



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Victor Hugo Teixeira Menezes

**DIREITO À DESINDEXAÇÃO: da origem europeia à aplicação no cenário
brasileiro**

Brasília

2017

Victor Hugo Teixeira Menezes

DIREITO À DESINDEXAÇÃO: da origem europeia à aplicação no cenário brasileiro.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Laura Schertel Ferreira Mendes.

Brasília

2017

Nome: Menezes, Victor Hugo Teixeira.

Título: Direito à Desindexação: da origem europeia à aplicação no cenário brasileiro.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 16.03.2017

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Professora Doutora Laura Schertel Ferreira Mendes

Universidade de Brasília - UnB

Integrante: Professor Doutor Márcio Iorio Aranha

Universidade de Brasília - UnB

Integrante: Professor Thiago Luis Sombra

Universidade de Brasília - UnB

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, irmão, namorada, amigos e demais familiares, pelo apoio incondicional, por todo o amor, carinho e compreensão desde antes do meu ingresso nesta Universidade, e por toda a alegria e felicidade que compartilhamos.

AGRADECIMENTOS

À professora Laura, que muito me ajudou na criação deste trabalho, sempre foi compreensiva e me prestou ajuda quando precisei.

Aos amigos de curso com quem compartilhei as angústias e as alegrias durante o curso, principalmente nesta reta final.

Aos amigos de vida (alguns dos quais feitos no curso de Direito), que me enchem de alegria e me dão motivos para sorrir.

À minha namorada, amiga e companheira, Thays, que me apoia desde antes do início deste curso.

Aos meus pais, Luiz e Nadir, e ao meu Irmão, Matheus, todos amigos e anjos presentes na minha vida, pela cobrança necessária, apoio e compreensão, mas principalmente, pelo amor.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a necessidade contemporânea do direito ao esquecimento na internet, em especial da aplicação do direito à desindexação, em função do papel desempenhado pelos provedores de buscas no cotidiano do ser humano na era digital. Inicialmente, verifica-se a construção de uma memória digital ao longo da evolução humana e o impacto desta sobre o comportamento social do homem, o que constata a necessidade da aplicação do direito ao esquecimento no ambiente virtual. A seguir, busca-se o desenvolvimento do direito à desindexação como garantia do esquecimento frente aos provedores de buscas, mecanismos que dispõem de controle sobre a formação da imagem dos indivíduos em função do seu poder informacional. Para tanto, analisa-se a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Google Spain vs. Mario Costeja González*, que deu origem ao direito à desindexação. Por fim, busca-se delinear a aplicação do direito à desindexação no cenário brasileiro, através da análise de três casos emblemáticos discutidos no STJ e do Marco Civil da Internet.

Palavras-chave: Direito à Desindexação; Direito ao Esquecimento; Internet; *Google Spain*; *Xuxa vs. Google*; *S.M.S vs. Google*; *Righth to be Delisted*.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze the contemporary necessity for the right to be forgotten in the Internet context, especially the application of the right to be deindexed, due to the role played by search providers in the daily life of the human being in the digital age. Initially, the construction of a digital memory along human evolution, and its impact over the social behavior of man confirms the necessity to apply the right to be forgotten in the virtual environment. Next, it seeks the development of the right to be deindexed as a guarantee of forgetfulness against search providers, which are mechanisms that control the formation of individual's image, due to their informational power. Therefore, the decision of the Court of Justice of the European Union in *Google Spain vs. Mario Costeja González* case, which originated the right to be deindexed. Finally, the present dissertation seeks to delineate the application of the right to be deindexed in the Brazilian scenario, through the analysis of three emblematic cases discussed in the Brazilian Superior Court of Justice and the Brazilian Civil Rights Framework for the Internet.

Keywords: Right to be Deindexed; Right to be Forgotten; Internet; Google Spain; Xuxa vs. Google; S.M.S vs. Google; Right to be Delisted.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITO AO esquecimento NA internet: FUNDAMENTO TEÓRICO E MECANISMOS TÉCNICOS de implementação	11
1.1 Perspectiva Teórica: A Arquitetura da Internet e o “Eterno Lembrar”	11
1.2 Mecanismos técnicos de esquecimento	17
2 Google Inc., Google Spain SL. VS Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González	22
2.1 Construção do Caso	22
2.2 Decisão do TJUE	24
2.3 Implementação da Decisão – <i>Art. 29 Working Party</i>	29
3 Direito à desindexação no brasil	37
3.1 Caso Xuxa vs. Google.	37
3.2 Caso S.M.S vs Google	40
3.3 RESP 1582981/RJ.....	43
3.4 Direito à desindexação no Marco Civil da Internet	46
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O direito é concebido como uma ferramenta de controle e regulação dos fenômenos sociais, e deve sempre acompanhar as transformações da sociedade e o desenvolvimento dos meios e ambientes que proporcionam e hospedam as relações sociais. Por conta disso, o direito e os institutos que intermediam sua aplicação, estão sempre em processo de transformação. Ainda, é importante considerar que, ao mesmo passo em que o direito é moldado seguindo o desenvolvimento das relações sociais, ele exerce também grande influência sobre este, na medida em que regula e molda os limites destas relações.

As relações sociais sofrem grande influência das inovações tecnológicas, principalmente no tocante ao desenvolvimento daquelas que proporcionam novas formas de interação social e interpessoal.

No cenário atual, é óbvio que o desenvolvimento da internet, bem como de meios de armazenamento e compartilhamento de informações representam uma das transformações sociais mais significativas para o direito, na medida em que proporcionam um ambiente completamente novo para as interações sociais. Este novo ambiente e suas particularidades – como a velocidade sem precedentes em que acontecem as interações sociais – desencadeou a necessidade de uma transformação mais acentuada no direito.

É nesse cenário em que se apresenta o direito ao esquecimento. Apesar de ser um debate nada novo – no Brasil, por exemplo, já se reconhecia a ideia de esquecimento desde o direito penal, no instituto da reabilitação penal – o direito ao esquecimento é um dos institutos que se tornaram mais evidentes com o advento da internet. Tanto é, que só recentemente foi reconhecida institucionalmente, no Brasil, a necessidade desta discussão, no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil¹, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal do Supremo Tribunal Federal – CJF/STJ.

¹ ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

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

Entretanto, é importante dizer que esta monografia não tem como objetivo a discussão acerca do direito ao esquecimento de forma geral no ordenamento jurídico brasileiro. Mais especificamente, este trabalho propõe a análise do recém concebido direito à desindexação, aqui trabalhado como uma expressão do direito ao esquecimento aplicado ao ambiente virtual.

A discussão do direito à desindexação tem grande relevância pois acompanha uma realidade observada ainda dentro das relações sociais dentro da internet, bem como suas consequências fora dela. Isto porque o cerne desta discussão está na atuação dos mecanismos de buscas, disponibilizados na rede por pelas empresas Google, Yahoo, entre outros, e o impacto que os resultados destas pesquisas têm sobre a imagem do pesquisado – quando se trata de um indivíduo.

Os mecanismos de busca virtual, aqui tratados como provedores de busca, são, atualmente, as principais fontes de informação da maior parte dos indivíduos. Dessa forma, é fácil perceber que as informações que os mecanismos de busca disponibilizam sobre alguém têm grande impacto sobre os direitos fundamentais deste indivíduo, vez estes resultados acabam por delinear um perfil do indivíduo pesquisado, destacando, de toda a sua história, as informações apresentadas como mais relevantes.

O objetivo deste trabalho é, portanto, a apresentação do referido direito à desindexação, desde a sua concepção no Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE, a sua implementação nos Estados membros da União Europeia, até o reconhecimento deste direito no cenário jurídico Brasileiro, através da apresentação de casos emblemáticos, discutidos no Superior Tribunal de Justiça – STJ.

1 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET: FUNDAMENTO TEÓRICO E MECANISMOS TÉCNICOS DE IMPLEMENTAÇÃO

Para embasar a discussão do direito ao esquecimento aplicado ao cenário virtual em que estamos imersos, faz-se necessária, inicialmente, uma contextualização sobre desenvolvimento do comportamento humano no tocante à ideia de memória, assim como sobre o impacto da internet neste comportamento.

1.1 Perspectiva Teórica: A Arquitetura da Internet e o “Eterno Lembrar”

O desenvolvimento intelectual do ser humano, na história, provou-se dependente da sua capacidade de transmitir seu conhecimento.

Antes do desenvolvimento da linguagem, atividades básicas de sobrevivência, tais como caçar, pescar, plantar, eram aprendidas apenas empiricamente, ou seja, não havia a possibilidade de ensinar a geração seguinte como fazer tudo aquilo que a anterior aprendeu através de suas experiências, o que, portanto, representava uma barreira na evolução intelectual da espécie.

Com o desenvolvimento da linguagem, foi possível ao homem transmitir e compartilhar o seu conhecimento, de modo que a geração seguinte não precisaria mais presenciar a execução de determinada tarefa para ser capaz de reproduzi-la, ou seja, aprende-la através da observação, tentativa e erro. Deste momento em diante tornou-se possível aprender, absorver conhecimento, das experiências compartilhadas pelos outros indivíduos.

A formação do homem como ser social dependia – e ainda depende – portanto, deste compartilhamento e da transmissão de informações conseguidas pelas experiências pessoais. A luta contra a perda destas informações, contra o esquecimento, se tornou inerente à evolução humana.

Tal necessidade levou o homem, portanto, a sempre buscar maneiras de registrar e organizar as informações que percebia. De pinturas rupestres, nas paredes de cavernas, até as fotografias, de formas de escrita arcaicas aos e-books, o desenvolvimento tecnológico, inerente ao desenvolvimento da sociedade, é sempre aplicado no aumento da eficiência do registro de informações.

O homem está sempre desenvolvendo ferramentas para combater a perda, o esquecimento das informações que adquire, sempre buscando as melhores formas de

registrar, transmitir, e acessar tais informações. Sempre em busca de atingir uma memória perfeita, por assim dizer.

Apesar da luta constante para gerir as informações, esquece-las sempre foi mais fácil, mais natural, do que recordá-las².

Registrar informações, bem como acessá-las posteriormente, nunca foi uma tarefa fácil ou barata. Registrar informações sempre foi sinônimo de gasto de recursos, o que tornava ainda mais evidente o seu valor.

Tomando como exemplo o início da escrita, havia uma série de dificuldades na produção de um livro, o processo de produção era bastante custoso e demorado, já que dependia do trabalho de um único indivíduo, ou de uma casta restrita (caso dos monges e escribas). O mesmo pode ser dito de outros registros de informação não digitais, como as fotografias por exemplo. Como resultado, por mais que os meios de registro de informações estivessem se desenvolvendo, o acesso a estes permaneceu, por um longo tempo, restrito a castas mais abastadas da sociedade, o que causava, portanto, um acesso ao conhecimento bastante restrito.

Entretanto, observa-se nos dias atuais que esse quadro mudou diametralmente. O constante desenvolvimento tecnológico culminou no que hoje é chamada era digital.

Com o advento da internet, da digitalização das informações, de bancos de dados capazes de armazenar quantidades massivas de informação, o lembrar (que pode ser sumarizado nos atos de armazenar e acessar informações) tornou-se muito mais fácil do que um dia já fora.

A era digital se estruturou em torno da premissa da facilidade no registro, compartilhamento e armazenamento de informações, principalmente em função da internet e da facilidade no acesso desta.

No cenário atual, grande parcela da população tem acesso à internet, e esse número só tende a aumentar.

Segundo dados do IBGE³, recolhidos no trabalho “ACESSO à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2014 PNAD”, no Brasil, no ano de 2014 mais da metade (54,9%) dos domicílios permanentes tinha acesso à internet, alcançando o número de 36,8 milhões de domicílios. Em 2013, essa proporção era de 48%. No mesmo ano, estima-se que o número de indivíduos, com mais de 10 anos de idade, que tinham

² Mayer-Schönberger, Viktor, “Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age”, 2009. Página 11.

³ ACESSO à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2014 PNAD

acesso à internet era de aproximadamente 95,4 milhões (54,4% do contingente populacional abrangido por essa faixa etária).

Isso significa dizer que, só no Brasil, mais da metade da população tem acesso rápido e fácil a qualquer tipo de informação disponível na rede. Mais ainda, tem a capacidade (e o incentivo para tanto) de alimentá-la constantemente, de forma consciente e inconsciente.

O amplo acesso à internet, aliado a uma ampla variedade de espaços de interação pessoal/virtual, as redes sociais, vêm estabelecendo uma cultura que incentiva o compartilhamento de informações de forma irrestrita. Fotos, localizações, datas, publicação de opiniões sobre todo e qualquer assunto, o compartilhamento deste conteúdo na rede tornou-se rotineiro para os indivíduos na era digital - essa tendência cultural de produção de informações para o compartilhamento na rede é usualmente referida como Web 2.0 (Viktor Mayer-Schönberger, “Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age”, 2009. Página 12).

Ainda, é necessário considerar que mesmo que os indivíduos compartilhem informações na rede de forma consciente, na maioria dos casos, não lhes ocorre que a informação depois que compartilhada online, passa a ter uma abrangência/disponibilidade global, e tempo de expiração ilimitado. Passa a compor a eterna memória digital.

Do momento em que se compartilha qualquer informação na rede, perde-se o controle sobre ela. Mais ainda, toda interação em ambiente virtual é fonte de informação sobre as partes desta interação, e sob a qual estas mesmas partes não têm nenhum controle.

Várias das atividades virtuais rotineiras para os usuários geram informação sobre estes usuários que fica registrada na rede, mesmo que o próprio usuário não esteja consciente disso. Um bom exemplo é a utilização de sites de buscas.

Quando um indivíduo escolhe termos para efetuar determinada pesquisa em algum site de buscas, os termos utilizados, assim como quais os resultados mais acessados para aqueles termos, ficam registrados nos bancos de dados daquele site.

Os sites de buscas são capazes de armazenar cada termo de pesquisa já feito por cada usuário, em que data esta pesquisa foi feita e quais resultados foram clicados/selecionados, deste o início do funcionamento destes sites - apesar de que, o Google já declarou que só armazenaria estas informações por um prazo de 05 anos.

Com base nessas informações, os provedores traçam perfis de interesses dos seus usuários, o que lhes permite uma maior efetividade ao oferecer resultados para as

buscas efetuadas. Além disso, estes perfis também são utilizados para selecionar ofertas de serviços e produtos compatíveis com os interesses de cada usuário.

Todo o processo de registro, acesso, compartilhamento de informação é hoje algo natural para os usuários da internet, e o armazenamento destas e de demais informações é inerente à própria estrutura da internet.

O armazenamento irrestrito é interessante em diversos aspectos: desde a necessidade jurídica de controle de informações pessoais, até o já mencionado interesse comercial de controle de mercado (umas das aplicações do armazenamento de informações feito pelos sites de pesquisa).

Da funcionalidade dos sites de busca de completar os termos de pesquisa, da sugestão de grupos de grupos de grupos apresentados pelo Facebook, até a seleção específica de quais anúncios devem ser apresentados a cada usuário individualmente, com base no portfólio de interesses identificados nas buscas já realizadas e sites já visitados, é inegável a comodidade que o perfil de interesses traçado pelos diversos sites que acessamos pode trazer.

Porém, tal comodidade pode mascarar o fato de que várias empresas que administram sites de uso rotineiro – como o Facebook e o Google, por exemplo – estão, a todo momento, monitorando o comportamento online dos usuários, processando essas informações e utilizando-as conforme o seu melhor interesse – normalmente comercial.

Nota-se, portanto, que houve a troca do paradigma apontado anteriormente. O lembrar, compreendido como processo de armazenamento e acesso das informações, tornou-se agora a regra, e o esquecimento a exceção.

Esta mudança de paradigma tem grande influência nas relações interpessoais, bem como no comportamento dos indivíduos perante a sociedade.

Em seu livro “Delete – The Virtue of Forgetting in the Digital Age”, Viktor Mayer-Schönberger apresenta dois casos emblemáticos que exemplificam algumas das consequências da memória digital nas relações humanas, os casos de Stacey Snyder e de Andrew Feldmar, apresentados a seguir.

“Stacy Snyder queria ser professora. Na primavera de 2006, a mãe solteira de 25 anos havia terminado o curso e estava ansiosa para iniciar sua carreira futura como professora. Foi então que seu sonho morreu. Convocada por funcionários da universidade, foi dito a ela que não seria possível tornar-se professora, apesar de ela ter conseguido todos os créditos, passado em todas as provas, concluído todas as aulas práticas com muitas honras. A ela foi negado o certificado sob o argumento de que seu comportamento era impróprio para um professor. Seu comportamento? Uma foto publicada online mostrava Stacey vestindo um chapéu de pirata e bebendo. Stacy colocou a foto em sua página social MySpace, e intitulado ‘pirata bêbada’ para seus amigos verem e se

divertirem. A administração da universidade, avisada por um professor super zeloso da escola onde Stacy pretendia ser professora, argumentou que a foto publicada foi imprópria porque a fotografia de um professor bebendo álcool exporia seus alunos. Stacy considerou retirar a foto da rede social. Contudo, o dano já havia sido feito. A página de Stacy já havia sido catalogada por sites de busca e indexados. A internet lembrou o que Stacy queria esquecer.” (Viktor Mayer-Schönberger, “Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age”, 2009. Página 11 tradução nossa).

“(…)Veja o caso de Andrew Feldmar, um psicoterapeuta canadense com quase 70 anos, morador de Vancouver. Em 2006, indo buscar um amigo no Aeroporto Internacional Seattle-Tacoma, ele tentou cruzar a fronteira Canada/EUA como havia feito uma centena de vezes antes. Desta vez, entretanto, um guarda da fronteira buscou na internet por Feldmar. Descobriu um artigo que Feldmar havia escrito para um jornal interdisciplinar em 2001, no qual ele mencionava que havia tomado LSD nos anos 1960. Feldmar foi detido por quatro horas, teve suas impressões digitais colhidas, e depois de assinar uma declaração em que havia consumido drogas quase quatro décadas atrás, foi impedido de entrar nos Estados Unidos.

Andrew Feldmar, um profissional realizado e sem ficha criminal, sabia que havia violado a lei quando usou LSD nos anos 1960, mas sustenta que não usa drogas desde 1974, mais de trinta anos antes do guarda da fronteira pará-lo. Para Feldmar, foi um tempo em sua vida que já há muito passado, uma ofensa que ele pensara ter sido há muito esquecida pela sociedade, e irrelevante para a pessoa que ele se tornara. Mas em função da tecnologia digital, a habilidade da sociedade de esquecer ficou suspensa, substituída pela memória perfeita.” (Viktor Mayer-Schönberger, “Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age”, 2009. Página 12, tradução nossa).

Os casos de Andrew e Stacy representam o quão graves podem ser as consequências que informações disponíveis na rede podem ter sobre as relações sociais não virtuais.

O caso de Stacy é um exemplo claro de como informações disponíveis na rede podem repercutir na vida profissional, inclusive na permanência do trabalhador no emprego, pois o teor das informações sobre o empregador, compartilhadas na rede, podem gerar uma demissão por justa causa, conforme o artigo 482, alínea “k” da Consolidação das Leis do Trabalho⁴.

Além disso, nos processos seletivos para contratação de novos empregados, já é prática corriqueira que os empregadores busquem informações sobre os candidatos à uma vaga de emprego nas redes sociais destes, inclusive analisando o teor das postagens, posturas e opiniões online⁵.

⁴ Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:
(...)

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

⁵ <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/economia/concurso-e-emprego/noticia/2015/10/26/sua-postagem-nas-redes-sociais-pode-ser-decisiva-na-hora-da-contratacao-205270.php>. Acesso em 25 de jan. de 2017. E <http://exame.abril.com.br/carreira/as-empresas-olham-tudo/>. Acesso em 25 de jan. de 2017.

Já o caso de Andrew Feldmar é ainda mais significativo, no tocante ao perigo da memória perfeita. Andrew sofreu consequências severas por informações suas, presentes na internet, que faziam referência a atos cometidos a mais de trinta anos atrás.

Ainda que, ao contrário do caso de Stacy Snyder, seja um exemplo de difícil reprodução, em função de suas particularidades, as condições para que quadros como este se reproduzam nunca antes foram tão presentes como agora.

Não é estranha a nenhum indivíduo na era digital, a afirmação de que uma vez que algo é disponibilizado na rede, não poderá mais ser removido. A informação compartilhada, seja ela qual for, passa a vincular um histórico digital de cada indivíduo, podendo ser recuperada/acessada por qualquer um, a qualquer momento no futuro.

A busca pelo histórico virtual, composto por todas as informações – localizações, fotos, vídeos, opiniões - já partilhadas na rede, tornou-se algo corriqueiro.

É comum buscar as declarações antigas de alguém – normalmente de personalidades de destaque midiático – feitas em alguma mídia social, para fazer uma contraposição com as declarações mais recentes. Outro exemplo corriqueiro, torcedores de clubes de futebol costumam procurar na internet declarações antigas, ou até mesmo fotos dos jogadores do seu time vestidos com a camisa do time rival.

A facilidade na recuperação de informação disponível na rede criou nos usuários da Web 2.0 o costume de se monitorarem mutuamente, o tempo todo.

Segundo Viktor Mayer-Schönberger, os indivíduos da era digital estão sujeitos a uma versão digital do panóptico, de Jeremy Bentham⁶, porém com alcance ainda maior, tendo em vista que esta vigilância se estende no tempo, já que as ações de um indivíduo ficam gravadas permanentemente na memória digital, podendo reverberar em momento futuro.

A realidade à que se refere Schönberger tende a gerar um efeito regulador sobre o comportamento dos indivíduos imersos na era digital, uma autolimitação, quanto ao conteúdo exposto na rede.

Pode-se afirmar, portanto, que a liberdade de informação, princípio que constantemente se opõe ao direito ao esquecimento, atuaria de modo a restringir a liberdade de expressão, através do risco constante da repercussão futura de tudo que é exposto na rede.

⁶ O Panóptico de Bentham é uma edificação circular onde todos os encarcerados estão sujeitos à uma vigilância aparentemente onipresente, e cujo objetivo é que a ideia de estar sendo vigiado constantemente, por si só, gere um controle comportamental sobre o indivíduo.

Mais ainda, “(...) *permanent remembering creates the specter of a spatial and temporal panopticon, in which everybody may constantly be tempted to self-censor. Perhaps most importantly, comprehensive digital remembering collapses history, impairing our judgment and our capacity to act in time. It denies us humans the chance to evolve, develop, and learn, leaving us helplessly oscillating between two equally troubling options: a permanent past and an ignorant present.*” (Viktor Mayer-Schönberger, “Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age”, 2009. Página 77).

A memória digital, perfeita, e de amplo acesso, portanto, priva os indivíduos do seu direito ao esquecimento e, por isso, entra constantemente em conflito com os princípios fundamentais ligados à privacidade, à imagem, à honra, à dignidade humana.

Desta forma, faz-se iminente a necessidade do direito ao esquecimento, bem como de formas que possibilitem, numa sociedade onde esquecer tornou-se caro e antinatural, a garantia de prestação efetiva deste direito.

1.2 Mecanismos técnicos de esquecimento

Diante da situação descrita no tópico anterior, faz-se necessário o desenvolvimento de mecanismos que preservem os direitos fundamentais que a memória perfeita/digital ameaça.

Viktor Mayer-Schonberger, apresenta algumas alternativas para atenuar as consequências da memória digital, entre as quais estão: abstinência digital, que consiste numa mudança comportamental dos usuários da Web 2.0; uma estruturação mais rígida dos direitos à privacidade e controle de dados pessoais e direitos de propriedade intelectual, por parte dos legisladores e aplicadores do direito; a utilização de uma “contextualização perfeita”, que seria a contextualização das informações recuperadas pela memória digital; uma mudança na cultura social ao recepcionarmos as informações recuperadas, para que a compreensão do passado afetasse minimamente o presente; ou mesmo a estipulação de uma data de expiração para a informação disponível na rede, o que simularia, de certa forma, o mecanismo biológico do esquecimento.

Entretanto, conforme aumenta a demanda por retirada de informações da rede, fica evidente a necessidade social de aumentar o controle sobre os conteúdos disponíveis na internet. O desenvolvimento de mecanismos com este fim por entidades públicas e privadas vêm sendo fenômeno cada vez mais recorrente.

A retirada ou bloqueio de conteúdo da internet por meio de ordem judicial é um mecanismo comum mundo afora, mas pressupõe a existência e comprovação, por

meio de processo judicial, de alguma ilicitude causada pela disponibilização da informação, ou mesmo do teor desta.

Dessa forma, a retirada de conteúdo ilícito da internet não é tão efetiva quanto seria necessário, para assegurar a privacidade ou a garantia dos direitos fundamentais dos usuários. Isto ocorre por conta da arquitetura da internet, da velocidade em que os conteúdos são replicados na rede, tornando a informação incontrolável. A retirada de conteúdo por ordem judicial é, portanto, incompatível com a velocidade de disseminação de informação da internet.

A insatisfação com conteúdo exposto na internet levou ao desenvolvimento de mecanismos que possam, em certa medida, auxiliar na garantia de direitos fundamentais, auxiliar no esquecimento digital.

Este trabalho visa o estudo de um desses mecanismos, do direito à desindexação. A esse respeito, é pertinente apresentar resumida explicação do funcionamento de mecanismos de busca, conforme apresenta Marcel Leonardi em sua obra “Tutela e privacidade de Internet”:

“É preciso compreender que um mecanismo de busca é essencialmente ‘um conjunto de programas de computador que executa diversas tarefas com o objetivo de possibilitar a localização de arquivos e Web sites que contenham ou guardem relação com a informação solicitada pelo usuário’. O funcionamento desse sistema envolve a utilização de palavras-chave fornecidas pelo usuário, as quais são procuradas em índices criados pelo próprio mecanismo de busca a partir de visitas automatizadas a Web sites realizadas por softwares específicos, conhecidos como robôs. Quando as palavras-chave são localizadas nesse índice, uma lista contendo os links a elas relacionados é apresentada ao usuário, possibilitando o acesso às informações que foram encontradas conforme os termos da pesquisa especificada. De modo simplificado, os softwares robôs vasculham continuamente as informações disponibilizadas na World Wide Web, possibilitando ao mecanismo de busca criar um índice próprio, contendo informações a respeito dos Web sites visitados – procedimento conhecido no jargão informático como indexação. Posteriormente, por meio de algoritmos próprios, o mecanismo de busca organiza essas informações e exibe resultados em resposta à pesquisa efetuada pelo usuário. Como é intuitivo, além do emprego de palavras-chave relacionadas à informação ou ao assunto desejado, a qualidade dos algoritmos é determinante para que a pesquisa apresente resultados úteis.”⁷

A desindexação, portanto, consiste na retirada de resultados da lista de um provedor de buscas, quando pesquisado por uma palavra-chave em particular. Ou seja, não há a real retirada, ou bloqueio do conteúdo reclamado, mas sim a omissão deste dos resultados de determinada busca, promovendo a desvinculação entre a palavra-chave pesquisada e a informação reclamada, que se quer omitir.

⁷ Marcel Leonardi, Tutela e Privacidade e Internet, página 287/288.

A desindexação foi formulada como um direito na decisão do TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia, no pleito do advogado Mário Costeja González em face da Google Espanha, conforme será exposto no próximo capítulo com maiores detalhes. O Tribunal europeu decidiu em favor de Gosteja González, para que o Google, retirasse da lista de resultados, quando pesquisado o nome do advogado, o link de uma matéria do jornal *La Vanguardia* que continha informações pessoais do advogado.

Após a decisão, a Google Inc. lançou um formulário online para que os seus usuários europeus pudessem requerer diretamente a empresa a remoção de links, e, em menos de 24 horas, mais de doze mil pedidos foram feitos⁸. O procedimento, que funciona através do requerimento de desindexação via formulário, ficou conhecido como *notice-and-delist* e será melhor analisado no capítulo seguinte.

O mecanismo de funcionamento do *notice-and-delist* guarda grandes semelhanças com outra ferramenta vigente na União Europeia, o chamado *notice-and-takedown*.

O *notice-and-takedown* é um mecanismo que surgiu a partir da Diretiva de Comércio Eletrônico 2000/31/CE⁹, cujo objetivo era criar uma estrutura legal que regulasse os serviços online, incluindo o comércio eletrônico entre, os países membros da União Européia¹⁰.

Este mecanismo visa exercer uma espécie de controle de legalidade sobre os conteúdos disponíveis na internet, através da vigilância dos próprios usuários, que, ao perceberem conteúdos ligados à alguma ilegalidade – seja ela qual for, desde afronta à direitos autorais, discurso de ódio, difamação, práticas comerciais injustas¹¹ – notificam os sites que hospedam o conteúdo, requerendo a sua retirada, bloqueio, ou correção.

A partir da notificação de conteúdo ilegal, o site que hospeda o conteúdo reclamado deve promover a análise do requerimento de retirada, e optar pela remoção ou não do conteúdo, de acordo com sua discricionariedade. Entretanto, caso opte pela não remoção, poderá ser responsabilizado legalmente em momento posterior.

⁸ <http://www.conjur.com.br/2014-jun-26/google-comeca-remover-links-buscas-europa>. Acesso em 08 de fev. de 2017.

⁹ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:en:HTML>

¹⁰ “A Diretiva de Comercio Eletrônico 2000/31/CE criou o enquadramento jurídico para os serviços online, incluindo o comércio eletrônico dentro do mercado interno. O propósito desta Diretiva é remover os obstáculos do comércio eletrônico entre fronteiras na União Europeia e promover segurança jurídica para os negócios e cidadãos nas transações online entre fronteiras” (tradução nossa). Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/e-commerce-directive>

¹¹ Aleksandra Kuczerawy & Jef Ausloos – “From Notice and Takedown to Notice and Delist: Implementing Google Spain”, página 233)

Nota-se, portanto, que os mecanismos de *notice and delist* e *notice and takedown* guardam várias semelhanças, tanto na forma procedimental, quanto no conceito de atuação.

Conforme Aleksandra Kuczerawy e Jef Ausloos explicitam, em seu artigo *From Notice and Takedown to Notice and Delist: Implementing Google Spain*, “Em ambos os casos, entidades privadas cujos direitos tenham sido atingidos podem contatar o provedor de serviços diretamente, requerendo que o conteúdo não mais apareça no contexto do serviço provido. Pelo bem da eficiência, o envolvimento de entidades públicas não é requerido, porém, esta possibilidade não é excluída. Em ambos os procedimentos, uma corte ou outro ente público competente pode acompanhar os procedimentos, especialmente se o requerimento inicial não for concedido. Em ambos os casos, é do provedor de serviços a responsabilidade de avaliar a validade do requerimento. A seguir, o provedor de serviços deve examinar o material reclamado e decidir se aceitará o requerimento. Uma resposta negativa ao requerimento, em ambos os casos, pode resultar na responsabilização do provedor de serviços” (tradução nossa). (Aleksandra Kuczerawy & Jef Ausloos – “*From Notice and Takedown to Notice and Delist: Implementing Google Spain*”, página 236).

Além disso, os dois mecanismos padecem de problemas em comum. Em ambos os casos, as diretivas que implementam tais mecanismos, não instituem claramente a aplicabilidade destes.

Ainda, para ambos os casos, existe a preocupação de que promovam a retirada arbitrária de conteúdo da rede, o que infringiria os direitos de liberdade de expressão dos publicadores de conteúdo, e o direito coletivo de acesso à informação. Por fim, a falta de instrução para aplicação destes mecanismos propiciou um cenário onde o julgamento do pedido de remoção fica a cargo das empresas privadas responsáveis pelos sites que hospedam o conteúdo reclamado, o que, por óbvio, não detém a legitimidade necessária para uma decisão que envolve o sopesamento de direitos.

Apesar de suas semelhanças, tais mecanismos possuem diferenças expressivas, a começar pelos marcos jurídico-legislativos que instituem os mesmos. Isto significa dizer que o *notice and delist* não é baseado e nem encontra lastro legislativo na Diretiva de Comércio Eletrônico 2000/31/CE, mas sim em normas que regem especificamente a proteção de dados pessoais, no caso a Diretiva de Proteção de Dados Pessoais 95/46/CE.

O *notice and takedown* visa a retirada do conteúdo da internet, através de uma intervenção direta na fonte, no provedor que hospeda o conteúdo. Já o *notice and delist* tem sua atuação focada nos provedores de busca, retirando apenas os links que associam o termo de pesquisa ao conteúdo reclamado, sem, contudo, retirar ou bloquear o conteúdo. Ou seja, sua atuação é mais suave do que a do *notice and takedown*, alterando o vínculo do conteúdo com a palavra-chave pesquisada.

O próprio trato dos mecanismos com os provedores de pesquisa pode ser considerado uma diferença estrutural entre ambos.

Isto porque a aplicação do *notice and takedown* não afeta os provedores de busca, pois estes estão respaldados por um suposto posicionamento neutro, pelo serviço prestado se restringir a facilitar o acesso à informação disponível na internet, o que os resguardaria de qualquer responsabilidade pelo teor do conteúdo acessado.

Já em se tratando do *notice and delist*, o TJUE, ao aplicar a Diretiva de Proteção de Dados 95/46/CE, entendeu que o Google deveria ser considerado responsável por optar em não atender o pedido de Gostejá Gonzalez, de retirada do conteúdo reclamado do resultado de buscas, embora o Google não tivesse controle sobre o teor do conteúdo, ou pela disponibilização deste na internet – no caso, o provedor de conteúdo era o jornal “*La Vanguardia*”.

Por fim, outra diferença que pode ser apontada entre estes mecanismos é a análise sobre o teor do conteúdo reclamado. Enquanto no *notice and takedown* só há a retirada ou bloqueio de conteúdo que seja manifestamente ilegal, o *notice and delist* não está vinculado à ilicitude do conteúdo, mas sim ao impacto que a associação deste conteúdo – ao ser listado nos resultados de busca, possa ter sobre a imagem do indivíduo.

Neste ponto é importante ressaltar que fica ainda mais evidente a crítica apontada anteriormente, quanto à capacidade técnica das entidades privadas – que gerenciam os sites de buscas – em realizar tal análise.

De modo diverso do *notice and takedown*, onde basta que o provedor de conteúdo identifique a ilegalidade apontada pelo usuário, o *notice and delist* requer uma aptidão técnica bem mais apurada, pois envolve o sopesamento de direitos fundamentais tais como direito à privacidade, à imagem, à sua dignidade, ao acesso à informação real, à liberdade de expressão e de imprensa dos provedores de conteúdo.

Mostra-se necessário, portanto, uma maior análise do contexto de implementação do *notice and delist*, bem como das diretrizes teóricas aplicadas na construção desta ferramenta, que orientou o direito à desindexação na União Europeia.

2 GOOGLE INC., GOOGLE SPAIN SL. VS AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), MARIO COSTEJA GONZALÉZ

Conforme já explicitado, o direito à desindexação surgiu no cenário europeu, a partir da decisão da corte plenária (Grande Seção) do Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE, sobre o pleito de Mário Costeja González e a AEPD em face de Google Inc., e Google Spain SL., proferida em 13 de maio de 2014. Interessante é perceber que tal decisão teve como principal fundamento a Diretiva europeia de proteção de dados, de quase 10 anos antes (Diretiva 95/46/CE).

2.1 Construção do Caso

Ao se buscar o nome de M. C. González na ferramenta de buscas, o resultado da pesquisa levava à duas matérias do site de notícias *La Vanguardia*, do ano de 1998, as quais noticiavam a venda de um imóvel, de propriedade de M. C. González, em hasta pública para o pagamento de dívida junto à seguridade social espanhola. Entretanto, Mario González já havia quitado a dívida, sem que houvesse a necessidade da venda do referido imóvel, o que tornou obsoleta a informação da referida venda em hasta pública.

Ainda assim, passados mais de dez anos, ao realizar uma busca no *Google search* espanhol pelo nome de Costeja González, ainda constava, na lista de resultados, a notícia de 1998, que informava sua dívida passada.

Em 2009, Costeja González solicitou ao jornal *La Vanguardia* que seu nome não fosse mais vinculado à matéria que noticiava a hasta pública. O jornal negou a referida solicitação, ao argumento de que a matéria era legítima, e se tratava de ordem do Ministério do Trabalho e da Seguridade Social. No ano seguinte, o advogado buscou administrativamente o Google Spain, e requereu que seus dados fossem retirados do provedor de buscas. Seu pedido, porém, foi novamente rejeitado.

Então, no dia 5 de março de 2010, Mario Costeja González apresentou reclamação junto à *Agencia Española de Protección de Datos* – autarquia espanhola encarregada da proteção de dados e da privacidade dos cidadãos espanhóis¹², contra a *La Vanguardia Ediciones SL.* e contra a *Google*, sucursal espanhola e matriz.

O objeto da reclamação era a exposição dos dados pessoais de Costeja González em matéria encontrada na lista de resultados da busca pelo nome do advogado no provedor de buscas Google. Na reclamação o advogado pleiteava que “*por um lado,*

¹² Disponível em: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/bienvenido-ides-idphp.php>. Acesso em 12 de dez. de 2016.

que se ordenasse à La Vanguardia que suprimisse ou alterasse as referidas páginas [que mostravam seus dados pessoais], para que seus dados pessoais deixassem de aparecer, ou que utilizasse determinadas ferramentas disponibilizadas pelos motores de buscas para proteger esses dados. Por outro lado, pedia que se ordenasse à Google Spain e à Google Inc. que suprimissem ou ocultassem os seus dados pessoais, para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa e de figurar nas ligações da La Vanguardia. Neste contexto, M. Costeja González alegava que o processo de arresto, de que fora objeto, tinha sido completamente resolvido há vários anos e que a referência ao mesmo carecia atualmente de pertinência. ”¹³.

No dia 30 de julho de 2010, a autarquia espanhola, em análise à referida reclamação, negou os pedidos relacionados ao jornal *La Vanguardia*, por considerar que este apenas cumpriu o comando do Ministério do Trabalho e Seguridade Social, ao noticiar informação de importância pública.

Já quanto ao Google, a AEPD considerou que os mecanismos de busca estão sujeitos à legislação de proteção de dados, por conta do seu papel de intermediários entre a informação e o público. Dessa forma, num cenário onde a atuação do provedor de buscas provoca a lesão ao direito fundamental de proteção de dados e dignidade das pessoas em sentido amplo, é legítima a determinação de retirada de dados dos provedores de busca, sem a necessidade de retirada dos dados do site que hospedam tais informações.

Em resposta à decisão da AEPD, o Google Spain e a Google Inc. recorreram à Audiência Nacional – tribunal espanhol cuja jurisdição abrange todo o território da Espanha¹⁴. Por sua vez, a corte espanhola entendeu que o julgamento do caso envolveria a análise e aplicação da Diretiva 95/46, de 24 de outubro de 1995 (relativa à proteção das pessoas naturais no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados), o que tornaria necessária a devolução do caso para julgamento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE.

¹³ Tribunal de Justiça da União Europeia (google spain, google inc. Contra agencia española de protección de datos (aedp), Mario Costeja González, 13 de maio de 2014, processo c-131/12) Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5fe90ba6179b14238af0fae643c9fa1b9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKaNb0?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=DOC&docid=152065&occ=first&dir=&cid=100417 acesso em 15 de fev. de 2017.

¹⁴ Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Audiencia-Nacional/> Acesso em 15 de fev. de 2017.

2.2 Decisão do TJUE

O primeiro ponto controverso analisado na decisão foi a despeito da caracterização, pelo TJUE, das atividades exercidas pelos servidores de buscas, se seriam ou não caracterizadas como tratamento de dados.

Assim dispõe o artigo 2º da Diretiva 95/46/CE:

Artigo 2º

Definições

Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

a) «Dados pessoais», qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («pessoa em causa»); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;

b) «Tratamento de dados pessoais» («tratamento»), qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição;

(...)

d) «Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário;

(...)

M. Costeja González e a AEPD afirmam que a atuação do Google deve ser enquadrada como tratamento de dados, conforme disposto no artigo destacado acima. Desse modo, o Google deveria ser considerado responsável pelo tratamento de dados que exerce, vez que determina a finalidade e os meios desse tratamento.

Por outro lado, o grupo Google – Google Spain e Google Inc. – afirmam que a atuação do Google se restringe ao tratamento do conjunto de dados acessíveis na *web* como um todo, sem fazer qualquer diferenciação entre dados pessoais e demais dados disponíveis. Ainda assim, mesmo que se considere o contrário, o Google não poderia ser responsabilizado por este tratamento de dados, vez que não conhece o seu teor, e nem possui nenhum controle sobre eles.

A conclusão a que chegou o TJEU, a esse respeito, foi de que “*não se discute que entre os dados encontrados, indexados e armazenados pelos motores de busca e postos à disposição dos seus utilizadores figuram também informações sobre pessoas*”

singulares identificadas ou identificáveis e, portanto, ‘dados pessoais’ na acepção do artigo 2.º, alínea a), da referida diretiva”.

O tribunal concluiu que é inegável que entre os dados tratados pelo provedor de buscas, estão dados de pessoas singulares, identificados ou identificáveis, o que lhes confere o caráter de dados pessoais, segundo a acepção da alínea “a”, do artigo 2º da referida Diretiva.

Desse modo, “há que declarar que, ao explorar a Internet de forma automatizada, constante e sistemática, na busca das informações nela publicadas, o operador de um motor de busca ‘recolhe’ esses dados, que ‘recupera’, ‘registra’ e ‘organiza’ posteriormente no âmbito dos seus programas de indexação, ‘conserva’ nos seus servidores e, se for caso disso, ‘comunica’ e ‘coloca à disposição’ dos seus utilizadores, sob a forma de listas de resultados das suas pesquisas”.

Assim, mesmo que os provedores de buscas não façam a distinção entre os dados que são tratados – encontrados, indexados e armazenados, e nem realizem alterações nestes dados, ainda realizam o tratamento de dados pessoais.

Quanto à responsabilização do Google por este tratamento de dados pessoais, efetuado pelo provedor de busca – *Google Search*, o tribunal considerou que o Google – operador, é quem determina as finalidades e os meios da atividade [de buscas] e tratamento de dados que exerce, o que o enquadra na descrição do artigo 2º, alínea “d” da Diretiva 95/46, de modo que deve ser considerado responsável por este tratamento de dados.

Ademais, o TJUE reconheceu que a atividade exercida pelos provedores de buscas tem grande efeito sobre direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais dos indivíduos.

Isto porque, a atividade de organizar e disponibilizar informações disponíveis na web, além de representar um importante papel de difusão/acessibilidade de informações em escala mundial, também atuam de modo a traçar um perfil do indivíduo.

Diferentemente do referido no primeiro capítulo, o perfil aqui mencionado se refere à imagem que é construída por terceiros de determinado indivíduo a partir dos resultados obtidos na busca na web pelo nome deste indivíduo, ou seja, os provedores de busca detêm o poder de formar, ou ao menos influenciar, a imagem dos indivíduos objeto de buscas.

Por esta razão, concluiu o TJUE que é dever dos provedores de busca assegurarem que as atividades por eles exercidas estejam dentro do escopo da diretiva

95/46/CE, tendo em vista garantir a proteção dos dados pessoais e privacidade dos cidadãos europeus.

A seguir, o TJUE passa a discorrer sobre a competência territorial, quanto a possibilidade de aplicação da legislação e instituições europeias ao Google, empresa cuja matriz se localiza na Califórnia/EUA.

Neste tema, foi questionado pela Audiência Nacional sobre a aplicação do conceito de “estabelecimento”, dado pela alínea “a”, do artigo 4º, nº1, a seguir:

Artigo 4º

Direito nacional aplicável

1. Cada Estado-membro aplicará as suas disposições nacionais adotadas por força da presente diretiva ao tratamento de dados pessoais quando:

a) O tratamento for efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável pelo tratamento situado no território desse Estado-membro; se o mesmo responsável pelo tratamento estiver estabelecido no território de vários Estados-membros, deverá tomar as medidas necessárias para garantir que cada um desses estabelecimentos cumpra as obrigações estabelecidas no direito nacional que lhe for aplicável;¹⁵

Ainda, nesta questão, o TJUE estabelece 3 situações em que deve considerar-se a aplicação do termo “estabelecimento” anteriormente referido. São elas:

1) O operador de um motor de busca cria num Estado-Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado-Membro, ou

2) A sociedade-mãe designa uma filial implantada no referido Estado-Membro como sua representante e responsável pelo tratamento de dois ficheiros específicos que contêm os dados dos clientes que celebraram contratos publicitários com essa empresa, ou

3) A sucursal ou filial estabelecida num Estado-Membro transfere para a sociedade-mãe, sediada fora da União, as reclamações e injunções que lhe são dirigidas quer pelos interessados quer pelas autoridades competentes, com vista a obter o respeito do direito à proteção de dados pessoais, mesmo quando essa colaboração se estabeleça voluntariamente.¹⁶

Quanto à primeira condição, é necessário considerar as atividades exercidas pela Google Spain e pela Google Inc. Isto porque, segundo apontado pela Audiência Nacional, a ferramenta *Google Serach*, é operada pela Google Inc., enquanto a Google Spain se encarrega da promoção e venda de espaço publicitário para o público espanhol. Desse modo, não haveria nenhum indício de que a Google Spain realizaria indexação ou armazenamento de informações.

¹⁵ Diretiva 95/46/CE

¹⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), processo n.º C-131/12, parágrafo n.º 45

Entretanto, o TJUE salienta que a “*atividade exercida pela Google Spain constitui parte essencial da atividade comercial do Grupo Google, e pode considerar-se que está estreitamente ligada ao Google Search.*”¹⁷.

Ainda, em aplicação da Consideração n.º 19 da Diretiva 95/46¹⁸ é imperativo que a Google Spain seja considerada um estabelecimento da Google Inc., nos termos do Art. 4º, n.º1, alínea “a”, da Diretiva 95/46.

Quanto à condição descrita no art. 4º, n.º 1, alínea “a”, de que “o tratamento de dados seja efetuado no contexto das atividades do estabelecimento” no Estado-Membro [da União Europeia], o TJUE esclarece que, apesar de o tratamento de dados não ser efetuado diretamente pela Google Spain – mas sim pela Google Inc. – a Diretiva 95/46 não exige que o tratamento seja feito pelo estabelecimento em si, mas apenas que seja “no contexto de atividades deste”, o que é o caso.

Por mais que a Google Spain não realize a indexação e armazenamento dos dados, a atividade de vendas e promoção de publicidade que exerce é o que confere a rentabilidade financeira para o mecanismo de busca Google Search, o que os torna indissociáveis entre si. Além disso, a Google Spain é meio para o acesso à ferramenta de buscas, o que levou o TJUE a considerar que “*a própria exibição dos dados pessoais numa página de resultados de uma pesquisa constitui um tratamento desses dados.*”¹⁹.

Assim, considerou o TJUE que a primeira condição enumerada pela Audiência Nacional estaria satisfeita, o que, por si só, já evidenciaria a necessidade de aplicação da Diretiva 95/46.

Por fim, a decisão traz considerações acerca da aplicação dos artigos 12º e 14º da Diretiva 95/46, bem como dos artigos 7º e 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, dispostos a seguir, sobre o alcance das responsabilidades do provedor de buscas, bem como dos direitos pessoais, garantidos pela Diretiva 95/46.

O artigo 12º da mesma diretiva, intitulado «Direito de acesso», prevê:
«Os Estados-Membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento:
[...]

¹⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), processo n.º C-131/12, parágrafo n.º 46

¹⁸ (19) Considerando que o estabelecimento no território de um Estado-membro pressupõe o exercício efetivo e real de uma atividade mediante uma instalação estável; que, para o efeito, a forma jurídica de tal estabelecimento, quer se trate de uma simples sucursal ou de uma filial com personalidade jurídica, não é determinante; (...);

¹⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), processo n.º C-131/12, parágrafo n.º 57

b) Consoante o caso, a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente diretiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados;

[...]

11 O artigo 14º da Diretiva 95/46, intitulado «Direito de oposição da pessoa em causa», dispõe:

«Os Estados-Membros reconhecerão à pessoa em causa o direito de:

a) Pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do artigo 7º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. Em caso de oposição justificada, o tratamento efetuado pelo responsável deixa de poder incidir sobre esses dados;

[...]

Artigo 7º

Respeito pela vida privada e familiar

Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

Artigo 8º

Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

A este respeito, o TJUE considerou que a aplicação conjunta dos referidos artigos garante ao indivíduo o direito de solicitar diretamente ao provedor de buscas a exclusão de determinado conteúdo da lista de resultados, quando pesquisado o seu nome, independente da licitude daquele conteúdo, da exclusão deste pelo site que o hospeda, ou do pedido de exclusão do conteúdo a este site, de maneira prévia ou simultânea ao requerimento feito para o provedor de buscas.

Isto porque, segundo o TJUE, desta maneira seriam melhores assegurados os direitos fundamentais de proteção de dados pessoais, bem como os direitos relativos ao tratamento de dados trazidos na Diretiva 95/46, justamente em atenção ao impacto que os resultados mostrados pelos provedores de busca têm sobre a imagem daquele que foi pesquisado, conforme o seu parágrafo nº 87, a seguir:

Com efeito, na medida em que a inclusão na lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, de uma página web e das informações sobre essa pessoa nela contidas facilita sensivelmente a acessibilidade dessas informações a qualquer internauta que efetue uma pesquisa sobre a pessoa em causa e pode ter um papel decisivo na difusão das referidas informações, tal inclusão é suscetível de constituir uma ingerência mais importante no direito fundamental ao respeito pela vida privada da pessoa em causa do que a publicação pelo editor dessa página web.

Além disso, a decisão leva em conta a velocidade de disseminação de informação na internet, bem como a possibilidade de outros provedores de conteúdo não estarem sujeitos à legislação europeia, o que afetaria, por óbvio, a efetividade da proteção de dados garantida pela Diretiva 95/46.

Em conclusão, o TJUE decidiu que o cidadão europeu tem direito de requerer ao provedor de buscas que exclua de sua lista de resultados os links que contenham dados pessoais próprios, considerando que, mesmo que inicialmente esta disponibilização/tratamento de dados seja lícito, o passar do tempo pode torná-lo inadequado, impertinente ou excessivo, conforme o parágrafo nº 94 da referida decisão:

Assim, na hipótese de se concluir, no seguimento de um pedido da pessoa em causa ao abrigo do artigo 12.º, alínea b), da Diretiva 95/46, que a inclusão na lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, de ligações a páginas web publicadas legalmente por terceiros e que contenham informações verdadeiras sobre a sua pessoa, é, na situação atual, incompatível com o referido artigo 6.º, n.º 1, alíneas c) a e), devido ao facto de essas informações serem, tendo em conta todas as circunstâncias que caracterizam o caso concreto, inadequadas, não serem pertinentes ou já não serem pertinentes ou serem excessivas atendendo às finalidades do tratamento em causa realizado pelo operador do motor de busca, as informações e as ligações em causa da referida lista de resultados devem ser suprimidas.

No final desta decisão, o TJUE salienta ainda que a decisão foi tomada neste sentido, pois o direito à vida privada e à proteção de dados pessoais foi preponderante sobre os interesses económicos do provedor de buscas em disponibilizar as informações reclamadas, bem como sobre o interesse público em acessar estas informações, o que evidência a necessidade do sopesamento/balanceamento dos direitos envolvidos nesta decisão.

Este balanceamento está presente nas diretivas de implementação do direito à desindexação (*right to be delisted*), conforme será explicitado a seguir.

2.3 Implementação da Decisão – Art. 29 Working Party

A decisão do TJUE no caso Google Spain foi bastante inovadora e definiu a existência de um *right to be delisted*, ou aqui chamado direito à desindexação. Entretanto, uma das várias críticas que envolveram a decisão foi a falta de critérios objetivos na aplicação do novo direito reconhecido.

Esta importante tarefa foi desempenhada pelo grupo formado a partir do artigo 29 da Diretiva 95/46/CE, a seguir, e ficou conhecido como Art. 29 Working Party – “29WP”.

Artigo 29º

Grupo de proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais

1. É criado um Grupo de proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, a seguir designado «grupo».

O grupo tem carácter consultivo e é independente.

2. O grupo é composto por um representante da autoridade ou autoridades de controlo designadas por cada Estado-membro, por um representante da autoridade ou autoridades criadas para as instituições e organismos comunitários, bem como por um representante da Comissão.

Cada membro do grupo será designado pela instituição, autoridade ou autoridades que representa. Sempre que um Estado-membro tiver designado várias autoridades de controlo, estas nomearão um representante comum. O mesmo acontece em relação às autoridades criadas para as instituições e organismos comunitários.

3. O grupo tomará as suas decisões por maioria simples dos representantes das autoridades de controlo.

4. O grupo elegerá o seu presidente. O mandato do presidente tem uma duração de dois anos e é renovável.

5. O secretariado do grupo será assegurado pela Comissão.

6. O grupo elaborará o seu regulamento interno.

7. O grupo analisará as questões inscritas na ordem de trabalhos pelo seu presidente, que por iniciativa deste, quer a pedido de um representante das autoridades de controlo, quer ainda a pedido da Comissão.

O 29WP é composto por representantes das autoridades de proteção de dados (*Data Protection Authorities – DPA*), pelo supervisor de proteção de dados europeu (*European Data Protection Supervisor – EDPS*²⁰) e pela Comissão Europeia. Suas atribuições estão descritas no artigo 30 da Diretiva 95/46/CE²¹, e suas principais tarefas são:

²⁰ “O Supervisor de Proteção de Dados Europeu é a autoridade supervisora independente que atua dentro da União Europeia, cujas responsabilidades são: - monitorar o processamento de dados pessoais pelas instituições e órgãos da União Europeia; - aconselhamento na criação de políticas e legislação que afete a privacidade; - cooperar com autoridades similares para garantir uma proteção de dados consistente.”. (tradução nossa). Disponível em <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/EDPS>. Acesso em 19 de fev. de 2017.

²¹ Artigo 30º

1. O grupo tem por atribuições:

a) Analisar quaisquer questões relativas à aplicação das disposições nacionais tomadas nos termos da presente diretiva, com vista a contribuir para a sua aplicação uniforme;

b) Dar parecer à Comissão sobre o nível de proteção na Comunidade e nos países terceiros;

c) Aconselhar a Comissão sobre quaisquer projetos de alteração da presente diretiva ou sobre quaisquer projetos de medidas adicionais ou específicas a tomar para proteger os direitos e liberdades das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, bem como sobre quaisquer outros projetos de medidas comunitárias com incidência sobre esses direitos e liberdades;

d) Dar parecer sobre os códigos de conduta elaborados a nível comunitário.

2. Se o grupo verificar que surgem divergências susceptíveis de prejudicar a equivalência da proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais na Comunidade entre a legislação ou a prática dos Estados-membros, informará desse facto a Comissão.

- 1) Fornecer aconselhamento profissional, do ponto de vista nacional, para a Comissão Europeia de assuntos de proteção de dados;
- 2) Promover a aplicação uniforme da Diretiva 95/46 em todos os Estados membros da União Europeia, bem como na Noruega, em Liechtenstein e na Islândia;
- 3) Informar a Comissão sobre qualquer legislação da Comunidade Europeia (chamado de primeiro pilar), que afete o direito de proteção de dados pessoais.²²

No dia 26 de novembro de 2014, o 29WP lançou o documento intitulado “Diretivas para a implementação da decisão do TJUE no caso Google Spain” (tradução nossa), no qual estabeleceu uma lista de critérios que deveriam ser adotados na implementação da decisão do TJUE pelas as Autoridades europeias de Proteção de Dados (“DPA’s”).

Este documento, além de estabelecer oficialmente a nomenclatura *right to be delisted*, também resumiu alguns pontos importantes da decisão do TJUE, tais como a não-obrigatoriedade de o usuário contatar, previamente ou simultaneamente ao provedor de buscas, o provedor de conteúdo que hospeda os seus dados pessoais, e que pretende ver desindexados.²³

O documento estabelece também que, não há base legal (na Diretiva 95/46) para que haja a notificação dos provedores de conteúdo, pelos provedores de busca, sobre a solicitação da desindexação. Entretanto, como observou-se a prática da referida notificação, estabeleceu que esta deve ser feita de maneira a preservar a identidade do indivíduo que solicitou a desindexação.

Por outro lado, a 29WP encoraja os provedores de buscas a notificar os provedores de conteúdo sobre o pedido de desindexação, de forma anterior a tomada de decisão, nos casos em que sejam necessárias maiores informações para a avaliação do

3. O grupo pode, por sua própria iniciativa, formular recomendações sobre quaisquer questões relativas à proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais na Comunidade.

4. Os pareceres e recomendações do grupo serão transmitidos à Comissão e ao comité referido no artigo 31º

5. A Comissão informará o grupo do seguimento que deu aos seus pareceres e recomendações. Para o efeito, elaborará um relatório que será igualmente enviado ao Parlamento Europeu e ao Conselho. O relatório será publicado.

6. O grupo elaborará um relatório anual sobre a situação da proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais na Comunidade e nos países terceiros, que será comunicado à Comissão, ao Parlamento Europeu e ao Conselho. O relatório será publicado.

²² Disponível em <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/site/mySite/Art29>.

²³ Article 29 Data protection Working Party, “Guidelines on the implementation of the CJEU judgment on *Google Spain and Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Gosteja González*” C-131/12 (Nov. 26, 2014) disponível em http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf nº 11.

pedido. Mesmo nestes casos, a 29WP frisa a necessidade de que este procedimento seja feito com atenção à proteção dos direitos do requerente.

Outro aspecto importante do documento elaborado pela 29WP é a aceitação pelos provedores de busca, entidades privadas, como os atores primários na apreciação na análise dos requerimentos de desindexação, de modo que a atuação dos DPA's se daria a partir da negação, total ou parcial, de um pedido de desindexação. Este ponto é causador de uma das maiores críticas ao *right to be delisted*, já mencionado no primeiro capítulo.

Por fim, os critérios estabelecidos pela 29WP para aplicação do *right to be delisted* pelas DPA's europeias, têm a função de auxiliá-las no balanceamento dos direitos/interesses envolvidos num pedido de desindexação, à vida privada e proteção de dados por um lado, e o interesse público em acessar àquela informação.

De modo geral, os critérios estabelecidos, que nem de longe chegam a exaurir as possibilidades, referem-se à qualificação da pessoa sobre quem se pretende a desindexação, bem como sobre o teor do conteúdo desindexado.

Estes critérios estão dispostos da seguinte maneira:

Resultado da pesquisa é relacionado a uma pessoa natural.

Esta questão evidencia o impacto que os resultados de uma pesquisa podem ter sobre a construção da imagem de alguém. Neste aspecto, o documento da 29WP assegura inclusive a desindexação relativa à termos de pesquisa que não necessariamente são o nome dos indivíduos, mas também de apelidos ou pseudônimos que os identifiquem.

Termo pesquisado referente a uma figura pública.

Esta questão aponta a preocupação da 29WP com as figuras públicas, ligadas, por óbvio, ao interesse público em “monitorar” as atividades desempenhadas por elas, hipótese na qual se torna mais difícil a aceitação do pedido de desindexação. Os exemplos clássicos são de políticos, cujas informações relativas às suas atividades profissionais são relevantes para o conhecimento público.

Entretanto, mesmo em relação às figuras públicas existem sim informações que são passíveis de desindexação, que habitam na esfera privada do ator público, por exempli questões relacionadas à saúde, ou à família

Idade do indivíduo objeto da pesquisa.

Quanto o conteúdo a que se pretende a desindexação se referir a um menor, é mais provável que seja aceite o requerimento. Isto porque, as decisões tomadas por autoridades na União Europeia devem sempre considerar o melhor interesse da criança, segundo o artigo 24 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia²⁴

Grau de precisão da informação reclamada.

Esta questão refere-se ao teor da informação, no tocante à exatidão factual desta. Isto porque informações duvidosas podem ter um efeito negativo na construção da imagem do indivíduo.

Nesse caso, a orientação dada pela 29WP é que o indivíduo apresente ao DPA comprovação de que a informação disponível é inexata.

Já no caso de ser informação que ainda está em discussão, no âmbito judicial, a DPA deve aguardar pelo desfecho do processo para avaliar o requerimento de desindexação.

Observância acerca da relevância e pertinência da informação reclamada, ressaltados os seguintes aspectos:

- a. Se a informação reclamada se refere à vida profissional do indivíduo
- b. Se a informação reclamada caracteriza discurso de ódio, calúnia, difamação ou ofensas similares sobre o reclamante.
- c. Se a informação reclamada se refere à opinião pessoal de um terceiro indivíduo (sobre o reclamante) ou trata-se de um fato constatado.

Esta questão gira em torno da avaliação se a informação é, no presente momento, inadequada, impertinente ou excessiva, ou seja, analisar a relevância da informação reclamada.

O primeiro aspecto pelo qual se pretende fazer esta análise é avaliando se a informação se refere à vida profissional do indivíduo. De modo geral, a vida profissional, apesar de fazer parte da vida privada, tem relevância pública, na medida em que constitui a figura pública do trabalhador, sendo considerado, por exemplo, se a informação é relacionada à atividade profissional desempenhada atualmente.

Neste ponto, a ponderação proposta pela 29WP se confunde com a ponderação geral, na medida é sobre a relevância da atividade profissional desempenhada

²⁴ Artigo 24º

Direitos das crianças

1. As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

2. Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.

e o interesse público em acessar aquelas informações. Mais uma vez, parece ser direcionado à atores públicos que desempenham atividades políticas.

No caso de a informação reclamada for referente à discurso de ódio, calúnia e/ou difamação, a DPA deve direcionar o caso à autoridade policial competente para apuração, na hipótese em que seja negado o pedido de desindexação.

Quanto à próxima questão, a 29WP orienta que se faça uma diferenciação da informação reclamada, entre fatos relatados e opiniões expressas por uma terceira parte. No caso de serem apenas uma expressão de opinião, desde que não haja excessos, a 29WP não considera motivo relevante para desindexação. Já quando se tratar de fatos, a questão deve ser analisada em observância da precisão ou imprecisão destes.

Enquadramento da informação reclamada no art. 8º da Diretiva 95/46.

Esta questão faz relação com o artigo 8º da Diretiva 95/46 que proíbe o tratamento de dados que enquadram em categorias específicas, ou seja, aqueles “*que revelem origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual.*”²⁵.

Atualização e pertinência da informação reclamada em função do tempo.

Esta questão se refere à relevância da informação reclamada em virtude do seu propósito e do tempo decorrido desde a sua disponibilização. Isto porque, conforme o caso paradigma *Google Spain vs. Costeja González*, o tempo pode tornar determinada informação impertinente, imprecisa, ou excessiva.

Impacto da informação reclamada sobre o reclamante

Apesar de não ser uma condição para a desindexação que o indivíduo comprove que a disponibilização da informação reclamada lhe causa algum tipo de dano – à imagem ou à vida privada – quando é este o caso a 29WP considera que existe uma boa justificativa para que se efetue a desindexação.

Se a disponibilização da informação reclamada coloca o reclamante sob algum risco.

Nesta questão importa reproduzir a consideração feita pela 29WP, de que “*DPA’s reconhecerão que a disponibilização de certas informações em buscas através da internet*

²⁵ Diretiva 95/46/CE, artigo 8º, nº1.

pode colocar o sujeito objeto destas informações em situações de risco, tais como roubo de identidade ou sofrer perseguições (stalking), por exemplo. Nestes casos, onde o risco é real, as DPA's estarão mais propensas a considerar que a desindexação destes resultados é apropriada. ” (tradução nossa).

O Contexto em que foi publicada a informação reclamada, com atenção especial ao consentimento ou consciência do indivíduo reclamante sobre a publicação desta.

Considera-se a possibilidade de o indivíduo objeto da informação reclamada ter consentido previamente com a disponibilização desta informação online. Neste contexto, a vontade de o indivíduo em desindexar determinado conteúdo, mesmo que não tenha obtido êxito na revogação da autorização de publicação dada anteriormente, é o suficiente para que a DPA considere aceite o pedido de desindexação.

Neste ponto, a 29WP salienta mais uma vez que a desindexação é independente e desvinculada da remoção do conteúdo da internet.

Publicação da informação reclamada através de trabalho jornalístico.

A disponibilização da informação por meio de trabalho jornalístico é enfatizada como sendo uma situação bastante relevante para a avaliação do requerimento de desindexação. Isto porque, o propósito jornalístico se confunde com direitos fundamentais que precisam ser levados em conta, como a liberdade de expressão e liberdade de imprensa.

Entretanto, o próprio caso *Google Spain vs Costeja González* é prova de que um trabalho jornalístico não está isento da aplicação da legislação de proteção de dados pessoais.

Poder ou obrigação legal em publicar a informação reclamada.

Neste ponto, a 29WP afirma que, devido ao dever legal de algumas entidades em tornar públicas certas informações, as DPA's poderiam negar os requerimentos de desindexação. Entretanto, faz a ressalva de que esta situação não é um fator que exclui a possibilidade da desindexação.

Informações relacionadas a ofensas criminais.

Devido à diversidade legal de abordagem desta questão, nos Estados membros da União Europeia, a 29WP faz apenas a consideração dos extremos: em caso de delitos de menor importância que aconteceram a muito tempo atrás, considera presente

motivação suficiente para a desindexação. Ao contrário, em caso de crimes de maior importância e mais recentes, a tendência das DPA's é optar pela não indexação.

Verifica-se, por fim, que a 29WP não traz critérios suficientes para a implementação segura do *right to be delisted*, e os critérios nela presentes apenas sobressaltam algumas situações as quais as DPA's devem considerar na sua avaliação, sem trazer definições, mas apenas observações que podem auxiliar nas ponderações necessárias.

Ademais, o modelo prático adotado na União Europeia, desde 2014, é a utilização de formulários *online*, disponibilizados pelos provedores de buscas, para o requerimento da desindexação, cabendo a este, sozinho, a análise dos casos.

Dessa forma, várias críticas podem ser feitas sobre esta implementação. Além das já explicitadas no primeiro capítulo deste trabalho, tal como a incapacidade técnica/jurídica das entidades privadas na análise de questões que envolvem um sopesamento de alta complexidade, a falta de transparência no processo de análise e tomada de decisões pelos provedores de buscas é um dos problemas que o direito a desindexação vem enfrentando na União Europeia.

Contudo, é evidente que apesar dos problemas, a União Europeia tem desenvolvido bastante os conceitos principiológicos e práticos do *right to be delisted*, ou direito a desindexação.

3 DIREITO À DESINDEXAÇÃO NO BRASIL

O terceiro capítulo deste trabalho tem como objetivo a análise do direito à desindexação no cenário jurídico brasileiro, considerando como objeto de estudo, casos em que o referido direito foi pleiteado (mesmo que não tenha havido a denominação “direito à desindexação”), bem como legitimidade deste direito nos marcos legislativos, principalmente na Lei 12.965 de 2014, o Marco Civil da Internet.

3.1 Caso Xuxa vs. Google.

No ano de 2010 a apresentadora de televisão Xuxa Meneghel ajuizou ação na 1ª Vara Cível da Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, em que pleiteava a remoção dos resultados do Google quando pesquisado o termo “Xuxa pedófila”, ou qualquer outro termo que vinculasse o seu nome – independente da grafia utilizada – à qualquer prática ilícita.

O juízo de primeira instância concedeu a tutela em caráter preliminar, e determinou que o Google, dentro de 48h, retirasse os resultados relativos às buscas pelas expressões “Xuxa”, “Meneghel”, e “pedófila”, em conjunto ou separadamente, o que implicaria na remoção de diversos outros links fora do escopo reclamado – vinculação do nome da apresentadora ao crime de pedofilia.

Em decisão ao recurso de agravo, movido pela Google Brasil, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu por delimitar o efeito da liminar concedida em primeira instância, para que não se estendesse aos links de sites que hospedassem conteúdo somente textual, mas apenas aos que trouxessem imagens da apresentadora, inclusive sobre os resultados de buscas por imagens apresentados pelo próprio Google Brasil.

Importante salientar que esta decisão se baseou apenas no direito fundamental de imagem e privacidade, instituídos no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal²⁶, sem considerar qualquer indicativo do direito ao esquecimento, tendo em vista ter liberado os resultados textuais com base no tempo decorrido desde a sua publicação,

²⁶ 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:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

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;

mesmo que estes resultados trouxessem ofensas à honra da apresentadora, como observado no trecho seguinte, retirado da decisão do agravo de instrumento nº 0056394-76.2010.8.19.0000, de relatoria do Desembargador Marcos Alcino De Azevedo Torres:

É que nessas pesquisas, por evidente, nada mais se acusa do que palavras de terceiros a respeito da agravada, relacionando-a com a prática da pedofilia – desde sóbrias reportagens jornalísticas até comentários os mais insultuosos, em geral de internautas anônimos.

Mas ao revelar esses resultados (o que, da própria natureza do serviço prestado pelo agravante, não importa em aquiescência com seu conteúdo), o sítio de buscas nada mais faz do que espelhar histórias e rumores que correm há décadas a respeito da agravante – isto é, referências ao fato (e às lendas) de haver participado de determinado tipo de produção cinematográfica.

Em 2012, o caso foi ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, para julgamento do Recurso Especial nº 1.316.921/RJ, movido pela Google Brasil, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Na decisão, a ministra relatora rechaçou a possibilidade da desindexação pleiteada pela apresentadora de TV, conforme verifica-se na seguinte ementa:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 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. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma

determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido.

A referida decisão traz alguns fatores importantes para a análise da concepção do direito à desindexação no cenário brasileiro.

O primeiro deles é a sujeição dos pleitos envolvendo provedores de pesquisa à legislação consumerista, pois entende-se que, apesar da gratuidade do serviço prestado, a Google Brasil ainda tira proveito econômico, mesmo que indireto, da atividade de pesquisa, o que o enquadra como fornecedor, na concepção do art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor²⁷. Este entendimento vai de encontro ao consolidado na decisão do caso Google Spain, quanto a identificação da rentabilidade econômica do serviço gratuito de pesquisa.

Muito diferente, porém, da decisão do TJUE que caracteriza explicitamente o Google como um controlador de dados, a decisão do STJ isenta o provedor de buscas de responsabilidade pelo conteúdo reclamado pela apresentadora de televisão, pois afirma que a sua atuação seria de um intermediário neutro, que apenas facilita o acesso à conteúdo público já disponível na rede, conforme o seguinte trecho da decisão:

Em suma, pois, tem-se que os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.²⁸

Como não teria controle sobre o teor do conteúdo disponibilizado na rede por terceiros, e a filtragem de conteúdo não faz parte do rol de atuação da Google Brasil, a decisão estabelece que a reclamação da apresentadora Xuxa deveria ter sido feita em face

²⁷ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

(...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

²⁸ RECURSO ESPECIAL Nº 1.316.921 - RJ (2011/0307909-6), página 20

dos sites que hospedam o conteúdo danoso, para que removessem este conteúdo da internet.

Ainda, a decisão do Recurso Especial nº 1.316.921/RJ estabelece que, no sopesamento necessário à análise do caso, prevalece o direito coletivo de acesso à informação - assegurado pelo art. 220, §1º da Constituição Federal de 1988²⁹, sobre o direito de preservação da imagem e da privacidade da apresentadora, ainda que o conteúdo reclamado seja ilícito ou ofensivo à parte. Isso porque, segundo a ministra relatora, a desindexação dos termos requeridos também excluiria dos resultados conteúdos que não teriam teor ofensivo à apresentadora.

3.2 Caso S.M.S vs Google

S.M.S ingressou com pedido de obrigação de fazer, em face da Google Brasil Internet LTDA, requerendo que esta bloqueasse as pesquisas realizadas em site de buscas, cujo termo de pesquisa fosse o nome de S.M.S, com a justificativa de que os resultados poderiam levar à páginas que contivessem imagens de nudez desta.

Na primeira instância (30ª Vara Cível da Comarca de São Paulo) o caso foi extinto sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva. Ou seja, reiterou-se o entendimento de que o pedido deveria ter sido feito em face dos sites que hospedassem o conteúdo danoso, e não ao provedor de buscas.

A decisão foi revertida pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de julgamento de recurso de apelação, movida pela S.M.S, que considerou o interesse público em acessar aquelas informações inferiores ao direito à privacidade da apelante, da conforme ementa da decisão, a seguir:

OBRIGAÇÃO DE FAZER - Autora que busca impedir a veiculação de resultado de pesquisa, cujo conteúdo envolva suas imagens a partir do seu nome em site de busca - Possibilidade - Direito de esquecimento - Conteúdo sem interesse público, circunscrito apenas à vida privada da pessoa exposta - Afirmação do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana - Recurso Provido (e-STJ fl. 121).³⁰

²⁹ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

³⁰ AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.873 - SP (2016/0079618-1), página 4.

O pleito foi então levado ao STJ, por meio de recurso especial movido pela Google Brasil, no qual alegava “a impossibilidade de bloqueio das palavras-chaves apontadas pela recorrida, que levem às imagens de nudez, pois o Marco Civil da Internet exige a indicação e individualização clara e específica do conteúdo infringente que permita a localização inequívoca do material pelo provedor de busca, não sendo possível a prevalência de ordem de bloqueio de expressões.”³¹³².

A decisão - AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.873 - SP (2016/0079618-1), proferida em novembro de 2016, a Terceira Turma do STJ teceu diversas considerações importantes acerca do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, entre as quais estão as seguintes:

Considerando os efeitos jurídicos da passagem do tempo, (...), ponderou-se que o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por meio de diversos institutos (prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada).³³

Também se assentou que o direito ao esquecimento vigeria no ordenamento pátrio não apenas com fundamento nos princípios gerais do direito, mas também em regras da legislação ordinária. Para esse fim, foram citados o CC, com as regras de prescrição, bem como o § 1º do art. 43 do CDC³⁴, o qual impõe limite temporal à utilização de informações verídicas desfavoráveis ao consumidor.³⁵

Entretanto, no que toca ao direito à desindexação, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, retoma o entendimento que já havia estabelecido no REsp 1.316.921/RJ, o caso

³¹ AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.873 - SP (2016/0079618-1), página 4.

³² Com fundamento no Art. 19, §1º do Marco Civil da Internet, Lei 12.965:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

³³ AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.873 - SP (2016/0079618-1), página 6.

³⁴ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

³⁵ AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.873 - SP (2016/0079618-1), página 7.

Xuxa vs. Google, em que considera o provedor de buscas³⁶ isento de responsabilidades, no tocante ao teor das informações por ele disponibilizadas, uma vez que a filtragem de conteúdo não faz parte do seu rol de atuação.

De acordo com a ministra, a responsabilidade dos provedores de buscas deve restringir-se a “*garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das buscas por eles realizadas, bem como o bom funcionamento e manutenção do sistema.*”³⁷.

O acórdão reforça o entendimento de que os provedores de buscas são agentes intermediários e neutros, que apenas realizam a indexação e disponibilização dos conteúdos que já estão disponíveis publicamente na rede, independentemente da licitude destes, e, portanto, não pode ser responsável pelo conteúdo produzido por terceiros.

Desta forma, por não exercer qualquer tipo de controle/filtragem, sobre as informações disponíveis nos resultados, o acórdão conclui que “*ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. Se a página possui conteúdo ilícito, cabe ao ofendido adotar medidas tendentes à sua própria supressão, com o que estarão, automaticamente, excluídas dos resultados de busca virtual dos sites de pesquisa.*”³⁸.

Em que pese o tempo decorrido desde a decisão do caso Xuxa vs. Google, e o conhecimento do STJ da decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso *Google Spain vs Costeja González*, que é inclusive citado no acórdão, a ministra Nancy Andrichi destaca que o direito à desindexação não poderia ser adotado no Brasil, nos moldes acertados pelo TJUE. Isto porque, não há, dentre a legislação pátria, nenhum dispositivo que verse sobre a proteção de dados pessoais.

Segundo a ministra, a realidade legislativa brasileira impede a adoção de medidas que visem assegurar o direito ao esquecimento frente aos provedores de buscas, vez que não há maneiras de responsabilizá-los por conteúdos produzidos e hospedados por terceiros.

³⁶ Nos acórdãos citados, REsp 1.316.921/RJ, e AgInt no REsp N° 1.593.873 /SP, a classificação utilizada é diferente da utilizada neste trabalho, pois classifica os sites de buscas como provedores de conteúdo, por apenas disponibilizarem na rede os dados criados pelos provedores de informação (tratados neste trabalho como provedores de conteúdo).

³⁷ AgInt no RECURSO ESPECIAL N° 1.593.873 - SP (2016/0079618-1), página 12.

³⁸ AgInt no RECURSO ESPECIAL N° 1.593.873 - SP (2016/0079618-1), página 13/14.

Mais ainda, o acórdão considera que “*Concordar com tal solução, no contexto normativo brasileiro, equivale a atribuir a um determinado provedor de aplicação de internet – no caso, o buscador Google – a função de um verdadeiro censor digital, que vigiará o que pode ou não ser facilmente acessado pelo público em geral, na ausência de qualquer fundamento legal.*”³⁹.

3.3 RESP 1582981/RJ

Conforme exposto nos dois casos anteriores, o direito ao esquecimento na internet, através do direito à desindexação, não tem sido contemplado pelo Superior Tribunal de Justiça, muito embora seja identificável, nas decisões de juízos originários, a consciência jurídica deste.

Embora a justificativa de que não existe, no Brasil, legislação que verse sobre a proteção de dados pessoais que legitime a desindexação nos moldes europeus, existem alguns dispositivos que são passíveis de aplicação na busca pelo referido direito.

Nestes termos importa lembrar que o STJ, no julgamento do caso Xuxa vs. Google, estabeleceu que os provedores de buscas estão sujeitos à legislação consumerista, apesar da gratuidade do serviço oferecido.

Isto porque, o STJ reconheceu a rentabilidade econômica que o serviço de buscas promove ao grupo empresarial Google, através da prática de *cross marketing* – na qual a venda do espaço publicitário disponível na interface do aplicativo de buscas garante ao grupo Google seu proveito econômico.

Foi através deste raciocínio que, em maio de 2016, a Terceira Turma do STJ estabeleceu no julgamento do RESP 1582981/RJ, o dever de o provedor de buscas manter atualizados os resultados das pesquisas nele efetuadas conforme se lê no informativo de jurisprudência nº 0583, a seguir.

Informativo nº 0583
 Período: 13 a 26 de maio de 2016.
 TERCEIRA TURMA
 DIREITO DO CONSUMIDOR. NECESSIDADE DE
 CORRESPONDÊNCIA ENTRE O ARGUMENTO E O
 RESULTADO DE PESQUISA EM PROVEDOR DE BUSCA.
 O provedor de busca cientificado pelo consumidor sobre vínculo virtual
 equivocado entre o argumento de pesquisa (nome de consumidor) e o
 resultado de busca (sítio eletrônico) é obrigado a desfazer a
 referida indexação, ainda que esta não tenha nenhum potencial

³⁹ AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.873 - SP (2016/0079618-1), página 16.

ofensivo. Para além do afastamento da responsabilidade civil pelos danos eventualmente sofridos, o STJ reconheceu a impossibilidade de se obrigar provedor de busca a excluir dos resultados de **pesquisa** determinados termos os quais conduziram à exibição do conteúdo danoso. Essa conclusão foi extraída a partir da premissa de que, retirado o conteúdo nocivo da rede, automaticamente estaria excluído o resultado da busca (REsp 1.316.921-RJ, Terceira Turma, DJe 29/6/2012). Na prática, contudo, essa premissa tem se mostrado irreal. Note-se que, constitui novo contexto fático (até o momento não enfrentado pelo STJ) a hipótese em que o conteúdo nocivo é prontamente corrigido - independentemente de ação judicial e ordem judicial - na página em que divulgado originariamente, mas o índice de provedor de busca permanece exibindo o *link* como se na página indicada ainda houvesse o conteúdo retirado. Diante desse novo contexto fático, convém revisitar a essência do serviço prestado, a fim de aferir a existência de eventual falha, bem como sua correspondente aptidão para configurar, ou não, um acidente de consumo, a impor a responsabilização direta do fornecedor. Como assentado em julgados anteriores do STJ, os sítios de busca consistem na disponibilização de ferramenta para que "o usuário realize **pesquisas** acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na *web*, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos *links* das páginas onde a informação pode ser localizada" (REsp 1.316.921-RJ, Terceira Turma, DJe 29/6/2012). Para tanto, forma-se uma espécie de índice do conteúdo disponível na internet, qualquer que seja esse conteúdo, facilitando o acesso às informações disponíveis, livre de qualquer filtragem ou censura prévia. No intuito de agregar velocidade ao sistema de **pesquisas** e reduzir o tempo de resposta, alcançando resultados mais relevantes e úteis aos usuários, a base de dados trabalha em uma crescente, sempre adicionando novos resultados e novos conteúdos. Desse modo, não se pode afirmar peremptoriamente que os resultados um dia existentes serão necessariamente excluídos. Isso porque, de fato, algumas páginas serão varridas novamente - segundo uma periodicidade que variará de acordo com um sistema exclusivo de *ranking* das páginas, que toma em consideração a quantidade de vezes que ela é mencionada na rede por outros usuários e o volume de consultas e acessos -, porém, outras páginas, por sua ínfima relevância no meio virtual, serão ignoradas em novas varreduras, mantendo-se íntegro o resultado atrelado na base de dados do provedor de **pesquisa** aos argumentos de **pesquisa** inseridos pelos internautas. Por essa linha de raciocínio, impõe-se concluir que, ao espelhar um resultado, que um dia esteve disponível mas não se encontra publicado na rede mundial na data da busca, a ferramenta de **pesquisa** apresenta-se falha em seu funcionamento, não correspondendo adequadamente ao fim a que se destina. Frisa-se que a falha não está relacionada estritamente à esfera individual do consumidor cujo nome estava vinculado indevidamente ao sítio eletrônico, mas, de forma objetiva, à exibição de resultado que já não corresponde, não guarda nenhuma pertinência, ao argumento objeto de busca. Nesse diapasão, não se pode olvidar a cediça incidência do CDC aos serviços prestados por meio da internet. Desse modo, ainda que se trate de fornecimento de serviços sem contraprestação financeira direta do consumidor, o fornecedor do serviço virtual não se exime da entrega da prestação em conformidade com a legítima expectativa consumerista, atraindo por analogia a incidência do art. 20 do CDC. Nos termos do referido art. 20 e seu § 2º, estabelece o CDC o dever de os fornecedores em mercado de consumo entregarem serviços que se mostrem adequados aos fins que razoavelmente deles se esperam, cominando, no caso de descumprimento, a obrigação de: i) reexecutar o serviço; ii) restituir a quantia paga; ou iii) abater proporcionalmente o preço, conforme opção a ser exercida pelo consumidor. Não se ignora que as regras do CDC, pensadas no início dos anos 1990, têm redação por vezes imperfeitas para a compreensão imediata de questões da dinâmica era digital, no entanto, sua interpretação teleológica fornece instrumentos suficientes para sua adequada aplicação.

Desse modo, tratando-se de serviço gratuito não cabe mesmo as opções previstas nos incisos II e III do *caput* do art. 20 do CDC, mas se mantêm hígidos tanto a obrigação de entregar serviço adequado à sua finalidade como o dever de reexecução para correção das falhas existentes. **Nessa trilha, a compreensão de que um provedor de pesquisa deve corrigir sua base de dados e adequá-la aos resultados de busca atuais, fazendo cessar a vinculação do nome do consumidor à página por ele indicada, é medida que concretiza diretamente aquele seu dever, enquanto fornecedora do serviço de busca, de entregar respostas adequadas ao critério pesquisado.** Claro que no ambiente intensamente dinâmico, falhas e incorreções podem porventura ser identificadas, entretanto, não há espaço para a inércia do empresário em corrigir uma clara falha de seu serviço, quando cientificada pelo consumidor, em especial, diante da fácil constatação de que o vínculo original não mais se sustenta e a mera reindexação é manifestamente suficiente para essa correção. **No cenário global, também é esse o entendimento que vem despontando como solução razoável em torno dos mecanismos de busca disponíveis na internet: os resultados de busca devem ser passíveis de correções e adequações, de forma a se preservar o direito individual daqueles atingidos pela disponibilização da informação.** Nesse sentido, houve decisão do Tribunal de Justiça europeu, em maio de 2014, reconhecendo a obrigação de um provedor de busca de apagar dos resultados de pesquisa - enquanto materialização do direito ao esquecimento - os dados de um cidadão espanhol que, embora verdadeiros, foram considerados irrelevantes para o livre acesso público à informação (C-131/12), bem como a consequente responsabilização civil em caso de descumprimento da decisão judicial. Com efeito, desde o referido precedente da Corte europeia, tem-se admitido em solo europeu a obrigação de pronta correção ou exclusão de dados pessoais, sempre que, sob o crivo da Justiça, se verificar a incorreção, irrelevância, desnecessidade ou excesso na informação existente em meio virtual, inclusive quanto aos dados mantidos no banco de provedor de pesquisa. Ressalte-se, ademais, que esse entendimento também não conflita com o atual Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) que, em seu art. 19, igualmente, admite a responsabilização do provedor de aplicações na hipótese de descumprimento de decisão judicial. Diante dessas considerações, a inércia quanto à correção da falha do serviço entregue à comunidade consumidora da internet não tem respaldo legal e merece repúdio e correção pelo Poder Judiciário. REsp 1.582.981-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 10/5/2016, DJe 19/5/2016.

Segundo esta decisão, por aplicação do art. 20, §2º do Código de Defesa do Consumidor⁴⁰, os provedores de busca têm a obrigação de supervisionar a legitimidade dos resultados das buscas neles efetuadas, para que o serviço por ele prestado seja adequado ao fim a que se propõe, de modo que a apresentação de resultados que não

⁴⁰ Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

(...)

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

correspondam a expectativa do usuário configura um vício de qualidade que deve ser corrigido.

Nestes termos, a decisão prevê um procedimento de aplicação análoga ao *notice and delist* europeu, onde estabelece o dever de o provedor de buscas remover da lista de resultados os links indicados pelo usuário, desde que a informação esteja desatualizada, conforme trecho a seguir destacado:

Nessa trilha, a compreensão de que um provedor de pesquisa deve corrigir sua base de dados e adequá-la aos resultados de busca atuais, fazendo cessar a vinculação do nome do consumidor à página por ele indicada, é medida que concretiza diretamente aquele seu dever, enquanto fornecedora do serviço de busca, de entregar respostas adequadas ao critério pesquisado.

Importante destacar que, ao contrário das decisões anteriormente citadas, o STJ considerou que, devido a velocidade de replicação de conteúdo na rede, bem como a indexação efetuada pelos provedores de busca, a remoção de determinado conteúdo danoso, mesmo que por ordem judicial, do site que o hospeda, não garante a remoção do link correspondente da lista de resultados dos sites de buscas.

Este entendimento abre espaço para a aplicação, no cenário brasileiro, do direito à desindexação como expoente do direito ao esquecimento na internet.

Ora, se o provedor de buscas é obrigado a manter atualizados os resultados por ele apresentados, e tem o dever de remover da lista de resultados aqueles que estão desatualizados, por indicação do usuário atingido por esta informação, o transcorrer do tempo tornou-se então um fator determinante para a remoção de links da lista de resultados dos sites de busca.

De modo análogo, o referido julgamento abre também a possibilidade da responsabilização dos provedores de buscas pela apresentação, na lista de resultados de pesquisas, de conteúdo hospedado por terceiros. Assim, ela retira o caráter inatingível que o STJ confere aos provedores de busca.

3.4 Direito à desindexação no Marco Civil da Internet

O Marco Civil da Internet - MCI, instituído pela Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, é o marco legislativo que visa a regulação do uso da internet no Brasil.

Conforme apontado nas decisões anteriormente citadas, O MCI não dispõe sobre a proteção de dados pessoais. Há no MCI, entretanto, dispositivo que versa sobre o chamado direito à exclusão, consubstanciado nos incisos I e X, do art. 7º do MCI, a seguir:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

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

O direito à exclusão, portanto, se apresenta como direito subjetivo do indivíduo a requerer, a qualquer momento, a remoção dos seus dados pessoais de determinada aplicação de internet.

No direito à exclusão o usuário faz o requerimento de remoção de seus dados pessoais, num cenário onde estes dados foram fornecidos previamente por este mesmo usuário, o que o torna essencialmente diferente do direito à desindexação.

Muito embora não haja no MCI nenhum dispositivo que verse sobre a proteção de dados nos moldes da Diretiva 95/46 do Parlamento Europeu, ou seja, não há dispositivo que estabeleça o direito à desindexação, é importante notar que também não há nenhum dispositivo que o proíba.

Além disso, o MCI traz em seu art. 3º, os princípios que norteiam a utilização da internet no Brasil, dentre eles estão a liberdade de expressão, a proteção à privacidade e a proteção dos dados pessoais, a seguir:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

O inciso III pode ser interpretado como uma referência à uma lei futura que verse sobre a proteção de dados no Brasil. No momento existem projetos de lei em discussão no cenário legislativo, entre os quais está o projeto de lei 5276/2016, fruto de um debate público promovido pelo Ministério da Justiça.

Dessa forma, pode-se inferir que, muito embora o MCI não trate do debate acerca do direito à desindexação, este promove o espaço propício para que haja o desenvolvimento deste direito no cenário jurídico e legislativo brasileiro.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, o direito à desindexação está sendo aplicado na União Europeia, logo após a conclusão do caso *Google Spain vs. Costeja González*, em que se concluiu que o usuário tem o direito de fazer o pedido ao provedor de busca para que desvincule o resultado reclamado do seu nome, quando usado como termo de pesquisa, procedimento este que ficou conhecido como *notice and delist*.

A decisão do referido caso, bem como a implementação do formulário online, causou grande repercussão na União Europeia e no mundo, suscitando várias críticas, entre as quais estão a inexatidão quanto às diretrizes de aplicação da decisão, a falta de transparência no processo de avaliação, pela empresa privada, dos pedidos de desindexação, e a competência da Google em julgar os pedidos, já que a própria empresa acredita que esta tarefa deveria ser confiada a quem tivesse conhecimento técnico mais adequado à demanda.

Apesar de a empresa administradora do provedor de buscas ser contra o direito reconhecido na decisão, o número elevadíssimo de requerimentos evidencia a clara existência da necessidade deste, mesmo que a forma de implementação atual não seja, segundo a crítica, a melhor. Ainda, a consciência jurídica europeia, manifestada na legislação de proteção de dados pessoais, cria um cenário que propicia o desenvolvimento deste procedimento, ou de outro que melhor garanta o direito à desindexação.

Já no cenário brasileiro, as decisões dos casos *Xuxa vs. Google* (REsp nº 1.316.921/RJ) e *S.M.S vs. Google* (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.873/SP) demonstram que o entendimento consolidado do STJ é no sentido da impossibilidade da aplicação da desindexação, em função da não responsabilização dos provedores de buscas pelo conteúdo disponibilizado por terceiros, principalmente em função da ausência, na legislação pátria, de ordenamento que regularize a proteção de dados pessoais.

Existe uma desconfiança dos tribunais brasileiros quanto à desindexação, tanto em relação à existência de norma que a legitime, quanto à própria efetividade deste direito, já que ele não promoveria a exclusão do conteúdo danoso da rede, mas apenas a desvinculação do conteúdo com o termo pesquisado.

Além disso, as propostas de lei que preveem a possibilidade de desindexação, que surgiram no Congresso Nacional após a decisão do *Google Spain vs. Costeja*

González, entre as quais a PL 7881/2014 do deputado Eduardo Cunha⁴¹, criam uma desconfiança no brasileiro de que a desindexação seja utilizada para fins que ameace o direito coletivo de acesso à informação, e sirva como meio para mascarar as atividades ilícitas cometidas por políticos.

Tais ressalvas, no entanto, não são capazes de rechaçar a possibilidade de aplicação deste direito no Brasil. Da análise da experiência europeia, bem como do grande número de demandas brasileiras, este direito deve ser implementado, e direcionado, principalmente ao cidadão comum, caso em que, ao contrário das figuras públicas – tais como os políticos – seu direito à privacidade, imagem e honra, usualmente prevalecem sobre o interesse público de acesso à informação.

O fato é que o poder dos provedores de busca em determinarem fortemente a imagem dos indivíduos, através dos resultados de busca, deve ser controlado, e o direito à desindexação pode prover este controle. Defende-se, assim, a necessidade social do direito à desindexação, bem como a importância de uma legislação que o legitime.

⁴¹ O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º É obrigatória a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

REFERÊNCIAS

ACESSO À INTERNET E À TELEVISÃO E POSSE DE TELEFONE MÓVEL CELULAR PARA USO PESSOAL 2014. Disponível em: www.mc.gov.br/doc-crs/doc_download/2799-pnad-tic-2014. Acesso em 30 de nov. De 2016. Acesso em 09 de fev. De 2017.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (google spain, google inc. Contra Agencia Española de Protección de Datos (AEDP), Mario Costeja González, 13 de maio de 2014, processo c-131/12). Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5fe90ba6179b14238af0fae643c9fa1b9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKaNb0?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=DOC&docid=152065&occ=first&dir=&cid=100417 Acesso em 15 de fev. De 2017.

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, “*Guidelines on the implementation of the CJEU judgment on Google Spain and Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Gostejá González*” C-131/12 (Nov. 26, 2014) Disponível em: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf. Acesso em: 29 de fev. De 2017.

AUSLOOS, Jef, and KUCZERAWAY, Aleksandra, *From notice-and-takedown do notice-and-delist: implementing google spain. In: Colorado Technology Law Journal, Oct. 5, 2015*. Disponível em: <http://ctlj.colorado.edu/wp-content/uploads/2016/06/v2.final-Kuczeraway-and-Ausloos-4.5.16-JRD.pdf>. Acesso em 02 de fev. De 2017.

BESSI, Vânia Gisele; ZIMMER, Marco Vinício; GRISCI, Carmem Ligia Iochins. O panóptico digital nas organizações: espaço-temporalidade e controle no mundo do trabalho contemporâneo. Organ. Soc., Salvador, v.14, n.42, p.83-96, Setembro. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302007000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em 22 de Nov. De 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 de mar. 2017

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_at2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 13 de mar. De 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 13 de mar. De 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL nº 1.316.921-RJ, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28224920&num_registro=201103079096&data=20130429&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 13 de mar. De 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL nº 1.582.981-RJ, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59113326&num_registro=201502238660&data=20160519&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 13 de mar. De 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL nº 1.593.873-SP, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66956815&num_registro=201600796181&data=20161117&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 13 de mar. De 2017.

DIRETIVA 95/46/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 24 DE OUTUBRO DE 1995. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046> Acesso em 15 de fev. De 2017.

DIRETIVA DE COMERCIO ELETRÔNICO Nº 2000/31/CE DE 17 DE JULHO DE 2000. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:en:HTML>.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e Privacidade na Internet* – 1ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Delete: the virtue of forgetting in the digital age. New Jersey: Princeton University, 2009.

PROJETO DE LEI nº 5276/2016. Autoria Ministério da Justiça. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1457459&filenome=PL+5276/2016. Acesso de 13 de mar. De 2017.

PROJETO DE LEI nº 7881/2014. Autoria Dep. Eduardo Cunha. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1270760&filenome=PL+7881/2014. Acesso em 13 de mar. De 2017.

USO DE REDES SOCIAIS REPERCUTE NO AMBIENTE DE TRABALHO. Disponível em: http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3253391. Acesso em 24 de jan. De 2017.

Páginas 19 e 20 citações normas da ABNT. Página 21

Citação do informativo 0583.

Referências em normas da ABNT.

Orla linske

Critérios de esquecimento.

Referências de autores diversos

afirmações sem fonte doutrinária.

Introdução - afirmação sobre a institucionalidade da discussão sobre direito ao esquecimento

Data

Página 11, 13, 16, 20, 36.

Abstract Undergraduate – final projetec.