido, uma apresentação em Congresso. O direito à autodeterminação informativa e os desafios gerados pelo direito à liberdade à segurança no pós 11 de Setembro <in> VIII Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional, Sevilha, Dezembro 2003, disponível em <HTTP://www.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/CatarinaCastro.pdf.>

⁹⁶ Acórdão n. 182/89, publicado no DR I-A n. 131, de 7 de Junho de 1997, p.2803-2817, fazendo referência a esse direito fundamental. Análises destes e de outros Acórdãos importantes estão em:<HTTP://WWW.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/CatarinaCastro.pdf.>

Apesar deste direito se traduzir num dever do Estado brasileiro legislar⁹⁷, este mesmo direito atribui ao cidadão um poder de corrigir os conteúdos, obedecendo alguns critérios.

7 DIREITO AO ESQUECIMENTO

O tema ganhou proporção devido à disseminação de dados na internet, a qual sem a devida regulamentação eterniza informações negativas sobre os indivíduos que podem ser acessadas em qualquer lugar do mundo.

Interessante refletir sobre o princípio do esquecimento antes de partimos para análise jurídica do tema. Isso porque direitos e garantias fundamentais não são frutos da elaboração de uma Constituição, mas sim frutos de elementos socioculturais que servem para sua formação, sustentação e edificação.

O esquecer é um direito fundamental do ser humano, e podemos encontrar precedentes até mesmo na Bíblia, no texto de Hebreus 8:12: “Porque serei misericordioso para com as suas iniquidades, e dos seus pecados e das suas prevaricações não me lembrarei mais.”(Grifo nosso)⁹⁸

Podemos observar que o esquecimento está estritamente relacionado ao perdão, pois esquecer é perdoar fatos pretéritos e dar uma nova chance de reescrever o futuro.

Na Bíblia Sagrada podemos encontrar diversos textos que tratam do esquecimento como forma de libertação do cidadão e muitas das vezes de todo um povo.

Diante disso, será que podemos por meio da analogia afirmar que a partir do momento em que a informação se torna imperecível, pode atuar como uma forma de pena perpétua sobre fatos passados, interferindo no direito do cidadão decidir sobre fatos de sua vida privada, refletindo inevitavelmente em suas escolhas

⁹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, p. 373. O autor fala sobre as normas impositivas de legislação, o que se aplica no Brasil, pois as normas embora não tenham eficácia plena, são uma imposição constitucional e quando não acatadas, constituem uma inconstitucionalidade por omissão.

⁹⁸ Bíblia Sagrada.

futuras? Governos e empresas ao coletar, e guardar dados sobre nós, detém a capacidade de manipulação, pois acabamos tendo um Estado poderoso demais e onisciente diante da facilidade de informações possui sobre o cidadão.

Acerca dos direitos do homem, afirma Bobbio que por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas, cumprindo as Constituições apenas a certificação, declaração e garantias desses direitos⁹⁹.

O direito ao esquecimento não está explicitamente previsto na Carta da República de 1988. Contudo, podemos extraí-lo através de uma interpretação teológica¹⁰⁰ e axiológica dos direitos fundamentais da proibição de pena perpétua e proteção dos direitos de personalidades, ambos direitos fundamentais e cláusulas pétreas.

Vejamos o trecho da entrevista dada recentemente pela Ministra STJ, Eliana Calmon:

“O homem do século XXI tem como um dos maiores problemas a quebra da sua privacidade, porque a sociedade moderna nos impõe uma vigilância constante. Isto faz parte da vida moderna. A dificuldade está em estabelecer os limites da privacidade sobre meu agir, meus dados, e até que ponto minha privacidade poderá prejudicar a coletividade. Se a quebra do sigilo foi feito exclusivamente em tom de agressão aquele que detém em seu passado alguns fatos desabonadores, a ordem jurídica naturalmente repudia por falta de boa fé. É direito do cidadão não ter sua vida passada devassada.”

O direito ao esquecimento possibilita ao cidadão um controle sobre seus dados pessoais, preservando assim direitos fundamentais como intimidade, vida privada, à honra, direito de imagem entre outros constitucionalmente protegidos.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 15 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

¹⁰⁰ A interpretação teleológica busca os fins da norma legal e a interpretação axiológica busca explicitar os valores que serão concretizados pela norma.

Uma pessoa que, por exemplo, tenha cometido um crime, e após ter cumprido a pena imposta, estaria justificada perante a sociedade? Tais informações poderiam ser apagadas dos arquivos digitais após o cumprimento integral da pena? Ou ainda, como ficaria a intimidade e privacidade de uma pessoa que teve suas informações divulgadas sem o devido consentimento? No caso, do homicídio do empresário brasileiro Marcos Kitano Matsunaga, que ocorreu em 19 de maio de 2012, cometido por sua esposa, Elize Araújo Kitano Matsunaga. Será que a assassina confessa teria o direito de retirar dados, como os que revelam que durante um breve período foi “garota de programa”?

Há casos na Espanha, como o já citado vídeo envolvendo a vereadora e professora de inglês da prefeitura de Los Yébenes (Região de Toledo). Olvido Hormigos Carpio, casada com um carpinteiro e mãe de dois filhos adolescentes, produziu um vídeo que vazou nas redes sociais no qual aparece em momentos de sua intimidade.

Nos Estados Unidos da América do Norte o caso envolvendo a professora secundária de 25 anos, Stacy Snyder, abriu a discussão na Suprema Corte dos EUA sobre o direito a autodeterminação. Stacy disponibilizou em sua página na rede social Myspace uma foto fantasiada de pirata, segurando um copo de bebida. Ela intitulou sua foto como "*Drunken Pirata*" "Pirata Bêbada". O conhecimento da foto pela escola onde trabalhava resultou em advertência por falta de profissionalismo e impedimento de receber seu diploma de graduação da Universidade onde estudava sob alegação de que a estava promovendo a bebida alcoólica e dando mau exemplo aos seus alunos. Stacy acionou judicialmente a Universidade, sob a alegação que a decisão contrariava o direito à liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda da Constituição dos EUA. No entanto, a Suprema Corte Federal dos EUA rejeitou seu pedido dizendo que, sua autodenominação "Pirata Bêbada" não estaria protegida pelo direito de livre expressão tendo em vista que Stacy como educadora torna-se pessoa pública.

Nos fatos exemplificados, a partir do momento em que se tornaram registros digitais de fácil acesso a quem se interesse, certamente impactaram diretamente a forma como os envolvidos se admitem e são valorados pela sua comunidade e em todo mundo. Pois à medida que esses fatos permaneçam disponíveis eternamente, àqueles que foram expostos na rede sempre estarão submetidos à pena perpétua pelo ocorrido. Por isso a necessidade de se discutir

novas delimitações para o direito a informação e liberdade de expressão na internet como medida capaz de resgatar o direito natural ao esquecimento, pois esquecer é a possibilidade de uma segunda chance por erros passados, é garantia fundamental do ser humano.

7.1 O Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação

Esse direito de autodeterminação envolve a retificação ou retirada de conteúdo que viole direitos precisa ser mais bem discutida em nível doutrinário, embora o problema não seja apenas no Brasil, que tem instrumentos para juridicamente promover as alterações.

Na Europa, já existem discussões se os dispositivos previstos antes da Internet são suficientes para promover correções, alterações e retirada de conteúdos. A legislação vigente na Espanha (LO 1/1984) está escrita com uma vagueza para incluir as informações difundidas por meio de computadores¹⁰¹.

Assim, se atribui a “toda pessoa, natural ou jurídica”, o “direito a retificar a informação difundida” por “qualquer meio de comunicação social” (artigo 1º). Já existem casos nos quais houve a extensão desse direito aos meios trazidos pela Internet, mas Carlo Miguel Ruiz¹⁰² defende que a lei deveria trazer especificamente que a aplicação desse direito se estende à qualquer novo instrumento.

Mas, há outro problema. Quando a pessoa não quer a retificação ou réplica, mas pretende um direito ao esquecimento.

O dilema ético que mais provocou debate no encontro anual da Organização de *Ombudsman* de Imprensa, em 2010, foi o de como lidar com “injustiças” eternizadas nos arquivos digitais.

¹⁰¹ MIGUEL, Carlos Ruiz. *La libertad política em La democracia electrónicamente influída <in> Libertad em Internet – La red y las libertades de expresión e información*, p. 55.

¹⁰² MIGUEL, Carlos Ruiz. *La libertad política em La democracia electrónicamente influída <in> Libertad em Internet – La red y las libertades de expresión e información*, p. 55.

Houve uma reunião realizada com a participação de 31 *ombudsmans* de 16 países, em Oxford, na Inglaterra. Nenhum dos jornais que participaram do encontro tem, em seus códigos de conduta ou manuais de redação, dispositivos de como responder àqueles que exigem que seus nomes sejam retirados ou apagados da internet. Há exemplos sérios, que precisam ser vistos dentro dos direitos fundamentais ou humanos.

Um garoto de 12 anos escreveu a um jornal inglês, no mês de abril de 2010, solicitando que seja apagada ou censurada uma notícia que o citava como vítima de *bullying*, um tipo de humilhação entre crianças e adolescentes realizada em ambiente escolar. O depoimento, dado seis anos antes, era da própria mãe do menino, que procurou o jornal na esperança de que as autoridades escolares tomassem providências e que as ofensas cessassem.

Graças às ferramentas de busca, como o *Google*, os colegas do garoto, agora em outro colégio, descobriram a história e começaram a fazer novas gozações e provocações. O pesadelo se repetia. A reportagem foi correta, mas a criança não foi ouvida. Foi à própria mãe que tomou a decisão de dar publicidade ao caso.

Com base no texto constitucional lusitano surge uma legislação infra-constitucional tratando do acesso aos dados de terceiros, da maneira como devem ser tratados os dados sensíveis relativos à vida privada, religião, convicções políticas ou filosóficas, filiação partidária ou sindical, e origem étnica.

O problema, em comparação com o Brasil, é que, desde a revisão constitucional de 1997, há uma previsão de uma autoridade constitucional e de uma autoridade administrativa independente cuja função primordial é a proteção dos dados pessoais do cidadão. Essa entidade foi criada pela Lei 10/91, que inaugurou a proteção de dados e, desde 1994, foi criada a Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais Informatizados, com seu estatuto sendo regulado pela Lei de Proteção de Dados nº 67/98, de 26 de outubro.

Sem uma comissão e sem legislação, será possível ao indivíduo que conste no banco de dados da Folha de S. Paulo conhecer o tratamento dos dados pessoais, bem como acessar seus dados. Depois disso, mesmo sendo um

documento histórico, tem o direito de corrigi-los, atualizá-los ou eliminá-los. Poderia fornecer esclarecimentos sobre a situação da época.

Na interpretação sistemática e principiológica da Constituição do Brasil, o direito de informação necessariamente abrange o direito de conhecer e corrigir os dados pessoais, visto serem esses constantes em bancos de dados, por meio do remédio denominado “*habeas data*”, sendo necessário buscar antes a forma administrativa.

7.2 O Direito ao Esquecimento julgados recentes no Brasil

Segundo a doutrina, a sociedade moderna vive um “superinformacionismo” que nada mais é do que uma verdadeira massa de informações sobre tudo e sobre todos, queiram ou não estar naqueles conjuntos de dados ou informações.

Assim, diante das condições da moderna tecnologia da informação é inegável o conflito aparente entre a liberdade de expressão e de informação materializados na rede de computadores e a privacidade, intimidade e honra, pois ambos direitos são garantidos pela Constituição Federal. Vejamos:

Art. 5º IV, V, IX, X e XIV e artigo. 220 da Constituição Federal de 1988:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Apesar de a Constituição deixar muito ampla a proteção ao direito de expressar-se, informar e ser informado, o importante é se perceber que há um limite à expressão e à informação. O limite é a tutela da dignidade da pessoa humana e a lei. Neste contexto, o direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira após a recente aprovação do Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal/STJ cujo teor ora se transcrevem:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

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

O enunciado é uma orientação doutrinária que define a interpretação da norma. Neste caso, conforme o entendimento do enunciado, no artigo 11 do Código Civil o direito de ser esquecido está implícito entre um dos direitos da personalidade, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, assim como o direito inerente à pessoa à sua dignidade, honra, imagem, nome e a intimidade, previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

A questão defendida é que ninguém é obrigado a conviver para sempre com erros pretéritos. Desta forma, quem pretende judicialmente apagar informações negativas sobre seu passado já pode evocar o direito ao esquecimento como garantia de tutela à dignidade humana, como ocorreu recentemente em dois recursos especiais julgados pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. As decisões, unânimes, marcaram a primeira vez que uma Corte Superior discute o tema no Brasil.

O recurso especial, que teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão foi proposto por Jurandir Gomes de França que ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda. Jurandir foi indiciado como coautor/partícipe da sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, conhecidos como "Chacina da Candelária", mas que, a final, submetido a júri, foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade.

Porém, em junho de 2006, foi ao ar no programa Linha Direta, contra a vontade expressa do autor, o episódio, que declinou seu nome, tendo sido o autor apontado como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido.

Vejamos a transcrição do relato do autor do recurso:

[...] levou-se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Alega que essa situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por "justiceiros" e traficantes e também para proteger a de seus familiares.

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, sopesando, de um lado, o interesse público da notícia, e, de outro, o "direito ao anonimato e ao esquecimento" do autor, entendeu por bem mitigar o segundo, julgando improcedente o pedido indenizatório.

No entanto, em grau de apelação, a sentença foi reformada, por maioria, nos termos da seguinte ementa:

Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal. I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último.

II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil.

III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento.

IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento.

V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de indenização (fls. 195-196).

Em sua fundamentação, o ministro Salomão manteve o acórdão sob a justificativa de que apesar de a Chacina da Candelária se tratar de fato histórico, que simbolizou a precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e adolescentes no Brasil, certamente a fatídica história seria contada de forma fidedigna sem a necessidade da exposição do nome e imagem do autor em rede nacional. Para o ministro, o ocorrido configura uma segunda ofensa à sua dignidade, pois fora reforçada sua imagem de indiciado e não de inocentado.

Outro recurso que julgado recentemente foi uma ação de indenização por danos morais proposta pelos irmãos de Aida Curi em face da TV Globo Ltda, que também evocou o direito ao esquecimento. Neste caso, Aida foi vítima de homicídio no ano de 1958 no bairro de Copacabana no Rio de Janeiro. Aida tinha dezoito anos e foi brutalmente abusada sexualmente por três homens. Para encobrir o crime os agressores atiraram a jovem do terraço no décimo segundo andar do prédio tentando simular um suicídio. Aida faleceu em função da queda. Este crime foi nacionalmente conhecido por força do noticiário da época. Para os irmãos da vítima, autores da ação, a transmissão feita pelo programa “Linha Direita Justiça” do homicídio de sua irmã após quase sessenta anos reabriu antigas feridas dos autores, além de alegar que a emissora explorou a tragédia familiar, pleiteando danos materiais e à imagem, consistentes na exploração comercial da falecida com objetivo econômico de audiência e publicidade. Em seu voto, o ministro relator Luis Felipe Salomão, reconheceu o direito ao esquecimento dos familiares da vítima, mas destacou que em crimes como o ocorrido, de repercussão nacional, a vítima freqüentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime se for ocultada a pessoa do ofendido.

Acerca do direito ao esquecimento, concluiu o ministro relator do recurso:

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

O recurso foi negado, sob a argumentação de que o acolhimento ao direito ao esquecimento neste caso seria desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. No caso em

exame, as instâncias ordinárias também reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa, afastando assim, o dano moral.

Na verdade, como reconheceu a sentença:

[...] a ré ateve-se à reprodução dos fatos ocorridos na época, enaltecendo, inclusive, a imagem da vítima (irmã dos autores), ao ressaltar seu comportamento recatado, sua ingenuidade, e religiosidade, chegando a compará-la a Maria Gorete: "... uma camponesa italiana que resistiu à fúria de um tarado sexual pois não queria perder a pureza. Maria Gorete foi santificada pela Igreja Católica (fl. 864, com grifo no original).

Nota-se que a grande dificuldade da discussão do direito ao esquecimento é que não se pode falar em regras, ou em tese. São sempre debates principiológicos e casuísticos.

Nos casos exemplificados, a informação foi veiculada por meios televisivos. Entretanto, o direito ao esquecimento tem maior preponderância quando aplicado à internet, tendo em vista que na rede nada se esquece e tudo se perpetua, além do alcance incalculável das informações veiculadas por este *ciberespaço*.

O tema é de relevância supranacional, e os limites e possibilidades do tratamento e preservação dos dados pessoais estão na pauta dos mais atuais debates internacionais.

Em recente palestra proferida na Universidade de Nova York, o alto executivo, ex- CEO do Google Eric Schimidt, afirmou que "*a internet precisa de um botão de delete*", tendo em vista que informações sobre o passado de uma pessoa podem ressurgir a um clique, causando prejuízos pessoais e profissionais. (Disponível em :< <http://reputacaodigital.com.br/google-schmidt-dia-que-internet-precisa-de-um-botao-delete/>> Acesso em 20 de julho de 2013.)

Desta forma, o direito a autodeterminação da informação, é uma condição funcional e elementar para uma comunidade democrática livre. O livre desenvolvimento da personalidade garante ao individuo a proteção contra armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados.

Como bem observa Paulo José da Costa Júnior, dissertando acerca do direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só (*the right to be let alone*):

Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vêm sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas. COSTA JÚNIOR. Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 16-17).

E no que se refere às informações veiculadas na internet à medida que as informações são eternizadas na rede sem nenhuma regulamentação ou limitação, em muitos casos se tornam grave ameaça aos direitos fundamentais como dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, explica Artemi Rallo, ex-diretor da Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD):

“O problema não é a enxurrada de informação sobre uma pessoa que a Internet pode abrigar, e sim que essa informação seja imperecível. Não se trata de suprimir uma notícia do mundo real ou virtual. O direito ao esquecimento se refere ao efeito multiplicador do Google e das máquinas de busca. Pode-se apagar a informação pessoal de um meio digital ou dados que aparecem no BOE, como multas, sanções ou indultos. Essa informação, à diferença do que ocorre no papel, adquire uma expansão global e temporalmente eterna. É bastante razoável que algo que aconteceu há 30 anos não esteja nos índices de uma máquina de buscas”

Conhecer o destino, a forma de armazenamento, os meios de publicação e a finalidade garantem ao interessado o direito de autodeterminar-se, escolhendo entre compartilhar ou não a sua esfera privada.

CONCLUSÕES

Os problemas estão relacionados com temas importantes, com saúde pública e divulgação de dados. Outra questão é relativa a fatos ou uma investigação histórica. Há ainda questões relacionadas aos conhecimentos científicos. Quando esse limites estão só dentro do sistema protetivo tem o direito ainda de saber se os seus dados pessoais foram transmitidos para outras pessoas

ou banco de dados. Portanto, o conhecimento engloba uma completa extensão dos conteúdos, bem como saber quais foram às finalidades do repasse ou troca de conteúdos.

Ganha força na doutrina brasileira e estrangeira o direito ao esquecimento, tendo em vista as diversas violações ocorridas diariamente pelos meios de comunicação, aos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles, por sua vez, resultantes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana, uma vez que ninguém é obrigado a conviver para sempre com o passado.

O direito a autodeterminação certamente funciona como condição funcional e elementar para uma comunidade democrática livre. O livre desenvolvimento da personalidade garante ao indivíduo a proteção contra armazenagem, uso e transmissão irrestritos de informações pessoais. Conhecer o destino, a forma de armazenamento, os meios de publicação e a finalidade garantem ao interessado o direito de autodeterminar-se, escolhendo entre compartilhar ou não a sua esfera privada.

Concluimos que, ao ponto que essas informações e o uso da liberdade de expressão em casos concretos violem direitos fundamentais ligados a dignidade da pessoa, faz-se necessário reavaliar uma limitação para esses direitos por meio do direito da autodeterminação da informação, que é o direito do sujeito mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação, que ao indivíduo está garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem procedidas ou omitidas, pois quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação sobre sua vida.

Há necessidade de estabelecer limites para o armazenamento das informações e mecanismos capazes de possibilitar que qualquer pessoa possa apagar dados relativos à sua intimidade e privacidade. A alteração legislativa sobre o tema determinando um prazo para que informações fiquem disponíveis na rede e mecanismos que os interessados pudessem utilizar para informações que violem direitos fundamentais e que não seja de interesse público sem a necessidade de socorrer ao judiciário como ocorre atualmente seria capaz de garantir um mínimo de dignidade às pessoas que tiveram seus dados ou informações disponibilizadas de

maneira imperecível, ou que em casos concretos poderia configurar uma pena perpétua por fatos passados, o que deve ser inadmissível.

BIBLIOGRAFIA

ABOSO, Gustavo Eduardo; ZAPATA, María Florencia. **Cibercriminalidad y derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2006.

Agencia Española de Protección de Datos. Disponível em:

<<http://www.agpd.es/portalwebAGPD/index-ides-idphp.php>>. Acesso em 07 de setembro de 2012.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **O Closed Caption**, a Legenda Animada, como Direito Fundamental de Informação de Terceira Geração. Bauru: Dissertação (Mestrado) – Instituição Toledo de Ensino, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal uma perspectiva jurídico-criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet <in> Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*,

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARNELUTTI, Francesco, **As misérias do processo penal**. Tradução, JOSÉ ANTONIO CARDINALI, 1995.

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

Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf> Acesso em 07 de setembro de 2012.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**; Tradutor, Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DALLA VIA, Alberto R; IZASCUM BASTERRA, Marcela. **Habes data y otras garantías constitucionales**. Buenos Aires: Némesis, 1999.

DE LA CALLE RESTREPO, José Miguel. **Autodeterminación informativa y Habeas Data em Colombia** – Análisis de La Ley 1266 de 2008, Bogotá: Editorial Temis, 2009.

DELPECH, Horacio Fernández. **Internet: su problemática jurídica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

DESANTES GUANTER, José Maria. **La información como derecho**. Madrid: Editora Nacional, 1974.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, cit., p. 119.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel; PIZZOLO, Calogero. **Derecho a la información – Reforma constitucional y libertad de expresión**. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.

GARRAIGA DOMÍNGUEZ, Ana **Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

HASSEMER, Winfried; SÁNCHEZ, Alfredo Chirino. **El derecho a La autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales**, 1 ed Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1997.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. **Honor, intimidad y propia imagen**. 1 ed. Madrid: Colex, 1990.

LA CALLE RESTREPO, José Miguel de. **Autodeterminación informativa y Habeas Data em Colombia** – Análisis de La Ley 1266 de 2008, Bogotá: Editorial Temis, 2009.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: pág. 48. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

LUNA FILHO, Eury Pereira. Internet no Brasil e o Direito no ciberespaço. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 32, 1 jun. 1999 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1773>>. Acesso em: 20 out. 2013.

FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1988. _____ **Materiali per un corso sulla libertà di informazione e di comunicazione**. Padova: CEDAM, 1996.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atual. Wilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo I.

MIRANDA Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Tomos I e IV. Coimbra: Coimbra, 1996.

MOLES PLAZA, Ramón J. *Derecho y control em Internet, - La regularid de Internet,*

MIGUEL, Carlos Ruiz. *La libertad política em La democracia electrónicamente influída <in> Libertad em Internet – La red y lãs libeertades de expresión e información,*

MURILLO, Pablo Lucas. **El derecho a la autodeterminación informativa.** Madri: Tecnos, 1990.

_____. **Libertad informática y Derecho a la autodeterminación informativa in Congreso Sobre Derecho Informático.** Zaragoza: Facultad de Zaragoza, 1989.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedade tecnológica <in> Informatica e diritto,** Vol. 1, VIII anno, 1992.

SANJURJO REBOLLO, Beatriz. **Manual de Derecho de La Información.** Madrid: DYKINSON, 2009.

SPYER, Juliano. *Conectado – O que a Internet fez com você e o que você pode fazer com ela.*

Revista Jurídica Virtual: **50 anos da Lei Fundamental Alemã.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/Conti_alema.htm> Acesso em 07 de setembro de 2012.

URIOSTE BRAGA, Fernando. *Liberdade de expressão y derechos humanos,*

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Teoría Constitucional de Proceo – Derecho Processal Constitucional,** Bogotá DC: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2009.

ZACCARIA, Roberto. **Diritto dell'informazione e della comunicazione.** Padova: CEDAM, 1998.

