

Pedro Soares: A relação entre direito ao esquecimento e LGPD

14/03/2021

Ireneo Funes teria vivido no Uruguai no século 19. Um acidente acabou por tornar sobre-humana sua predileção por memorizar fatos de sua vida. Funes percebeu ser um memorioso, sem condições, portanto, de postular um "direito ao esquecimento". O protagonista passou, então, a brincar com a memória. Como contou Jorge Luiz Borges, ele *"sabia as formas das nuvens austrais do amanhecer do dia 30 de abril de 1882 e podia compará-las na lembrança com os veios de um livro em papel espanhol que ele havia olhado uma única vez..."* [1]. Seu dom consistia em paradoxal limitação. Como explicara Funes, *"minha memória, senhor, é como um monte de lixo"* [2]. Talvez por isso passasse a maior parte dos dias no escuro, evitando sobrecarregar sua capacidade de memorizar, que implicava igual incapacidade de pensar. Em seu mundo entulhado, dissera o protagonista, *"não havia senão detalhes, quase imediatos"* [3].



No conto aqui rememorado, Jorge Luís Borges refletiu

sobre a tênue relação entre conhecer e esquecer. Demonstrou que o excesso de informação pode nos tornar reféns de um conjunto de dados desconexos que não nos permite *"pensar"*, *"esquecer diferenças"*, *"generalizar"* e *"abstrair"* (nas palavras do autor).

Se o fluxo informacional gerava preocupação em meados do último século quando o conto foi publicado, essa preocupação se multiplicou na atual sociedade da informação e da vigilância [4]. Em lugar de recorrer-se a Delfos para relembrar o passado ou antever o futuro, Google, Facebook e outras *big techs* suprem a função dos oráculos. Não que haja algo errado nisso. Afinal, a livre iniciativa há de ser protegida e boas ideias, tais como as gestadas por Larry Page, Mark Zuckerberg e tantos outros, devem ser aplaudidas.

O que exige cuidado e constitui matéria a ser resolvida pelo Direito são as implicações desse fluxo desenfreado de informações ao direito à privacidade. Com efeito, embora de redação retumbante, o artigo 21 do Código Civil foi inegavelmente esvaziado, em razão do avanço tecnológico, não sendo mais possível dizer que a vida privada seja, realmente, *"inviolável"* [5].

Inspirada em Borges, essa breve nota pretende abordar, em linhas gerais, se a lei brasileira prevê mecanismos suficientes para o enfrentamento do uso indiscriminado de dados pessoais, muitas vezes sem o conhecimento dos titulares [6]. A análise aqui empreendida não discutirá a profusão de dados pessoais falseados nas chamadas fake news, mas sim o tratamento de dados verdadeiros quando o titular solicita sua eliminação dos respectivos bancos de dados.

Como ponto de partida, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais [7] estabelece o direito à eliminação dos dados, ainda que seu tratamento tenha precedido do consentimento do titular (artigo 18, VI). Segue, assim, a mesma linha do Marco Civil da Internet [8], que estabelece o dever de, mediante ordem judicial, tornar indisponível conteúdo considerado infringente de direitos de personalidade (artigo 19).

A preocupação de ambos os normativos é proteger a autodeterminação informacional, consistente no direito pessoal de determinar qual dado pessoal será divulgada, para quem e com qual propósito. É comum que esse direito — basilar no regime brasileiro de proteção de dados pessoais e igualmente no regime europeu — se choque com outros direitos de igual envergadura. É o caso das liberdades de comunicação (expressão, informação, imprensa e radiodifusão), protegidas com relevo na Constituição Federal.

Não se pode ignorar que a Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988, foi gestada em um período de fluxo informacional menos pujante e nada instantâneo. Não se tinha em contexto o "efeito eternidade" [9] da internet. Na realidade, sequer havia a internet, como espaço de comunicação mundial de fácil acessibilidade, mas meros rudimentos do que, futuramente, veio a se tornar a rede mundial de computadores.

É nesse contraste entre a memória total da internet e a memória limitada do ser humano que o problema da autodeterminação informacional e da prerrogativa de eliminação de dados se coloca com mais ênfase. Explica-se: o direito à privacidade, nele abrangido sua esfera informacional, deve ser relido para reconhecer que cada pessoa se constitui de seus dados pessoais e, assim, que a violação à privacidade informacional configura um rompimento da própria identidade pessoal [10].

Sendo a informação (e os dados pessoais nela contidos) elemento constitutivo da natureza humana, estabelecer relação de propriedade entre a informação e seu titular parece ser equivocado. Daí porque o conceito de titularidade de que trata as normas de proteção de dados não deve ser vinculado ao conceito de propriedade sobre bens.

Nesse momento em que os tribunais brasileiros começam a se debruçar sobre a interface entre privacidade informacional [11] e comunicação, é necessário relembrar essas bases filosóficas e a inspiração jurídica da lei brasileira de proteção de dados. Em especial, em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, foi fixada tese de repercussão geral, que declarou *"incompatível com a Constituição"* a prerrogativa de *"obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais"*. Na prática, portanto, a paradoxal limitação vivenciada por Funes poderá ser compartilhada com todos os cidadãos.

É dizer, em um ambiente informacional caracterizado pela memória total da internet, tornou-se praticamente impossível que dados pessoais carregados na internet, com ou sem autorização de seu titular, possam ser eliminados quando houver interesse em sua divulgação.

Cabe aqui uma ressalva: o Supremo Tribunal Federal não inovou na perspectiva da atividade de jornalismo, uma vez que as proteções concedidas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não se aplicam à atividade jornalística. O que merecerá reflexão mais aprofundada será a possível incidência da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal à desindexação e eliminação de dados pessoais, nos casos em que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais for aplicável.

Como já pontuado em recentes comentários sobre a decisão, o STF optou por não limitar sua incidência à liberdade jornalística, mas a "*toda e qualquer espécie de liberdade comunicativa*" [12]. Nesse sentido, fica a questão: haverá direito à eliminação dos dados pessoais cuja difusão tenha sido originalmente consentida pelo titular?

A resposta não é simples, sendo insuficiente dizer que, havendo interesse de comunicação, inexistirá direito de eliminação de dado pessoal. É necessário considerar que as capacidades de divulgação de dados e de seu esquecimento pelo titular são, ambas, auto constitutivas da pessoa natural (são autopoiéticas, para Luciano Floridi [13]). Assim, parece ser necessário que a lei outorgue ao titular dos dados ferramentas para mitigar o efeito eternidade que possa incidir sobre eles. Do contrário, estaremos diante de um cenário de memória ilimitada e inescapável.

Como isso se dará no Direito brasileiro é questão ainda incerta, dependente da reflexão dos limites e da extensão da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, a ser feita tão logo tenha-se acesso à versão definitiva do acórdão. Enquanto isso, fica o convite a relembrar a lição de Jorge Luiz Borges sobre os limites e a importância da memória. Se somos informação e se vivemos no mundo informacional, a reflexão sobre o papel do direito na proteção da personalidade adquire uma nova camada que será, por certo, afetada pela forma como se protegem os dados pessoais.

[1] Borges, Jorge Luis. Ficcões. Companhia das Letras. Edição do Kindle, p. 80-81.

[2] Idem.

[3] Borges, Jorge Luis. Ficcões. Companhia das Letras. Edição do Kindle, p. 83.

[4] A palavra é inspirada nos trabalhos de Stefano Rodotà, para quem, na sociedade da vigilância, "*a multidão não é mais 'solitária' e anônima: está nua*". MORAES, Maria Celina B. (org), RODOTÀ, Stefano, A Vida na Sociedade da Vigilância, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 9.

[5] Vale conferir SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. In. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 46 (“... a privacidade se sujeita, como outros interesses existenciais, a ponderações que, à luz das circunstâncias concretas, a fazem ora prevalecer, ora assentir com a prevalência de outros interesses que, também voltados à proteção da pessoa humana, mostram-se dignos em abstrato de igual proteção”).

[6] O uso da palavra “conhecimento” em lugar de “consentimento” é intencional. Muitas vezes, o titular do dado pessoal sequer sabe onde seus dados estão armazenados e de que forma estão sendo tratados.

[7] Lei n. 13.709 de 14/8/2018, modificada pela Lei n. 13.853 de 8/7/2019.

[8] Lei n. 12.695 de 23/4/2014.

[9] Confira TERWAGNE, Cécile de. Internet Privacy and the Right to Be Forgotten/Right to Oblivion. Revista de Internet, Derecho y Política, 2012, disponível em https://www.researchgate.net/publication/271266988_Privacidad_en_Internet_y_el_derecho_a_ser_olvidado-en-Internet-y-el-derecho-a-ser-olvidado-derecho-al-olvido.pdf (“o ‘novo’ direito ao esquecimento é claramente vinculado a certas especificidades da Internet [...] o ‘efeito eternidade’ da memória eletrônica e a eficiência das ferramentas de busca...”).

[10] FLORIDI, Luciano. The Ethics of Information. Oxford: OUP, 2013, p. 248.

[11] A discussão entre privacidade e comunicação é antiga. O que se mostra certo modo recente, é o debate dessa questão no contexto da sociedade da informação. Daí se discutir na presente nota, a privacidade informacional.

[12] <https://www.conjur.com.br/2021-fev-25/direito-comparado-esquecimento-direito-ou-precoerencia-retrospectiva-parte>.

[13] FLORIDI, Luciano. The Ethics of Information. Oxford: OUP, 2013, p. 223.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-mar-14/pedro-soares-relacao-entre-direito-esquecimento-lgpd/>