

## **O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO MUNDO VIRTUAL: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

### **THE RIGHT TO FORGETTING IN THE VIRTUAL WORLD: A CONSTITUTIONAL ANALYSIS**

**Celso Jefferson Messias Paganelli<sup>1</sup>**

**RESUMO:** A tecnologia continua avançando, evoluindo, em taxas exponenciais. Apesar das inúmeras vantagens que isso proporciona a toda sociedade, sem dúvida também traz problemas, entre eles, o fato de que nada do que é colocado na Internet, em regra, é apagado, esquecido. Há um lado positivo, por questões históricas, já que qualquer pessoa interessada pode ter acesso a todo o momento a publicações que já não se encontram mais disponíveis em meios convencionais, como revistas e jornais. No entanto, também representa um grave problema, pois fatos que podem ser vexativos a determinadas pessoas podem vir à tona a qualquer momento, expondo o indivíduo a uma situação já então esquecida. Há que se ter um sopesamento entre os direitos fundamentais insculpidos na Constituição de modo a preservar os interesses do indivíduo e da sociedade. O direito ao esquecimento é abrangente e deve ser aplicado principalmente nos dias atuais, haja vista que a Internet é um repositório que em tese armazena toda e qualquer informação, mas não tem um prazo para que essas informações sejam apagadas, permanecendo disponíveis eternamente, configurando assim a violação ao direito fundamental de qualquer cidadão de não ocorrer pena perpétua, já que toda informação contida nos meios virtuais, em tese, pode ser usada como prova eletrônica. A discricionariedade dos magistrados, lastreadas em leis e também no convencimento e convicção obtidas por meio de suas experiências são essenciais para o correto sopesamento dos direitos fundamentais, eliminando esses dados eletrônicos do mundo virtual, restaurando a intimidade e privacidade do indivíduo atingido exercitando o direito ao esquecimento, garantido constitucionalmente a qualquer cidadão.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito ao esquecimento; mundo virtual; direitos fundamentais; sopesamento de direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** The technology keeps advancing, evolving at exponential rates. Despite the numerous advantages it brings to any society, no doubt also brings problems, among them the fact that nothing is placed on the Internet, as a rule, is erased, forgotten. There are a good side, for historical reasons, since anyone interested can have access at all times to publications that are no longer available in more conventional means, such as magazines and newspapers. However, it also represents a problem because they can be vexativos facts that certain people may come to light from night to day, exposing the individual to a situation already then forgotten. We must have a balance sculptured between the fundamental rights in the

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim (2009). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Especialista em Direito da Tecnologia da Informação, Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Atualmente é professor de Direito na Associação Educacional do Vale do Jurumirim. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Digital, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSA, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, faz parte do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino. E-mail: advogado@celsojpaganeli.adv.br.

Constitution so that we can have a fair trial. The right to oblivion is comprehensive and should be mainly applied in the present day, considering that the Internet is a repository that stores in principle all the information but do not have a deadline by which such information is erased, remaining ever published, thus configuring the violation of fundamental right of every citizen to life imprisonment does not occur, given that all information in virtual environments, in theory, can be used as electronic evidence. The discretion of judges, backed by laws and also the conviction and conviction obtained through their experiences are essential for the correct balance of fundamental rights by eliminating these electronic evidence of the virtual world, restoring the intimacy of the individual exercising the right to hit oblivion, guaranteed constitutionally to any citizen.

**KEYWORDS:** the right to oblivion; virtual world; fundamental rights; balance of fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

A tecnologia e sua evolução constante, exponencial. A repetição desta frase e similares está se propagando também exponencialmente em qualquer texto que fale sobre tecnologia, meios virtuais, Internet ou qualquer coisa atrelada a dispositivos eletrônicos. Não é para menos, é fato notório. É inegável que tal avanço ajude a humanidade como um todo, fornecendo uma evolução artificial, fazendo com que a nossa espécie dê saltos rumo ao futuro, buscando alternativas para erradicar diversos males, como ausência de informações, liberdade de expressão, transparência dos governos, entretenimento e cura de doenças, para ficar apenas no mais óbvio.

Mas nem tudo são notícias positivas. A expansão do dito “mundo virtual” vem acompanhada de uma capacidade de armazenamento que até pouco tempo atrás era impensável a qualquer pessoa. Aliás, essa capacidade cresce em taxas até mesmo superiores à da própria evolução da tecnologia, guardando tudo, muito provavelmente para todo o sempre.

Essa é uma notícia negativa e será abordada no presente artigo. Até que ponto essa capacidade de armazenamento praticamente infinita é algo positivo? Como ficam as pessoas que tiveram sua intimidade divulgada nos meios virtuais e não conseguem remover esse conteúdo? E quanto a condenações? As injustas é algo cristalino de imaginar que não deveriam continuar a existir informações sobre elas, mas, e as justas? Uma pessoa que cometeu um crime e pagou sua pena integralmente, não está quite com sua obrigação perante a sociedade? Será que tais informações não deveriam deixar de existir após determinado tempo? Pior ainda: e os casos nos quais as informações foram divulgadas sem o conhecimento de quem está envolvido? Ou sem o devido consentimento? Como ficam a intimidade e privacidade das pessoas?

As respostas para tais perguntas não são simples e passa por um debate: o direito ao esquecimento *versus* pena perpétua. Esse é o âmago do presente artigo: o direito ao esquecimento. Tal discussão sem dúvida está diretamente atrelada aos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A sensação que as pessoas têm hoje em dia é que estão totalmente desprotegidas em relação ao mundo virtual. Para que qualquer coisa seja disponibilizada na Internet, por exemplo, não é necessário nenhum tipo de identificação, nem mesmo alguma espécie de autorização para a divulgação de dados, documentos, áudio e vídeo. Vídeo é sem dúvida a maior preocupação da sociedade e das autoridades. Atualmente praticamente qualquer dispositivo eletrônico tem embutido uma câmera com capacidade para tirar fotos e fazer pequenos filmes. Não é raro pessoas se sentirem à vontade e realizarem filmes caseiros em sua intimidade, mas, um pequeno deslize, como a perda do dispositivo, furto, vingança, até mesmo por meio de lojas de consertos no caso de defeitos, pode fazer com que o vídeo seja exposto na Internet. A velocidade com que a informação se propaga é tamanha, que praticamente não há nada a ser feito com a efetividade necessária que faça esse vídeo desaparecer do mundo virtual. Pode-se até retirá-lo de um ou outro *site*, mas uma vez disponibilizado, certamente haverá pessoas que farão cópias do mesmo e o disponibilizarão em outros locais, tornando o esforço da pessoa atingida praticamente inútil.

Enfim, são inúmeras as situações que podem colocar qualquer indivíduo em um problema no qual ninguém terá controle, o que pode representar, no fim das contas, como uma pena perpétua, pois a informação ficará eternizada nos meios virtuais, disponível de modo fácil a qualquer pessoa que tenha o interesse em realizar qualquer tipo de pesquisa relacionada ao assunto, o que, em última análise, pode vir a ser prejudicial àquele que foi exposto. Mas, será que o ordenamento pátrio não traz nenhuma previsão sobre o assunto? Talvez não tenhamos uma resposta expressa, límpida e cristalina como muitos desejariam, mas é certo que as normas existentes, juntamente com princípios e direitos fundamentais do ser humano já protegem o interesse do indivíduo.

O presente artigo pretende fazer uma crítica ao sistema tecnológico existente, buscando, por meio do método indutivo-dedutivo chegar à conclusão de que o direito ao esquecimento é insofismável a qualquer pessoa, tenha ela acesso ou não aos meios cibernéticos, utilize ou não a Internet. O objetivo é determinar que todos têm direito ao esquecimento, intrínseco ao ser humano, já que ninguém consegue se lembrar de tudo o que ocorreu em sua própria vida, não sendo possível, portanto, admitir que a tecnologia, ainda que

bem vinda, prejudique e atente contra princípios fundamentais, devendo se respeitar, principalmente, a vontade, intimidade e privacidade do indivíduo.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS E PESSOA HUMANA**

Para melhor compreensão do tema, imprescindível a leitura do artigo 5º, incisos IX e X da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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;

Complementando tais normas, temos o Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, artigos 11 e 13:

(...)

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

(...)

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

A Constituição tem um sentido sociológico, político e jurídico. Com o sentido sociológico ela se aproxima do poder social, foi concebida como fato social, não como norma propriamente dita. A Constituição é o resultado do momento histórico do país, de sua realidade social, das forças que exercem o poder na sociedade. A representação desse poder se dá de forma escrita, mas não pode apenas ficar como “folha de papel”, conforme ensina Michel Temer:

Representante mais expressivo do sociologismo jurídico é Ferdinand Lassalle, que, em obra clássica, sustentou que a Constituição pode representar o efetivo poder social ou distanciar-se dele; na primeira hipótese ela é legítima; na segunda, ilegítima. Nada mais é que uma ‘folha de papel’. A sua efetividade derivaria dos fatores *reais* do poder. Espelha o poder. A Constituição efetiva é o fato social que lhe dá alicerce. Assim, a ‘folha de papel’ – a Constituição – somente vale no momento ou até o momento em que entre ela e a Constituição efetiva (isto é, aquele somatório de poderes gerador da ‘folha de papel’) houver coincidência; quando tal não ocorrer, prevalecerá sempre a vontade daqueles que titularizam o poder. Este não deriva da ‘folha de papel’, da Constituição escrita, mas dos *fatores reais de poder*.<sup>2</sup>

O texto constitucional, portanto, não é apenas para ficar “no papel”. Ele deve ser aplicado com sua máxima força, a fim de servir a todos os seus objetivos, principalmente visando o bem estar social. A sociedade, legitimadora do poder que possibilitou a Constituição, espera dos Poderes o retorno adequado a todos os seus anseios, ou seja, as liberdades, garantias e, principalmente, direitos fundamentais.

Cabe, portanto, aos operadores do direito a responsabilidade de fazer valer o texto constitucional, em seu verdadeiro propósito, considerando, principalmente, o conceito da dignidade da pessoa humana. Os princípios constitucionais podem e devem ser aplicados autonomamente, utilizando toda a força emanada por estes, sempre considerando o sopesamento do indivíduo com a sociedade. Não se deve, no entanto, utilizar a dignidade da pessoa humana de forma superficial, para que esta não caia em vala comum, conforme ensina ALEXY:

O que se pergunta é se o indivíduo tem um direito subjetivo constitucional a essa proteção, e como esse direito deve ser fundamentado. (...) dever estatal de proteger a dignidade humana, (...) transfere o dever de proteção aos direitos fundamentais subsequentes. A vantagem dessa construção reside no fato de ela se apoiar diretamente no texto constitucional; sua desvantagem, no fato de que ela se vê diante do dilema de ou ampliar de forma extrema o conceito de dignidade humana, para poder abarcar tudo aquilo que seja digno de proteção, o que implica o sempre suscitado risco de trivializar a dignidade humana, ou renunciar a abarcar algumas coisas dignas de proteção<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 22.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2009, p. 454.

Para que haja a efetivação das normas constitucionais, não permitindo que sejam apenas “pedaço de papel”, basta a aplicação do disposto na Carta Magna para obter a plenitude de seus mandamentos, reservando conceitos que exigem uma maior dose de subjetividade para os casos nos quais serão imprescindíveis, ou seja, para a utilização da dignidade da pessoa humana deve-se ter precisão cirúrgica, atingindo o propósito adequado, não suscitando-a de forma genérica, para que assim atinja a aplicação desejada, impedindo argumentação em sentido contrário.

Esse é perfeitamente o caso dos direitos em estudo. O direito da comunicação, informação, intimidade, vida privada, honra, imagem das pessoas e dignidade são perfeitamente aplicáveis por si sós.

A comunicação tem tido um crescimento exponencial nas últimas décadas com o surgimento dos meios virtuais e equipamentos eletrônicos multifunções, o que sem dúvida confirma que ela é um novo direito social, sendo uma necessidade básica do ser humano. O direito de se comunicar está atrelado também ao de informar, permitindo assim uma livre circulação de ideias, tornando públicos fatos do cotidiano a milhares, milhões de pessoas, instantaneamente, permitindo que qualquer pessoa possa exercer seu direito à cidadania.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 19º assegura que “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por quaisquer meio de expressão”.

Antigamente, a comunicação ficava restrita às empresas que geriam as informações, por exemplo, redes de televisão, jornais e revistas. Hoje, qualquer pessoa pode exercer essa função, por meio das redes sociais, *blogs*, *sites*, enfim, inúmeros serviços disponíveis na Internet.

O exercício da cidadania passa assim pela comunicação, pela informação, que no fundo também ressalta o poder das massas, restaurando atualmente um equilíbrio há muito perdido, pois hoje em dia já não é mais possível manipular a opinião pública tão facilmente quanto outrora. No entanto, o ser humano, em seu âmago, procura, discute e repassa muito mais informações negativas do que positivas. Esse é um problema crítico, pois coloca, teoricamente, em conflito, os direitos constitucionais, por exemplo, da comunicação e informação contra intimidade, vida privada, honra, imagem das pessoas e dignidade.

Não existem “classes” de direitos constitucionais. Um direito não está acima do outro, então há que se fazer um sopesamento dos direitos envolvidos quando da análise do caso concreto. Toda pessoa precisa resguardar sua intimidade, vida privada, honra, imagem e

dignidade, sem dúvida alguma. Mas os direitos à comunicação e informação também permitem que os membros da sociedade tenham acesso ao que acontece com os seus pares.

O caso concreto é que fornecerá os elementos necessários para que o operador do direito tenha condições de estabelecer quando é o caso de prevalecer o direito de comunicação e informação, ou da intimidade, vida privada e os demais aqui em comento. Não há uma regra que possa ser aplicada a todos os casos igualmente, pois há uma carga subjetiva considerável a ser levada em conta quando se fizer o sopesamento entre tais direitos, por exemplo, uma pessoa que tem sua vida pública não pode exigir que sua visita a uma loja fosse considerada de ordem íntima. Mais, não pode o político, que trabalha diretamente com verbas públicas, dizer que seu patrimônio não pode ser exposto por não ser de interesse da população. Por outro viés, não pode a mídia se usar da imagem pública de uma pessoa notória de modo que seja mais fácil aumentar seus ganhos financeiros, explorando a imagem sem que ofereça nenhuma vantagem financeira em troca. Por sua vez, uma pessoa simples, sem notoriedade, não pode ter seus bens devassados e colocados ao público para que qualquer um veja suas posses ou tampouco ter sua imagem explorada pela mídia com finalidade de aumentar a audiência televisiva ou a venda de revistas e jornais.

O Superior Tribunal de Justiça tem várias manifestações sobre o assunto, que se traz à baila por meio dos julgados abaixo:

A liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constitui direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ministro Massami Uyeda, relator do recurso Resp 783.139.

Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa. Ministro Cesar Rocha, Resp 595600.

Embora livres e independentes no direito e dever de informar a sociedade, os meios de comunicação estão limitados no Estado de direito às garantias fundamentais, entre as quais [...] a honra das pessoas que, em tema de repressão ao crime e à improbidade, há de estar permanentemente sob a perspectiva da presunção de não culpabilidade, por igual, inculpada na Constituição da República. Ministro Hamilton Carvalhido. Apn 388 - Corte Especial do STJ.

Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é o da honra da pessoa. Notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada. Ministro Luis Felipe Salomão. Resp 706.769.

O direito de comunicação e informação, portanto, sempre estará em constante choque com os direitos atinentes à pessoa, o que requer dos envolvidos um maior cuidado ao

exercerem o papel de informador, pois com os meios virtuais praticamente não há como se retirar algo definitivamente da Internet, devido ao seu próprio funcionamento, caótico e também voltado à replicação. A informação uma vez disponibilizada é armazenada localmente pelo provedor de serviço na qual foi divulgada e também por indexadores, como o Google, Bing, entre outros, que também fazem uma cópia para manter em seus servidores, dificultando ainda mais o trabalho de quem quer se livrar de alguma informação.

Para Gomes Canotilho as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são utilizadas corriqueiramente como sinônimas, no entanto, uma distinção entre ambas pode ser feita: direitos do homem são aqueles válidos para todas as pessoas e em todos os tempos, representando assim uma dimensão jusnaturalista-universalista. Já os direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalizadamente garantidos. Os direitos do homem emanam da própria natureza humana e assim tem o seu caráter inviolável, bem como atemporal e universal. Os direitos fundamentais, por outro lado, são os direitos vigentes dentro de uma ordem jurídica<sup>4</sup>.

Norberto Bobbio ensina que saber os direitos fundamentais não é tão importante quanto a sua devida aplicação, pois de nada adianta a definição de quais e quantos são se não houver a efetiva utilização destes, os transformando em garantias que possam ser exercitadas de fato pelas pessoas. Bobbio preleciona:

Não está em saber quais, quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos; mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados<sup>5</sup>.

Dessa forma, para a aplicação dos direitos fundamentais, há que se passar também pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que foi insculpido na Constituição Federal de 1988 e constitui, sem dúvida alguma, um dos marcos do direito nos dias atuais e, portanto, um enorme avanço ao se tratar do bem estar de todas as pessoas. Apenas para relembrar, veja-se o artigo primeiro da Carta Magna:

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. revista. Livraria Almedina: Coimbra, 1993. p. 547.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. São Paulo: Campus, 2004, p. 30.

O conceito da dignidade da pessoa humana é considerado pela imensa maioria dos doutrinadores como muito aberto e amplo, fazendo com que surjam questionamentos sobre sua aplicação e amplitude, baseados principalmente em questionamentos sociais e científicos. No entanto, tal abertura e amplitude ocorrem em virtude de se poderem exprimir novos entendimentos aos efeitos do princípio da dignidade da pessoa humana. A aplicação deste princípio ocorre perante os direitos fundamentais que estão dispostos da Carta Magna. Kant, por meio de seus pensamentos, permite um melhor entendimento sobre o sentido que deve ser extraído deste princípio, no qual diz sobre o homem e sua racionalidade:

[...] existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem de ser considerado simultaneamente como fim. [...] o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional<sup>6</sup>.

O homem precisa e deve ser respeitado em toda a sua dignidade, levando em consideração seu valor de fim e não apenas de meio, vez que a dignidade da pessoa humana eleva por meio de uma imposição o ser humano ao ponto central de todo o sistema jurídico, no sentido de que o Direito Positivo é feito para a pessoa e sua realização existencial. A Constituição Federal de 1988 elevou a tutela e promoção da pessoa humana a um valor máximo, exarando que a dignidade do homem, ou seja, a dignidade da pessoa humana, é inviolável.

O Estado deu uma garantia a todos quando insculpiu a dignidade da pessoa humana como garantia fundamental, pois deste princípio emana a segurança que todos podem e devem ter de que poderão viver de forma digna, o que, obviamente, engloba também o direito ao esquecimento.

O esquecimento, inerente ao ser humano, pode ser considerado um direito fundamental e também protegido sob o prisma da dignidade da pessoa humana. Trata-se, portanto, da questão de existir um meio no qual possa se ter um mínimo de controle sobre o tipo de informação que é armazenada e divulgada a respeito de um indivíduo. Não sendo figura pública, não há que se falar em interesse coletivo para que as informações sejam armazenadas e disponibilizadas ao público *ad eternum*. Não há justiça se um ato desabonador praticado há 30 anos ainda é usado como fator desagregador a uma pessoa, sendo que, não raro, o próprio interessado talvez não se lembre mais do ocorrido, ao menos não com a riqueza de detalhes que o armazenamento digital proporciona, não podendo, assim, nem mesmo corroborar com o que está escrito a seu respeito, o que é sem dúvida, uma violação

---

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edição 70, 2000, p. 59.

dos princípios, garantias e direitos fundamentais constitucionais, bem como a dignidade da pessoa humana, pois, até mesmo qualquer meio de defesa que for ser utilizado em benefício daquele atingido, na verdade será usado contra si, pois apenas trará mais evidência a fatos que deseja sejam esquecidos.

O Direito deve procurar uma maneira de satisfazer os anseios da sociedade, mas também do indivíduo, vez que não é justo uma pessoa ter uma informação sua armazenada e divulgada eternamente em um meio de comunicação ao qual não se tenha nenhum tipo de controle, configurando também uma violação à Constituição.

Não se pode esquecer, inclusive, que os meios virtuais também são considerados meios de provas hábeis a serem utilizados em processos. Assim, a prova eletrônica, terá que ser impugnada e debatida, o que revela novamente o lado nefasto do armazenamento de tais dados sem limitação temporal, pois um assunto que poderia estar esquecido é trazido à tona novamente, prejudicando a pessoa que imaginava que determinado ponto de sua vida já havia sido esquecido e superado, configurando, em certa medida, verdadeira punição perpétua para os atos praticados em questão.

## **PENA PERPÉTUA *VERSUS* DIREITO AO ESQUECIMENTO**

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVII - não haverá penas:

(...)

b) de caráter perpétuo;

Como se sabe, esta imposição da Norma Magna trata-se de garantia fundamental. Observe-se que o constituinte tomou o devido cuidado de não redigir o texto com o vocábulo “prisão”, mas sim “pena”, pois muitos imaginam que o caráter perpétuo se aplica somente ao encarceramento das pessoas, o que não é verdade. Muitos sofrem penas perpétuas diariamente, sem possibilidade de se defenderem, o que inclusive é agravado nos dias atuais pela Internet e não há, ao menos em um futuro próximo, a menor possibilidade de se mudar tal quadro, pois os meios tecnológicos avançam e evoluem cada vez mais, principalmente no sentido de que nenhuma informação deva ser descartada ou apagada, ou seja, uma vez disponibilizada na grande rede, ali ficará eternamente.

Ademais, não existe a possibilidade de haver qualquer tipo de alteração nesse dispositivo constitucional de modo que se venha a ter pena perpétua, por força do disposto no artigo 60, §4º, IV, da Constituição, vez que se trata de garantia fundamental. Nem mesmo uma emenda constitucional poderia, eventualmente, modificar tal dispositivo. Como é cláusula pétrea, apenas por meio de uma revolução ou golpe de Estado, que criasse outra constituição e conseqüentemente desrespeitasse inúmeros tratados internacionais, inclusive de Direitos Humanos, é que, talvez, fosse possível o estabelecimento de pena perpétua.

Com efeito, a norma acima citada, do artigo 5º, deve ser encarada em sua abstração máxima, expandindo para todos os setores do Direito, não se enquadrando apenas ao direito penal, mas também aos demais segmentos, por exemplo, no direito civil, assim, uma pessoa que foi negativada nos meios de proteção ao crédito não poderá ficar inscrita em tais bancos de dados eternamente, mesmo que não venha a pagar sua dívida, pois se assim ocorresse estaria havendo uma violação à Constituição, portanto, o cadastro deve ser excluído, mesmo sem o devido pagamento, após determinado tempo, não podendo nem mesmo figurar para uso interno da empresa em questão, pois não há pena perpétua. Tal abstração visa a maior proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, ampliando o campo de atuação da norma, irradiando seus efeitos para serem aplicados a qualquer situação. Alexy disserta sobre o assunto:

A adoção de princípios de nível máximo de abstração tem vantagens (...) que residem na sua flexibilidade. Eles são aplicáveis como pontos de partida para fundamentações dogmáticas das mais variadas exigências estruturais e substanciais no âmbito dos direitos fundamentais, em todos os campos do sistema jurídico<sup>7</sup>.

O problema é que aparentemente todos se esquecem de que a pena perpétua também é proibida não só nos casos do direito penal, mas a verdade é que não é raro se deparar com um problema, de origem eminentemente civil, que causa muito mais dissabores até mesmo do que uma prisão.

Imagine-se o caso de alguém que teve um dispositivo eletrônico roubado, cujo qual continha fotos e vídeos em situações íntimas, que acabaram sendo publicadas na Internet. Aliás, diga-se de passagem, tais casos tornam-se mais comuns a cada dia, sejam por meio dos furtos ou roubos, ou até mesmo parceiros que com o término do relacionamento publicam tais imagens como forma de vingança. Ocorre que, em virtude do dinamismo e a velocidade de como a informação é repassada de pessoa a pessoa dentro da Internet, tais imagens acabam por serem replicadas sem controle algum.

---

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p. 527.

A questão não para apenas neste exemplo. Há também os casos da própria mídia, que com a intenção de divulgar notícias, informações, acabam por divulgar inverdades. É óbvio que não há como se responsabilizar qualquer órgão jornalístico por suas reportagens, até porque, em determinado momento, talvez as informações divulgadas tivessem a confiabilidade necessária para se acreditar que os fatos narrados fossem a verdade. No entanto, com o passar do tempo, a verdade vem à tona e se descobre que as informações divulgadas não representavam os fatos ocorridos e, mais, que transcorreram de forma inversa ao que se imaginava ou que simplesmente não existiram. Esse foi o caso da Escola Base, do casal Shimada, que foram suspeitos de abuso sexual de crianças. O estabelecimento deles foi depredado, a escola fechada, a família destruída, para depois a polícia chegar à conclusão que eram todos inocentes e que houve erro na investigação. Absolvidos na justiça, mas condenados na mídia, os efeitos são sentidos até os dias atuais, cujas informações sobre o caso podem ser encontradas facilmente na Internet.

Há quem defenda que nessas situações se tem um caráter histórico, que naturalmente deve estar ao alcance de qualquer pessoa que tenha interesse sobre o assunto e assim possa se informar o suficiente para ter o seu próprio juízo de valor sobre os fatos. No entanto, há que se sopesarem inúmeros fatores, inclusive, o direito que os envolvidos têm de que tais informações não sejam mais de domínio público. Por certo não é o caso do supracitado exemplo da Escola Base, em virtude de sua grande repercussão, mas por força dos princípios, direitos e garantias constitucionais, também aplicando a dignidade da pessoa humana, por certo é o que deveria ocorrer com as informações a respeito das pessoas envolvidas no caso em tela, da família Shimada, pois pagaram um preço altíssimo por atos e fatos inverídicos. No entanto, é facilmente encontrado na Internet informações sobre tais pessoas, inclusive que podem ser consideradas como privadas, ou seja, não há respeito pela privacidade dos envolvidos até os dias atuais, 22 anos depois de ocorrido.

A imprensa, em sua ânsia em divulgar os acontecimentos atuais, nem sempre ouve todos os envolvidos, resultando assim em um pré-julgamento, o que induz aqueles que têm acesso à informação a formarem uma opinião deturpada sobre o assunto, pois assumem que aquilo que foi divulgado é a verdade dos fatos. A falta de ética é um enorme entrave para o jornalismo sério, que realmente preste serviço de qualidade à população.

Não somente nos casos negativos, como fotos e vídeos íntimos, problemas financeiros, entre outros, podem ser objeto de desejo dos envolvidos de verem que tais informações simplesmente sejam eliminadas da Internet ou de qualquer ambiente virtual. É evidente que qualquer pessoa deveria ter o controle sobre as informações que circulam a seu respeito, pois,

nos casos de serem inverídicas ou por vontade dos que estão sendo atingidos, deveriam ser eliminadas.

Há ainda mais uma inquietude a ser enfrentada a respeito, já que as informações contidas na Internet têm um peso, mesmo que pouco, quando usadas como prova em processos judiciais, ademais, não há como o juiz verificar todos os itens se realmente procedem como minimamente evidentes dos fatos narrados, o que, por certo, fará com que a parte contrária tenha que impugnar a produção probatória e conseguir os meios necessários para demonstrar que os fatos ocorreram de outra forma, o que pode se revelar algo difícil de ser feito se as informações disponíveis na Internet, por exemplo, demonstrarem o ocorrido apenas de determinada maneira, sendo necessário assim buscar outras formas de prova. Ademais, só o fato de haver arguição a respeito de tal conjunto probatório já significa que o direito ao esquecimento não pôde ser exercitado, vez que os mesmos fatos serão novamente objeto de escrutínio, trazendo à luz algo que simplesmente já deveria ter desaparecido.

Mesmo que não haja um processo em andamento, é inegável que será necessária uma ação por parte do interessado que quiser se ver livre de uma informação inverídica, difamadora, caluniosa ou injuriosa a seu respeito, pois atualmente não há nenhum dispositivo ao alcance do cidadão comum que possibilite a remoção de qualquer conteúdo que seja sem a devida intervenção estatal por meio da Justiça.

A União Europeia está preocupada com esse assunto e já vem tomando medidas para tentar encontrar uma solução. Nesse sentido, a Vice Presidente da Comissão de Justiça da UE, Viviane Reding, apresentou uma proposta legislativa com o intuito de proteger o direito ao esquecimento em redes sociais. Nas palavras da Vice Presidente “as pessoas devem ter o direito, e não apenas a possibilidade (...) do direito a ser esquecido”, que está incluso na reforma das regras de proteção de dados da União Europeia<sup>8</sup>. O projeto de lei é ambicioso e

---

<sup>8</sup> Matéria com entrevista de Viviane Reding para o jornal 20 Minutos da Espanha. Íntegra da reportagem: Bruselas garantizará por ley el 'derecho al olvido' en redes sociales como Facebook. La vicepresidenta de la Comisión y responsable de Justicia, Viviane Reding, ha anunciado este miércoles que antes del verano presentará una propuesta legislativa para proteger el 'derecho al olvido' en las redes sociales. El objetivo de esta iniciativa es que los usuarios puedan exigir a empresas como Facebook que borren completamente sus datos personales o fotos cuando se den de baja en el servicio. El reconocimiento de este 'derecho al olvido' se incluirá en la reforma de las normas de protección de datos de la UE, que tiene como fin adaptarlas a los cambios provocados por las nuevas tecnologías. "Al modernizar la legislación, quiero clarificar específicamente que las personas deben tener el derecho, y no sólo la posibilidad, de retirar su consentimiento al procesamiento de datos", ha explicado Reding en un discurso. Por ello, el primer pilar de la reforma será "el 'derecho a ser olvidado': un conjunto completo de reglas nuevas y existentes para afrontar mejor los riesgos para la privacidad en Internet". La vicepresidenta del Ejecutivo comunitario ha desvelado también que la propuesta exigirá que la configuración de redes sociales como Facebook garantice la "privacidad por defecto", de forma que los datos de los usuarios no puedan procesarse salvo si éstos han dado su permiso expreso. "La regla de la "privacidad por defecto" evitaría la recogida de datos a través de aplicaciones de software, por ejemplo. El uso de los datos para cualquier otro objetivo que vaya más allá de los que estén especificados sólo se permitirá con el consentimiento

moderno, inclusive, exigindo de empresas estrangeiras que se adequem à legislação para poderem atuar em território europeu.

A reforma em questão tem foco na regulamentação do armazenamento na Internet de dados pessoais que não são de interesse público. Como consequência, ter meios para apagá-los de redes sociais, como Facebook, Orkut, Google+, Twitter, Google, Yahoo, Youtube, entre outras, com o simples pedido do usuário, ou seja, sem a necessidade de intervenção junto ao judiciário.

Os cidadãos comuns, que não gozam de condição de personalidade pública, ou que não tenham sido objeto de um fato de relevância pública, devem poder optar entre ter ou não seus dados pessoais disponibilizados dentro da Internet. Novamente, é fácil imaginar tal situação. É comum hoje em dia, com a digitalização de acervos de publicações, virem à tona episódios que há muito estavam esquecidos. Por exemplo, uma pessoa que tenha cometido um crime, uma infração de menor potencial ofensivo que seja, mas já tenha cumprido integralmente a pena, teve o caso noticiado em 1999, portanto há mais de 12 anos. Com o passar do tempo, tal pessoa consegue emprego e se torna alguém bem querido pela sociedade, passando a gozar de boa reputação. Com a digitalização do acervo, o fato volta a circular, por meio da Internet, sendo que começa a trazer problemas à pessoa envolvida, que se vê novamente atormentada por um problema de seu passado cujo qual já está quite perante a justiça, mas que a sociedade encara de outro modo, passando a prejudicar a sua reputação. Não há o que se fazer hoje a não ser recorrer ao judiciário para que o conteúdo seja retirado dos meios virtuais, de modo a se preservar a reputação da pessoa em questão. A Internet proporciona uma facilidade que não se encontra quando se pesquisa nos meios físicos, ou seja, poder-se-ia argumentar que a informação sempre esteve disponível, bastava a qualquer pessoa apenas o desejo de obtê-la e assim procurar pela mesma. Ocorre que as dimensões são diferentes. Enquanto somente impressa, aquele que quiser ter acesso à informação, deverá se dirigir ao local apropriado e realizar uma pesquisa que, por ser material relativamente antigo, sem dúvida consumirá várias e várias horas de trabalho. Porém, se ocorrer a digitalização e for disponibilizado na Internet, basta uma pesquisa nos serviços que realizam busca para que

---

explícito del usuario", ha explicado Reding. Por ello, Bruselas exigirá una mayor transparencia a las redes sociales, que estarán obligadas a informar a los usuarios sobre los datos que recogerán, con qué objetivos, cómo pueden ser usados por terceras partes y cuáles son los riesgos para que no pierdan el control sobre su información personal. "Quiero garantizar que quien se inscribe en una red social goce de una mayor claridad. A menudo, condiciones desfavorables como restringir el control de los usuarios sobre sus datos personales o hacer los datos públicos de manera irreversible no se mencionan claramente", ha señalado Reding. Finalmente, la Comisión obligará a que las empresas situadas fuera de la UE que procesen datos de ciudadanos comunitarios cumplan también estas reglas. <<http://www.20minutos.es/noticia/991340/0/derecho/olvido/facebook/>>, acessado em 22/01/2012.

se encontre rapidamente a informação. De posse dela, com pouquíssimo esforço, pode ser repassada a centenas, milhares de pessoas, por meio de redes sociais ou outros serviços, o que não poderia ser feito se existisse apenas em suporte físico, ou seja, em papel, pois para se passar a informação adiante no mínimo haveria a necessidade de se fazer uma fotocópia e repassá-la de mãos em mãos, o que sem dúvida é infinitamente muito mais trabalhoso e de alcance reduzido.

Notadamente sobre a questão da vida pregressa pública do indivíduo, temos o seguinte julgado:

TRF4 - APELAÇÃO CIVEL: AC 58151 PR 2003.70.00.058151-6 Responsabilidade Civil. Danos Morais. Servidor Público. Direito ao Esquecimento. Artigo 5º, Inciso X, da Constituição Federal.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ARTIGO 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A divulgação das informações relativas à anterior demissão e readmissão do autor, para que se configurasse ilícita, era necessário que ele tivesse obtido, por qualquer meio, a decretação do sigilo dessas informações, o que não ocorreu. A divulgação das informações referidas, que expressaram a verdade dos fatos que se extrai do processo judicial pertinente, não pode ser tida como ilícita, já que não se subsume o caso a qualquer das hipóteses legais de sigilo ordinário.

2. Embora se possa cogitar em tese sobre um direito ao esquecimento, impeditivo de que longínquas máculas do passado possam ser resolvidas e trazidas a público, tal segredo da vida pregressa relaciona-se aos aspectos da vida íntima das pessoas, não podendo ser estendido ao servidor público, ou pessoas exercentes ou candidatos à vida pública, pois mais do que meros particulares, devem explicações ao público sobre a sua vida funcional pretérita ou presente. Note-se que a matriz constitucional de onde se pode extrair o direito ao esquecimento radica no artigo 5º, inciso X, e inicia dizendo que são invioláveis a intimidade, a vida privada, etc., claramente afastando situação de vida funcional. Processo: AC 58151 PR 2003.70.00.058151-6 Relator(a): MARGA INGE BARTH TESSLER Julgamento: 06/05/2009 Órgão Julgador: QUARTA TURMA Publicação: D.E. 25/05/2009

É fácil perceber, então, que se há um direito público envolvido, um interesse público, da sociedade, não poderia o afetado reivindicar o direito ao esquecimento, mesmo que o fato tenha ocorrido já há muito tempo. No entanto, mesmo nessas condições, caminha-se por uma linha tênue, pois se deve analisar o caso concreto para que seja possível determinar se é realmente o caso do interesse público estar suplantando o interesse privado. Ademais, também há a necessidade de se considerar como e onde estarão tais informações, pois se disponíveis na Internet, com certeza podem estar indo além do propósito inicial, que é, por exemplo, a proteção do bem público, vez que atingirá também a honra da pessoa envolvida, impossibilitando que tenha uma vida de forma digna.

A questão central não é a quantidade de informações que a Internet pode armazenar sobre determinada pessoa, mas sim que se tornam eternas. Assim, não se trata de suprimir direitos consagrados como o da comunicação ou da informação, mas sim de que todo cidadão

também tem direito ao esquecimento, vez que serviços indexadores de busca, como o Google ou o Bing, realizam na verdade um efeito multiplicador, tornando o alcance global e temporalmente eterno. É mais do que razoável que um fato ocorrido há vários e vários anos não esteja em mecanismos de buscas, até porque, se o cidadão for retirar um atestado de antecedentes criminais, nada constará do mesmo. Outro exemplo: se alguém quebra o retrovisor de um carro, o dono pode fazer um boletim de ocorrência, e assim quem identifica o responsável pode acioná-lo na justiça para que seu prejuízo seja ressarcido. Pouquíssimas pessoas saberão do ocorrido. Agora, se tais fatos forem publicados na Internet, será inevitável que inúmeras pessoas tomem conhecimento do assunto, inclusive gerando o seu próprio juízo de valor em virtude das “provas” apresentadas, o que, diante de comentários daqueles que têm acesso à informação, podem até mesmo criar uma história totalmente diferente do que realmente aconteceu, o que pode resultar em um problema para a reputação do envolvido, sem que lhe seja dada nenhuma espécie de defesa que realmente tenha o efeito esperado que todos aqueles que tenham tido contato com a informação venham a saber a possível verdade dos fatos. Não restará alternativa a não ser procurar a Justiça para tentar minimizar o problema, buscando uma ordem judicial para que o conteúdo indevido seja retirado da Internet.

A discussão não se resume se a informação não deve constar do mundo virtual, mas pode existir no mundo físico, ou seja, não pode existir em *sites*, mas pode existir impresso em um jornal ou revista. A pretensão do cidadão de não ter publicado informações a seu respeito na Internet é totalmente legítima quando o que está disponível no mundo virtual não ocorreu por sua vontade própria e também não seja possível identificar o provável interesse público. No entanto, tal pretensão não pode prosperar, por exemplo, se a informação se tratar de um crime hediondo, que houve condenação na justiça e ainda figura em qualquer órgão de imprensa ou similares, já que nesse caso prevalece o interesse público.

Os provedores de serviço podem manter dados detalhados dos usuários quando lhes é dada a permissão. No entanto, devem ter transparência sobre os serviços prestados, informando quem faz e como são armazenadas as informações, qual a finalidade e, o que não ocorre atualmente, por quanto tempo.

Há uma dificuldade maior relativamente à retirada de informações que foram disponibilizadas voluntariamente pelos usuários de serviços de redes sociais, pois o cancelamento da conta não faz com que tudo seja automaticamente eliminado, aliás, essa é de fato uma tarefa difícil, em virtude do funcionamento dos serviços, que possibilitam – e incentivam – a replicação de informações, assim, algo que foi publicado, como um texto ou uma foto, pode ser republicado indefinidamente, o que causa um dilema: a quem realmente

pertence a publicação? Ora, se uma foto, por exemplo, foi disponibilizada publicamente e outras pessoas gostaram e republicaram, não teria a primeira pessoa abrido mão, mesmo que implicitamente, de qualquer direito que tivesse sobre a mesma? Afinal, tal publicação já pode ter gerado um novo contexto dentro da rede social por meio de outros usuários, que perderia o sentido se a foto simplesmente deixasse de existir de uma hora para outra. Como se vê, não é algo que pode ser dada uma resposta rápida e sem uma análise profunda do impacto social que tal medida gerará, principalmente porque também envolve os direitos de terceiros, que podem se ver prejudicados com uma atitude dessas tomada de forma unilateral e sem aviso prévio.

Pode-se afirmar, portanto, que toda publicação realizada na Internet gera uma prova, que pode ser benéfica ou não àquela pessoa que a disponibilizou, e devido ao funcionamento intrínseco da grande rede, o provável é que fique à disposição de qualquer pessoa para todo o sempre. A pena perpétua é uma medida extrema, não aceita no Brasil, por ser também desumana, não restando alternativa para quem sofreu a tentativa de escapar da punição, gerando revolta, desfigurando ou agravando uma situação já problemática. Mesmo o direito penal tem como objetivo por meio de suas punições a reintegração social e recuperação daquele que cometeu o ato ilícito. Sempre haverá argumentação que esse ou aquele não têm condições de retornar à sociedade, mas a função primordial, o que deve ser feito de modo generalizado, é a punição do indivíduo para que este pague sua dívida junto à sociedade e tenha oportunidade de vir a conviver pacificamente outra vez entre as pessoas de boa índole.

Ora, se a sociedade entendesse que não se pode dar uma segunda chance às pessoas que cometeram atos ilícitos, deveria se instalar a pena de morte, pois assim se estaria realmente isolando o sujeito da sociedade, não haveria risco de fuga, além de representar um custo muito menor para o governo e por consequência aos contribuintes. Mas, se tal possibilidade não é aceita nem mesmo perante o direito penal, quanto mais com as outras vertentes do direito. Impossível também não imaginar o tamanho da injustiça ao se permitir o perpetuamento de provas eletrônicas nos casos em que os envolvidos sequer contribuíram ativamente para a realização destas, ou, até mesmo querem que tais informações sejam retiradas do alcance de qualquer pessoa.

## **SOPESAMENTO DE BENS NA ANÁLISE DAS PROVAS**

Alexy traz importante doutrina sobre o tema:

A teoria dos princípios pode se alinhar quase que automaticamente a essas considerações gerais sobre a estrutura da discricionariedade cognitiva. Direitos fundamentais, compreendidos como princípios, exigem uma realização máxima diante das condições fáticas e jurídicas presentes. Reconhecer ao legislador uma discricionariedade cognitiva de tipo empírico significa a possibilidade de se admitir que, diante das possibilidades fáticas presentes, esses direitos não sejam realizados na extensão do que seria possível. Diante disso, o princípio de direito fundamental afetado negativamente exige, enquanto mandamento de otimização, que não seja reconhecida nenhuma discricionariedade cognitiva. Se esse fosse o único fato relevante, um direito fundamental só poderia ser restringido em virtude de premissas empíricas cuja veracidade fosse certa. Se essa veracidade não puder ser comprovada, seria autorizado partir apenas das premissas empíricas que forem mais vantajosas ao direito fundamental, que são aquelas sobre cuja base a intervenção ou a não-garantia de proteção não tem como ser justificada.<sup>9</sup>

Os direitos fundamentais geram calorosas discussões, ainda mais quando há provável “colisão” entre estes, forçando que um ganhe mais destaque do que outro, ou seja, sempre um terá que prevalecer sobre o outro. Por isso mesmo, tal aflição, como se vê, já ocorre no âmago do próprio surgimento da norma, no processo legislativo, pois não há como se negar que o legislador tem uma enorme carga empírica própria ao criar uma norma, posto que sua experiência é fator determinante à sua conclusão.

A discricionariedade não é apenas uma possibilidade legislativa, mas também jurídica, na qual os juízes podem e devem julgar de acordo com sua convicção, lastreados pela lei e pelas provas apresentadas, sem dúvida, mas conforme suas consciências assim apontam para a resolução do caso concreto. Natural, portanto, que surjam conflitos, colisões, entre direitos fundamentais também para o julgador, que deverá sopesá-los para exarar sua decisão.

Canotilho, em sua doutrina sobre direito constitucional, ensina:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um «choque», um autêntico conflito de direitos. A colisão ou conflito de direitos fundamentais encerra, por vezes, realidades diversas nem sempre diferenciadas com clareza<sup>10</sup>.

Quando o legislador está criando a norma, principalmente a Constituição, não há como prever cada aspecto que será enfrentado no dia a dia dos cidadãos ou mesmo pela Justiça, obviamente, de acordo com sua experiência é possível prever uma quantidade de acontecimentos que possivelmente poderão ocorrer e assim determinar os direitos fundamentais para toda a sociedade. Ocorre que, não raras vezes, há um conflito entre tais direitos, o que exige do julgador uma cautela maior no uso de sua discricionariedade para julgar o caso concreto, de modo que não se viole nenhum princípio constitucional.

---

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p. 614 e 615.

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 643.

O eminente doutrinador continua a ensinar:

Os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*. Se, nas circunstâncias concretas, se demonstrar, por ex., a alta probabilidade de o julgamento público de um indivíduo pôr em risco o seu direito à vida (risco de enfarte), a ponderação de bens racionalmente controlada justificará, nesse caso, o adiamento da audiência de discussão e julgamento. O direito à vida tem, nas circunstâncias concretas, um peso decisivamente maior do que o exercício da ação penal. Do mesmo modo, a colisão entre o direito à vida, mais concretamente, o direito a nascer, e o direito à interrupção da gravidez por motivos criminosos (a gravidez resulta de crime de violação), só pode decidir-se quando se demonstre que, num caso concreto, o nascituro é «filho do crime», podendo o legislador solucionar o conflito, excluindo, nestes casos, a ilicitude ou a culpa no comportamento dos intervenientes na interrupção da gravidez. Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C).<sup>11</sup>

Conforme se observa há que se atribuir pesos aos direitos fundamentais quando do julgamento do caso concreto, que é definido por Canotilho como “harmonização dos direitos”. Há colisão entre direitos fundamentais nos casos que é possível identificar o exercício de diferentes direitos individuais por titulares também diferentes. Nesses casos deve-se identificar o âmbito da proteção do direito em questão com a finalidade de determinar se a conduta está ou não protegida, haja vista não ser raro se deparar com situações na quais se imagina que há conflito de direitos fundamentais, mas que com uma melhor análise se percebe que a ação não encontra respaldo em um direito fundamental para lhe dar suporte.

Nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida. A Constituição Federal do Brasil prevê expressamente a pena de morte em caso de guerra, conforme o artigo 5º, XLVII, a. Também há a possibilidade do aborto nos casos de estupro, assim, se nem mesmo o direito à vida é absoluto, é razoável imaginar que qualquer direito fundamental também possa ser “suprimido” por outro em virtude dos fatos apresentados e para a correta solução da lide.

Quando há colisão de direitos fundamentais não é possível uma solução adequada abstratamente, esta somente poderá ser estabelecida à vista dos elementos do que aconteceu no caso concreto, devendo o operador do direito utilizar-se dos princípios informadores da hermenêutica constitucional, que servem como parâmetros para ponderação de valores e interesses e que levará a uma solução aceitável para todas as partes como modo de se obter justiça.

---

<sup>11</sup> Idem. p. 646 e 647.

Assim, nos casos de conflitos entre direitos individuais, devem ser levados em conta no juízo de ponderação os valores relativos a esse princípio, quais sejam, inviolabilidade da pessoa humana, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade, entre outros.

Destarte, o artigo 32 do Decreto nº 678 de 06/11/1992, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – diz: "Art.32. (...) 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática."

O magistrado, portanto, dispõe de todos os meios necessários para avaliar corretamente o caso concreto e decidir a respeito da possível colisão de direitos fundamentais, entre a possibilidade de comunicação e informação e a vida íntima daquele que quer ver seu histórico esquecido dos meios virtuais. O Pacto acima citado já apresenta a fundamentação necessária para a correta decisão, já que o bem comum sem dúvida pende pelo direito ao esquecimento.

Ademais, quando do julgamento da questão do direito ao esquecimento, o magistrado também pode usar como justificativa o artigo 5º, III, da Constituição: "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Ou seja, a discricionariedade necessária para a tomada da decisão estará totalmente legitimada nos casos em que o julgador tiver por bem julgar que o direito ao esquecimento deve prevalecer sobre os demais direitos fundamentais insculpidos na Norma Magna.

O magistrado, portanto, caso se depare com um caso concreto sobre a ofensa às normas insculpidas na Constituição Federal por conta do direito ao esquecimento, deve levar em consideração que não se deve proteger e deixar disponível na Internet qualquer trivialidade que tenha ocorrido com uma pessoa, pois isso configura um atentado à sua privacidade e direitos e garantias fundamentais, sendo que, impossível não se falar também na óbvia violação da dignidade da pessoa humana.

Não há que se falar mais nos dias atuais se as provas eletrônicas podem ou não serem usadas para a resolução processual, pois assim já tem sido feito nos últimos anos e também a legislação foi atualizada (quando já não proibia) para que não pairassem dúvidas sobre a certeza da utilização dos meios virtuais e eletrônicos como forma de se provar os fatos e contribuir assim para a convicção sobre estes que na verdade é no que se funda a demanda. No entanto, há um receio na utilização destes meios, conforme se posiciona Patrícia Peck:

Não há nenhuma legislação brasileira que proíba ou vete a utilização de prova eletrônica. Ao contrário, o Código Civil e o Código de Processo Civil aceitam completamente o seu uso, desde que sejam atendidos alguns padrões técnicos de coleta e guarda, para evitar que esta tenha sua integridade questionada ou que tenha sido obtida por meio ilícito. Logo, o que realmente existe, novamente, é o

preconceito quanto ao tipo de prova, pois todos nós temos medo (insegurança) daquilo que não conhecemos<sup>12</sup>.

O receio tem fundamento quando se trata de algo que já deveria ter sido esquecido. A dificuldade para se ter a parcimônia correta para a solução da lide perpassa, talvez, o esclarecimento necessário que o julgador necessita para os dias atuais, ocasião na qual a humanidade deste estará sendo colocada a prova, de modo que se possa ter um julgamento justo e também não cause constrangimentos ainda maiores àqueles envolvidos com a questão.

A legalidade, portanto, não fica em questão, sobre a utilização ou não de provas obtidas por meios eletrônicos para a solução da lide. Já é pacífico que a utilização é prevista e autorizada pela legislação, jurisprudência e doutrina.

A questão fática é até quando algo pode ficar disponível nos meios eletrônicos, virtuais. Será que, ao se ter uma demanda nos dias atuais será justo utilizar como prova algo retirado da Internet, mas que tenha ocorrido há 50 anos, por exemplo? É óbvio que existirão casos que não será possível a elucidação sem que se tenha acesso a tais provas, mas não há que se negar que isso ocorrerá, em sua imensa maioria, quando houverem fatos a serem comprovados de elevado interesse público, por exemplo, fatos que envolvem a ditadura. Suponha-se que alguém tenha encontrado um documento qualquer sobre a ditadura, ache o conteúdo de relevante interesse histórico, faça a digitalização e disponibilize na Internet. Uma pessoa que tem interesse direto na questão acaba por se deparar com tal documento, sem dúvida terá todo o direito de usá-lo em seu favor. Na contramão, alguém disponibiliza informações sobre a vida pessoal de outrem sem notoriedade pública, de fatos ocorridos há muito tempo e, em virtude destas ações, tal pessoa acaba por perder seu emprego devido ao preconceito. Por óbvio que a Justiça não se mostrará inerte e trará o respaldo necessário à situação envolvendo, inclusive, indenização. No entanto, o estrago estará realizado, trazendo ao conhecimento público fatos que já se encontravam esquecidos, que obtêm ainda mais notoriedade para a resolução da lide, já que não resta alternativa a não ser a arguição sobre os mesmos, para que se tenha o mínimo esperado de justiça.

O imbróglio, portanto, não apresenta solução fácil. Não há como se determinar previamente o tempo que eventualmente uma informação deveria ficar disponível no ciberespaço, nos meios eletrônicos. No entanto, medidas para a proteção da privacidade e intimidade das pessoas são imprescindíveis, principalmente como forma de efetivação das normas insculpidas na Constituição.

---

<sup>12</sup> PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 208.

Há, porém, uma constante a ser explorada. Há que se ter normas para que as empresas sejam responsáveis sobre o conteúdo disponibilizado na grande rede. Dessa forma, será possível exigir que tenham ferramentas adequadas para que os interessados possam remover o conteúdo indesejado, seja diretamente ou na forma de um comunicado ou denúncia à empresa responsável.

Não é o que se vê atualmente. Empresas que existem praticamente apenas no mundo virtual, não têm quase que nenhum canal de comunicação que seja de fácil acesso aos usuários dos serviços. Constitui-se em verdadeiro esforço hercúleo conseguir contatar a empresa responsável na imensa maioria dos casos e, pior, a resposta obtida, também na maioria das vezes, é que não há nada a ser feito, não deixando outra saída a não ser a busca da efetivação dos direitos do envolvido perante a Justiça.

A legislação atual, por não tratar diretamente do tema, pode ser considerada branda demais com as empresas. A Justiça, de uma forma geral, por meio dos últimos julgados, decidindo a favor de tais conglomerados empresariais, dizendo que não existe responsabilidade sobre o conteúdo<sup>13</sup>, também se mostra conivente com tais ações, deixando os

---

<sup>13</sup> A título de exemplo, segue um julgado recente do STJ, que considerou que os provedores de serviço na Internet não são responsáveis pelo conteúdo disponibilizado:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

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

usuários atônitos, não sabendo como se proteger adequadamente da devassidão que ocorre em suas vidas diariamente, quase sempre sem sua permissão, o que de fato piora a situação.

Aos magistrados, portanto, cabe o devido sopesamento dos direitos e garantias fundamentais existentes na Norma Magna, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, quando houver o julgamento de demandas que tratem do assunto ao esquecimento, ou seja, da eliminação de dados eletrônicos constantes do mundo virtual, da Internet.

Ainda que pese o entendimento da não existência de responsabilidade civil para os fins de deferimento de danos morais, não resta dúvida que a responsabilidade pela guarda dos dados é exclusivamente das empresas, pois não há mais ninguém que tenha o poder de gerenciamento necessário para a exclusão destes de forma definitiva.

Espera-se, assim, que o Poder Judiciário utilize de forma correta as provas obtidas por meios virtuais, levando em consideração não apenas as características necessárias para a convicção do magistrado a respeito da lide em questão, mas também do aspecto da dignidade das partes envolvidas, não permitindo que fatos que deveriam estar destinados à obliteração sejam novamente revividos expondo a privacidade e intimidade dos envolvidos.

Os meios eletrônicos, mais precisamente a Internet, sem dúvida constituem algo que trazem inúmeros benefícios para a humanidade, mas não podem ser utilizados como repositório infinito de informações sobre qualquer pessoa sem que essa tenha dado a devida autorização ou sem que tenha o direito de poder remover o conteúdo sem ter de se socorrer do Judiciário a cada vez que tiver algo que lhe trouxer incômodo publicado na grande rede.

## **CONCLUSÃO**

A capacidade de armazenamento dos meios virtuais é incalculável. O desejo de se disponibilizar toda e qualquer informação parece ser até mesmo uma obsessão para a maioria das pessoas, que se esquecem de que muito do que se publica deveria ter o aval dos envolvidos para estar à disposição do público.

Mesmo nos casos em que a publicidade foi voluntária, por exemplo, em redes sociais nas quais os usuários publicam praticamente tudo o que acontece em suas vidas, não só com textos, mas também com fotos, vídeos, entre outros, há que se ter algo para que tais informações tenham uma espécie de “validade”, de modo que não fiquem disponíveis por

---

8. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1193764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/08/2011)

toda a eternidade, até porque, não há nenhum interesse público nessa situação, que não é análoga àquelas que têm, por exemplo, caráter histórico.

A dificuldade é essa, distinguir o que é de interesse público ou não, o que diz respeito aos direitos fundamentais de comunicação, informação, intimidade, coisa privada, dignidade, entre outros, e também o que pode ou não ter caráter histórico, afinal é difícil de prever o que poderá ter relevância histórica, por exemplo, daqui 100 anos. Uma simples frase de alguém com 18 anos hoje pode ser um prenúncio do que está por vir de um presidente da república daqui 20 anos.

Tudo o que fica registrado na Internet e nos meios virtuais pode ser usado como prova eletrônica, o que sem dúvida exige ainda mais cuidado de todas as partes envolvidas, pois no Brasil é proibido as penas perpétuas, que é o que pode ficar configurado com uma informação qualquer que fica disponível ao público indefinidamente, vindo a prejudicar alguém que já está quite com a sociedade por um deslize qualquer há muito tempo. Não há como se admitir que algo ocorrido e esquecido há vários anos, que envolvam uma pessoa que atualmente tem reputação irretocável, venha a atormentá-la novamente, destruindo sua reputação.

Também não é o caso de se deixar tudo para o poder Judiciário. Há a necessidade urgente de se estabelecer os limites para o armazenamento na Internet, com foco nas redes sociais, para que seja possível que qualquer pessoa possa apagar os dados relativos à sua intimidade e privacidade. Subsidiariamente é o caso de se pensar em algum dispositivo que seja possível programar um prazo para que as informações fiquem disponíveis e sejam apagadas automaticamente após decorrido o lapso temporal estipulado, preservando assim a privacidade e intimidade dos envolvidos.

O direito ao esquecimento está insculpido na Constituição Federal e também no Pacto de São José da Costa Rica, não expressamente, mas é percebido por meio de vários dispositivos, visando garantir um mínimo de dignidade às pessoas face à sociedade.

Assim, urge que se tenha uma adequação legislativa sobre o assunto, determinando, se não um prazo para que um determinado dado eletrônico seja apagado, ao menos que obriguem as empresas que tenham as ferramentas adequadas para proporcionar aos interessados uma maneira efetiva para que retirem o conteúdo da Internet, mesmo que sob supervisão, o que não ocorre atualmente, fazendo com que o imbróglio inevitavelmente seja levado ao Judiciário, sobrecarregando ainda mais um sistema que já se encontra exaurido, por uma questão que poderia ser resolvida facilmente, se usada a parcimônia esperada de todos os envolvidos.

Conclui-se, assim, que o direito ao esquecimento é fundamental ao indivíduo, que pode e deve ter controle sobre as informações de sua vida privada que são disponibilizados na Internet, no meio virtual, sopesadas face aos demais direitos fundamentais, levando-se em conta também o interesse público, vez que não se deve usar tal direito quando se tratar de atos de personalidade pública, pois prevalecerá o interesse da sociedade.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2009.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. São Paulo: Campus, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. revista. Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edição 70, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARUFFO, M. La prueba. Tradução para o espanhol de Laura Manriquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010

SANTOS, G. A prova no processo civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.