

**Regulação do Direito ao Esquecimento no Ciberespaço:
Heterogeneidade de Lealdades no Espaço Público de Postulação de
Interesses Legítimos**

*Regulating the right to be forgotten in cyberspace: Heterogeneity of loyalties
within the regulatory environment*

Submetido(*submitted*): 11/12/2014

Parecer(*revised*): 15/01/2015

Aceito(*accepted*): 27/01/2015

Jussara Costa Melo*

Resumo

Propósito – Este artigo tem por finalidade ampliar a compreensão da diversificação das responsabilidades públicas presente na intenção dos legisladores de regular o direito à privacidade e ao esquecimento no Projeto de Lei 7881/2014 e PLS 181/2014.

Metodologia/abordagem/design – O texto adota raciocínio dedutivo, metodologia descritiva combinada com análise de discurso e referencial teórico na Teoria Geral do Estado para explicar o percurso da intervenção que deságua no Estado Regulador.

Resultados – O estudo identifica a inspiração internacional e econômica das proposições legislativas que visam atender exigências da comunicação tecnológica em um novo mercado de apropriação de dados e informações pelas corporações.

Implicações práticas – O artigo fortalece a tese da diversificação das responsabilidades públicas e aponta dificuldades para a efetividade da regulação proposta em face da complexidade técnica e da assimetria entre usuários e provedores de pesquisa relativamente ao acesso e uso dos conteúdos armazenados no mundo virtual.

Originalidade/relevância do texto – O artigo aponta riscos contratuais do intenso fluxo de trocas na internet e alerta para a ausência de um Estado transnacional que faça a proteção global do direito à privacidade e ao esquecimento, frente ao poder das grandes corporações.

Palavras-chave: comunicação, privacidade, regulação, internet, tecnologia.

Abstract

Purpose – This paper aims to enhance the comprehension of the diversification of public responsibility within the legislators' intention on regulating the right of privacy and also the right to be forgotten in the Congress Proposal no. 7,881/2014 and PLS 181/2014.

Methodology/approach/design – The paper is adopts deductive reasoning and descriptive methodology combined with discourse analysis. It employs the general theory

*Mestre e Doutoranda em Comunicação e Sociedade. Especialista em Regulação de Telecomunicações e em Teoria da Constituição. Advogada com atuação em advocacia consultiva e contenciosa em direito público, direito das telecomunicações, direito da energia, direito regulatório, contratual e concorrencial. E-mail: jussaracmelo@gmail.com.

of the state as a framework to explain the state course of action towards the Regulatory State.

Findings – *The study identifies the international and economic motivation for legislative proposals designed to meet the technological communication requirements in a new market in which data and information are owned by corporations.*

Practical implications – *The paper strengthens the thesis of diversification of public responsibilities and points to difficulties for the effectiveness of the regulatory proposals considering technical complexity and asymmetry between users and providers of research mechanisms on access and use of the contents stored in the virtual world.*

Originality/value – *The article is not original in its contents. Nevertheless it points contractual risks in the intense flow of exchanges in the Internet and throws light on the absence of a transnational State that could embody the overall protection of privacy and right to be forgotten against the power of large corporations.*

Keywords: communication, law, privacy, regulation, Internet, technology.

Introdução

No ciberespaço, tudo aquilo que pode ser transformado em bits torna-se real e atual. O virtual torna-se real. O tempo não passa e a localização geográfica é irrelevante. Nessa interconexão de computadores com suas memórias, as informações armazenadas acerca de fatos pretéritos que dizem respeito a pessoas em tempo e espaço determinados são facilmente recuperáveis por qualquer indivíduo nos mecanismos de busca da internet.

Essa facilidade é atributo da tecnologia e um dado da modernidade. Porém, o uso que se faz das informações obtidas nos mecanismos de busca é complexo e diz respeito à esfera privada – intimidade, privacidade, imagem, personalidade – e à esfera pública – informação, transparência, interesse público.

A internet é um espaço de fluxo de informações, de uma comunicação tecnológica distinta da TV e do rádio. Esse espaço requer o estabelecimento de padrões como é o caso do marco civil (Lei nº 12.965, de 23/04/2014), mas essa necessidade de padrões não faz com que a internet concorra com outras normas que regulamentam a vida fora do ciberespaço, as quais, muitas vezes, já se aplicam a relações originadas na redet.

O que ocorre é que a informação é uma mercadoria em um mercado tecnológico que cria e recria novas formas de sociabilidade que, por sua vez, colocam direitos em disputa, como é o caso do direito à privacidade e à liberdade de expressão cuja regulação internacional reverberou no labor regulatório brasileiro. Ninguém é obrigado a conviver para sempre com o passado, segundo tese do direito ao esquecimento acatada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Enunciado 531.

Esse direito não é doutrinariamente novo, mas o Projeto de Lei 7881/2014 de autoria do Deputado Eduardo Cunha inova ao propor a obrigatoriedade de remoção de links de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida. Também, no Senado Federal, o Projeto PLS 181/2014 de autoria do Senador Vital do Rego, no que concerne à privacidade, a coleta e o tratamento indiscriminado de dados pessoais, propõe o estabelecimento de proteção de uma esfera mínima de intimidade perante as novas tecnologias.

Privacidade é direito fundamental constitucional também previsto na legislação infraconstitucional (art. 11 da Lei 10.406/2002, Código Civil), portanto, o direito ao esquecimento já está regulado fora do ciberespaço. Os projetos de lei propostos sofreram o influxo da regra C-131/12 adotada pela Comissão Europeia¹ e de regras aprovadas por outros países, que instalam uma heterogeneidade de lealdades, pois a informação é uma mercadoria que pode gerar ideias úteis e bens de valor significativo.

Se não é novo o direito à privacidade e ao esquecimento e se os sistemas jurídico e legal já asseguram a sua proteção, o que há de novo nas propostas de no regime jurídico-regulatório do direito ao esquecimento e da privacidade?

Há a suspeita de que não seja tecnicamente possível cobrir todas as possibilidades de busca, recuperação e remoção de dados e links. As proposições legislativas podem não se efetivar na prática pela complexidade técnica e pela capacidade de uso dos mecanismos técnicos de proteção por parte dos usuários.

Este artigo analisa a intenção das proposições legislativas na perspectiva teórica da diversificação da responsabilidade pública (GONÇALVES, 2005). O artigo está dividido em três seções. A primeira seção faz um apanhado histórico da atuação do Estado, tomando a intervenção como ponto central e situando o tema da regulação pós-privatização. A segunda seção indica como o ordenamento jurídico vigente regula a privacidade e o direito ao esquecimento e explica a transformação da informação em mercadoria. A terceira descreve as proposições legislativas, enfocando as dificuldades do uso da internet e da efetivação dos comandos legais propostos.

Espiral da Intervenção

A regulação, como termo geral, é uma forma de atuação estatal que indica intenção de direcionamento de um setor de atividades (ARANHA, 2005).

¹Disponível em http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf. Acesso em 21/01/2015.

Por essa razão, entender a racionalidade das proposições legislativas que incidem sobre direitos já positivados no ordenamento jurídico traz a necessidade de uma remissão à Teoria Geral do Estado, que significa e resignifica o Estado do ponto de vista da intervenção.

A intervenção do Estado é o ponto central de uma espiral evolutiva que deságua no Estado Regulador. A expressão espiral tem aqui inspiração na Teoria da Espiral do Silêncio (HOHFELDT, 2001, p. 220). A medida da intervenção é preocupação que historicamente opera na definição da forma de atuação do Estado. A ideia de uma intervenção mínima deu forma ao Estado liberal, mas com o fim da Primeira Guerra Mundial, o declínio do liberalismo lançou por terra o ideário burguês de valorização isolada da liberdade e do indivíduo que assegurava privilégios aos economicamente mais fortes. Esse ideário, que havia impedido a interferência do Estado no atendimento às demandas sociais, cedeu terreno para um Estado intervencionista do qual são exemplos o estado socialista russo, a política nacionalista do III Reich, a ênfase na questão social na Constituição de Weimar e do México e a política intervencionista do New Deal de Roosevelt (DALLARI, 1993, p. 235). Essas experiências causaram mudanças na concepção do Estado Liberal, tendo Dobrowolski afirmado que:

“Enquanto o Estado Liberal é unidimensional, ao considerar os homens apenas naquilo que, por abstração, possuem em comum, a qualidade de cidadãos, o Estado Social acresce suas dimensões, ao se relacionar com as pessoas integradas em suas múltiplas formas de vida, no seu trabalho, em seu lugar no mundo, ou seja, ao lidar com homens concretos, com o homem situado, na expressão de Burdeau.” (DOBROWOLSKI, 1985, p. 107)

A lei é o instrumento de ação do Estado Social, mas não a lei no sentido tradicional e sim a lei no sentido contemporâneo. No sentido tradicional, a lei é uma regra geral, abstrata, prospectiva, válida para um número indefinido de casos e para um tempo indeterminado, derivada das discussões no parlamento. Essa concepção, entretanto, é alterada. Nas palavras de Dobrowolski:

“A idéia contemporânea de lei é diferente. É um plano de ação destinado a modificar a ordem social existente ou simplesmente a resolver um problema específico e concreto. Exprime, pois, uma vontade construtiva, e vem adequar-se à razão instrumental ou operacional do nosso tempo, que desconhece a ordem racional objetiva e admite somente racionalidades subjetivas, considerando racional o que serve para conseguir um objetivo, para resolver um problema. Constituindo um instrumento para a ação, envolve-se com valores diferentes dos jurídicos, como os de natureza técnica ou econômica, aos quais tem de ajustar-se.” (DOBROWOLSKI, 1985, p. 111-112)

Ocorre que o Estado Social inviabilizou-se tanto por terem sido gerados resultados positivos – *e. g.*, o aumento da expectativa de vida –, como pelos efeitos colaterais – *e. g.*, elevação dos passivos governamentais, estrutura burocrática, ineficiência das empresas estatais, insatisfação com os serviços públicos da intervenção – que, somados ao desenvolvimento exacerbado da atividade privada, requereram medidas de correção da atuação do Estado.

As medidas de correção se concretizaram no final da década de setenta e início da década de oitenta e adentrando os anos noventa do século XX, com a retração do Estado, que como opção de política econômica, abriu vias para o Estado Regulador. É o que acentua Fiorati:

“O Estado volta a retrair-se, transfere aos particulares as empresas e os interesses e serviços considerados “públicos”, buscando com esses mecanismos a eficiência perdida, passando a se concentrar novamente naquelas atividades consideradas “essenciais”, porém, com uma nova tendência, talvez resultante do embate capitalismo x socialismo: o Estado passa a ser regulador, fiscalizador, evitando-se assim, o Estado-Alheio do século XIX.” (FIORATI, 2004, p. 119)

Justen Filho explica que o Estado Regulador é um novo paradigma político-organizacional que pode ser compreendido em face da evolução da União Europeia, que assumiu funções normativas vinculantes para os Estados nacionais associados em uma estrutura governativa dotada de competências regulatórias da qual deriva a concepção de um Estado que se faz presente em uma intervenção normativa e não na execução direta das atividades e serviços que possam ser organizados segundo padrões de estrita racionalidade econômica. (JUSTEN FILHO, 2002),

Marques Neto ocupa-se da questão da intervenção quando trata do Estado republicano, que seria um radical interventor indireto e um subsidiário e excepcional interventor direto no jogo econômico. No intervencionismo indireto, o Estado deve deter o máximo de capacidade de regular, via regulamentação, fiscalização, monitoramento, aplicação de sanções nos diversos campos da atividade econômica e social, atuando sempre no sentido da proteção dos interesses hipossuficientes, não exercendo um intervencionismo direto, ou seja, abstendo-se de executar atividades que possam ser desenvolvidas por atores privados. (MARQUES NETO, 2002, p. 183).

Aranha (2015, p. 73) descreve que o Estado Regulador não é um estado intervencionista e também não é abstencionista, mas atua como regulador, facilitador ou financiador a fundo perdido do desenvolvimento econômico e social, um Estado que transcende a visão maniqueísta de oposição entre Estado e mercado ou entre Estado e sociedade, um Estado reconciliado com o mercado que se define pelo caráter gerencial da Administração Pública.

O Estado Regulador produz, como explica Justen Filho (2002, p. 23 e 30), uma redução de competências diretas do Estado. A contrapartida é uma modificação no instrumento de realização de certos valores, admitindo-se a privatização na medida em que os valores buscados anteriormente pelo Estado possam ser realizados pela atuação da iniciativa privada, incluindo-se aí, também os serviços públicos. Os valores a serem buscados pelos agentes econômicos são delimitados pelo Estado que devem, também, cumprir as formalidades destinadas a comprovar a correção de sua conduta, devendo se tornar mais transparente sua conduta na relação com o Estado e na relação com a comunidade.

Convertido em regulador, o Estado brasileiro conduzido pela posição liberal de seu governo à época consolidou o deslocamento da função regulamentar do centro para o tráfego plural de produção normativa (Neder, 2007).

O Espaço de Postulação de Interesses Legítimos

Em meados da década de 1990 do século XX, novas abordagens foram agregadas ao direito brasileiro, que passou a perseguir valores distintos dos valores da administração burocrática. De fato, nesse período, as relações do Estado com as organizações empresariais alteraram-se em diversos setores, caracterizando uma nova atitude estatal traduzida no gerencialismo, ideário dos governos de Thatcher e de Reagan. Apesar de ter se desenvolvido no contexto cultural da Inglaterra e dos Estados Unidos, o modelo de gestão administrativa gerencial se espalhou pela Europa e América Latina e, no Brasil, tornou-se referência para a gestão pública ao compor o Plano Diretor da Reforma do Estado (PAES DE PAULA, 2005). Os objetivos do Programa Nacional de Desestatização permitem verificar a presença na Administração Pública Brasileira do ideário do gerencialismo e a nova articulação entre Estado e mercado:

Objetivos do Programa Nacional de Desestatização (Lei 9.491/97, Art.1º)	
I	Reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
II	Contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;
III	Permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
IV	Contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e

	reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;
V	Permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
VI	Contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integram o Programa.

Tabela 1 - Programa Nacional de Desestatização

As agências reguladoras no Brasil são resultado desse movimento e foram criadas como instância de mediação do Estado com o mercado na condição de autarquias especiais e independentes, dotadas de poder normativo. A atividade normativa opera, na práxis, uma flexibilização do princípio da legalidade – a retirada pelo legislador de certas matérias do domínio legal. Esse movimento foi objeto de observação de Warat:

“Ninguém mais acredita sinceramente na grande odisséia justiceira do direito que ajudou na constituição do Ocidente. Está como que esgotada a potência de um discurso jurídico com pontos de vista exaustivos e uniformizantes. Começa a instalar-se um certo desencanto com relação aos grandes princípios do direito que orientaram durante tanto tempo a legitimação do verdadeiro e do justo. Começa-se a conviver com a perda de todo um sistema de objetos de crenças que fizeram o elogio das certezas. Estamos entrando em um período marcado pela decadência de grande parte da mitologia jurídica, que fora força motriz da expansão do capitalismo e da limitação das irracionalidades das suas racionalizações. (WARAT, 1994)

No labor regulatório, as agências emitem regulamentos com normatização técnica para atingir o interesse público, configurando um campo de lutas entre o interesse público e as necessidades dos agentes privados delegados do Poder Concedente. Transcreve-se a seguinte elucidação:

“Além da consagração e outras fontes normativas, consoante frisado, não oriundas necessariamente do parlamento, tem-se a abertura das próprias leis por meio da discricionariedade administrativa e de conceitos jurídicos indeterminados, que constituem formas específicas de aplicação do Direito, formas de regulamentação por lei, de certa matéria, em que se observa a atribuição, ainda que parcial, de poderes decisórios para a Administração.” (SILVA, 2008, p. 66-67)

No Estado Regulador, instala-se o espaço de postulação de interesses legítimos em um fluxo e refluxo da sociedade para o Estado e do Estado para a sociedade, como assinalou Sousa Junior:

“O paradigma do informal não se pode desligar do debate em torno do refluxo político e do refluxo jurídico; no âmbito político, assiste-se ao refluxo da política formal (do Estado, dos parlamentos, dos governos, das burocracias, das informações sociais regidificadas); no domínio jurídico, o espetáculo é o refluxo jurídico (deslocação da produção normativa do centro para a periferia, da lei para o contrato, do Estado para a sociedade).” (SOUSA JUNIOR, 2002, p. 30)

As proposições legislativas de proteção de dados pessoais e do direito ao esquecimento, nesse enfoque, não são oriundas de Agência Reguladora, mas tratam de questões afeitas ao mercado. Isto se dá pela mudança paradigmática, onde o ator privado age mais ou menos livremente sob a incidência de uma regulação pública limitada e genérica, que, na prática se limita a criar condições para o exercício dos direitos e das liberdades e a estabelecer restrições pontuais.

Direito e democracia são atores da regulação. A uma, porque a democracia favorece a diversidade de pontos de vista. A livre concorrência e expressão destes no interior da sociedade e sua negação conduziram o século XX a experiências nefastas e totalitárias de exercício do poder. Outra razão para compreensão do direito e democracia como atores da regulação está no fato de que uma regulação social não pode, com efeito, libertar-se das disposições jurídicas fundamentais que definem o caráter público da ação, a repartição dos papéis institucionais, a legalidade das ações, a legitimidade das autoridades de decisão e de controle (ARNAUD, 1999, p. 160).

A função do direito é problemática e complexa. De um lado, o direito serve à manutenção ou defesa dos interesses e valores dominantes enquanto, de outro lado, pode promover ou facilitar mudanças sociais, apoiar, animar e inclusive forçar hábitos e comportamentos sociais novos. O leque das funções do direito é aberto, englobando mais do que simplesmente proibir ou limitar. Há, também, a função promocional, com sanções positivas e de técnicas de estímulo e de remoção de obstáculos para a adoção de determinados comportamentos (CALERA, 2001).

As funções do direito são, então, o tema e o problema de quais são os fins que o direito persegue e logra ou que o direito deveria perseguir e lograr em sua percepção da realidade. No caso específico da proteção de dados pessoais e do direito ao esquecimento, o parlamento atua a partir de uma demanda oriunda da sociedade, da tecnologia e da realidade global internacional.

Privacidade, Intimidade e Direito ao Esquecimento

A privacidade é um direito já protegido no ordenamento jurídico brasileiro no rol dos direitos da personalidade, que integram o conjunto de

direitos e garantias fundamentais (art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988 e art. 11 a 21 da Lei 10.406/2002). Há quem defenda (BITTAR, 1978) que esses direitos existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações.

O direito à privacidade é tomado pela doutrina constitucional como:

“O conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Segundo Afonso da Silva, este direito foi identificado no ano de 1873 pelo Juiz americano Cooly como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: *right to be alone*. O *right of privacy*, segundo a Corte Suprema dos Estados Unidos da América, compreende o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada.” (SILVA, 2007, p. 206)

O direito ao esquecimento deriva, assim, dos direitos da personalidade: é o direito de não ser lembrado contra a vontade. A decisão é constitutiva do direito ao esquecimento. A pessoa pode decidir em dado momento manter sua privacidade sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições isso pode ocorrer. O foco é a capacidade decisória. (CHAVES, 1978)

Em uma sociedade complexa, em que múltiplos são os espaços de manifestação e exposição públicas, o direito ao esquecimento concorre com o direito de informar dos meios de comunicação. Jornais e meios de comunicação existem há muito tempo, mas a tecnologia reconfigurou os espaços de manifestação e expressão criando o ciberespaço, a internet, uma rua cibernética, parafrasando-se Lyra Filho.

A esfera pública atualmente é uma rua tecnológica e o povo, guardadas as devidas proporções relativamente às dificuldades de inclusão digital, interage na internet e nesta esfera pública se manifesta. Essa nova forma de interação e comunicação pode dar origem a novos direitos ou a novas formas de proteção de direitos já positivados no ordenamento jurídico, como autoriza o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal brasileira de 1988.

A interação se dá com os meios tecnológicos e, por intermédio deles, tempo e temporalidade condensam-se no presente, o eterno presente. O futuro recai sobre o presente e o passado não passa mais. Tudo está no lugar e nada está no lugar. Uma sequência de bits, grosso modo, permite viver uma supermodernidade marcada pela existência do “não-lugar” – a medida de uma época que se caracteriza pelo excesso factual; pela superabundância espacial (AUGÉ, 2010).

Informação como Mercadoria

O governo brasileiro reconheceu a informação oficialmente como um recurso estratégico e propulsor do desenvolvimento no Programa Sociedade da Informação, que visa promover o uso das novas tecnologias de comunicação na esfera social, estatal e privada. (FERREIRA, 2003)

Na Sociedade da Informação, nem a subjetividade daquele que cria nem o mercado como agente de inovação tecnológica estão isolados. Spenillo assevera que a série de eventos tecnológicos e tecnologias, aliadas à velocidade do fluxo de informações tem fundamentado novas formas de organização e de produção em escala mundial:

“Não é gratuito que a sociedade atual passa a receber diversas denominações, de acordo com o tipo de preocupação e paradigma teórico com a qual é analisada: ‘sociedade da informação’, ‘sociedade global da informação’, ‘sociedade pós-industrial’, ‘sociedade em rede’, entre outras, com a finalidade de designar a centralidade que a comunicação e a informação, baseadas no desenvolvimento tecnológico, assumem na vida cotidiana, tornando-se responsável por conectar e desconectar indivíduos, grupos, regiões e países em um fluxo contínuo de decisões estratégicas.” (SPENILLO, 2008, p. 67)

Segundo Dantas (2003), para que ocorra informação, haverá sempre necessidade de interação ou comunicação entre um sujeito e um objeto, ou sujeito a sujeito. O sujeito extrai um sentido do objeto. Qualquer que seja a sua forma, ela sempre resulta de interação e somente se dá na interação. A informação não é imaterial. Não será nem atributo do objeto, nem do agente, mas será sempre uma relação entre ambos. No caso da apropriação da informação pelo capital, a aptidão do trabalhador para perceber e compreender os sinais e lhes conferir novos significados resulta em ações de transformação da matéria prima. Essa aptidão é justamente aquilo que Marx definia como o valor de uso do trabalho. No processo de trabalho, esta “subjetividade” é introduzida na matéria “morta”, revolvendo-a, modificando-a, transformando-a em algo novo e necessário ao consumo ou usufruto humano. Por isso, essa “subjetividade”, por si só, cria valor.

A internet é um produto da tecnologia apoiada no conhecimento do outro, o conhecimento sobre o outro, o conhecimento que é produzido pelo outro, a informação, o processo contínuo de fabricação, os seres humanos em constante formatação, os fluxos que se recombinaem e operam uns sobre os outros, o *bit* como substrato básico de formação do mundo atual.

Segundo Carvalho (2005), o conhecimento da história de uma tecnologia é fator fundamental para o seu pleno domínio, porque uma tecnologia não pode ser pensada em termos estritamente técnicos. As redes, como a internet, não são

apenas redes de computadores, mas são, também, redes sociotécnicas. (CARVALHO, 2005)

Os antigos objetos técnicos, ensina Marilena Chauí em palestra ministrada em 2010 no CPFL cultura, ampliavam a força física humana: a máquina a vapor. Os novos objetos técnicos ampliam as forças intelectuais e o conhecimento produzido passa a ser alvo da ação monopolística das grandes corporações.

Na filosofia da tecnologia, a essência de um artefato é convencional no sentido de que o significado dos artefatos é algo que se cria e não que se descobre. Salter (2004) relata que grande parte do discurso sobre o potencial democrático da internet tende a simplificar a questão da tecnologia. Os interesses democráticos são referidos como capazes de influenciar a internet e essa discussão encontra-se na base da proposta do filósofo da tecnologia, Andrew Feenberg, na medida em que o conceito de formas de uso se relaciona com a ideia de que as tecnologias são desenvolvidas para um propósito específico, mas frequentemente são, também, utilizadas por meio de formas não planejadas.

Feenberg traz uma abordagem importante da relação entre tecnologia e exclusão, retomando discussão que havia ficado estagnada nos anos 1970, reformulando Marcuse. Marcuse buscou a compreensão do problema da ilusão gerada pela tecnologia. Ele escreveu diversos artigos que abordam direta ou indiretamente as implicações sociais da tecnologia moderna, expondo a tese de que, por incorporarmos a tecnologia, como parte da nossa realidade, também poderemos viabilizar modos de liberar a razão instrumental para outros fins que alterem a repressão da sociedade de classes, baseada na indústria do consumo de massa. Feenberg busca reformular a racionalidade tecnológica defendida por Marcuse, propondo a reinserção dos valores humanos na tecnologia, na via do debate democrático como projeto concreto de resistência ao poder tecnocrático. (PISANI, 2010 e NEDER, 2013)

As alternativas modernas de debates sobre a tecnologia abrangem um eixo da tecnologia vista como encadeamento *lock-in* onde estão situadas as vertentes do instrumentalismo e do determinismo e outro eixo, que vê a tecnologia como portadora de valores no qual se situam as vertentes do substantivismo e da teoria crítica. Em síntese, o instrumentalismo vê a tecnologia como uma ferramenta para realização de necessidades; o determinismo entende que a tecnologia é a força motriz da história, ou seja, que o progresso técnico é unilinear; o substantivismo entende que os meios e fins são determinados pelo sistema e que a tecnologia não é instrumental, mas incorpora valor substantivo; e a teoria crítica da tecnologia, atuando sob o construtivismo sociológico, oscila entre o engajamento, ambivalência e

resignação, mas vê graus de liberdade e põe foco na escolha dos valores que regem os sistemas. (NEDER, 2013, p. 8-11)

Como uma das alternativas modernas de debate, a teoria crítica da tecnologia busca conciliar pontos aparentemente conflitantes sobre a tecnologia e parte da visão de que, onde quer que as relações sociais sejam mediadas pela tecnologia moderna, seria possível introduzir controles mais democráticos e reformular a tecnologia. Feenberg acredita que a menos que a democracia possa ser estendida além de seus limites tradicionais para dentro dos domínios tecnicamente mediados da vida social, seu valor de uso continuará declinando, sua participação irá se esvanecer e as instituições que identificamos como sendo parte de uma sociedade livre desaparecerão gradualmente (ACHTERNHUIS, 2001).

Os domínios tecnicamente mediados da vida social trouxeram a questão da proteção dos dados pessoais e do direito ao esquecimento ao centro do debate e das iniciativas de regulação em nível nacional e internacional. Se por um lado, como referido por Salter, as tecnologias são desenvolvidas para um propósito específico, por outro lado, são também utilizadas por meio de formas não planejadas. *Big data* é o exemplo atual no qual se fixam os olhares.

Schonberger e Cukier (2013) definem *big data* como a capacidade de uma sociedade de obter informações de maneiras novas a fim de gerar ideias úteis e bens e serviços de valor significativo. Não apenas as tecnologias de armazenamento de dados evoluíram, mas a mentalidade sobre como os dados podem ser usados também mudou.

Big data é, então uma maneira de pensar em grande escala, de criar novas formas de uso das informações que alterem mercados. Trata-se de empregar a matemática para fazer previsões, para expandir, por exemplo, a capacidade de inovar. Há, também, os aspectos sombrios deste acúmulo deliberado de dados que diz respeito às pessoas e às limitações relativas ao uso das tecnologias e à difícil resposta acerca da preservação da privacidade e do direito de informar.

As Proposições Legislativas

Na realidade interativa do ciberespaço, a privacidade e o direito ao esquecimento adquiriram maior visibilidade e passaram a requerer proteção específica da qual é exemplo o Enunciado 531 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece que a tutela da dignidade humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Ao acolher, pela primeira vez, a tese do direito ao esquecimento, o Superior Tribunal de Justiça fixou posicionamento acerca da função do direito nessa relação em um mundo virtual de assincronia e de atopia, como se observa de trechos transcritos do inteiro teor do acórdão:

“Se o direito ao esquecimento beneficia os que já pagaram por crimes que de fato cometeram, com maior razão se deve observá-lo em favor dos inocentes, involuntariamente tragados por um furacão de eventos nefastos para sua vida pessoal, e que não se convém revolver depois que, com esforço, a vítima logra reconstruir sua vida. (...) 10. Cabe agora enfrentar a tese de aplicação do direito ao esquecimento no direito brasileiro. No ponto, ressalto que é pelo Direito que o homem, cravado no tempo presente, adquire a capacidade de retomada reflexiva do passado – estabilizando-o – e antecipação programada do futuro – ordenando-o e lhe conferindo previsibilidade. Caso contrário, o tempo, para o ser humano, seria mero “tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida” (FERRAZ JUNIOR, Tércio. *Segurança jurídica, coisa julgada e justiça*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 265). (...) Em termos de instrumental jurídico, o direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e coisa julgada. (...) Especificamente no que concerne ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, a doutrina não valina em dar prevalência, em regra, ao último, ressalvando-se – como aqui se ressalvou – a hipótese de crimes genuinamente históricos quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável. RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). RECORRENTE: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A. RECORRIDO: JURANDIR GOMES DE FRANÇA. RELATOR: MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento a reclamação ajuizada pela Google acerca da remoção de conteúdo ilegal, decidindo que não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação e que, considerando que a vítima identificara o autor do delito via URL, não haveria motivo para demandar contra aquele que apenas facilitou o acesso ao ato ilícito que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação (Reclamação nº 5.072 – AC (2010/0218306-6). Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe:04/06/2014).

A decisão revela já uma disparidade entre aquilo que se espera da regulação proposta e aquilo que é efetivamente possível realizar.

Projeto de Lei 7881/2014, do Deputado Eduardo Cunha

O Projeto de Lei 7881/2014, de autoria do Deputado Eduardo Cunha, é uma proposta de regulação do direito ao esquecimento que é feita na via da democracia representativa, pelo Poder Legislativo. O comando legal proposto obriga 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. A proposta não prevê uma sanção pelo não cumprimento da obrigação. O autor do projeto de lei considera a proposta uma importante demanda social e invoca, como referência, a aprovação, na Europa, no mês de maio de 2014, da Lei do Direito de ser Esquecido. Destaca-se, da justificativa do Projeto de Lei, o impacto da lei na operação das corporações da internet:

“Aprovada em maio, na Europa, a chamada “lei do direito de ser esquecido” permite que cidadãos do continente possam pedir a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados “irrelevantes” ou defasados sobre eles. Pois agora, de acordo com o site “The Observer”, a Wikipédia teve o seu primeiro verbete removido devido à nova legislação. A informação foi passada pelo fundador da enciclopédia digital, Jimmy Wales, que se opõe à legislação. De acordo com Wales, a página, cujo conteúdo não foi revelado, continuará online, mas não aparecerá mais nos resultados de busca do Google. Controversa, a lei tem causado revolta dos veículos de imprensa europeus, que, após a aprovação da legislação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, começaram a receber notificações do Google sobre links que foram removidos dos resultados de busca a pedido de pessoas envolvidas no noticiário. De acordo com a gigante de buscas da internet, a empresa recebeu cerca de 90 mil pedidos de remoção de links dos seus resultados na Europa entre maio e o mês passado. Devido à grande quantidade de requisições, o Google conseguiu eliminar apenas 50% das páginas pedidas. Na frente dos países europeus que mais originaram demandas de remoção está a França com 17,5 mil pedidos para 58 mil links. A Alemanha vem em segundo, com 16,5 mil para 57 mil, seguida pelo Reino Unido (12 mil e 44 mil), pela Espanha (8 mil e 27 mil), pela Itália (7,5 mil e 28 mil) e pela Holanda (5,5 mil e 21 mil). Recentemente, a página “Hidden From Google” anunciou que começou a listar os links removidos pelo buscador, e diz já ter recebido dicas de centenas de colaboradores. Considero ser a proposta uma importante demanda social, pelo que solicito apoio dos meus pares para sua aprovação.

Vê-se que a proposta é claramente inspirada na Regra C-131/12 da Comissão Europeia, que estabelece que o indivíduo tem o direito, sob certas circunstâncias, de requerer dos mecanismos de busca a remoção dos links que contenham informação pessoal a seu respeito. É direito da pessoa obter do responsável ou de terceiros o apagamento dos dados pessoais que lhes dizem respeito e a abstenção de divulgação posterior desses dados, assim como sua cópia ou duplicação. O direito ao esquecimento não é absoluto e será sempre necessário exercer um juízo de ponderação entre este direito e outros direitos fundamentais como a liberdade de expressão. Esse juízo de ponderação,

considerando o tipo de informação, induz a necessidade de uma avaliação caso a caso que deve abranger o papel que a pessoa exerce na vida pública.

A proposição, a Regra C-131/12 foi motivada por decisão da Corte de Justiça da União Europeia, quando solucionou questão apresentada pela Espanha, em 2010, acerca de reclamação de violação de privacidade feita por um cidadão ao deparar-se com informações defasadas a seu respeito nos resultados de busca no Google. Apoiada na Diretiva de 1995, o Tribunal decidiu que: (i) as regras da União Europeia são aplicáveis mesmo que o servidor da empresa que processa os dados esteja localizado fora da Europa, se a empresa possuir filial ou subsidiária em estado-membro que promova a venda de espaço de publicidade; (ii) o operador dos mecanismos de pesquisa que controla informações e empresas, como a Google, não podem eximir-se da responsabilidade perante a lei europeia quando lidam com dados pessoais; as regras sobre proteção de dados e o direito ao esquecimento são aplicáveis; e (iii) indivíduos têm o direito, sob certas condições, de requerer a remoção de links que contenham informações pessoais.

A avaliação caso a caso é que fará o equilíbrio entre o direito à privacidade e o direito de informar. Esse equilíbrio dependerá da natureza da informação em questão, de sua sensibilidade para a vida privada e do interesse público em ter a informação. Ele também dependerá da personalidade em questão, pois não se trata de reduzir a importância da figura pública ou de transformar ou de relativizar o juízo sobre a pessoa do criminoso. A regra dá poderes aos indivíduos para gerenciarem suas informações pessoais, protegendo, de igual modo, a liberdade de expressão. Para o Tribunal, entretanto, a violação do direito à proteção de dados não é justificável meramente pelo interesse econômico.

A ideia de que a Regra C-131/12 é conteúdo novo, portanto, não é correta pois o direito ao esquecimento faz parte do conjunto da regulação de proteção de dados já vigente na Europa que abrange um variado número de outros direitos, como, por exemplo, a portabilidade de dados. Trata-se a Regra C-131/12 de uma modernização das regras de proteção de dados, que cria um mercado de dados na União Europeia e uma cooperação racional entre os estados-membros.

Projeto de Lei do Senado Federal PLS 181/2014 - Senador Vital do Rêgo

Concomitantemente ao Projeto de Lei 7881/2014, tramita no Congresso Nacional o PLS 181/2014, de autoria do Senador Vital do Rêgo. O objetivo deste PLS é estabelecer princípios, garantias, direitos e obrigações para a proteção de dados pessoais no Brasil, introduzindo detalhada disciplina de atividades de coleta, tratamento e transmissão de informações pessoais,

orientada pelo ditame constitucional da dignidade da pessoa humana, em especial no que concerne à privacidade, liberdade e honra.

A justificativa do PLS faz alusão à tendência de elevação do grau de coleta e compartilhamento de dados decorrentes do rápido desenvolvimento tecnológico como motivadores da garantia de tratamento adequado aos dados pessoais, principalmente no que concerne aos dados sensíveis, definidos como aqueles que podem ensejar discriminação social, como os relativos à orientação religiosa, política ou sexual.

Diz Vital do Rêgo em sua justificativa ao PLS 181, que a relevância da proteção desses dados é evidente, sobretudo, no âmbito das relações de consumo. A falta de confiança dos consumidores na manutenção do sigilo de seus dados gera hesitação quando da aquisição de mercadorias e serviços, principalmente no ambiente on-line, comprometendo assim o próprio desenvolvimento econômico do país.

O Parecer da CCJ, relatado pelo Senador Aníbal Diniz ressalta que a iniciativa é oportuna uma vez que o rápido desenvolvimento tecnológico tem elevado o grau de coleta e compartilhamento de dados pessoais, fato que colocaria em risco a sua proteção. Para reforçar o acerto do PLS 181/2014, o parecer da CCJ busca amparo nas seguintes iniciativas internacionais, considerando a revelação recente de graves violações cometidas tanto por entidades públicas quanto privadas por meio da coleta e do tratamento indiscriminado de informações pessoais: (i) a Assembleia Geral da ONU aprovou resolução intitulada “O direito à Privacidade na Era Digital”, na qual recomenda que os Estados devam tomar medidas para proteger a esfera privada dos indivíduos contra a interceptação, a coleta e o tratamento massificado de dados; (ii) o Canadá regulamentou o tema em abril de 2000 no “*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*”; (iii) a União Europeia, por sua vez, aprovou a Diretiva 95/46/EC, de outubro de 1995, a qual se encontra, atualmente, em revisão; (iv) no Brasil, embora o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) regule questões específicas relativas ao tratamento de dados, inexistente regramento amplo e sistemático que confira segurança jurídica para as empresas que desenvolvem tal atividade e que garanta de forma sólida o direito fundamental dos indivíduos à intimidade e à privacidade.

O PLS nº 181, de 2014, representa uma resposta sensata e equilibrada aos diversos interesses envolvidos na proteção de dados e realiza a difícil tarefa de harmonizar, de forma balanceada, os interesses econômicos das empresas no tratamento de dados pessoais, que hoje constitui uma realidade clara em vários mercados, com a proteção adequada da esfera privada dos indivíduos, beneficiando o setor econômico, por meio da construção de um regramento sistemático, organizado e razoável para a atividade de tratamento de dados,

como também a sociedade civil, por meio da previsão de uma série de garantias e direitos para os indivíduos afetados por tal atividade.

Heterogeneidade e Lealdades

O uso da internet apresenta ao indivíduo uma série de momentos de decisão nos quais um clique concretiza uma relação contratual de uso e consumo dos serviços prestados pela corporação detentora do portal que acessa. O ato de contratar é, também, um momento de decisão que pressupõe o exercício livre da vontade e o contrato é o espaço onde o usuário define como quer que aquilo que projeta no processo comunicacional na internet seja utilizado e/ou protegido pela corporação. Sobre a vulnerabilidade do consumidor no momento da contratação, assim se manifesta Marques:

“A fragilidade do consumidor manifesta-se com maior destaque em três momentos principais de sua existência no mercado: antes, durante e após a contratação. É, portanto, com os olhos voltados para o iter contratual do consumidor que o legislador e os órgãos de implementação atuam. Em outras palavras: toda a vulnerabilidade do consumidor decorre direta ou indiretamente, do empreendimento contratual e toda a proteção é ofertada na direção do contrato. Daí a importância que assume a matéria contratual no amplo círculo de proteção do consumidor.” (MARQUES, 1999, p. 10)

Se, por um lado, não há lacuna no direito na direção da proteção do direito ao esquecimento, por outro lado, há um descolamento entre as urgências e necessidades de acesso e uso da internet, a extensão dos compromissos decorrentes da adesão aos contratos de uso dos sites e portais públicos ou privados e a educação, formação ou conhecimento das pessoas para empregar ferramentas de proteção.

O uso indevido de informações privadas tem sido associado à discussão pública sobre o impacto cultural da tecnologia, uma vez que dados pessoais na sociedade capitalista são mercadoria. Somos seres temporais e espaciais, mas no mundo virtual essas categorias não existem e, se não temos a referência do espaço e do tempo, navegamos em uma rua cibernética onde opera a desorganização e o exercício do poder.

Ser deixado tranquilo e ter o exclusivo controle de sua privacidade nas trocas estabelecidas via internet acaba por se tornar uma empreitada para especialistas e não para o cidadão comum. O contrato, que deveria proteger o direito, transforma-se em um código técnico fechado de difícil articulação.

Os cidadãos são hipossuficientes no controle das informações sobre si mesmos. Dificilmente haveria um nível de conhecimento para o uso que permitisse a adoção de cláusulas contratuais mais equânimes para o usuário dos

serviços da internet. O usuário precisaria aprender o que é a navegação segura e como pode empregar as ferramentas de proteção de sua privacidade. Ocorre que, ainda que soubesse disso, não teria poder para definir conteúdos de cláusulas contratuais ou mesmo de impedir que os detentores das redes armazenassem dados.

O que já era ameaçador, com as redes de rádio e televisão que ultrapassavam fronteiras nacionais, tornou-se exponencialmente mais intrusivo e de difícil controle para governos, com a informática, a internet e a convergência das mídias (SATHLER, 2005, p. 1).

No que concerne à privacidade nos contratos, a experiência brasileira mais presente na mente da maior parte dos cidadãos, conforme constatação de Rodríguez (2012) na elaboração e aprovação do primeiro contrato de tomada de assinatura no ambiente privatizado das telecomunicações no Brasil no ano de 1997, eram as disposições sobre sigilo das telecomunicações que lhes eram apresentadas nos contratos celebrados com as operadoras de serviços de telecomunicações, em um ambiente de estabilidade contratual no âmbito do Sistema Telebrás.

No ciberespaço, entretanto, a própria contratação ganhou uma fluidez perigosa. Contrata-se via web, recebe-se o contrato via web, mas, quando se busca a indenização ou a responsabilização por danos à privacidade, a fluidez desaparece e a relação contratual virtual adquire uma concretude, por assim dizer um aspecto analógico que requer a presença física em instâncias mediadoras judiciais ou extrajudiciais.

Raramente as soluções de controvérsias sobre privacidade são solucionadas nos serviços de atendimento ao cliente e raramente a reparação se dá com a fluidez com que a contratação ocorreu. Ao cidadão restaria não contratar, isto é, não utilizar os serviços, o que, na internet, se assemelha ao dilema do prisioneiro.

O dilema do prisioneiro tem a ver com comunicação e confiança, conforme expõe Epstein (2004). Trata-se de um jogo de soma diferente de zero. Se os dois jogadores escolhem suas estratégias ótimas, um deles ganha menos do que se ambos tivessem escolhido uma estratégia não-ótima. Estratégia ótima significa a maximização da utilidade por parte de cada participante. Quando a comunicação é impossível, a estrutura do jogo denominado dilema do prisioneiro conduz a um paradoxo, pois a racionalidade egoísta, quando exercida por cada um dos participantes, conduz a um desastre para ambos. Isto é, as estratégias cooperativas resultam em maior capacidade de sobrevivência do que as estratégias predatórias.

A garantia de que as informações individuais não serão utilizadas e nem armazenadas é relativa diante da velocidade com que as relações comerciais ocorrem. A questão do controle das informações pelos usuários é crucial porque

a maioria não tem a capacidade para empregar as ferramentas e métodos de proteção de privacidade.

Fernback e Papacharissi (2007) abordaram a questão da crescente preocupação com a privacidade agravada pela difusão das tecnologias da informação e buscaram, em uma análise de discurso, determinar a eficácia das disposições contratuais sobre privacidade adotadas por grandes corporações. Em linhas gerais, a pesquisa detectou que: (i) as disposições dos sites sobre privacidade são, na verdade, salvaguardas para as empresas. Os sites normalmente informam como pretendem usar as informações dos usuários, mas a finalidade é isentar as empresas de responsabilidades na hipótese de reclamações de usuários; (ii) no que diz respeito ao controle do usuário sobre a informação que presta ou recebe, a pesquisa é reveladora das habilidades de uso das ferramentas de navegação pelos usuários. Apenas 10% dos usuários sabem modificar seus browsers para rejeitar cookies e apenas 5% empregam softwares de anonimato para proteger a identidade de seus computadores e ainda 24% fornecem informações pessoais falsas para evitar a revelação da informação; (iii) ao verificarem o nível de proteção, os pesquisadores identificaram que a linguagem adotada nas disposições contratuais sobre privacidade é codificada como retórica para estabelecer a relação de consumo. Para as empresas, a proteção à privacidade eliminaria negócios potenciais além da liberdade de prestar serviços de alta qualidade. Se por um lado as disposições contratuais sobre privacidade visam atrair o consumidor a efetuar transações on line reputando-as seguras, por outro lado, essa alegada segurança tem como destinatário os reguladores que acabam por serem convencidos de que não é necessária qualquer regulação e (iv) a previsão normativa e os termos de uso dos sites e portais acessados constantemente não são suficientes para tornar efetiva a proteção à privacidade porque a relação entre usuários e detentores dos portais e sites é uma relação de poder, de uma comunicação unilateral que esconde as motivações comerciais e ideológicas em parágrafos e textos escorregadios.

O desafio, no que diz respeito à proteção à privacidade, encontra-se em estabelecer comunicação e compromissos que tornem real a proteção assegurada na ordem jurídica e firmada via contrato. O que se dá no estabelecimento dessa relação contratual via web é que a corporação informa como protegerá a privacidade do usuário, mas essa informação ou esse contrato não se traduz, no limite, em livre escolha. Trata-se da exposição ao risco e a necessidade do risco que determina o clique contratual.

Gonçalves (2005) esclarece que a privatização iniciada nos últimos anos do século XX teve, como consequência, uma redução das responsabilidades públicas e abriu a porta à entrada de atores privados na realização de interesses públicos, mas que a expressão que melhor traduz a reconfiguração do papel do Estado é a que assinala não tanto uma redução, mas, de modo mais exato, uma

diversificação das responsabilidades de execução. Essa partilha de responsabilidades é uma marca da contemporaneidade.

As proposições legislativas analisadas exprimem uma regulação geral – *government by law* –, mas ao tratar daquilo que as empresas devem efetuar, penetram em espaço típico de uma regulação específica, de uma partilha de responsabilidades públicas. É importante ressaltar que em todas as proposições analisadas e, inclusive nas regras internacionais que refluíram no labor regulatório nacional, a preocupação não é propriamente com a privacidade, com o indivíduo, com a figura pública ou com a liberdade de expressão, mas com um mercado veloz de dados que se forma. Todas as justificativas mencionam o mercado, a rapidez do desenvolvimento tecnológico, a necessidade de colocar o País em paridade com esse desenvolvimento a fim de não ocorrer prejuízo econômico.

Emergem do Projeto de Lei 7881/2014, do PLS 181/2014 e da regra da União Europeia a questão da capacidade das operadoras dos mecanismos de busca de cumprirem com a determinação do comando legal proposto, isto é, de efetivamente removerem os links e o sentido real da regra que não obriga de fato a remoção, mas assegura apenas o direito de não ser indexado pelos mecanismos de busca. Como consequência, a informação permanece e o provedor de pesquisa fica apenas obrigado a não direcionar as pessoas para aquele site. A regulação da proteção de dados pessoais e do direito ao esquecimento não se efetivará, portanto, sem a participação dos atores privados prestadores de serviços de telecomunicações, detentores das redes, operadores dos sistemas provedores.

Outro aspecto importante encontra-se no fato de que os provedores de pesquisa terão o poder de decidir o que podemos ou não encontrar no mundo digital e, nesse sentido, estariam aceitando a enorme responsabilidade de atuarem como mecanismos de censura.

Conclusão

A privacidade e o direito ao esquecimento encontram-se já regulados no ordenamento jurídico brasileiro, mas as propostas legislativas PL 7881/2014 e PLS 181/2014 fazem a necessária adequação dos direitos já positivados à realidade de um mundo virtual, no qual informações e dados são mercadoria que criam valores e significados cuja utilidade é ainda um campo a ser explorado naquilo que tem sido denominado de *big data*.

As proposições legislativas têm fundamento jurídico em um ambiente regulatório de diversificação das responsabilidades públicas, de partilha com o ator privado de tarefas de execução. Essa relação, entretanto, instala o que denominou-se, no artigo, de heterogeneidade de lealdades. O ator privado tem

interesse na informação e nos dados armazenados, mas é, também, o executor do interesse público quando vier a cumprir os comandos legais propostos.

O tráfego, no ciberespaço, impõe riscos ao usuário. A rua cibernética é repleta de pontos de decisão nos quais o usuário tem colocado sua privacidade à disposição das grandes corporações. A preocupação com a massa de informações que tem sido armazenada está presente – a comunicação estocada é uma ameaça latente à privacidade. Trata-se não apenas das grandes figuras públicas, mas da formação e uso de uma massa de informações e de dados armazenados com autorização contratual das pessoas e que serve ou servirá a interesses políticos, ideológicos e comerciais.

Na prática, nada na internet é apagado, tudo lá permanece na dependência da capacidade de navegação, de uso de ferramentas de busca. Ser deixado tranquilo e ter o exclusivo controle de sua privacidade nas trocas estabelecidas via internet acaba por se tornar uma empreitada para especialistas e não para o cidadão comum, impondo um aprimoramento no nível do interacionismo sociotécnico. A regulação proposta estaria acentuando a diferença entre aqueles que sabem onde está a informação e podem procurá-la diretamente e aqueles que precisam de uma ferramenta de pesquisa. Por esta razão, há a suspeita de que não seja tecnicamente possível cobrir todas as possibilidades de busca, recuperação e remoção de dados e links.

O sistema é maior que a pessoa. Não há de um lado um grande Estado transnacional que faça a proteção global do direito à privacidade, mas há de outro lado grandes corporações globais que se apropriam da massa de informações e da subjetividade das pessoas, utilizando-se legalmente do consentimento das próprias pessoas via contratual.

O direito, por si só, não faz desaparecer as informações da internet. Na verdade, nada desaparece no mundo digital e há uma assimetria de informação entre aqueles que sabem pesquisar e aqueles que necessitam da ferramenta de pesquisa. A regulação do direito ao esquecimento não significa, portanto, esquecimento *per se*. Espera-se, assim que o direito cumpra a sua função de agente de estabilização do passado e de atribuição de previsibilidade ao futuro.

Referências Bibliográficas

ACHTERNHUIS, Hans. *Andrew Feenberg: Farewell to Dystopia. American Philosophy of Technology*. Bloomington e Indianápolis: Indiana University Press, 2001.

ARANHA, Márcio Iório. **Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)**. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília, 2005.

- _____. **Manual de Direito Regulatório**. 3ª ed., Londres: Laccademia Publishing, 2015.
- ARNAUD, André Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- AUGÉ, Marc. **Não Lugares: Introdução a Uma Antropologia da Supermodernidade**. 8ª ed., Campinas: Papyrus, 2010.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade e o Projeto de Código Civil Brasileiro*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 15, nº 60, p. 103-127, out/dez 1978.
- CALERA, Nicolás López. *Funciones del derecho*. In: VALDÉS, Ernesto Garzon, LAPORTA, Francisco J. **El Derecho y la Justicia**. Madrid: Trotta, 2000.
- CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes de. **A trajetória da Internet no Brasil: do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Setembro de 2006.
- CHAVES, Antonio. *Direito à Própria Imagem*. **Revista de Informação Legislativa**, v. 9, nº 34, p. 23-42, abr/jun 1972.
- _____. *Os direitos fundamentais da personalidade moral*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 15, nº 58, p. 157-180, abr/jun 1978.
- COMISSÃO EUROPEIA. Factsheet on “The Right to Be Forgotten” ruling C-131/12.
- DANTAS, Marcos. **A Lógica do capital-informação. A Fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum. 2004.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. *A Expansão do Poder no Estado Social*. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 22, nº 86, p. 105-124, abr/jun 1985.
- EPSTEIN, Isaac. *O dilema do Prisioneiro e a Ética*. **Revista de Estudos Avançados**, vol. 9, nº 23, p. 149-163, 1995.

- FERNBACK, Jan; PAPACHARISSI, Zizi. *Online privacy as legal safeguard: the relationship among consumer, online portal, and privacy policies*. **New Media & Society**, vol. 9, nº 5, p. 715–734, 2007.
- FERREIRA, Rubens da Silva. *A sociedade da informação no Brasil: um ensaio sobre os desafios do Estado*. **Ci. Inf.**, vol. 32, nº 1, p. 36-41, 2003.
- FIORATI, Jane Jete. **As telecomunicações nos direitos interno e internacional: o direito brasileiro e as regras da OMC**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- GARCÍA, Miguel Ángel Sendín. **Regulación y servicios públicos**. Granada: Editorial Comares, 2003.
- GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.
- HOHFELDT, Antonio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (orgs). **Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências**. Petrópolis: Vozes, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- NEDER, Ricardo T. **A teoria crítica de Andrew Feenberg: racionalização democrática, poder e tecnologia**. 2ª ed., Brasília: Observatório do Movimento pela Tecnologia Social na América Latina/CDS/UnB/Capes, 2013.
- NEDER, Ricardo T. **Regimes contemporâneos de regulação pública e governança: uma visita ao território da escola regulacionista francesa**. Relatório de pesquisa. CNPq 402438/2006-0. São Paulo/UNESP, Laboratório de Desenvolvimento Territorial, 2007.
- PAES DE PAULA, Ana Paula. *Administração Pública Brasileira. Entre o Gerencialismo e a Gestão Social*. **Revista de Administração de Empresas**, vol. 45, nº 1, p. 38-49, jan/mar 2005.
- PISANI, Marília Mello. *Tecnologia e Política em Marcuse*. **Revista Cult**, edição 127, 2010.

- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **O ensaio como tese: estética e narrativa na composição do texto científico**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- SALTER, Lee. *Structure and Forms of Use: A contribution to understanding the 'effects' of the Internet on deliberative democracy information*. **Communication & Society**, vol. 7, nº 2, p. 185-206, junho de 2004.
- SATHLER, Luciano. *Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação WSIS: desafios da governança global para a sociedade civil*. **Metodista de Comunicação**. Ano 9, nº 9, p. 37-48, UESP, 2005.
- SCHONBERGER, Viktor Mayer & CUKIER, Kenneth. **Big Data**. Trad. Paulo Polzonoff Junior. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e Regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- SPENILLO, Giuseppa Maria Daniel. **Direito à comunicação: uma formulação contemporânea de exigências de mudanças nas estruturas coletivas de comunicação e informação: contribuições para uma análise sociogenesiológica e configuracional da articulação CRIS Brasil**. Tese de Doutorado, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, 2008.
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo. **Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- SQUELLA, Augustín. *Democracia y Derecho*. In: VALDÉS, Ernesto Garzon, LAPORTA, Francisco J. **El Derecho y la Justicia**. Madrid: Trotta, 2000.
- WARAT, Luis Alberto. *A condição transmoderna: o desencanto na cultura jurídica*. **Revista Humanidades**, vol. 9, nº 2, p. 167-175, 1994.
- ZIZEK, Slavoj. *A Liberdade da Internet é Falsa*. **Revista Época**, edição de 30 de maio de 2011, p. 166-167.