

O direito ao esquecimento e o *habeas data* “negativo”: uma análise a partir da audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal

WALDIR ARAÚJO CARVALHO*

Resumo

O presente artigo analisa o instituto jurídico do direito ao esquecimento, realizando um panorama sobre a abordagem do respectivo direito tanto no âmbito nacional quanto no direito estrangeiro. O objeto principal do texto é analisar a audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na qual se discutiu o direito ao esquecimento no caso “Aída Curi”, bem como objetiva-se desenvolver uma tese sobre a aplicabilidade do remédio constitucional do *habeas data* de forma “negativa” para deletar dados públicos como meio de exercício do direito ao esquecimento.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; Audiência Pública; Supremo Tribunal Federal; Habeas Data.

The right to be forgotten and the "negative" habeas data: an analysis of the public hearing in the Supreme Federal Court of Brazil

Abstract

The present article studies the right to be forgotten in brazilian law and in foreign law. The objective of the article is to analyze the public hearing about right to be forgotten in the Supreme Federal Court of Brazil (case “Aída Curi”). The purpose of this article is also to construct a theory about the “negative” *habeas data* as an instrument of right to be forgotten and to delete public information.

Key words: Right to be Forgotten; Public Hearing; Supreme Federal Court of Brazil; Habeas Data.



* WALDIR ARAÚJO CARVALHO é mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).



Caronte atravessando o Estige, pintura a óleo sobre tela de Joachim Patinir (1480-1524), localizada no Museu do Prado em Madrid, Espanha

Introdução

Em um tempo no qual as recentes democracias latino-americanas, décadas após o fim dos seus regimes civis-militares, ainda buscam a efetivação do direito à memória (de Vladimir Herzog e Marighella às *Madres de Plaza de Mayo*) e no qual milhares de minorias étnicas (como os curdos) e infundáveis grupos sociais (desde os homossexuais da Rússia às mulheres indianas) lutam diariamente pelo direito ao reconhecimento e de serem lembrados; o debate acerca do direito ao esquecimento aparece como um estranho no ninho.

Contudo, a pretensão ao esquecimento é uma consequência natural da modernidade líquida, conforme expressão *baumaniana*, na qual o privado e o íntimo se dissolvem no espaço público digitalizado, principalmente através da difusão das mídias sociais como *Facebook*, *Instagram* e *WhatsApp*. O direito ao

esquecimento consiste, grosso modo, no direito de não permitir que um fato, lícito e verídico, referente a vida pessoal de alguém e que lhe cause constrangimento, seja divulgado pelos meios de comunicação, desde que extremamente antigos e desprovido de relevância social, cultural ou histórica. Parafraseando Dotti (1998), o esquecimento é a faculdade de a pessoa não ser molestada por atos do passado que não tenham legítimo interesse público, tratando-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita e, segundo Ferriani (2016, p.54), o direito ao esquecimento busca evitar a convivência com situações embaraçosas da vida particular eternamente por meio de uma recordação imprópria através da internet.

Nesta conjectura, o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1.010.606 convocou audiência pública para oitiva de *experts* sobre a temática do esquecimento com finalidade de

aprimorar o debate e os argumentos sobre o tema. A referida audiência é o objeto de análise do presente artigo, que abordará os principais tópicos desenvolvidos nas exposições dos convidados e seus delineamentos, inclusive metajurídicos.

Após a referida análise, é feito um estudo do instituto do *habeas data* previsto no texto constitucional brasileiro como remédio processual para conhecimento e retificação de informações pessoais em registros de caráter público, aplicando-se a referida ação judicial ao direito ao esquecimento como mecanismo para apagar dados e informações públicas referentes a pessoa do impetrante – cuja tese denomina-se *habeas data* “negativo” (ou: “ação judicial de esquecimento”).

1. Panorama em perspectiva do direito ao esquecimento

Legalmente, não há garantia expressa ao direito ao esquecimento na legislação brasileira e nem em tratados internacionais. Existe um projeto de lei na Câmara dos Deputados de autoria do deputado federal Lauro Filho, para alterar a Lei nº 12.965/2014 (“Marco Civil na Internet”) e garantir o direito ao esquecimento nos seguintes termos: “Art. 2º Todo cidadão tem o direito de requerer a retirada de dados pessoais que sejam considerados indevidos ou prejudiciais à sua imagem, honra e nome, de qualquer veículo de comunicação de massa [...] Art. 6º [...] o interessado poderá pleitear o direito ao esquecimento por via judicial”.

O Conselho da Justiça Federal, todavia, na VII Jornada de Direito Civil publicou o Enunciado nº 531, de cunho doutrinário e sem espectro normativo, dizendo que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao

esquecimento” – constando na justificativa do enunciado que o esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos e a finalidade com que são lembrados. Indiretamente, diversos estudiosos entendem que o direito ao esquecimento é desdobramento dos direitos da personalidade da privacidade, intimidade, honra e nome.

As discussões acerca do direito ao esquecimento retornaram ao debate público, com mais ênfase, após uma decisão do Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) em 2014, no caso *Google Spain vs. AEPD and Mario Costeja González*. González teve uma notícia sua vinculada no jornal *La Vanguardia* acerca de um apartamento levado a hasta pública em razão de dívidas com a seguridade social em 1998. Quitada a dívida, González requereu que o jornal suprimisse esse fato das suas páginas e na internet. O TJUE, em caráter consultivo, declarou o direito de González a não ter suas informações divulgadas pelo operador de buscas na internet em pesquisas efetuadas com o seu nome – reconhecendo-se, assim, um *right to be forgotten* (direito a ser esquecido).

Na decisão o TJUE entendeu que a partir do momento em que o operador de buscas passa a fornecer uma sequência de dados pessoais que sejam desprovidos de pertinência social, desatualizados, conservados durante um período de tempo excessivo para atingir sua finalidade, surge o direito ao esquecimento que se sobrepõe ao direito de informação. Na oportunidade, o *Google (Search)* alegou que atua como mero intermediário na pesquisa de informações existentes na *Web Wide*

World (WWW), sem possuir controle das páginas-fonte (*Uniform Resource Locator – URL*) que é de domínio de terceiros – este foi o parecer, inclusive, do procurador-geral Niilo Jääskinen que entendeu que o motor de buscas apenas realiza varrimento (*crawler*) na web através algoritmos. Todavia, o acórdão¹ do TJUE rejeitou essa tese e entendeu que o *Google*, por meio do seu programa de indexação de pesquisa (lista preferencial de resultados), recolhe dados pessoais e produz um perfil estruturado do objeto da busca, razão pela qual, o *Google* realiza tratamento de dados e seria responsável pela divulgação dessas informações e pela sua supressão.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Brasil, já teve a oportunidade de enfrentar o tema do direito ao esquecimento em algumas ocasiões. No caso “Xuxa Meneghel” (Recurso Especial nº 1.335.153-RJ), a apresentadora brasileira, Maria da Graça Xuxa Meneghel, pleiteava que o *Google* fosse compelido a remover de seu sistema de busca informações referentes a expressão “Xuxa pedófila”. Contudo, o pedido foi negado pelo STJ, por entender que o provedor de pesquisa não hospeda as páginas virtuais indicadas nos seus resultados e assim não poderia ser obrigado a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a divulgação dos respectivos conteúdos – posição diametralmente oposta à adotada no julgado do TJUE.

No caso “Candelária” (Recurso Especial nº 1.334.097-RJ), o recorrente Jurandir Gomes pleiteou indenização por danos

morais em face do Globo Comunicações e Participações S/A, em razão de uma reportagem televisada no programa “Linha Direta” que noticiou a sua participação na “chacina da candelária” em 1993. Ocorre que o recorrente foi absolvido das acusações no Tribunal do Júri e a reportagem, segundo o recorrente, levou ao público situação que já havia superado, reacendendo o ódio social - ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal.

Na decisão do caso, o STJ manteve a indenização requerida e reconheceu um “direito de não ser lembrado” em relação a notícias de fatos passados ausentes de contemporaneidade, sob o fundamento de que, apesar da história da sociedade ser patrimônio imaterial, há notícias jornalísticas que são apenas artificialmente históricas em face de uma exploração midiática de populismo punitivista. Constatou do julgamento que o reconhecimento do direito ao esquecimento é um corretivo deste uso inadequado do passado. Ademais, fundamentou sua decisão no pensamento do sociólogo Zygmunt Bauman, afirmando que um dos danos colaterais da modernidade líquida é a abertura da arena pública ao campo do privado – tendo citado, também, François Ost, para defender a importância de estabilização do passado através do direito, tal como ocorre com os institutos da prescrição, coisa julgada e o sigilo aos antecedentes criminais.

O STJ, neste mesmo julgado, citou casos históricos nos quais houve aplicação do direito ao esquecimento como o caso “Marlene Dietrich” (1858), famosa artista da época que pleiteou o direito de sigilo sobre um romance que vivia e que estava sendo exposto na mídia, que acabou sendo concedido pelo Tribunal de Paris, reconhecendo o

¹ Integra do julgado disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140514-04.pdf>> Acesso em 28/11/2017.

chamado *droit à l'oubli*; o caso “Melvin vs. Reid” (1931) do Tribunal de Apelação da Califórnia, que reconheceu o direito de não exposição do filme “*Red Kimono*” que retratava a vida pregressa de prostituta e homicida de Gabrielle Darley; e o caso “Lebach” (1969) julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, no qual o demandante e ex-condenado pleiteou a proibição de exibição de um documentário sobre uma chacina que seria exibido dias antes de deixar a prisão e que foi acatado pelo tribunal.

No caso “Aída Curi” (Recurso Especial nº 1.316.921-RJ), o STJ, basicamente reproduziu os mesmos fundamentos da decisão do caso “Candelária”, todavia, negou o direito ao esquecimento em ponderação das circunstâncias do caso concreto. Nesta ação, os familiares de Aída Curi (vítima de estupro e homicídio em 1958) ajuizaram em face do Globo Comunicações e Participações S/A, em virtude de reportagem televisada no programa “Linha Direta”, na qual foi retratado o crime sofrido por Aída Curi que, na opinião dos familiares, cuidou-se de uma exploração da tragédia familiar relacionada a fatos extremamente passados sem pertinência atual.

É justamente neste último caso concreto, que houve repercussão geral do tema do direito ao esquecimento reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1.010.606 – no qual foi realizada audiência pública para debate e aprimoramento do instituto do direito ao esquecimento. A referida audiência é objeto do presente artigo, cujo teor passa a ser narrado e analisado no capítulo seguinte.

2. A audiência pública sobre o direito ao esquecimento no Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 1.010.606

A realização de audiências públicas pelo STF consiste em instrumento previsto no regimento interno da corte com finalidade de colher o depoimento de pessoas com experiência ou autoridade em determinada área do conhecimento sobre temas de ampla repercussão social. Os expositores cuidam-se em sua maioria dos chamados *amicus curiae* – que são pessoas ou órgãos especializados e com representatividade sobre o assunto debatido que interveem no processo como terceiros colaboradores.

A audiência pública sobre o direito ao esquecimento ocorreu no dia 12/06/2017 das 9h às 12h e das 14h às 17h – cujos interessados puderam manifestar o interesse em participar via e-mail:

direitoaoesquecimento@stf.jus.br. A audiência foi televisada ao vivo pela TV e Rádio Justiça e encontra-se disponibilizada na íntegra no sítio de hospedagem de vídeos *Youtube* no seguinte link: <https://www.youtube.com/watch?v=msWtXN1NrNo>.

Foi garantido a cada expositor o tempo de 15m (quinze minutos) para fala e foram ouvidos 16 (dezesesseis) expositores. Não houve efetivo debate entre os expositores que oportunizassem críticas recíprocas, salvo raras intervenções do Ministro Dias Toffoli, relator do recurso, que presidiu a mesa da audiência. Não se fará uma reprodução pormenorizada das falas dos expositores, mas tão somente um retrato analítico dos principais argumentos expostos.

O primeiro expositor, Roberto Filho, destacou que a responsabilidade civil em caso de abuso de informação é mera consequência e não remédio para o problema (cuja solução encontrar-se-ia no direito ao esquecimento) e distinguiu ainda que interesse público é diferente de “interesse do público” – dando a entender que o direito de esquecer pode incidir sobre informações que, apesar de públicas, são pessoais e tornaram-se apenas acidentalmente públicas em razão da curiosidade popular. O expositor fez referência ao caso “Richthofen” como argumento para a importância de se evitar estigmas *ad perpetuam* – ao qual ainda acrescentaria o sobrenome “Nardoni” que também carrega um forte estigma.

O professor Daniel Sarmento, representando a Associação Nacional de Jornais e Editores de Revistas, fez um contra-ponto interessante, pois enfatizou que o interesse público e os fatos históricos também dizem respeito a informações simples da vida privada de um povo, como por exemplo os hábitos alimentares ou a sexualidade de uma época, assim a vida comum também é parte da história – aqui, complemento com uma observação do expositor Carlos Affonso Pereira de Souza que comentou sobre a incineração de um processo por acidente de trabalho de um metalúrgico que perdeu um dedo e que posteriormente se tornou uma figura pública, ou seja, muitas vezes uma informação pessoal que aparenta não ter interesse público pode *a posteriori* se tornar de interesse público, o que dificulta este juízo prévio de valor.

Afirmou ainda o professor Daniel Sarmento que no caso Gonzáles não houve incidência do esquecimento sobre a imprensa, mas apenas sobre os buscadores de pesquisa, pois a imprensa

não pode ser obrigada a apagar acervo com informação lícita e verdadeira. O professor alertou para os perigos do *chilling effect* enfrentado no caso *New York Times v. Sullivan* (1964), segundo o qual a aplicação de indenizações pode gerar medo em se publicar determinada matéria por receio de eventual condenação judicial e, por fim, lembrou da obra de George Orwell, “1984”, a qual adverte que aquele que controla o passado pode controlar o futuro.

O expositor Marcel Leonardi, representando a *Google*, opinou no sentido de que a declaração de um direito ao esquecimento seria desnecessária, pois o sistema jurídico brasileiro, tal como ele é, já possui instrumentos suficientes para inibir a prática de ilícitos na rede e abusos do direito de informação, citando, como exemplo, o art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente para remoção de vídeos de pornografia infantil. Disse que tal posicionamento foi adotado pelo Comitê de Reforma Legislativa da Austrália que rejeitou a necessidade de se legislar sobre o direito ao esquecimento. Reiterou que a decisão do TJUE no caso Gonzáles não recolheu a informação na fonte jornalística, mas apenas desindexou do sistema de buscas do provedor de pesquisa, o que apenas dificulta achar a informação.

Segundo o expositor, na maioria das ações judiciais o *Google* é o réu da demanda e não os responsáveis pela informação por ser um “atalho” mais fácil para o esquecimento. Informou que, na prática, diversas informações pessoais já são bloqueadas pelos buscadores do *Google* como telefones pessoais, números de cartão de crédito, etc. Em síntese posicionou-se sobre a necessidade de ponderação sobre os casos concretos que discutem direito a

informação, tal como no caso “Elwanger” no qual o STF não reconheceu o direito de publicação de livro de caráter nazista sob alegação de revisão histórica do holocausto.

André Zonaro Giacchetta, em nome da *Yahoo* do Brasil Internet Ltda., seguiu quase na íntegra a linha de posicionamento do expositor Marcel Leonardi, afirmando que já há soluções adequadas no ordenamento jurídico independente do direito ao esquecimento e que o esquecimento só gera desindexação das pesquisas – segundo o expositor isto fere uma justa expectativa do pesquisador de que a busca seja verídica e o bloqueio de palavras chave transmite uma falsa realidade como se não houvesse qualquer conteúdo na internet sobre o objeto pesquisado que se quis esquecer.

Em nome da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, o professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Gustavo Binbenojm, foi peremptório ao afirmar a inexistência de qualquer direito a “amnésia coletiva” e a “queima de arquivos” e que não há decadência para o direito de informação, bem como que há riscos de discricionariedade judicial em face do indeterminismo do conteúdo deste “suposto” (adjetivo que apareceu bastante ao longo da audiência) direito. Segundo o expositor, recentemente prevalece a inaplicabilidade do esquecimento na jurisprudência européia, como por exemplo com o caso *Leibch II* no qual o Tribunal Constitucional da Alemanha, em 1999, liberou a divulgação do mesmo documentário da chacina que havia sido anteriormente censurado. O expositor lembrou ainda do caso do oficial Maurice Papon do exército do governo francês de Vichy (de dominação nazista, 1940-1944) que foi condenado por

crimes contra a humanidade em 1998 e pleiteou o direito de que seu julgamento não fosse transmitido pela emissora *History Channel*, todavia seu pedido foi negado pelo Tribunal Regional de Paris.

Segundo a opinião exposta, o caso Aída Curi interessaria para a historiografia policial e inclusive para crítica social contra o sexismo e crimes contra a mulher. Aqui, vale a nota tomada pelo expositor Pacheco da Silva, da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) que lembrou a importância da historiografia policial “Crime no Restaurante Chinês” do historiador brasileiro Boris Fausto que analisou todo o contexto cultural e sócio-político da época em relação a homicídios verídicos ocorridos em 1938 em São Paulo, tornando-se referência para as pesquisas de micro-história.

A expositora Thais Borja Gasparian, pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo, contribuiu com dados de uma iniciativa intitulada Projeto “Ctrl X”, que apurou um aumento estatístico dos pedidos de remoção de informação da internet em anos eleitorais por candidatos e partidos políticos, razão pela qual poderia haver uma grave e perigosa instrumentalização do direito ao esquecimento. Segundo a palestrante, informações erradas devem ser corrigidas com mais informações e não por meio do esquecimento deliberado e que, em suma, é a história que decide o que deve ou não ser lembrado e não o juiz.² Verificou-se até aqui uma

² Muitos destes expositores lembraram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.815 julgada pelo STF, sobre as biografias não autorizadas, na qual a corte decidiu que a “biografia é história”, realizando uma interpretação constitucional do código de direito civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de

participação significativa dos representantes da imprensa e provedores de pesquisa na internet que apresentaram posicionamentos institucionais.

Carlos Affonso Pereira de Souza, em nome do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, reiterou a facticidade da impossibilidade de esquecimento, pois o conteúdo jamais é efetivamente esquecido e que jamais uma decisão judicial conseguirá extrair a informação da memória social das pessoas. O expositor lembrou ainda da arquitetura de rede de internet, pois uma decisão em um país pode acabar fazendo com que a informação desapareça das buscas de outro país (como na Tailândia, onde é crime criticar a realeza). Citando um caso de uma professora que queria apagar uma comunidade da rede social *Orkut* que reunia alunos que a odiavam, defendeu que, ao invés de esquecimento, temos que garantir o maior número possível de versões e discursos sobre a informação. Alertou ainda para o chamado “efeito *Stacy*”, pois ao tentarmos remover uma informação acabamos chamando mais atenção para sua divulgação – como exemplo temos o caso citado pela expositora Mariana Cunha Melo Rego, no qual um banco ao requerer sigilo sobre informações suas divulgadas pela *WikiLeaks*, acabou gerando um super-interesse sobre o conteúdo da informação.

Por outro lado, Cintia Rosa Pereira de Lima, professora da Universidade de São Paulo (USP), com base nas suas pesquisas sobre esquecimento no direito

criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

italiano, assegurou que o direito de ser esquecido existe e se difere do direito de desindexação dos provedores de pesquisa, afirmando que o esquecimento é desdobramento natural dos demais direitos da personalidade e que surge quando ocorre a perda da utilidade da informação em face do decurso tempo. Afirma que o direito ao esquecimento não pretende reescrever a história (muitos expositores contrários haviam dito que esquecimento seria a reescrita da história) e que, conforme pensamento de Viktor Mayer-Schönberger, a internet precisa nos permitir a esquecer. O expositor Jose Carlos Costa Neto, inclusive, ofereceu caminhos para harmonizar o esquecimento com a curiosidade histórica através da omissão de nomes e fisionomias em documentários, mas não omissão de fatos em si. Para o expositor José Roberto Opice Blum, todavia, o esquecimento e a internet estão intimamente ligados e que, na prática, nunca lemos a “segunda página do Google”, bastando a informação estar lá para que já esteja “esquecida”.

Anderson Schreiber, representando o Instituto Brasileiro de Direito Civil, afirma que há um direito a não ser perseguido pelos rótulos do passado que não mais refletem a personalidade atual, como ocorre com pessoas transexuais, que tem direito a esquecer quem eram no passado embora a informação seja verdadeira. Ponderou, no caso Aída Curi, sobre a desnecessidade de divulgação de imagens do cadáver da vítima e sepultamento, mas recordou que um dos próprios familiares da vítima publicou um livro sobre o caso, relativizando assim o direito a privacidade. Alegou, por fim, que o indeterminismo do direito ao esquecimento não é argumento para sua não aplicação, pois nenhum direito tem limites estritamente definidos, não é

necessária uma cartilha para que se reconheça um direito.

Gustavo Mascarenhas Lacerda, pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, afirma que deve prevalecer a regenerabilidade e estabilização do passado, como verdadeiro direito a ser deixado em paz. Afirmou que a prescrição e decadência são direitos ao esquecimento e que na sociedade em rede o direito de informar não pode ser confundido com a curiosidade pública. O expositor trouxe para o debate um caso interessantíssimo para a discussão, o caso “*Bulger*” (1993) na Inglaterra: em um passado recente duas crianças torturaram e mataram uma terceira criança em uma linha de trem, após anos de cumprimento de medida sócioeducativa a justiça lhes garantiu novas identidades e um direito vitalício ao anonimato em 2001.

Pablo Cerdeira, pela Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro (FGV/RJ) destacou o que denomino de “esquecimento por arrastamento”, pois o expositor alertou para o fato de que ao se proibir a indexação de palavras-chave nas pesquisas, a proibição acaba acarretando a omissão de todas as notícias e páginas na internet que contenham a informação que se quer esquecer, ainda que nas páginas contenha informação sobre outras pessoas e fatos. Como exemplo, se se autoriza-se o esquecimento das palavras-chave “Ainda Curi”, um artigo acadêmico que trata-se de grandes crimes da história (dentre os quais o de Ainda) seria desindexado das pesquisas na internet o que produziria um esquecimento sobre os outros crimes tratados no artigo acadêmico e que não eram objeto da ação de esquecimento.

3. A (im) possibilidade jurídica do *habeas data* “negativo”

Nessa conjectura, desde a Constituição da República de 1988, o Brasil prevê o instituto do *habeas data*, que, conforme art. 5º, inciso LXXII, consiste em um médio processual: “a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” e “b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo” (BRASIL, 1988).

O referido instituto ainda é processualmente regulamentado pela Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, que incluiu uma terceira hipótese para o *habeas data*, que é a complementação da informação: “Art. 4º [...] § 2º Ainda que não se constate a inexatidão do dado, se o interessado apresentar explicação ou contestação sobre o mesmo, justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado, tal explicação será anotada no cadastro do interessado” (BRASIL, 1997). A lei infraconstitucional ainda consignou a indispensabilidade da negativa extrajudicial em se fornecer o acesso ou retificação/complementação para fins de ajuizamento do *habeas data* e as regras processuais do processamento da ação, como regras da petição inicial, prazos, previsão de recursos, etc.

A partir da análise posta na audiência pública realizada pelo STF, constata-se que há severas divergências sobre a possibilidade jurídica do esquecimento no nosso cenário, os limítrofes e as implicações práticas do reconhecimento deste direito na sociedade da informação. Contudo não se pode aferir na audiência uma certeza jurídica sobre a impossibilidade de se legislar sobre o esquecimento, mas tão somente críticas

a eventuais interpretações jurisprudenciais que pudesse extrair pretorionalmente o esquecimento do nosso ordenamento jurídico.

Parece indissociável, também, a relação umbilical entre o esquecimento e a internet, consistindo o direito de desindexação das buscas no *Google* como o único esquecimento possível. Isto porque, na contemporaneidade, o “fator *Google*” exerce função social decisiva na construção e registro da história da humanidade e da memória social e virtual dos indivíduos e da coletividade. Sem o auxílio dos operadores de pesquisa é praticamente inviável um internauta captar individualmente em sites todas as informações que já são fornecidas conjuntamente pelo operador³.

Sem dúvida que o direito a informação pressupõe o interesse público e que este não é sinônimo de curiosidade pública ou interesse “do” público, mas, como bem apontado na audiência, esse juízo de valor é de difícil mensuração, pois o interesse público sobre uma informação biográfica privada pode surgir em virtude de uma historicidade futura. Como bem defendido também na audiência, somente a própria história pode decidir o que deve não ser lembrado e não um juiz de direito, sob

³ Discussão atual acerca desta “influência” produzida pelas pesquisas no *Google* (também presente nos *posts* impulsionados e perfis *fakes* na rede social *Facebook*) diz respeito aos impactos políticos causados por estas redes na sociedade, pois são capazes de direcionar a opinião pública por meio do “efeito manada”. O próprio *Google* foi recentemente multado por fraudar pesquisas em seus buscadores, oferecendo nos primeiros links opções de sites que não correspondiam aos algoritmos mais acessados (Disponível em: <<https://theenemy.com.br/tech/acusado-de-manipular-resultados-de-busca-google-e-multado-em-eur-242-bilhoes-pela-uniao-europeia>>. Acesso em 09/12/2017).

pena de sofrermos o constante risco de reescrita do passado e do futuro.

Porém, o esquecimento definitivo não parece ser o sentido pretendido para tal direito, pois nunca haverá um delete dos acervos de conteúdo. Assim, o núcleo semântico-normativo mais apropriado para o esquecimento consiste em um direito de “não ser encontrado facilmente na internet”, sem prejuízo das pesquisas em bibliotecas e sites especializados, apenas com fito de minorar os danos da hiper-exposição digital sobre informações desprovidas de relevância coletiva no momento presente. Como narrado na audiência, basta que minha informação se encontre na “segunda página do *Google*”, que ela já estará “esquecida”. Sem prejuízo também de um “desesquecimento” futuro através de uma ação revisional, isto porque é importante defender aqui a possibilidade jurídica de revisão posterior da decisão de esquecimento, pois esta ação nunca poderá fazer coisa julgada definitiva, justamente em face da dificuldade do juízo de valor sobre o interesse público que pode surgir a *posteriori*.

De um ponto de vista mais pragmático, todavia, o “esquecimento por arrastamento” na internet é o grande desafio para a execução da tutela inibitória do esquecimento, mas que, por si só, não parece argumento suficiente para se negar o direito em razão da simples dificuldade de instrumentalização prática de sua aplicação. Ademais, os provedores do *Google*, por exemplo, já demonstraram capacidade de distinguir resultados de busca, por exemplo, quando se pesquisa “crianças nuas” ou “pedofilia”, que sempre direcionam as pesquisas para reportagens e matérias críticas ao assunto e nunca para páginas de pornografia ilegal.

Não obstante, em casos concretos como no caso “*Bulger*” ou envolvendo pessoas transexuais, o esquecimento parece apontar para medidas mais drásticas contra os próprios acervos de conteúdo inclusive públicos (salvo do próprio Poder Judiciário) – mas ainda assim, casuisticamente, isto não impede a revisitação histórica a informação pessoal como no filme “A garota dinamarquesa” (2015) que narra a trajetória de Lili Elbe e o pioneirismo da cirurgia experimental de transgenitalização. De toda forma, em determinados casos é inevitável o paradoxo do esquecimento, pois quando se for estudar no futuro o direito ao esquecimento brasileiro, Aída Curi sempre será lembrada.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por Barbosa Moreira (1988), traduz o *habeas data* como um “direito a verdade a respeito de si próprio”. Portanto, partindo-se do pressuposto de que há um direito a ser esquecido, seja a partir de uma construção pretoriana da jurisprudência ou por meio legislativo, questiona-se se seria possível acrescentar uma quarta hipótese de cabimento do *habeas data*: o direito de apagar informações privadas em órgãos de caráter público.

Defende-se aqui que, diante de um reconhecimento do esquecimento, é perfeitamente viável a impetração de *habeas data* “negativo”, pois o direito de apagar dados é consectário inerente a previsão constitucional de retificação – muitas das vezes, para se retificar basta o apagamento de parte da informação. Celso Ribeiro Bastos, citado por Barbosa Moreira (1988), inclusive já sustentava há muitos anos que à vista do texto constitucional seria possível a supressão de informações quando pertinentes à vida íntima da pessoa. Dotti (1998) foi o primeiro a tangenciar

esta relação entre o *habeas data* e o direito ao esquecimento defendendo que através do *habeas data* é possível combater as agressões aos direitos da personalidade praticadas através de qualquer meio ou instrumento que se remeta ao passado, como a publicação de fotografia, a divulgação de um documento ou a exploração de um fato comprometedor da honra e da boa fama.

Assim, para tanto, será necessário o reconhecimento de uma mutação constitucional do inciso LXXII do art. 5º da Constituição da República (e por reverberação legal da Lei nº 9.507/97) para afirmar a possibilidade de impetração de um *habeas data* “negativo”, cuja finalidade consista não no conhecimento de informações relativas a pessoa do impetrante constante em banco de dados de caráter público, retificação destes dados ou sua complementação/justificação, mas, exatamente o oposto: deletar estas informações, ou parte delas, destes órgãos de caráter público, apagando quaisquer informações relativas ao impetrante. A mutação constitucional (também chamado de poder constituinte difuso) consiste justamente no processo informal de mudança de sentidos do texto constitucional em face da facticidade das alterações históricas, econômicas, culturais, etc.

Conforme leciona Lammêgo Bulos (1996, p. 26-27), a mutação constitucional trata-se de um processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais – afirmando que Laband, examinando o aludido texto constitucional alemão de 1871,

distinguiu a *verfassungänderung* (reforma constitucional) da *verfassungswandel* (mutação constitucional), bem como Hsü Dau-Lin, após entender que a mutação constitucional é a separação entre o preceito da Lei Suprema e a realidade, constatou que as normas constitucionais são modificadas lentamente, sem interferências do poder de reforma.

Obviamente, que tal entendimento é passível de crítica, pois a retificação de dados pressupõe que a informação seja inverídica, o que não ocorre com as hipóteses do direito ao esquecimento. Ademais, seria necessária uma interpretação extensiva da expressão “órgãos públicos” ou de “caráter público” para que haja enquadramento dos buscadores de pesquisa na internet e se considere todo o material da internet como “caráter público” para além do sentido governamental *strictu*.

Contudo, através deste poder constituinte difuso, desta possível interpretação jurisprudencial teleológico-construtivista e de uma análise fático-axiológica do direito ao esquecimento, seria possível reconhecer a existência de um instrumento processual de impugnação autônoma capaz de acautelar a garantia fundamental ao esquecimento que surgiria por meio desta mutação constitucional resultante deste novo contexto histórico no qual o real (privado) e o digital (público) se tornaram uma simbiose líquida.

Importante salientar que no caso do *habeas data* negativo a decisão que julgasse pelo reconhecimento ao direito de esquecimento estaria sujeita a recurso e ao duplo grau de jurisdição e mesmo após o trânsito em julgado se poderia admitir ação rescisória no futuro para desconstituir os efeitos do direito ao esquecimento prolatado pela

sentença, permitindo assim no futuro um “desesquecimento” ou um “re-memoramento” em face de um interesse social, histórico ou cultural que surgir no futuro.

4. Conclusões

No filme “Violação de Privacidade” (2005), distopia na qual as pessoas desde criança implantam chips cerebrais para gravarem suas memórias de vida, o ator Robin Williams interpreta um “montador de filmes de memórias”, cujo personagem editava a vida das pessoas apenas com os melhores momentos para exposição em seus velórios⁴. O melhor caminho para o direito ao esquecimento parece ser o que justamente se afasta desta distopia cinematográfica, sob pena de inquestionável instrumentalização utilitarista do esquecimento que pode forjar a própria história da humanidade.

Ante o exposto, resta evidente que apesar da defesa de cabimento do *habeas data* “negativo” neste texto, não se descuida dos perigos da discricionariedade prática do esquecimento e da constante vigia sobre a apreciação casuística de cada situação singular. Reconhecer um embrião jurídico do esquecimento aqui é apenas uma postura epistemológica provisória, pois as discussões sobre o direito ao esquecimento não estão encerradas e há muito a se conhecer e debater sobre tal pretensão, sobretudo em tempos de mídias sociais nas quais a vida privada se torna domínio público por meio da internet e nos faz questionar se o registro da nossa própria existência nos pertence e se, de fato, é possível pela via judicial requerer uma amnésia coletiva sobre nossas biografias já que

⁴ Série de tevê americana do provedor de *streaming* “Netflix” que aborda questões semelhantes é a série “Black Mirror” (2011), a qual se recomenda.

somos seres co-construídos socialmente.

Evidente que o judiciário não pode se transformar em um “Rio Lete” (oposto de “alétheia”, “verdade”) da comédia divina alighieriana, que se localizava nos campos Elíseos do Hades e causava o completo esquecimento a quem bebesse de sua água. Mas, ancorando-nos temporariamente sobre o cais do esquecimento, vislumbra-se a viabilidade do manejo do *habeas data* “negativo” para esquecimento de dados pessoais constantes na internet pública, sempre que tais informações forem socialmente irrelevantes em face da decadência temporal (tal como ocorre nas ações de usucapião, cuja prescrição do tempo é aquisitiva), mas assegurando-se a possibilidade de revisão histórica deste esquecimento.

Referências

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1998.
- BRASIL. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997**. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Diário Oficial da União, Brasília, 1997.
- BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.335.153**. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Maria Da Graça Xuxa Meneghel. Relator: Nancy Andrighi, Brasília, 20 de maio de 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.334.097**. Recorrente: Globo Comunicações E Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes De França. Relator: Luis Felipe Salomão, 23 de setembro de 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.316.921**. Recorrente: Nelson Curi. Recorrido: Globo Comunicação E Participações S/A. Relator: Luis Felipe Salomão. 10 de junho de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 1.010.606**. Recorrente: Nelson Curi. Recorrido: Globo Comunicação E Participações S/A. Relator: Dias Toffoli, 14 de novembro de 2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma a mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n. 129 jan./mar. 1996.
- DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data**. In: Teresa Arruda Alvim Wambier. *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **O direito ao esquecimento como um direito da personalidade**. 245f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2016.
- TV JUSTIÇA. **Audiência pública- Direito ao Esquecimento**. Youtube, 13 de junho de 2017. Disponível em: << <https://www.youtube.com/watch?v=msWtXN1NrNo> >> Acesso em 28/11/2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Habeas Data Brasileiro e sua Lei Regulamentadora**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 1998
- WALD, Arnoldo; FONSECA; Rodrigo Garcia da. **O habeas data na Lei nº 9.507/97**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998.

Recebido em 2017-12-17
Publicado em 2019-01-06