

Direito ao esquecimento: uma análise comparada das racionalidades adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Constitucional Federal alemão

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da ROCHA*

RESUMO: O presente estudo realiza uma análise comparativa entre as cortes constitucionais brasileira e alemã, no que envolve o tema do direito ao esquecimento. Para tanto, se tentou explicitar os contrastes e as distintas racionalidades empregadas pelos dois tribunais em alguns julgamentos emblemáticos: o RE 1.010.606/RJ – julgado pelo STF, que negou a existência de um direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro – e os casos Lebach I e II e Direito ao Esquecimento I e II, decididos pela corte alemã – dos quais se extraiu a ponderação entre o livre desenvolvimento da personalidade e outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao esquecimento; liberdade de expressão; ponderação; direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O direito ao esquecimento na interpretação do STF: o caso Aída Curi; – 3. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o Direito ao Esquecimento; – Primeira fase: os casos Lebach I e II; – 4. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o Direito ao Esquecimento; – Segunda fase: os casos *Right to be Forgotten I e II*; – 5. Uma comparação crítica entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional Federal; – 6. Conclusão; – Referências.

TITLE: *Right to Be Forgotten: a Comparative Analysis of the Rationalities Adopted by the Federal Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*

ABSTRACT: *This study conducts a comparative analysis between the Brazilian and German constitutional courts, with regard to the issue of the right to be forgotten. To this end, was attempted to make explicit the contrasts and distinct rationalities employed by the two courts in some emblematic judgments: RE 1010.606/RJ – by which the STF denied the existence of a right to be forgotten in the Brazilian legal system – and Lebach I and II and Right to be Forgotten I and II cases, decided by the German court – from which the balance between the free development of personality and other fundamental rights, such as freedom of expression, was extracted.*

KEYWORDS: *Right to be forgotten; freedom of expression; balance; fundamental rights.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The right to be forgotten in the interpretation of the STF: the Aída Curi case; – 3. The Federal Constitutional Court of Germany and the Right to be Forgotten; – First phase: the Lebach I and II cases; – 4. The Federal Constitutional Court of Germany and the Right to be Forgotten; – Second phase: the Right to be Forgotten I and II cases; – 5. A critical comparison between the decisions of the Federal Supreme Court and the Federal Constitutional Court; – 6. Conclusion; – Referências.*

1. Introdução

O direito ao esquecimento é um tema reconhecidamente complexo e sensível, seja pela pluralidade de definições que comporta – abrangendo uma gama de situações distintas

* Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida – UVA (2023). Mestre em Direito Pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP (2017) – Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (2003).

e, por vezes, incompatíveis entre si –, seja por sua aproximação com o direito à privacidade (outro tema que delicado e rico), seja pela necessidade de uma constante revisitação, dada sua íntima relação com os avanços tecnológicos dos meios de comunicação (como acontece com todo direito *reativo*¹). Essa complexidade tem se refletido na farta literatura existente e, naturalmente, não se tornou estranha aos tribunais. Destaca-se, aqui, o Recurso Especial 1010.606/RJ, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, julgando o caso Aída Curi, se posicionou contrariamente à existência de um direito ao esquecimento na ordem constitucional brasileira.

O presente estudo pretende investigar as razões que conduziram à essa conclusão pela Corte Suprema, contrastando-a com outra corte constitucional de relevo, o Tribunal Constitucional Federal alemão. A opção pela Corte germânica se deu pelo fato de esta ter se debruçado sobre o tema através de alguns casos paradigmáticos (*Lebach I e II e Direito ao Esquecimento I e II*), que se tornaram referência no assunto (os casos *Lebach I e II* são mencionados, inclusive, em alguns votos proferidos pelos Min. do Supremo), resultando em um conjunto sistemático e coerente, capaz de fornecer parâmetros ponderativos sólidos ausentes na decisão proferida pelo tribunal brasileiro.

Naturalmente, toda comparação entre julgamentos proferidos por cortes de países distintos exige cautela, não sendo possível realizar uma transposição acrítica do que é decidido em outra parte, desconsiderando as peculiaridades de cada ordenamento e as realidades locais. Consideradas essas devidas ressalvas, o estudo da forma como outras cortes constitucionais enfrentam problemas comuns ou similares à sociedade brasileira se revela uma ferramenta útil para o operador do direito, permitindo, naquilo que cabível, o aproveitamento de suas racionalidades ou explicitando, pelo contraste, eventuais lacunas deixadas por nossos tribunais.

Para alcançar o objetivo proposto, este artigo foi dividido em quatro partes: inicialmente, se promoveu uma descrição detalhada do caso Aída Curi, julgado pelo Supremo Tribunal em 2021, no Recurso Especial 1010.606/RJ. As duas seções seguintes do texto se voltam para o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Na seção n. 02, são

¹ O termo *reativo* é empregado aqui como uma proposta para referir-se, de forma mais ampla, a todo leque de direitos que são mais substancial e diretamente afetados pelo rápido progresso tecnológico, impondo constantes reexames. Pode-se incluir nessa categoria o já mencionado direito à privacidade, mas também relações de filiação e seus desdobramentos materiais (afetados pelas tecnologias de reprodução humana assistida), direito à imagem (afetados pela ubiquidade da exposição em redes sociais e pelo fenômeno das *deep fakes*) e direito à morte digna (afetados por novas tecnologias que permitem um prolongamento cada vez maior da vida humana), dentre outros. Se é certo que o transcurso histórico impõe a releitura de institutos clássicos à luz de novos valores, esse processo se dá de forma mais acelerada e intensa no caso dos direitos reativos (caso aceita a categoria proposta), na medida em que há uma conexão direta entre eles e tecnologias em constante desenvolvimento, impondo uma contínua revisitação.

descritos os casos *Lebach I e II*, em que a Corte começou a construir a ideia de um interesse no não desvelamento de certas informações que poderiam comprometer o livre desenvolvimento de sua personalidade e a elaborar critérios para sua ponderação adequada com as liberdades de expressão, informação e transmissão (particularmente por meio de mídia televisiva). Já na seção 03, são estudados os casos *Direito ao Esquecimento I e II*, em que o problema foi revisitado já à luz dos desafios impostos pela Era Digital. Embora seja possível encontrar elementos comuns, que permitem compreender a racionalidade empregada pelo tribunal, cada uma dessas seções reflete determinado momento histórico do debate, com particularidades que justificam a cisão. Por fim, a seção 04 é dedicada à realização de uma comparação entre a atuação dos dois tribunais, e das racionalidades empregadas por cada um deles.

2. O direito ao esquecimento na interpretação do STF: o caso *Aída Curi*

O *leading case* sobre direito ao esquecimento no Supremo Tribunal Federal envolveu os familiares de Aída Curi, que falecera em 1958 (após ter sido vítima de violência sexual), em crime fartamente noticiado na ocasião, que gerou grande comoção nacional, e que ficou conhecido como *caso Aída Curi*:

Filha de imigrantes sírios, Aída Jacob Curi nasceu em Belo Horizonte, em dezembro de 1939. Na noite do dia 14 de julho de 1958, foi achada morta na Avenida Atlântica, próximo à rua Miguel Lemos, no bairro de Copacabana, da Zona Sul do Rio de Janeiro. Embora muitas dúvidas pairassem sobre o caso, concluíram as investigações que a jovem fora jogada do 12º andar do edifício Rio-Nobre, localizada no número 3.888 da Avenida Atlântica, onde teria sido levada a convite de Ronaldo Guilherme de Souza Castro, de 19 anos de idade. O menor de idade Cássio Murilo da Silva, filho do síndico do edifício, e Antônio João de Souza, porteiro do prédio, estariam acompanhando Ronaldo. Em processo bastante tumultuado, acompanhado de perto pela imprensa e pela população, o porteiro Antônio João veio a ser absolvido no segundo julgamento ao qual foi submetido, enquanto Ronaldo Guilherme foi condenado, em um terceiro julgamento, à pena de oito anos de reclusão, aliada à imposição de medida de segurança. Cássio Murilo não foi submetido a julgamento em função de sua menoridade, tendo respondido na forma da lei especial.²

² MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Trajetórias do direito civil: estudos em homenagem à Professora Heloisa Helena Barboza*. Indaiatuba/SP: Foco, 2023, p. 216.

Quarenta e seis anos após a ocorrência do fato, o programa televisivo Linha Direta Justiça, transmitido pela Rede Globo de Televisão, exibiu um episódio dedicado à reconstrução histórica do crime, o que provocou a propositura de ação reparatória por danos materiais, morais e à imagem, movida pelos irmãos da vítima – Nelson, Roberto, Waldir e Maurício Curi –, argumentando que “o crime havia sido esquecido com o passar dos anos e sua exibição reabriria feridas antigas na vida da família, pois rememorava a vida, a morte e a pós-morte de sua irmã, inclusive com o uso de sua imagem”, alegando ainda que haviam notificado a emissora para não exibisse o programa, fato que teria tornado ilícita sua transmissão.³

A demanda foi rejeitada pela 47ª Vara Cível da capital do Rio de Janeiro – com base na ampla notoriedade do caso, não somente à luz da imprensa e literatura da época, mas sendo ainda na atualidade objeto de discussão –, fundamento mantido, em sede de apelação, pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça.⁴

Interposto recurso especial (após a rejeição dos embargos de declaração opostos), a Quarta Turma do STJ teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, negando provimento em decisão apertada (3 votos a 2). A Corte entendeu que a notoriedade do caso tornou impossível retratá-lo sem menção à vítima. Além disso,

A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aída Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.⁵

Por outro lado, os argumentos dos ministros vencidos (Isabel Gallotti e Marco Buzzi) podem ser assim sintetizados:

1. a exibição do programa não seria necessária à boa administração da justiça, tampouco à manutenção da ordem pública, uma vez que o crime ocorrera há muitas décadas e sua persecução penal já se encerrara; 2. Por se tratar de um crime antigo, inexistente a atualidade necessária para se caracterizar o programa transmitido como uma matéria jornalística; 3. Ainda Curi era uma jovem comum, e não uma

³ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Op. cit.*, p. 216.

⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Op. cit.*, p. 217.

⁵ STJ, 4ª t. REsp 1335.153 / RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão. J. 28.05.2013. DJe 10/09/2013.

pessoa famosa, circunstância que impede a mitigação de sua privacidade; 4. A família havia se manifestado expressamente contra a exibição do programa; 5. A morte de Ainda não se encontra inserida em algum contexto político ou social para o Brasil, inexistindo assim interesse público suficiente a autorizar a mitigação do direito à privacidade em detrimento do direito de informar.⁶

Finalmente, o direito ao esquecimento chegava ao STF, através do Recurso Extraordinário 1.010.606 cujo julgamento viria a ocorrer nos dias 4, 5 e 11 de fevereiro de 2021, sob a relatoria do Min. Dias Toffoli, sendo formulada tese de repercussão geral (n. 786), enunciada como “aplicação do direito ao esquecimento na esfera cível quando for evocado pela própria vítima ou seus familiares”.

Em seu voto, o relator fixou como objetivo do julgamento definir sobre a existência (ou não) de um direito ao esquecimento tutelado pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, *independente* da referência a qualquer meio, ou plataforma midiática.⁷ Nota-se, dessa forma, que a intenção do Tribunal foi promover uma concepção mais abrangente do referido direito, não acolhendo definições limitadas, que (conforme se verá) enfatizam certos aspectos ou meios de propagação da informação que se deseja ocultar.

Para alcançar tal intento, inicialmente o Ministro trouxe um apanhado de outros institutos, em sede de direito comparado, que, de algum modo, têm sido evocados como raízes históricas para um possível direito ao esquecimento, como o “direito ao oblívio” (*droit à l’oubli*)⁸ e o direito à privacidade - em sua clássica concepção isolacionista de

⁶ GUIMARÃES, Ana Beatriz; SILVA, Roberto Batista da. Entre a lembrança e o olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 109 (2014), p. 413-414.

⁷ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

⁸ As dificuldades conceituais envolvendo o tema são notadas pela existência de diversas contribuições doutrinárias, cada uma definindo o suposto direito ao oblívio com nuances e contornos distintos e frequentemente incompatíveis. Assim, ilustrativamente, o próprio Min. Toffoli, em seu voto, remete à origem francesa da expressão, atribuída ao prof. Gerard Lyon-Caen, quando de seus comentários a caso que ficou conhecido naquele país como “l’affaire Landru”, ocorrido em 1967, para referir-se a “prescrição de fatos que já não são relevantes”, daí também ter ficado conhecido pela expressão “prescrição de silêncio” (STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021). Por outro lado, Chiara Spadaccini de Tefé e Fabiana Rodrigues Barletta, remetendo a Stefano Rodotà, afirmam que “o direito ao esquecimento (*diritto all’oblio*) apresenta-se como um direito de governar a sua própria memória, devolvendo para cada um a possibilidade de se reinventar, de construir e desenvolver a sua personalidade e identidade, libertando a pessoa da tirania das gaiolas que uma memória onipresente e total poderia proporcionar” (TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 264). Leonardo Parentoni, por sua vez, fala em *right to oblivion*, como uma subespécie da *privacy*, limitado ao tratamento informatizado dos dados pessoais, decorrendo, assim, do desenvolvimento tecnológico (*apud* MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Trajatórias do direito civil: estudos em homenagem à Professora Heloisa Helena Barboza*. Indaiatúba/SP: Foco, 2023, p.185). Parece-nos que, em parte, essa inconsistência – reconhecida pelo próprio Min. Em seu voto - decorra do entendimento do direito ao esquecimento (pouco importa como o chamemos) como um apêndice, ou um

“direito a ser deixado só” (*right to be let alone*), bem como colacionou uma série de julgamentos históricos,⁹ em outros ordenamentos, que de uma ou de outra forma fizeram referência ao suposto direito.

Na busca por estabelecer os devidos contornos àquilo que denominou como um “conceito em formação” e, tendo em mente que a concepção de direito ao esquecimento almejada pelo tribunal deveria ser suficientemente elástica que independesse do meio pelo qual a suposta violação seria perpetrada, o Min. Toffoli tentou estabelecer a correta nomenclatura e (mais importante) balizar seus elementos essenciais e identificar os traços que lhe confeririam autonomia jurídica em relação a outros direitos já previstos e amparados pelo ordenamento.

Em relação à primeira dessas tarefas, o Ministro, em que pese reconhecer que a expressão “direito ao esquecimento” não seria, tecnicamente, a mais adequada,¹⁰ optou

derivativo do direito à privacidade, ela própria, a “privacy”, verdadeiro “conceito guarda-chuva”, evocado, de sua formulação original a fins do século XIX, até a contemporaneidade, como fundamento para pretensões as mais distintas possíveis, como o direito ao recato/reserva (*riservatezza*) controle dos dados pessoais (autodeterminação informativa), e mesmo relacionado ao aborto e aos direitos reprodutivos. Dessa forma, dissociar o direito ao esquecimento da tutela da *privacy*, não sendo mais vinculado a esta mas (como ela) constituindo uma espécie autônoma de “direito a identidade pessoal” (SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 68-69), ainda que, por si só, não seja o suficiente para definir o que o direito ao esquecimento realmente é, já representaria uma contribuição ao debate.

⁹ Dentre os quais, os casos Lebach I e Lebach II (a serem oportunamente analisados), bem como o emblemático (e quase universalmente citado em trabalhos acadêmicos sobre o tema) Caso González, que envolveu o Google Espanha, no qual o TJUE reconheceu a existência de um direito ao esquecimento, associando-o, contudo, a um direito a *desindexação* de informações referentes a dados pessoais dos indivíduos (sem implicar em sua remoção do endereço eletrônico no qual inseridos), posição rejeitada pela Corte brasileira, sob os argumentos de que: a) a desindexação foi o meio adotado pelo TJUE para efetivação do direito ao esquecimento, não se confundindo com este e (b) o tema desindexação seria “significativamente mais amplo que o direito ao esquecimento”, havendo “inúmeros fundamentos e interesses que podem fomentar um pedido de desindexação de conteúdos da rede, muitos dos quais absolutamente dissociados de um suposto direito ao esquecimento”. O “Caso González” teria, quando ao menos, o mérito de dissociar o direito ao esquecimento da esfera penal e de um interesse dos autores do crime em se reabilitar (que norteava a definição francesa de “*droit à l’oubli*”), ampliando seus horizontes para compreender questões pertinentes à Era Digital, arguidas por indivíduos em geral e não apenas àqueles envolvidos em fatos delituosos (STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021).

¹⁰ Apenas ilustrando algumas críticas à terminologia, Leonardo Bruno Marinho Vidigal, cuja tese de doutorado é citada pelo próprio Min. Toffoli em seu voto, afirma que “que o reconhecimento de um direito ao esquecimento propriamente dito, passível de ser exercido erga omnes, sugere ou pressupõe um inviável e inusitado controle sobre a memória alheia, obviamente insustentável e que não se compatibiliza com as ideias relacionadas ao tema ora tratado” (VIDIGAL, Leonardo Bruno Marinho. *O Direito ao Esquecimento e a incipiente experiência brasileira: incompreensões sobre o tema, limites para sua aplicação e a desafiadora efetivação no ambiente virtual*. Disponível em: maxwell.vrac.puc-rio.br/, p. 29). Na mesma linha de raciocínio, Anderson Schreiber pondera que: “a expressão *direito ao esquecimento* talvez não seja a mais exata. Embora consagrada pelo uso doutrinário e jurisprudencial, tal expressão acaba por induzir em erro o jurista, sugerindo que haveria um direito de fazer esquecer, um direito de apagar os dados do passado ou suprimir referências a acontecimentos pretéritos. Não é disso, todavia, que se trata. O direito ao esquecimento consiste simplesmente no direito da pessoa humana de se defender contra uma *recordação opressiva de fatos pretéritos*, que se mostre apta a minar a construção e reconstrução de sua identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes (*sotto falsa luce*), de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à sua realidade atual” (SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 69-70). Em que pesem as críticas, ambos os autores (como de resto a esmagadora maioria da doutrina, incluindo o autor desse texto) optam por manter a expressão difundida.

por mantê-la ao longo do julgamento, para fins de simplificação e “racionalidade hermenêutica”, por já se encontrar consagrada em doutrina e jurisprudência pátrias.¹¹

Com relação aos elementos essenciais que integrariam um suposto direito ao esquecimento, estes seriam a licitude da informação que se deseja ocultar e o transcurso de um lapso de tempo entre sua ocorrência e a exposição ao público.

Quanto ao primeiro deles (licitude da informação), o voto do Min. Toffoli deixa claro que não cabe o debate quando as informações cuja divulgação se deseja evitar seja inverídicas, ou (ainda que verdadeiras) tenham sido ilicitamente obtidas, vez que, em tais circunstâncias, o ordenamento jurídico já dispõe de diversos mecanismos para a proteção dos interesses afetados.¹²

Diferentemente, o que se invoca com o direito ao esquecimento é a proteção jurídica para impedir a divulgação de fatos ou dados *verdadeiros licitamente obtidos*, amparando-se na alegação, em essência, de que, pelo decurso do tempo, as informações de outrora não guardariam relevância jurídica, ao passo que sua ocultação (ou ocultação dos elementos pessoais dos envolvidos) melhor serviria aos propósitos constitucionais, sobretudo à proteção dos direitos da personalidade¹³ (grifos do autor).

A Corte, assim, afastou-se de orientações doutrinárias que não distinguem, para fins de configuração de um direito ao esquecimento, quanto a forma como a informação foi obtida, limitando o recorte àquelas que, como visto, referem-se a fatos verdadeiros, e que não foram obtidas indevidamente. Haveria, contudo, um segundo requisito complementar, para que se possa falar em um possível direito ao esquecimento, qual seja, a distância temporal entre a ocorrência do fato e sua revelação a terceiros.

O julgador chamou esse elemento de “temporoespacial”, sendo considerado a “viga fundamental” do mencionado direito. O tempo atuaria como um “propulsionador de degradação da informação do passado”, tornando-a desatualizada e descontextualizada,¹⁴

¹¹ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

¹² STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

¹³ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021, *grifo do autor*.

¹⁴ O termo “descontextualização”, empregado pelo Min., causa alguma espécie em doutrina: “para a configuração do direito ao esquecimento, o que mais se precisa é a contextualização do fato. Não há como se afirmar que a doutrina determina, como ponto comum, a descontextualização da informação, comparativamente ao seu momento original e ao momento de sua reanálise. A preservação do contexto original do fato na revisitação do caso é fundamental para a legitimidade do direito de expressão. E não há autor que afirme o contrário. A descontextualização da informação configuraria abuso de direito, posto que informação incompleta não é informação, mas deturpação. O que muda – e não “descontextualiza” – não é a informação, mas sua qualificação, posto que o decurso do tempo pode tornar a informação irrelevante, desatualizada ou inútil” (SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O direito ao esquecimento e a decisão do Supremo Tribunal Federal na Tese de Repercussão Geral Nº 786. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 28, n.02 (2021), p. 05-06).

vez que, ao ser “divulgada em momento significativamente díspar da ocorrência dos fatos, induzindo a uma percepção fragmentada sobre a pessoa do envolvido”¹⁵ e o esforço para apresentar os fatos inseridos em seu contexto correto acabaria por levá-la a revelar mais elementos e informações de caráter pessoal.¹⁶ Ademais, “a perpetuação na memória coletiva dos acontecimentos” acarretaria a estigmatização dos envolvidos, acarretando-lhes danos, inclusive emocionais.¹⁷ Essa estigmatização conduz à ideia, defendida em doutrina, pela qual a conduta temporalmente distanciada conduziria a uma distorção identitária do sujeito, com potencial opressor (sendo justamente o direito à própria identidade a ideia nuclear do direito ao esquecimento).¹⁸

O distanciamento temporal ainda poderia ser evocado como fator ligado à autodeterminação individual. A constante relembração de fatos passados comprometeria a possibilidade de uma pessoa alterar os rumos de sua existência:

Com efeito, a única característica imutável da pessoa é sua própria aptidão de mudar ao longo da vida. O passar do tempo permite que a projeção exterior das escolhas pessoais sofram voluntariamente alterações, ou não, de acordo com as experiências vividas. À pessoa, portanto, é dada a liberdade de alterar, mudar seu comportamento, sob pena de predeterminar e amarrar sua história pessoal.

Impor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções.¹⁹

Independente dos argumentos evocados para justificar a prioridade crescente da proteção aos interesses individuais com o decurso do tempo, a decisão ressalta que inexistiria um prazo específico para a configuração de um direito ao esquecimento²⁰ (o Ministro fala em “decurso temporal suficiente para descontextualizar a informação relativamente ao momento de sua coleta”, expressão que, por sua vagueza, peca por não fornecer parâmetros ponderativos para sua verificação).

¹⁵ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

¹⁶ BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, a. 2, n. 3, 2013, p. 08-09.

¹⁷ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

¹⁸ Nesse sentido, Schreiber afirma que o direito ao esquecimento visa justamente a evitar condutas praticadas por agentes capazes de “promover representações” de alguém perante a esfera pública, capazes de promover aquilo que denominou como “recordação opressiva dos fatos”, significando aquela que “se caracteriza, a um só tempo, por ser desatual e recair sobre aspecto sensível da personalidade, comprometendo a plena realização da identidade daquela pessoa humana, ao apresenta-la sob falsas luzes à sociedade” (SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 70-71).

¹⁹ BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, a. 2, n. 3, 2013, p. 09.

²⁰ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

Da análise de tais elementos essenciais, o relator formula seu conceito de direito ao esquecimento, como sendo

A pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtual, de fato ou dados verídicos e licitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.²¹

Estabelecido o recorte conceitual do que se deve entender por direito ao esquecimento, a decisão passou a analisar se o mesmo possuiria, em nosso ordenamento, o *status* de direito fundamental. Para esse propósito, o Min. Toffoli identificou a existência de três posturas teóricas:

A primeira delas (para a qual o Min. Não teceu maiores considerações, limitando-se a mencioná-la²²) seria a que enxerga o direito ao esquecimento como um direito fundamental *explícito*. A segunda, afirma que o direito ao esquecimento seria um direito fundamental *implícito*, ora decorrente da dignidade humana, ora da privacidade²³. Uma terceira posição nega ao direito ao esquecimento a categoria de um direito fundamental autônomo, embora admita identificá-lo como “integrante do suporte fático de alguns dos direitos fundamentais”.²⁴

Este último posicionamento seria o correto, no entender do Ministro, para quem inexistiria, em nosso ordenamento, um direito genérico ao esquecimento, quer expresso, quer implícito. O que existiria seriam previsões normativas “expressas e pontuais”, que admitiriam, na presença de “condições específicas, o decurso do tempo como razão para

²¹ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

²² Fato que não passou despercebido pela doutrina, conforme se verifica em SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O direito ao esquecimento e a decisão do Supremo Tribunal Federal na Tese de Repercussão Geral Nº 786. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 28, n.02 (2021), p. 06.

²³ Nesse sentido: “parte-se da ideia de que o direito ao esquecimento se trata de um direito fundamental implícito no art. 5º, inc. X, da CRFB/88, estando subentendido no direito à privacidade, de modo a ampliar o seu âmbito de proteção em decorrência dos novos contornos informacionais presenciados no final do século XX.³¹ O respectivo direito representa, portanto, o desenvolvimento oriundo do direito à privacidade em face da sociedade da informação, ensejando que a privacidade abandone os contornos unicamente negativos e adquira aspectos positivos, resultantes no reconhecimento da existência do direito de pedir prestações concretas do Estado.³² A tese é de que a garantia de livre desenvolvimento da personalidade do ser humano exige, em maior ou menor grau, o reconhecimento de um direito ao esquecimento, ainda que cada situação específica possa fundamentar soluções pontuais. Consequentemente, o simples fato de não existir uma garantia expressa na Constituição voltada ao direito ao esquecimento não é suficiente para afirmar que ele jamais será reconhecido com hierarquia constitucional. Decisiva, aqui, é a noção de que a partir do instante em que se reconhece que o livre desenvolvimento da personalidade está previsto na Constituição, há que se reconhecer, igualmente, que o ser humano deixa de ser abordado no texto constitucional de forma meramente abstrata. A Constituição visualiza a pessoa concretamente, a partir da sua identidade individual, que se revela no núcleo próprio de cada ser. Trata-se do que constitui a pessoa individualmente considerada como personalidade (SILVA, Carolina Lopes da; DUQUE, Marcelo Schenck. O direito ao esquecimento como um direito fundamental implícito à luz da doutrina e jurisprudência. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 18, n. 48 (2023), p. 400-401).

²⁴ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

a supressão de dados ou informações”, que, entretanto, não configurariam uma pretensão ao direito ao esquecimento, vez que as notícias formuladas ao tempo em que tais informações estiveram legalmente acessíveis permaneceriam passíveis de circulação, desde que os dados contidos tivessem sido obtidos e tratados de forma lícita ao tempo da elaboração da notícia.²⁵ Desse modo, o parâmetro de licitude autorizativo da veiculação das notícias/informações que se desejariam ocultar é apreciado de acordo com a legislação vigente ao tempo de sua obtenção, sendo irrelevantes mudanças posteriores. Esse entendimento fica evidente quando o voto afirma que “a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar a condição de uma publicação ou um dado nela contido de lícita para ilícita” e, mais adiante, quando limita a mudança promovida pelo tempo ao “contexto social, não de fatos”, que se manteriam preservados.²⁶

Tecidas essas considerações, o Ministro passou, então, ao ponto nodal de seu voto: analisar o prejuízo à liberdade de expressão causado pelo interesse individual de limitar/impedir a publicização de fatos históricos pretéritos. O voto seguiu linha anteriormente adotada no tribunal, pelo qual a liberdade de expressão compreende não somente o direito de não ser arbitrariamente privado/impedido de manifestar o próprio pensamento (aspecto individual), mas também um direito da sociedade em receber informações e conhecer o pensamento alheio (aspecto coletivo).²⁷ Nessa “medalha de dupla face”, esse caráter dúplice da liberdade de expressão, a ponderação com o direito ao esquecimento

(...) não deveria ser feita apenas entre o interesse do comunicante, de um lado, e o do indivíduo que pretende ver tornados privados ou fatos de sua vida, de outro. Envolve toda a coletividade, que poderia ser privada de conhecer os fatos em toda sua amplitude.²⁸

É de relevo notar que, na medida em que afirma não reconhecer o direito ao esquecimento como um direito fundamental (nem expresso, nem implícito), o Min. Toffoli realiza sua ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais.²⁹ E, nessa mensuração, remete ao posicionamento anterior da Corte, quando do histórico julgamento da ADI 4.815 (envolvendo as biografias não autorizadas), para afirmar que a liberdade de expressão consiste em uma “liberdade preferencial”, o que, se não produz uma superioridade hierárquica face a

²⁵ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

²⁶ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

²⁷ STF, ADI n. 2.566, Rel. Min. Edson Fachin. Dje, 23.10.2018.

²⁸ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

²⁹ Inseridos no texto constitucional pela Emenda Constitucional 115/2022.

outros direitos fundamentais, podendo sofrer limitações (como no caso dos discursos de ódio), implica em uma “transferência de ônus argumentativo”, vez que goza de uma presunção apriorística de prevalência.³⁰ Tendo em vista tais premissas, conclui:

Parece-me que admitir um direito ao esquecimento seria uma restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação de pensamento e ao direito que todo cidadão tem de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social. Ademais, tal possibilidade equivaleria a atribuir, de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de unidade da Constituição.³¹

Entretanto (e esse é outro aspecto crucial do voto), não afastou por completo a compatibilidade de um direito ao esquecimento com a ordem jurídica brasileira. O que vedou é que esse suposto direito seja extraído de uma técnica de ponderação judicial, devendo ser produto de atividade legiferante, desde que estabelecido “de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão”.³² Dessa forma, a proposta de tese esboçada pelo Ministro, de que o direito ao esquecimento seria incompatível com a ordem constitucional somente pode ser compreendida sem contradições se interpretada como uma vedação a uma atribuição *a priori* de uma maior densidade ao referido direito, ou a sua verificação por meio de ponderação judicial.

O segundo voto foi proferido pelo Min. Nunes Marques, que identificou, na jurisprudência até então existente, três tipos de situação nos quais o direito ao esquecimento tem sido evocado: (i) para impedir o uso de registros criminais antigos, (ii) para pedidos indenizatórios promovidos por indivíduos acusados, absolvidos ou condenados por crimes passados face a emissoras de televisão, após a exibição de reportagens e (iii) para obter a desindexação de notícias antigas em sítios de busca³³. Contudo, apesar de seu amplo espectro, inexistiria qualquer norma infraconstitucional (tácita ou expressa) que o assegurasse, e a mesma finalidade almejada poderia ser obtida através do recurso à noção jurídica e legalmente consagrada de abuso de direito. O Ministro entende que eventual reconhecimento de um direito ao esquecimento “precisaria ser adequadamente institucionalizado, com indicação precisa dos sujeitos ativo e passivo, do conteúdo, das formas de aquisição e dos procedimentos para sua realização”.³⁴ É possível extrair de suas, novamente, que a Corte não rejeitou, de forma

³⁰ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

³¹ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

³² STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

³³ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

³⁴ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

plena, a possibilidade de existência de um direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro, exigindo tão-somente, que este decorra de um ato de produção legislativa, e que contenha parâmetros adequados a impedir restrições indevidas à liberdade de expressão. O que não seria adequado, em seu entender, seria a produção de um “instituto jurídico geral e abstrato” por meio de atividade ponderativa dos tribunais, sob o pressuposto de que a omissão legislativa em criá-lo tenha sido não intencional.³⁵ Em síntese, não existiria no ordenamento jurídico do Brasil um direito ao esquecimento e, caso esse fosse introduzido, deveria ser por via legislativa, “com toda a liberdade de debate e deliberação que lhe é ínsita”,³⁶ cabendo ao Judiciário um exercício de autocontenção apropriado.

O voto do Min. Nunes Marques é, então, mais claro do que o do Min. Toffoli quanto à possibilidade de introdução de um direito ao esquecimento em nossa ordem jurídica, e de sua compatibilidade com os valores constitucionais. Alertou, no entanto, para uma série de obstáculos a serem contornados pelo legislador:

o direito ao esquecimento é apenas a faculdade de pedir reparação após a divulgação/indexação ou é o direito à própria interdição da divulgação/indexação? Deve-se ou não estipular prazos para reclamar, em certas situações típicas? O direito ao esquecimento é renunciável? É prescritível? O tratamento da difusão (por jornal escrito, rádio ou TV) deve ser o mesmo do acesso estruturado (sites de busca na internet)? As informações sensíveis abrangem apenas as estigmatizantes ou quaisquer outras cuja publicidade contemporânea seja indesejada pelo titular do direito? O direito ao esquecimento se aplica à reconstituição artística ou científica de um fato? As informações sensíveis devem ser apagadas ou apenas permanecerem em repouso? Quem são os legitimados para invocar o direito ao esquecimento? Contra quem deve ser invocado? Deve haver uma pena pecuniária ou criminal para o violador do direito ao esquecimento, para além da indenização por eventuais danos? A reiteração da ofensa ao direito ao esquecimento deve ser mais rigorosamente punida?³⁷

Terceiro a proferir seu voto foi o Ministro Alexandre de Moraes. Após mencionar alguns casos envolvendo o tema na jurisprudência de outras cortes constitucionais, o Min. formulou uma série de questões pertinentes: (i) se seria possível apontar, em sede de direito comparado, o conceito e contornos de um abstrato direito ao esquecimento; (ii) se este significaria um direito de apagar a divulgação de fatos pretéritos; (iii) Se isso

³⁵ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

³⁶ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

³⁷ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

implicaria em uma transformação da realidade, mediante o transcurso do tempo e o desvanecimento da memória coletiva e (iv) se o suposto direito impediria não somente divulgações modernas de fatos passados, ou se abrangeria também a retirada de publicações, livros e artigos, elaborados à época do fato que agora se pretende ocultar.³⁸

O Min. Moraes seguiu o fio condutor que norteou o raciocínio da maioria de seus pares: associar o direito ao esquecimento ao direito à privacidade (desconsiderando-o como instituto jurídico autônomo) e realizando uma ponderação com a liberdade de expressão. Sua linha argumentativa foi focar a liberdade duplo aspecto: em seu aspecto *positivo*, liberdade de expressão envolve o direito de manifestar seu pensamento, devendo, entretanto, vir acompanhada da *responsabilidade* por aquilo que se manifesta (o que implica em sujeitar-se a sanções civis e penais, em caso de excessos e abusos). Em seu aspecto negativo, liberdade de expressão significa a vedação à limitação preventiva daquilo que se pretende levar ao debate público. Nesse sentido, para o julgador, eventual reconhecimento de um genérico e abstrato direito ao esquecimento implicaria censura prévia, afrontando a ordem constitucional brasileira.³⁹

Dessa forma, em raciocínio similar ao exposto no voto do Min. Nunes Marques, qualquer tutela da privacidade, honra e demais direitos da personalidade deveria ser feita *a posteriori*, por meio de reparação civil ou penal, jamais de forma prévia. Essa linha intelectual, conforme se criticará adiante, apresenta problemas, na medida em que considera a responsabilidade civil a partir de uma visão *retrospectiva*, de reparação integral, restituindo a vítima ao *status quo ante* (consolidada no brocardo *restituto in integrum*), lógica fortemente contaminada por uma percepção patrimonialista do direito civil. Ainda que se mostre eficiente em situações nas quais uma ofensa acarrete danos materiais, essa visão é inadequada para circunstâncias em que a ação produza danos morais, por vezes irreparáveis. Para estes, uma visão preventiva/prospectiva da responsabilidade civil (caminho vedado pela orientação dos ministros) se revela mais eficaz à proteção dos interesses tutelados.

A seguir, foi proferido o voto do Min. Edson Fachin. Contrariando os votos anteriores, o Min. entendeu que não fere a ordem jurídica a coexistência de princípios “eventualmente contrários” como a liberdade de expressão e o direito ao esquecimento. Contudo, o delineamento adequado dos contornos deste último envolveria a superação de duas dificuldades:

³⁸ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

³⁹ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

Inicialmente, a expressão “direito ao esquecimento” tem sido utilizada para abranger uma “pluralidade de direitos singulares que, não necessariamente, se adunam”. Assim, tal qual a privacidade (v. *supra*, n.r. n.07), se trata de verdadeiro “conceito guarda-chuva”, cujo desenvolvimento tem ocorrido “de forma desordenada, sendo empregado para a definição de casos muito diversos”.⁴⁰

A segunda dificuldade apontada envolveria a “rápida mutação do substrato material da sociedade ao qual se refere”, vez que as “mutações tecnológicas dizem respeito a uma expansão da capacidade social de arquivamento e, portanto, de produção de memória”.⁴¹

Tais obstáculos, contudo, não impediriam a compatibilidade do referido direito com a ordem constitucional brasileira. A necessária ponderação entre ele e as liberdades de expressão/informação deveria levar em conta não somente a primazia *a priori* desta (com o já bastante citado ônus argumentativo qualificado para afastá-la em uma situação concreta), mas também a preservação do *núcleo essencial* dos direitos da personalidade.⁴² Dessa forma, o Min. Fachin propôs a seguinte tese:

Têm a liberdade de expressão e o direito à informação precedência sobre o direito ao esquecimento, independentemente do transcurso do tempo, cedendo a essa primazia a pretensão de vítimas ou familiares, quando se verificar interesse transindividual, ou a natureza pública da informação, ou o alto grau de relevância histórica ou importância da memória, sendo aquele direito, nesses limites, compatível com a Constituição, que alberga a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informacional (art. 5º, XII, CRFB/88).⁴³

A próxima a votar foi a Min. Rosa Weber, cujo voto destacou as semelhanças entre os problemas relativos ao direito ao esquecimento e o problema das biografias não autorizadas, na medida em que ambas as questões envolvem a “necessidade que têm as sociedades de saber sobre o seu passado e o seu presente”.⁴⁴ Excluindo de sua análise a questão da desindexação de informações contidas em sítios digitais (portanto, adotando uma definição mais restrita do que a proposta pelo Min. Dias Toffoli), e seguindo a linha

⁴⁰ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

⁴¹ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021. Argumento que reforça mais um aspecto de proximidade entre o direito ao esquecimento e o direito à privacidade, cujo desenvolvimento e variações históricas sempre estiveram relacionados às mudanças tecnológicas, em um verdadeiro “jogo de gato e rato”.

⁴² STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

⁴³ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

⁴⁴ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

de associar direito ao esquecimento e direito à privacidade, a Ministra nega que tais direitos possam ser evocados para obstar a publicação de matérias de interesse público, porque estas estariam fora de seu escopo. A Min. ressalta que essa afirmação não significa uma supremacia da liberdade de expressão sobre o direito à privacidade, mas uma delimitação dos campos próprios de cada direito.⁴⁵ Evoca, ainda, o critério da proporcionalidade (ainda que sem explicar de forma clara, em seu voto, como este teste se aplicaria ao caso) para vedar “a imposição de restrições à liberdade de expressão, ainda que teoricamente fundadas na proteção da honra ou da imagem pessoais, quando tiverem como efeito, inibir o direito à informação sobre a conduta, presente ou pretérita, de ocupante de função de interesse público).⁴⁶

De outro lado, a Ministra vislumbra a possibilidade de “alguma forma de direito ao esquecimento” compatível com a ordem constitucional, porém somente aplicável a fatos “insuscetíveis de gerar qualquer interesse público, do público ou social, atinentes tão somente à vida privada e cuja publicização gera prejuízos individuais, sem nenhuma contrapartida ao interesse de outrem”. Ao contrário de seus pares (Dias Toffoli e Nunes Marques, que afirmaram, como se viu *supra*, que a incorporação de tal direito ao ordenamento dependeria de atividade legislativa por vir, que contivesse critérios específicos), a Min. Rosa Weber entendeu que tal proteção já poderia ser extraída de algumas normas existentes, como o CDC, o Marco Civil da Internet e a LGPD.⁴⁷

O próximo voto a ser analisado, o da Min. Carmen Lúcia, manteve a linha de raciocínio da maioria, associando o direito ao esquecimento à privacidade/intimidade e entendendo que a proteção a tais direitos não poderia ser excludente da liberdade de informação, nem “impeditiva à formação e consolidação do interesse público”.⁴⁸ Destaca-se, em seu voto, a evocação do princípio da solidariedade entre as gerações que, ainda que mais usualmente aplicado ao direito ambiental, perpassaria “toda a ética constitucional do Brasil” e, nesse caso, implicaria em uma obrigação ético-jurídica de permitir às gerações futuras o conhecimento de sua história⁴⁹, conferindo, à memória histórica, uma maior densidade que a dada ao interesse pessoal de ocultar fatos pretéritos:

Se garantimos – o Supremo Tribunal Federal já garantiu –, a cada pessoa, o direito de buscar, geneticamente, suas origens, por que não

⁴⁵ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

⁴⁶ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

⁴⁷ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

⁴⁸ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

⁴⁹ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

garantiríamos a gênese histórica de cada povo, demonstrando e permitindo que os fatos, ainda que graves, ainda que cegos, ainda que dolorosos, também sejam mostrados, para que a gente aprenda com as nossas feridas e resolva? Um “país de chagas sociais” tão grandes quanto temos no Brasil não se pode dar ao luxo de fazer de conta, porque ninguém vive de faz de conta.⁵⁰

Próximo a manifestar-se foi o Min. Gilmar Mendes. Em seu extenso voto, após aludir (tal qual seus antecessores) à casos paradigmáticos ocorridos em Cortes Constitucionais estrangeiras, e à jurisprudência do próprio STF,⁵¹ reafirmou seu posicionamento pelo qual o “direito ao apagamento de dados” (nomenclatura preferível, em seu entender) seria um direito fundamental *implícito*, extraído da vedação constitucional a penas perpétuas, da dignidade humana, da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade.⁵²

A partir do momento em que reconhece a existência de um direito fundamental implícito ao esquecimento, o Min. Gilmar Mendes concentra sua argumentação naquilo que considera o cerne do debate: a suposta colisão entre direitos fundamentais (“direito de informar e ser informado em contraponto ao postulado da dignidade humana e da proteção à honra, à vida privada e à imagem”⁵³), ponderação essa para a qual “não pode existir resposta aprioristicamente pronta”), tampouco uma “fixação de rigorosa hierarquia” entre eles, capaz de descaracterizar a Constituição como um “complexo normativo, unitário e harmônico”.⁵⁴ Em busca de critérios ponderativos adequados que possam nortear o julgamento de situações concretas, o voto partiu do princípio que

(...) está claro que a discussão que envolve o “apagamento de dados” (como corolário do art. 5º, X, da CF) não pode guardar correlação com a tentativa de apagar ou reescrever a própria história, mas trata-se da forma como esta é contada, qual seja: a finalidade e modo ou veículo utilizado para propagar a informação, com os reflexos éticos e jurídicos que circundam a divulgação de fatos que, por sua vez, remontam a

⁵⁰ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

⁵¹ HC 126.315/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes. J.15.09.2015. Dje. 07.12.2015.

⁵² STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021. Dois aspectos são dignos de nota nesse posicionamento: (i) a expressão “direito ao apagamento de dados” sugere conotação mais ampla que o “direito à desindexação”, muitas vezes evocado em sede de direito ao esquecimento (em especial, quando se trata de informação divulgada em mídias digitais e ferramentas de busca) e (ii) justificá-lo a partir da vedação a penas perpétuas, apesar de não restringi-lo à esfera penal (caso se entenda que a divulgação de fatos pretéritos, expondo seu autor a um rejuvimento por parte da sociedade tenha um caráter de pena civil), parece limitá-lo em um duplo aspecto: (a) *objetivo* - quando o ato que se pretende preservar seja considerado *ilícito* (ainda que exclusivamente civil), o que afastaria situações que não possuam ilicitude, mas que se deseja ocultar (insucessos financeiros, fracassos profissionais, relacionamentos pessoais infelizes, *et coetera*) e (b) *subjetivo*, somente podendo ser evocado por seu *autor*, quando muitas das vezes – como no caso submetido a julgamento – é a vítima, ou seus familiares, quem deseja recomeçar.

⁵³ Nesse aspecto, o Min. se aproxima de seus pares, ao estabelecer (como repetidamente registrado ao longo desse trabalho) um vínculo entre direito ao esquecimento e a privacidade.

⁵⁴ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

circunstâncias do passado remoto ou distante que as pessoas preferem esquecer.⁵⁵

O que estaria em jogo não seria uma “disputa pela propriedade da História”, mas a não exposição indiscriminada ou vexatória de fatos pretéritos da vida de um indivíduo.⁵⁶ Possíveis parâmetros apontados para nortear a atividade ponderativa foram:

o decurso do tempo entre o fato e a publicização; o interesse histórico, social e público atual na divulgação dos fatos e dados pessoais; o grau de acessibilidade da informação; e a possibilidade de divulgação anonimizada dos dados pessoais sem que se desnature a essência da divulgação.⁵⁷

Dessa forma, finalizando seu voto, o Min. Gilmar Mendes propôs fixação de tese oposta à do relator, pela qual, considerando a inexistência de hierarquia constitucional entre os direitos fundamentais em colisão, deve ser adotada a “técnica da concordância prática, demandando análise pontual sobre qual direito fundamental deve prevalecer”, considerados como fatores preponderantes para esse balizamento os *standards* supramencionados.⁵⁸

Penúltimo a votar, o Min. Marco Aurélio Mello, negou provimento ao recurso, seguindo a linha de uma preservação da memória histórica descrita no voto da Min. Carmen Lúcia, sustentando que inexistiria ilicitude na transmissão do caso histórico que motivou o Recurso Extraordinário, pelo que descabido o pedido indenizatório. Nenhuma consideração foi tecida quanto à (in)existência de um direito fundamental ao esquecimento, ou de possíveis critérios para ponderá-lo com outros interesses constitucionalmente relevantes.

Último Min. a se manifestar, Luiz Fux, reconheceu a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro – muito embora, considerando-o como de “caráter excepcional” – como um corolário da dignidade humana. Como representaria um “contraponto às liberdades constitucionais, máxime a liberdade de expressão e de imprensa, manifestação do pensamento e acesso à informação” (dotadas de “proteção constitucional reforçada”), seu espaço de aplicação seria limitado a

⁵⁵ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

⁵⁶ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

⁵⁷ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021. Especificamente em relação ao critério da acessibilidade da informação, o Min. esclarece que haveria uma relação de proporcionalidade inversa – a ser avaliada sempre *in concreto* –, de modo que quanto *menor* o acesso do público à informação, maior será a liberdade de informar; por outro lado, se a informação tiver acessibilidade ampla, mais rigoroso deverá ser o crivo quanto à (des)necessidade de identificação dos envolvidos.

⁵⁸ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

situações que não envolvam o interesse público.⁵⁹ Em casos tais, entendeu que “a busca pela felicidade pressupõe a reconstrução da identidade, a partir da superação de uma memória traumática relegada a um passado distante”.⁶⁰

Na tentativa de formular parâmetros ponderativos, o Min. Fux apresentou raciocínio oposto ao do Min. Gilmar Mendes (v. *supra*, n.r. 54), afirmando que “na medida em que cresce a notoriedade dos fatos, reduz-se a esfera de privacidade das pessoas”. Em sua percepção, tanto mais disseminado seja o conhecimento de um fato por parte da sociedade, menor o prejuízo em sua divulgação por qualquer meio midiático (na medida em que, infere-se, inexistiria um interesse em ocultar o que já sabido por todos). Logo, o fato cujo conhecimento seja limitado a uma esfera reduzida de pessoas poderia conferir uma maior densidade à privacidade, a demandar a presença clara de um interesse informativo geral em revelá-lo. Como visto, o Min. Gilmar Mendes sustentou em seu voto que a maior notoriedade do fato passado poderia, conduzir a uma análise mais rigorosa quanto à necessidade de uma (re)exposição dos envolvidos. É necessário ter sempre em vista outra divergência essencial entre ambos, na medida em que o Min. Fux (assim como a maioria dos membros da Corte) entendem haver uma hierarquia apriorística (ou, ao menos uma inversão de ônus argumentativo) entre liberdade de expressão e privacidade, ao passo que para o Min. Gilmar Mendes, como visto, essa prévia colocação dos mencionados direitos fundamentais em prateleiras diferenças seria impossível. Dessa diferença de posicionamentos decorreria que, para o Min. Gilmar Mendes, a ponderação dessa relação notoriedade/divulgação deve ser sempre realizada *in concreto*, a luz das circunstâncias fáticas de cada caso, enquanto para o Min. Fux (embora ele não o diga expressamente), tal ônus argumentativo recairia sobre aquele que alega possuir um interesse pela não exposição.

Ao final do julgamento, foi aprovada a seguinte tese de repercussão geral:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da

⁵⁹ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

⁶⁰ STF, RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. J. 11.02.2021. Dje. 20.05.2021.

personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Sintetizando o até aqui exposto, é possível destacar alguns pontos, aos quais se retornará posteriormente: (1) a despeito de a maioria dos ministros da Corte ter se posicionado contrariamente à existência de um direito fundamental ao esquecimento no ordenamento brasileiro, foi admitida de forma mais (Min. Nunes Marques) ou menos (Min. Dias Toffoli) clara a possibilidade de sua incorporação ao sistema jurídico, *desde que* por via legislativa, o que causa estranheza no emprego do termo “*incompatível*” na tese final formulada (dado que, em existindo tal incompatibilidade, vedada estaria a sua inserção pela atividade do Congresso); (2) todos os ministros – mesmo aqueles que admitiram a existência de um direito fundamental implícito ao esquecimento (Min. Gilmar Mendes, Min. Luiz Fux, Min. Edson Fachin) – tenderam a associá-lo a um elemento da *privacidade* de seus supostos titulares; (3) admitindo um direito ao esquecimento autônomo (ainda que para fins argumentativos), ou deslocando a questão para a esfera da privacidade, honra e imagem, a Corte oscilou quanto à possível solução a ser dada em casos de potencial colisão com o direito à liberdade de expressão, ora atribuindo uma prevalência hierárquica desta, ora se referindo a uma “transferência de ônus argumentativo” (Min. Luiz Fux), ora negando a hierarquia *a priori* e a necessidade de uma construção caso a caso, sem a mencionada inversão argumentativa (Min. Gilmar Mendes); (4) muito embora a tese fixada mencione que eventuais abusos do direito de liberdade de expressão serão solucionados “caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais”, a maioria dos ministros (com exceção dos Min. Luiz Fux e, especialmente, Gilmar Mendes) não estabeleceu de forma, em seus votos, quais seriam esses parâmetros guiar o julgador.

Superada a exposição do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, passa-se a analisar, nas seções seguintes, como o Tribunal Constitucional Federal Alemão tem lidado com o tema.

3. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o direito ao esquecimento – Primeira fase: os casos Lebach I e II

Na Alemanha, na década de 1970, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, ou, doravante, TCF) apreciou o caso que passaria a ser internacionalmente citado como uma referência em se tratando de direito ao esquecimento, e que seria conhecido como “caso Lebach I”.

Em 1969, quatro soldados foram assassinados e um ficou gravemente ferido durante um roubo de armas e munições. O caso ficou conhecido como “o assassinato dos soldados de Lebach”, em referência ao lugarejo localizado a oeste da República Federal da Alemanha onde o crime ocorreu, tendo ganhado grande notoriedade pela brutalidade com que foi cometido. Os dois principais autores foram condenados à ST por ter auxiliado na preparação da ação criminosa. No ano de 1972, uma emissora de televisão anunciou a produção de um documentário sobre o delito, no qual reconstituiria o latrocínio, com referência aos nomes e fotos dos envolvidos, detalhes da relação entre os condenados – incluindo ligações homossexuais –, além de particularidades sobre a perseguição e prisão. O programa iria ao ar poucos meses antes da data do livramento condicional do partícipe, razão pela qual pleiteou-se medida liminar para impedir sua exibição, sob o argumento de que a veiculação desses fatos seria prejudicial à sua ressocialização, em afronta ao direito de desenvolvimento da personalidade.⁶¹

Nas instâncias inferiores, o pedido foi indeferido, ao argumento da primazia da liberdade de expressão. Interposta reclamação constitucional ao TCF, o caso viria a ser julgado pelo Primeiro Senado em 05 de junho de 1973.

A Corte reconheceu que a exibição de um programa dessa natureza afeta, necessariamente, alguns direitos fundamentais do retratado, em especial o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade humana,⁶² que assegurariam a cada um o “domínio autônomo da vida privada no qual podem desenvolver e proteger sua individualidade”, o que compreenderia o “direito a ser deixado só”, o direito de um indivíduo a “ser ele mesmo” (*to be oneself*), o direito à própria imagem e fala e, em especial, o “direito de determinar a representação de sua pessoa” (o que incluiria impor limites até onde fatos sobre sua história de vida possam chegar ao conhecimento público).⁶³

Naturalmente, tal proteção não é absoluta, vez que a inserção no meio social produz influências recíprocas, afetando o bem-estar dos outros, ou os interesses do bem comum, o que torna admissíveis restrições a essa autonomia, desde que não afetando seu núcleo essencial (este seria inatingível, mesmo diante de interesse público relevante, em razão da primazia atribuída pela Constituição alemã à dignidade humana).⁶⁴ Assim,

⁶¹ STF, *Boletim de Jurisprudência Internacional – Direito ao Esquecimento*, v. 05, Dezembro de 2018, p. 07.

⁶² Na Lei Fundamental da Alemanha (*Basic Law*, ou *Grundgesetz*), o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é previsto no art. 2º, §2º, GG e a dignidade da pessoa humana encontra fundamento no art. 1º, §1º, GG.

⁶³ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 44.

⁶⁴ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 45.

os direitos e interesses afetados devem ser equilibrados em cada caso para verificar se o interesse público perseguido deve ter precedência em geral e sob as circunstâncias particulares, se a interferência pretendida com a esfera privada é necessária em vista de sua natureza e escopo, e se a interferência é apropriada à luz da significância do assunto⁶⁵

Por outro lado, o direito de a emissora exibir o documentário encontra seu fundamento nas liberdades de expressão, informação e transmissão, garantidas pelo art. 5º, §1º, da GG. Televisão e rádio são vistos como “meios indispensáveis de comunicação de massa”, essenciais para a manutenção de uma “ordem democrática básica livre”, dado seu “impacto decisivo tanto no vínculo entre o povo e os órgãos estatais quanto no escrutínio desses órgãos estatais, bem como na integração da comunidade em todas as áreas da vida”⁶⁶. Essa tutela independe (e impede) qualquer análise valorativa pelos tribunais, quanto à “seriedade”, “credibilidade”, ou “sensacionalismo” do que se pretende transmitir, avaliação que cabe exclusivamente ao órgão midiático:

Conseqüentemente, uma empresa de radiodifusão ou TV pode, em princípio, invocar a proteção do Art. 5(1) segunda frase da Lei Básica para cada transmissão, independentemente de se tratar de transmissões políticas, discussões críticas de outras questões de interesse geral, peças de rádio, programas de cabaré ou outros programas de entretenimento. A aplicabilidade da garantia constitucional não depende, portanto, de um interesse "justificado" ou "legítimo" demonstrado na transmissão em questão [...]. Correspondentemente, a liberdade de transmissão abrange não apenas a seleção do material apresentado, mas também a decisão sobre a forma como ele é apresentado, incluindo o direito de determinar qual das várias formas de programas usar para esse propósito.⁶⁷

O conteúdo exibido e seu interesse público passam a ter relevância quando as liberdades mencionadas entram em rota de colisão com outros direitos fundamentais estando, nesse caso, sujeitas a ponderações e sofrerem restrições a seu exercício.⁶⁸

⁶⁵ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 45, *tradução nossa*. No *original*: the affected rights and interests must be balanced in each case to ascertain whether the public interest pursued should take precedence in general and under the particular circumstances, whether the intended interference with the private sphere is required in view of its nature and scope, and whether the interference is appropriate in light of the significance of the matter.

⁶⁶ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 47-48.

⁶⁷ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 48, *tradução nossa*. No *original*: “Accordingly, a broadcasting or TV corporation may, in principle, invoke the protection of Art. 5(1) second sentence of the Basic Law for each broadcast, irrespective of whether political broadcasts, critical discussions of other questions of general interest, radio plays, cabaret programs or other entertainment programs are concerned. The applicability of the constitutional guarantee is thus not dependent on a demonstrated ‘justified’ or ‘legitimate’ interest in the broadcast concerned [...]. Correspondingly, freedom of broadcasting covers not only the selection of the material presented, but also the decision on the way in which it is presented, including the right to determine which of the various forms of programmes to use for this purpose”.

⁶⁸ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 49.

De acordo com o tribunal, a solução da tensão específica envolvendo o caso deve tomar em conta que os valores constitucionais envolvidos “constituem elementos “essenciais da ordem democrática livre da Lei Básica, razão pela qual *nenhum deles pode reivindicar ter precedência geral*” (*grifo nosso*) devendo, sempre que possível, ser alcançado um equilíbrio entre ambos e, apenas na hipótese da impossibilidade concreta, tomar em conta os interesses e circunstâncias específicas de cada caso, a fim de atribuir maior densidade a um deles. Para tanto, o referencial deve ser a conexão que os interesses em disputa possuem com a dignidade humana, elemento central do sistema de valores da Constituição.⁶⁹ Dessa forma

(...) a liberdade de transmissão pode resultar em efeitos restritivos sobre os direitos derivados do direito de personalidade; no entanto, qualquer perda de personalidade resultante de uma representação em público não deve ser desproporcional à importância da representação pública para a comunicação livre [...]. Além disso, este parâmetro exige, por um lado, que o necessário equilíbrio de interesses leve em consideração a intensidade da interferência no domínio pessoal resultante do programa em questão. Por outro lado, o interesse específico que o programa serve para satisfazer e é adequado para satisfazer deve ser avaliado, e deve ser revisto se e em que medida esse interesse também pode ser satisfeito sem prejudicar a proteção da personalidade de alguém, ou pelo menos sem prejudicá-la na mesma medida.⁷⁰

Na busca por alcançar esse adequado balanceamento, o TCF considerou alguns aspectos: (a) É preciso considerar que reportar um crime ao público *sempre* afetará de forma intensa a esfera pessoal dos envolvidos, uma vez que a exposição pública dos atos por eles praticados transmite uma imagem negativa para o público em geral.⁷¹ (b) Esse impacto é mais severo em se tratando de mídia televisiva (ainda que consista em uma “reportagem objetiva, baseada em fatos” do que em mídia radiofônica, ou escrita, o que decorre da “maior intensidade da impressão visual e da combinação de imagem e som, mas especialmente de seu alcance muito maior”.⁷² O gênero de programa também

⁶⁹ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 53.

⁷⁰ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 53, *tradução nossa*. No *original*: “freedom of broadcasting may result in restrictive effects on rights derived from the right of personality; however, any loss in personality resulting from a portrayal in public must not be disproportionate to the significance of the public portrayal for free communication [...]. Furthermore, this benchmark requires, on the one hand, that the necessary balancing of interests take into account the intensity of the interference with the personal domain resulting from the program at issue. On the other hand, the specific interest which the program serves to satisfy and is suited to satisfy must be assessed, and it must be reviewed whether and to what extent this interest can also be satisfied without impairing the protection of one’s personality, or at least without impairing it to the same extent”.

⁷¹ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 55.

⁷² BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 56.

apresenta relevo, em virtude de sua maior ou menor popularidade.⁷³ (c) o efeito de tais programas sobre o público, combinando “informações cativantes com entretenimento intrigante” tende a “incitar reações mais fortes do público”, em comparação a outros tipos de cobertura policial, em especial pelo (indispensável, nesse tipo de programa) emprego de recursos narrativos, que produzem uma “ilusão de autenticidade”, de modo que o público receptor pensa receber uma visão abrangente da personalidade do criminoso, quando, na verdade, recebe uma versão reduzida e unidimensional, que limita “a representação à dimensão negativa da personalidade do infrator, sem mostrar nuances finas ou destacar os traços e comportamentos positivos ou neutros da pessoa”, aspecto que justificaria uma maior cautela com os direitos da personalidade dos envolvidos.⁷⁴ (d) o problema de uma “percepção seletiva”, ou deturpada, embora comum a todos os meios de comunicação, seria particularmente intenso em mídia televisiva, já que a audiência tende a, de modo inconsciente, conduzir sua percepção dos fatos a partir de suas próprias opiniões pré-estabelecidas, reforçando generalizações preconceituosas.⁷⁵

Em que pesem todos esses aspectos, a Corte reconheceu que existem importantes razões para informar ao público, de forma abrangente, acerca de crimes e outros fatos de interesse jornalístico, ainda que incluindo informações pessoais a respeito dos envolvidos, dentre as quais permitir o escrutínio dos órgãos estatais responsáveis pela segurança pública e da atuação dos tribunais (fenômeno que, em certa medida, é benéfico aos próprios infratores, já que permitiria minimizar a prática de abusos).⁷⁶

Ponderando os argumentos, a Corte estabeleceu como critério que o interesse em obter informações atuais sobre a prática de crimes deve ter precedência. Aquele que pratica um ilícito deve sujeitar-se não somente a ser punido por ele, mas também ao fato de que o crime, por si só, atrai o interesse do público em “obter informações, que serão satisfeitas recorrendo aos canais normais em uma comunidade que vive de acordo com o princípio da livre comunicação”,⁷⁷ o que justificaria não somente o acesso à informações sobre o crime em si, mas até mesmo referentes a aspectos de sua vida pessoal diretamente ligados ao crime cometido, que permitam avaliar suas motivações,

⁷³ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 57. *In casu*, o programa contestado pertencia ao gênero “drama documental”, ou “docudrama”, no qual “fatos autênticos eram encenados de uma forma a transmitir autenticidade”, considerado de grande interesse do público e produzindo índices de audiência elevados.

⁷⁴ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 58-59.

⁷⁵ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 61.

⁷⁶ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 63.

⁷⁷ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parag. 64.

ou as pré-condições de sua ocorrência.⁷⁸ Tal prioridade, contudo, não é absoluta, sendo uma de suas limitações o direito geral da personalidade:

a importância constitucional central desse direito exige, além do respeito ao domínio mais íntimo inviolável da vida (cf. BVerfGE 32, 373 <379>), adesão estrita ao princípio da proporcionalidade. A intrusão na esfera pessoal não pode se estender além do necessário para satisfazer adequadamente o interesse do público em obter informações; além disso, as desvantagens infligidas ao infrator devem ser apropriadas à gravidade do crime ou à sua relevância para o público com base em outras razões. Consequentemente, não é sempre permitido nomear, retratar ou identificar o infrator. Na prática, a mídia adere principalmente a esses princípios gerais em casos dos chamados crimes menores ou se houver envolvimento de menores.⁷⁹

Com relação ao aspecto central desse trabalho, o tribunal afirmou que o interesse público autorizativo da cobertura e documentação do fato, contudo, não poderia ser exercido indefinidamente, afetando a vida do acusado/condenado. Uma vez assegurada a obtenção de informações *atuais*, o “direito a ser deixado só” adquire maior densidade, impondo um respeito à sua privacidade e individualidade:⁸⁰

Mesmo um infrator que atraiu o interesse e a desaprovação do público ao cometer um crime grave ainda permanece um membro desta comunidade e tem um direito constitucional à proteção de sua individualidade. Se o crime que atraiu o interesse do público foi processado em processos criminais e, portanto, punido conforme exigido pelo bem comum, e se o público foi adequadamente informado, qualquer interferência adicional ou repetida no domínio pessoal do infrator geralmente não será justificada; imporia uma sanção social renovada ao infrator, especialmente no caso de transmissões televisivas.⁸¹

⁷⁸ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parágr. 67.

⁷⁹ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parágr. 65, tradução nossa. No original: “the central constitutional importance of this right requires, in addition to respect for life’s inviolable innermost domain (cf. BVerfGE 32, 373 <379>), strict adherence to the principle of proportionality. The intrusion into the personal sphere may not extend further than necessary to adequately satisfy the interest of the public in obtaining information; furthermore, the disadvantages inflicted upon the offender must be appropriate to the severity of the crime or to its relevance to the public based on other reasons. Accordingly, it is by no means always permissible to name, portray or otherwise identify the offender. In practice, the media mostly adhere to these general principles in cases of so-called petty crime or if juveniles are involved”.

⁸⁰ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parágr. 68. Note-se que o tribunal não emprega, em *Lebach I*, a expressão direito ao esquecimento (*right to be forgotten*), preferindo o uso de “direito a ser deixado em paz” (*right to be let alone*).

⁸¹ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parágr. 68, tradução nossa. No original: “Even an offender who has attracted the interest and disapproval of the public by committing a serious crime still remains a member of this community and has a constitutional right to the protection of their individuality. If the crime that attracted the interest of the public was prosecuted in criminal proceedings, and thus punished as required by the common good, and if the public was adequately informed, any further or repeated interference with the offender’s personal domain will generally not be justified; it would impose a renewed social sanction on the offender, especially in the case of television broadcasts”.

Não seria possível, contudo, fixar uma regra genericamente aplicável, estabelecendo prazo rígido a partir do qual a retratação do fato – até então protegida – deixaria de ser atual, passando a ceder face aos interesses individuais do retratado em reabilitar-se socialmente. O critério apontado como decisivo seria “se a respectiva transmissão, ponderada em relação ao nível atual de informações disponíveis ao público, pode ter um efeito adverso significativamente novo ou adicional sobre o infrator”.⁸²

Lebach I estabeleceu, assim, um importante posicionamento do tribunal germânico, na medida em que – ainda que não fazendo menção a um suposto direito ao esquecimento –, forneceu critérios para a ponderação entre os interesses em tensão. Contudo, a Corte, ali, limitou sua análise a questões envolvendo a prática de ilícitos penais (não abordando, portanto, o interesse da vítima ou de seus familiares pela não exposição de episódios de sua história pessoal, tampouco confrontando situações cujos efeitos se limitam a esfera cível, ou mesmo não constituam ilícito algum).

Mais de duas décadas depois do primeiro julgamento *Lebach*, o Primeiro Senado voltaria a se manifestar sobre o tema. Dessa feita, a emissora de TV SAT1 pretendia exibir uma série televisiva intitulada “crimes que fizeram história”, cujo filme-piloto abordava o caso dos assassinatos dos soldados em *Lebach*. Um dos envolvidos no crime obteve uma decisão judicial impedindo a exibição da obra. O tribunal considerou que, no caso em análise

as preocupações constitucionais do demandante tinham prioridade sobre a liberdade de imprensa. Embora a menção sobre sua identidade não fosse explícita, a obra poderia colocar o ato de volta à consciência da sociedade e despertar o interesse do público para o destino dos autores. Esse cenário possibilitaria a identificação dos envolvidos, infringiria a esfera de sua vida privada e, conseqüentemente, comprometeria a manutenção de sua ressocialização, devido ao impacto generalizado e poder sugestivo da televisão.⁸³

A emissora interpôs reclamação constitucional, julgada em 25.11.1999. Retornando a ponderação entre as liberdades de expressão-informação-transmissão e sua colisão com o direito geral da personalidade, a Corte reafirmou que esta é amparada contra representações que falsifiquem ou distorçam a imagem do indivíduo perante o público, ou reforcem estereótipos, ou promovam estigmatização, ou que venham a dificultar sobremaneira sua reintegração à sociedade.⁸⁴

⁸² BVerfG, Decisão do Primeiro Senado, de 05 de jun. de 1973 - 1 BvR 536/72, parágr. 69-76.

⁸³ STF, *Boletim de Jurisprudência Internacional – Direito ao Esquecimento*, v. 05, Dezembro de 2018, p. 08-09.

⁸⁴ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado de 25 de nov de 1999 - 1 BvR 348/98, parágr. 34 -35.

Entretanto, a Corte entendeu que tais riscos não se verificavam no caso do filme produzido pela emissora SAT1. Decisiva para tal conclusão foi a não identificação do participante do crime, com omissão de seu nome e não divulgação de sua imagem. Somente aqueles que já o conheciam o autor poderiam associá-lo ao crime, e, no que toca a esses, a exibição do filme não produziria riscos significativos à ressocialização do autor (inclusive porque, supostamente, a distância temporal reduziria a indignação social envolvendo o crime). O tribunal considerou que a probabilidade de outras pessoas descobrirem, mediante pesquisa, a identidade dos autores, embora admissível em tese, seria “bastante remota”.⁸⁵

Lebach II, assim como seu antecessor, não faz menção direta a um direito a ser esquecido, limitando-se a fornecer parâmetros ponderativos para a colisão entre os direitos fundamentais em colisão. Tampouco faz referência ao interesse público na divulgação de informações sobre fatos há muito tempo ocorridos, senão de forma muito superficial (ao mencionar como parte do valor de tais programas a possibilidade de reconstrução do período histórico em que ocorreram os fatos⁸⁶), limitando-se a reconhecer a jusfundamentalidade da liberdade de imprensa/expressão/transmissão.

Nota-se ainda que o segundo julgamento *Lebach* parte de algumas premissas frágeis: (a) considera que o maior lapso temporal entre a ocorrência do fato criminoso e sua divulgação televisiva não causariam grande clamor (desconsiderando a possibilidade de reavivá-lo) e (b) considera reduzida a possibilidade de obter as informações ocultadas pelo programa, capazes de identificar o autor do crime, desconsiderando que, a fins de século XX, já se encontrava bastante difundido o acesso à provedores de busca e sítios de *internet* e arquivos virtuais. Se tal premissa poderia ser válida na “Era do papel”, quando os dados eram acumulados em grandes acervos físicos, não era factível em plena Era Digital.

Ambos os casos *Lebach* envolveram o uso de mídia televisiva. Vinte anos mais tarde, entretanto, a Corte alemã teria ocasião de confrontar diretamente a questão da existência de um direito ao esquecimento e de sua aplicabilidade aos meios digitais, o que será objeto de análise da seção a seguir.

4. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o direito ao esquecimento – Segunda fase: os casos *Right to be Forgotten I e II*

No ano de 2019, o *Bundesverfassungsgericht* apreciaria duas reclamações constitucionais, que viriam a ser conhecidas como os casos *Right to be Forgotten I e II*,

⁸⁵ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado de 25 de nov de 1999 - 1 BvR 348/98, parág. 39-40.

⁸⁶ BVerfG, Decisão do Primeiro Senado de 25 de nov de 1999 - 1 BvR 348/98, parág. 42.

quando teve a oportunidade de abordar o problema do direito ao esquecimento sob a perspectiva das mídias digitais.

O primeiro julgamento novamente envolveria a prática de um crime pretérito. No caso, um indivíduo foi condenado, em 1982, pela prática de duplo homicídio, ocorrido um ano antes, a bordo de um iate em alto-mar. No biênio 1982-83, revista DER Spiegel publicou três artigos sobre o caso em sua edição impressa, identificando nominalmente o autor do crime. Em 1999, estes artigos foram disponibilizados no arquivo on-line da revista (Spiegel Online GmbH), de acesso livre e gratuito. Em 2002, o queixoso foi libertado da prisão e, sete anos mais tarde, solicitou a remoção do material, sem êxito. Moveu, então, reclamação constitucional, alegando grave prejuízo a seu direito geral da personalidade, causando-lhe substanciais dificuldades em ressocializar-se, em função da associação de seu nome ao crime, em mecanismos de busca on-line. Além disso, argumentou que, ainda que seu crime tenha sido considerado um acontecimento relevante, o interesse público que o envolveu teria desvanecido com a passagem dos anos.⁸⁷

Em sua decisão, o tribunal fez menção à Diretiva 95/46/CE (que determinou para os Estados-membros a obrigação de proteger a privacidade dos indivíduos, concernente a seus dados pessoais, permitindo que estes estabeleçam isenções ligadas ao chamado “privilégio de mídia”) e o RGPD que a substituiu em 2018 (e que contém, em seu art. 17, previsão sobre o direito ao “apagamento”, ou “esquecimento”, também concedendo aos estados-membros alguma margem de manobra relacionada ao já mencionado privilégio de mídia).⁸⁸

Preliminarmente, o TCF teceu considerações sobre a harmonização entre os direitos fundamentais constantes na *Grundgesetz* e os previstos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia,⁸⁹ para afirmar que o caso em análise deveria ser decidido a partir do padrão de proteção estabelecido pela GG.

⁸⁷ BVerfG, Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 01.

⁸⁸ BVerfG, Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 11-12.

⁸⁹ O tema é estranho ao escopo desse trabalho, pelo que descabem maiores considerações. Apenas para fins de compreensão da racionalidade adotada pelo tribunal, o TCF estabeleceu que as disposições da Lei Fundamental são o referencial para a apreciação das reclamações constitucionais. O TCF fiscaliza o direito interno e a sua aplicação face ao padrão dos direitos fundamentais da Lei Fundamental, mesmo quando este caia no âmbito de aplicação do direito da União Europeia, desde que não tenha totalmente harmonizado por ela (v. infra, Direito ao Esquecimento II). Em virtude do entrelaçamento da Lei Fundamental e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia por uma “tradição europeia comum de direitos fundamentais”, essa também pode ser considerada, e em caráter complementar, jamais ignorando a autonomia e prioridade da GG, e tendo em mente que “sua interpretação é em parte informada pelas experiências históricas da Alemanha e deve levar em conta as estruturas específicas da ordem jurídica e da realidade de seu sistema social”. Os direitos previstos na Carta da EU somente serão o parâmetro em circunstâncias excepcionais, quando restar demonstrado que o escopo do direito interno seja implementar a legislação da EU, obtendo “um padrão uniforme de proteção”, ou quando o nível de proteção assegurado pelos direitos previstos na Carta seja maior que o garantido pela GG (Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 41-63).

Reconheceu ainda tratar-se de relação *inter privatos*, envolvendo aplicabilidade horizontal indireta dos direitos fundamentais, contexto no qual “devem ser desenvolvidos como valores fundamentais informando o equilíbrio das liberdades dos detentores de direitos iguais”, conciliando-as e assegurando a máxima amplitude possível, tomando ainda em conta a assimetria de poder entre os atores envolvidos, bem como o significado social dos serviços dos provedores de mecanismos de busca na *internet*.⁹⁰

O TCF afastou a incidência da autodeterminação afirmativa, para determinar que a ponderação deve ser feita entre o direito geral da personalidade (e a proteção por ele conferida contra declarações que afetem a identidade pessoal) e as liberdades de expressão e de imprensa (que abrangeriam a divulgação e disponibilização de artigos ligados a fatos da vida pública e a independência institucional dos órgãos de imprensa), já que os riscos implicados envolvem a “disseminação tangível de determinadas informações na esfera pública”, decorrentes principalmente do tipo e do conteúdo da própria publicação.⁹¹

Na tentativa de estabelecer o balanceamento entre os interesses em tensão, o Tribunal reafirmou alguns posicionamentos estabelecidos em *Lebach I* (v. *supra*), (i) atribuindo peso significativo ao fator tempo: em caso de crime *atual*, haveria uma inclinação em atribuir maior densidade ao interesse pela obtenção da informação. A medida em que aumenta o lapso temporal entre a ocorrência do fato e a reportagem, o interesse em informar se debilita e (ii) frisando a impossibilidade de delinear marcos precisos e gerais que determinam essa inversão (sendo decisivo saber “se a respectiva cobertura pode ter um efeito adverso significativamente novo ou adicional sobre o ofensor”, comprometendo sua pretensão em reinserir-se no meio social).⁹²

A questão adquire novas cores quando o meio difusor da informação envolve as tecnologias virtuais. Se outrora o problema envolvia saber se eventos passados poderiam ser revisitados por meio de novas coberturas, atualmente a questão se relaciona à informação disponível por longo prazo na internet e em mídias de armazenamento. Assim como, em *Lebach I*, a Corte considerou que a televisão possuía um maior impacto e alcance que a mídia impressa e radiofônica, agora peso maior foi atribuído às mídias digitais, vez que nessas, a informação permanece disponível por longo tempo, produzindo efeitos duradouros (“a internet não esquece”), bem como a possibilidade de

⁹⁰ Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 75-77.

⁹¹ Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 91; 93-95.

⁹² Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 96-98.

ser recuperada a qualquer momento, por quem quer que seja, e combinada com outros dados (fator que, como visto, foi desconsiderado pelo tribunal em *Lebach II*⁹³).

Para as pessoas afetadas, isso altera consideravelmente o significado da cobertura relativa a elas. Atualmente, tais informações podem ser obtidas por completos estranhos a qualquer momento e sem motivo específico; pode se tornar objeto de discussões online por grupos que se comunicam via Internet, independentemente de se tratar de questões relevantes para o público; pode ser retirado do contexto e apresentado em uma nova narrativa; e pode ser combinada com outras informações para criar perfis de personalidade parciais ou completos, sendo amplamente utilizadas pesquisas relacionadas a nomes por meio de mecanismos de busca para esse fim. Isso resulta em consequências de longo alcance para os processos de comunicação pública, que alteram fundamentalmente as condições para o livre desenvolvimento da personalidade.⁹⁴

Dentre os riscos que os avanços tecnológicos trazem para o direito da personalidade, está o de ser “indefinidamente confrontado em público com suas opiniões, declarações ou ações passadas”. A liberdade individual (que envolve a possibilidade de desenvolver e modificar crenças e comportamentos pessoais, superando erros e equívocos da biografia de cada um) somente pode concretizar-se quando certos assuntos permanecem no passado. A Corte identificou, assim, uma da “dimensão temporal da liberdade”, que depende da possibilidade de que determinadas coisas sejam esquecidas, entrando aí o denominado “direito ao esquecimento”, reconhecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.⁹⁵

Disso não decorreria a existência de um direito ao esquecimento em sentido ilimitado, extraído do direito geral da personalidade, uma vez que uma pessoa não possui o direito de decidir quais informações sobre ela devem ser esquecidas. Isso porque a personalidade de uma pessoa também se formaria através de suas interações comunicativas em sociedade, processo que inclui o livre julgamento por parte de terceiros, não cabendo ao indivíduo “decidir unilateralmente quais informações sobre ele

⁹³ Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 101-103.

⁹⁴ Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 103, *tradução nossa*. No original: “For affected persons, this considerably changes the significance of the coverage relating to them. At present, such information can be obtained by complete strangers at any time and without specific reason; it can become the subject of online discussions by groups communicating via the Internet, regardless whether it concerns issues relevant to the public; it can be taken out of context and presented in a new narrative; and it can be combined with other information to create partial or complete personality profiles, with name-related searches via search engines being widely used for this purpose. This results in far-reaching consequences for public communication processes, which fundamentally change the conditions for the free development of one’s personality”.

⁹⁵ Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 104-106.

devem ser lembradas como interessantes, admiráveis, ofensivas ou condenáveis”, e nem podendo exigir que “todas as informações relativas à sua pessoa divulgadas no âmbito dos processos de comunicação sejam apagadas da Internet”, somente tornando acessíveis aquelas que se ajustam a suas preferências pessoais, ou de conformidade com uma “imagem autopercebida”. Tampouco poderia demandar proteção face a eventos que são “lembrados de forma historicamente responsável”.⁹⁶

Por outro lado, a Corte também considerou a existência de um interesse público a conferir proteção efetiva do direito geral da personalidade, dado que confrontar a todo tempo um indivíduo com seu passado não prejudicaria somente suas possibilidades de desenvolvimento pessoal, mas também o bem comum, vez que sem a possibilidade de autodeterminar-se ao longo do tempo, os cidadãos teriam comprometida sua capacidade de ação e participação na esfera pública e na vida comunitária, inviabilizando o funcionamento de uma sociedade livre e democrática.⁹⁷

Considerou ainda que a existência de arquivos on-line transcenderia os interesses particulares das empresas de comunicação, relacionando-se com o interesse coletivo, na medida em que estendem o acesso de seu conteúdo a um universo mais amplo de pessoas, ultrapassando mesmo os limites das fronteiras geográficas, e gerando um “fonte importante para a educação e pesquisa histórica, bem como para o debate público em uma democracia”.⁹⁸

Tomando todos esses aspectos em conta, e buscando um justo equilíbrio entre os interesses afetados, o TCF decidiu que a ponderação a ser realizada deva verificar (a) se o indivíduo afetado de algum modo, por sua própria conduta, atuou no sentido de reacender o interesse do público pelos fatos que praticou no passado; (b) os efeitos e o objeto do conteúdo questionado, conferindo maior densidade ao direito da personalidade quando “a divulgação de artigos de notícias sobre eventos passados prejudicar a vida privada das pessoas afetadas e suas oportunidades de desenvolvimento pessoal” (c) A presença de outros fatores, a serem sempre apurados *in concreto*, tais como o número de pessoas que tem acesso ao material (por exemplo, se aparece entre os principais resultados em mecanismos de pesquisa).⁹⁹

O segundo caso apreciado naquele ano envolvendo o direito ao esquecimento (*Right to be Forgotten II*) envolveu um pedido liminar para a retirada do nome do impetrante dos

⁹⁶ Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 107.

⁹⁷ Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 108.

⁹⁸ Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 113.

⁹⁹ Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 16/13, parag. 121-127.

resultados obtidos mediante pesquisa em mecanismo de busca (desindexação). A reclamante, diretora administrativa de uma empresa, fora entrevistada em um programa chamado “Demissão: os truques sujos dos empregadores”, em janeiro de 2010, ocasião em que foi apresentada a história de um funcionário demitido que a acusou de tratamento injusto. Posteriormente, a emissora disponibilizou em seu site arquivo contendo a transcrição da transmissão, conteúdo que constava entre os principais resultados de pesquisa, sempre que o nome da queixosa era digitado no Google.¹⁰⁰ Diferentemente dos três casos anteriormente analisados, esse foi o único julgamento que não envolveu a prática de um crime (sequer de um ilícito civil), envolvendo tão somente um fato negativo (capaz de afetar a percepção do indivíduo afetado no meio em que convive) que se deseja ocultar.

Contrariamente a *Direito ao Esquecimento I*, o TCF aqui entendeu pela inaplicabilidade direta dos direitos fundamentais previstos na GG, “uma vez que o litígio no processo inicial incide sobre uma matéria plenamente harmonizada pelo direito da UE”, admitindo, entretanto, a evocação dos direitos fundamentais previstos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.¹⁰¹

O tribunal considerou que, assim como ocorre com os direitos fundamentais previstos na *Grundgesetz*, os constantes na Carta Europeia não se limitam à proteção do cidadão face a ingerências estatais indevidas, alcançando também relações jurídicas de direito privado (mesmo que o direito comum da EU não adote expressamente um teoria da eficácia horizontal indireta, como o país germânico).¹⁰²

Tendo isso em vista, o caso envolveu uma ponderação entre, de um lado, o disposto nos arts¹⁰³ 7 – direito fundamental ao respeito à vida privada e familiar e 8 – proteção dos dados pessoais, aqui também entendidos como “qualquer informação identificada ou identificável” –, tidos como intimamente relacionados, compondo um bloco uniforme que atua como garantia de proteção do “desenvolvimento autodeterminado da personalidade face ao processamento de dados por terceiros”. Embasando a pretensão oposta, foi evocado o art. 16 (livre exercício de atividade empresarial), considerando

¹⁰⁰ BVerfG, Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 276/17, parag. 01.

¹⁰¹O traço distintivo aqui é que a decisão envolveria a aplicação adequada do direito da União Europeia, plenamente harmonizado à luz dos direitos fundamentais da Carta (situação oposta à verificada em *Direito ao Esquecimento D*) - razão pela qual essa gozaria de preferência, e a competência do TCF para atuar como uma espécie de “co-curador” decorreria do art 23(1), GG. Além disso, constatou-se de uma lacuna (déficit de proteção) na estrutura da Lei Básica (BVerfG, a justificar a aplicação da legislação mais protetiva ao cidadão. BVerfG, Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 276/17, parag. 32-33; 40-43; 52-53).

¹⁰² BVerfG, Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 276/17, parag. 96-97.

¹⁰³ Todos os artigos citados nesse parágrafo se referem à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

ainda a liberdade de expressão (art. 11) dos provedores de conteúdo e o interesse dos usuários na obtenção de informações (muito embora rejeitando sua evocação pelo operador do mecanismo de busca, dado que, em que pese os serviços que presta para processar os resultados da pesquisa não sejam propriamente neutros – tamanho o impacto exercido sobre a opinião dos usuários –, sua finalidade não seria a de divulgação de opiniões específicas).¹⁰⁴

A ação do mecanismo de busca deve ser apreciada separadamente quanto às restrições aos direitos fundamentais que venha a acarretar, já que a (i)legalidade de sua atuação é geralmente autônoma em relação à do provedor do conteúdo, cujos interesses também devem ser considerados na medida em que afetados por eventual desindexação, mas que serão objeto de ponderação apartada sempre que esta for motivada pelos conteúdos especificamente divulgados:

Os tribunais ordinários dão cumprimento a esta ponderação separada dos direitos fundamentais, estabelecendo requisitos diferentes para os pedidos de proteção contra a divulgação de um texto perante um operador de motor de busca e perante um fornecedor de conteúdo. Assim, por exemplo, um operador de motor de busca só pode ser obrigado a desindexar um conteúdo com base no princípio de “*notice and take down*”, ou seja, quando recebe um pedido de desindexação. Ao contrário de quando um provedor de conteúdo carrega um artigo pela primeira vez, o operador do mecanismo de pesquisa não precisa examinar o conteúdo de seus resultados de pesquisa por sua própria iniciativa.¹⁰⁵

Em outro aspecto relevante da decisão, o TCF reafirmou sua posição (já verificada quando da análise dos demais casos estudados) quanto a negar densidades aprioristicamente distintas aos direitos fundamentais da personalidade e a liberdade de expressão possuírem densidades aprioristicamente distintas, devendo-se ter como norte interpretativo a busca por um equilíbrio harmônico entre ambos e analisando, diante de cada situação concreta, eventual peso especial a ser conferido a um deles.¹⁰⁶

¹⁰⁴ BVerfG, Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 276/17, parag. 98-105.

¹⁰⁵ BVerfG, Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 276/17, parag. 106-109, *tradução nossa*. No original: “The ordinary courts give effect to this separate balancing of fundamental rights by setting different requirements for claims for protection against the dissemination of a text vis-à-vis a search engine operator than vis-à-vis a content provider. Thus, for instance, a search engine operator can only be obliged to dereference content based on the principle of “notice and take down”, i.e., when it receives a request for dereferencing. Unlike when a content provider first uploads an article, the search engine operator does not have to examine the contents of its search results on its own initiative”.

¹⁰⁶ BVerfG, Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 276/17, parag. 141. O tribunal, inclusive, afirmou que idêntica conclusão pode ser extraída da Carta Europeia de Direitos Fundamentais.

No mérito, o TCF manteve a decisão recorrida do Tribunal Regional Superior, que deu origem à reclamação constitucional. Destacam-se como dignas de nota algumas de suas considerações: (i) o TCF entendeu que a possibilidade de recuperar/combina informações por meio de pesquisas *online* usando o nome de uma pessoa tornaria quase impossível distinguir entre suas esferas social e privada, no tocante aos efeitos por ela suportados (nesse sentido, afastou-se radicalmente do decidido em *Lebach II*); (ii) determinados fatos capazes de produzir impacto social (o caso em específico envolvia questões trabalhistas relevantes) seriam capazes de produzir um “interesse público contínuo”, a justificar uma maior tolerância quanto aos ônus resultantes, inclusive uma maior invasividade. A noção de “interesse público contínuo”, contudo, não foi totalmente delineada, sendo certo que não é de modo algum sinônimo de “interesse perene”, dado que – o tribunal reconheceu – a passagem do tempo pode debilitar o interesse coletivo pela informação, tornando irracional sujeitar o indivíduo a danos tendencialmente crescentes, uma vez que “a possibilidade de informações negativas serem esquecidas é de grande importância para o livre desenvolvimento da personalidade de alguém”. Não sendo possível determinar-se aprioristicamente um prazo abstrato para essa inversão (como já se viu, quando do estudo dos casos supramencionados), a corte não adotou como critérios do caso específico o fato da pessoa retratada ter continuado a exercer seu cargo na empresa até a ocasião do julgamento e que o lapso de tempo (7 anos) não teria sido “excessivamente longo” (expressão marcada por sua vagueza), continuando o fato a ser relevante.¹⁰⁷

5. Uma comparação crítica entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional Federal

Após descrição sucinta dos casos estudados, se faz relevante promover uma análise das distintas racionalidades que nortearam a atuação de ambas as cortes constitucionais. A decisão do STF buscou uma compreensão mais abrangente do problema envolvendo o direito ao esquecimento (o que é compreensível, considerando-se ter sido proferida recentemente), aplicável a todos os tipos de mídias (digitais ou não), não estabelecendo distinção entre elas (ao contrário do que verificou nas decisões da Corte alemã, que considerou a abrangência e impacto social do meio de difusão da informação comprometedoras como aspectos relevantes). *Lebach I* (1973) e *II* (1999) e *Direito ao Esquecimento I* e *II* (ambos em 2019) ocorreram em épocas e contextos históricos e sociais distintos, o que, naturalmente, se refletiu na lógica adotada pelo TCF. Ainda assim, contudo, é possível extrair o padrão adotado pelo Tribunal (e identificar uma “essência comum”), mediante sua análise global.

¹⁰⁷ BVerfG, Ordem do Primeiro Senado de 06 de Nov. de 2019 - 1 BvR 276/17, parágrafos 128; 132-134.

Como visto *supra* (seção 2 desse estudo), os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal apresentaram substanciais divergências entre si, ora negando a existência de um direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro (posição majoritária da Corte), ora considerando-o como um direito fundamental implícito, extraído dos direitos da personalidade¹⁰⁸ (em especial, a privacidade, a honra e a imagem). A posição *niilista* prevalente foi justificada por diferentes argumentos, éticos ou jurídicos – “propriedade da História”, “dever de solidariedade social para com as futuras gerações”, “impossibilidade de obrigar o desaparecimento da memória coletiva”, “ausência de autonomia em relação a outros direitos” –, todos tendo como elemento comum (mais ou menos explícito) uma deferência à liberdade de expressão.

A Corte alemã, por sua vez, não utiliza explicitamente a expressão “direito ao esquecimento” em *Lebach* I e II (muito embora mencione circunstancialmente a expressão “*right to be let alone*, expressão que viria a ser consagrada posteriormente). Entretanto, desde o primeiro caso *Lebach*, o *Bundesverfassungsgericht* identificou a existência de um direito fundamental a não ter o livre desenvolvimento de sua personalidade comprometido pela constante rememoração de fatos passados. O direito ao esquecimento, então, foi considerado uma expressão do direito geral da personalidade, sendo-lhe atribuído peso relevante na constelação jurídica daquele país.

A expressão vem a ser utilizada em *Direito ao Esquecimento I e II*, julgamentos relativamente recentes (quando já se encontrava consagrada no meio jurídico), que envolveram informações obtidas através de mecanismos de busca ou localizadas em arquivos digitais. Em *Direito ao Esquecimento I*, a noção se aproximava com o *apagamento* de conteúdos que obstassem o livre desenvolvimento da personalidade daquele a quem se refiram. Já em *Direito ao Esquecimento II*, o TCF trabalhou com a ideia de *desindexação*. Justifica-se a distinção na medida em que a primeira reclamação

¹⁰⁸ Há um aspecto a destacar aqui. No direito alemão, fala-se em um “direito geral da personalidade” – do qual privacidade, imagem, honra e (possivelmente) o direito ao esquecimento podem ser extraídos como *emanações*. No ordenamento brasileiro, adota-se uma compreensão *pluralista*, falando-se em *direitos* da personalidade, que amparam seus atributos. Logo, privacidade, integridade psicofísica, honra e outros mais seriam atributos protegidos, cada um, por um direito próprio, todos componentes necessários da personalidade e tendo como elemento comum a tutela da dignidade humana. Essa talvez seja uma explicação possível para a diferença de entendimento entre as duas Cortes. O TCF, em suas decisões, considerou que a divulgação de fatos passados desprovidos de interesse público ou ultrapassando limites adequados violaria o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (considerada, assim, como um todo). Já o STF, ao trabalhar com uma lógica que envolve a existência de múltiplos direitos da personalidade, não identificou/individualizou dentre eles o direito ao esquecimento (o fato de não haver previsão textual é irrelevante, sendo pacífico que os direitos da personalidade não são previstos na Constituição nem no Código Civil em caráter taxativo. Os atributos que compõem a personalidade estão em constante expansão, sendo atualmente reconhecidos como tais a dignidade sexual, identidade virtual e outros que não encontram expressa previsão legal), considerando-o mero aspecto dos direitos mencionados (imagem/privacidade/honra) posição que, como visto, é tão criticável quanto frequente em doutrina e jurisprudência.

constitucional discutia eventuais responsabilidades do provedor do conteúdo (que, supostamente, ameaçava a ressocialização do autor de um crime pretérito), ao passo que a segunda abordava a atuação dos motores de busca, propriamente ditos.

O tribunal brasileiro optou, majoritariamente, por descartar a existência de um direito ao esquecimento autônomo, solucionando o caso *Ainda Curi* mediante uma ponderação entre a liberdade de expressão de um lado e a privacidade/honra/imagem de outro para solucionar os interesses em colisão. O traço de maior relevo, aqui, é que a decisão *não forneceu parâmetros ponderativos claros* (exceção feita, repita-se, aos votos dos ministros Luiz Fux e, sobretudo, Gilmar Mendes, cuja construção argumentativa, de modo em nada surpreendente, se aproximou da seguida pelo tribunal germânico). A maioria dos Ministros limitou-se a adotar uma posição que conferiu primazia à liberdade de expressão, seja atribuindo-lhe maior densidade *a priori*, seja impondo um “ônus argumentativo diferenciado” para afastá-la. Essa omissão compromete a efetividade da decisão, conforme adverte a doutrina:

Como bem destacado pela doutrina, o problema é que os “parâmetros constitucionais” mencionados pelo STF não são parâmetros verdadeiros, mas sim alusões genéricas a direitos fundamentais (proteção da honra, da imagem, da privacidade em geral). Da forma como foi colocada, a tese aprovada por maioria no Supremo Tribunal Federal não contribui para a solução dos novos casos concretos, pois não oferece critérios para o julgador ou para o intérprete. Pelo contrário, mantém em indefinição os conflitos entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, como a honra e a privacidade. Esse estado de indefinição, portanto, contribui para que as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria acabem sendo rotuladas como contraditórias ou casuísticas por aqueles que se movem ao sabor dos casuísmos que têm marcado o debate político no Brasil atual.¹⁰⁹

Não foi esta a racionalidade adotada pela corte alemã (e talvez seja este o aspecto de maior relevo, a distinguir a atuação das duas Cortes). O TCF descartou a possibilidade de atribuir aprioristicamente uma maior densidade a qualquer dos direitos fundamentais em conflito e esforçou-se para estabelecer critérios que norteassem a verificação de qual dos interesses deva prevalecer diante de uma situação concreta.

¹⁰⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Trajetórias do direito civil: estudos em homenagem à Professora Heloisa Helena Barboza*. Indaiatúba/SP: Foco, 2023, p. 228.

Naturalmente, alguns desses critérios cambiaram, dado o contexto histórico das decisões analisadas.¹¹⁰ Em *Lebach II* (1999) – e talvez esse tenha sido o ponto decepcionante da atuação do tribunal –, foi considerado que o cruzamento de informações com o propósito de obter uma identificação mais ampla e precisa – e, com isso, sendo capaz de comprometer a ressocialização do réu –, envolveria um esforço de pesquisa para o cidadão comum interessado em obtê-las que desestimularia a tarefa, reduzindo os riscos para os envolvidos. Essa posição foi completamente revista em *Direito ao Esquecimento II* (2019), quando a possibilidade de acessar, armazenar e processar dados fragmentados, obtendo, com isso, informações mais abrangentes, se tornou muito mais acessível aos usuários da *internet*.

Outro aspecto digno de nota, verificado em *Lebach I e II* (mas perfeitamente extensível as outras decisões da Corte), é que o TCF considerou como relevante, a possibilidade de a transmissão televisiva (seja por uma postura sensacionalista, seja pela sua própria estrutura narrativa) promover uma percepção unidimensional do retratado perante o grande público, provocando uma redução que deturparia a sua percepção perante o meio social no qual se insere (e, em alguns casos, ultrapassando mesmo a esfera do retratado, produzindo/reforçando estereótipos que afetam determinados grupos de pessoas).¹¹¹ Essa linha intelectual se aproxima daquela adotada pela melhor doutrina brasileira, que concebe o direito ao esquecimento como uma defesa contra uma “recordação opressiva” de fatos pretéritos por parte da sociedade, apresentando o indivíduo “sob falsas luzes”, ao “ênfatisar perante terceiros aspectos de sua personalidade”, o que compromete a construção/reconstrução de sua personalidade.¹¹² Essa definição – embora tenha o inconveniente de aproximar sobremaneira as noções de direito ao esquecimento, honra objetiva e imagem-atributo (essas duas, por si só, já conceitualmente próximas), o que demandaria uma maior lapidação entre eles, de modo a evitar repetições e confusões conceituais – apresenta dois méritos inegáveis, que justificam sua adoção:

¹¹⁰ Não se pode esquecer – e essa é uma característica comum que aproxima os direitos ao esquecimento e à privacidade – que a história jurídica de ambos, de sua gênese até o presente, envolve a resposta jurídica a avanços tecnológicos, o que impõe a sua releitura constante.

¹¹¹ A questão é apenas incidentalmente levantada pela Corte alemã, sem maiores desenvolvimentos. Contudo, é bastante relevante porque, reforça (v. *infra*) o caráter relacional da personalidade e suas repercussões sociais. Estereótipos e preconceitos enraizados contra determinados grupos vulneráveis (estrangeiros, seguidores de determinada crença, ou que possuam determinada orientação sexual, ou preferência política) podem reforçar a imagem negativa de um indivíduo, fenômeno que pode dirigir-se em sentido oposto (a prática de um homicídio por um homem gay poderia reforçar um preconceito contra a comunidade LGBT+). Esse é um aspecto colateral do debate que não foi mais bem desenvolvido, mas que aparentemente não escapou à percepção do tribunal.

¹¹² SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento e proteção de dados pessoais na Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.) *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 370-371.

Primeiro, ele tende a enfatizar o aspecto relacional da personalidade, através de conexões humanas que provocam influências recíprocas (a conduta do indivíduo afeta à sociedade – daí o interesse público em conhecê-la –, mas a reação dessa também afeta sobremaneira o indivíduo, potencialmente isolando-o e reprimindo o desenvolvimento de uma rede de relações). Desconstrói-se, assim, a noção de um sujeito insular, isolado e autossuficiente. A pessoa concreta necessita de suas interações sociais - mais ou menos limitadas; travadas em ambiente físico ou virtual – para expandir sua personalidade e projetá-la no mundo, gerando um processo (re)construtivo que perdura ao longo de sua existência. A constante lembrança de seus erros, más escolhas, ou fatos desabonadores inibiria as ações humanas, dado que os indivíduos receariam, fundadamente, ficar presos a um continuum de lembranças dolorosas ou vergonhosas, impedindo-os de “corrigir a rota” de suas vidas.

Segundo, essa linha argumentativa afasta o rumo (inadequado) que tem norteado o debate, apresentando o direito ao esquecimento por um viés proprietário inadequado para seu balanceamento com outros interesses. Não se trata, assim, de discutir quem é o “dono” do passado, ou se a memória histórica pertence à sociedade, nem se pretende assegurar uma “imagem autopercebida” (como bem-dito em *Direito ao Esquecimento I*). A questão deve ser enfrentada tendo em conta as tensões entre o livre desenvolvimento da personalidade e as liberdades de expressão/informação (incluindo-se aí o direito a informar e a ser informado).

Outro aspecto merece destaque na comparação entre a atuação das duas cortes constitucionais. O STF, embora majoritariamente tenha negado a existência de um direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro, reconheceu que eventuais abusos perpetrados no exercício da liberdade de expressão/informação possam acarretar medidas reparatórias, sempre em caráter *ex post* (Min. Nunes Marques), tomando como parâmetro o princípio da liberdade com responsabilidade (Min. Alexandre de Moraes). A vedação ao emprego da tutela inibitória foi justificada pelo receio de configurar censura prévia (novamente, Min. Alexandre de Moraes).¹¹³

Parece uma postura delicada. Reiterando a crítica já mencionada *supra* (o risco de tornar a análise repetitiva justifica-se pela relevância do tema), sustentar uma concepção

¹¹³ Cumpre destacar aqui o posicionamento doutrinário de Guilherme Magalhães Martins, para quem a decisão do STF e a tese fixada no tema 786 de Repercussão Geral não teriam alcançado o direito à desindexação, considerado fenômeno distinto do direito ao esquecimento. Assim, nada obstaría o emprego de tutela inibitória, em caso de pretensão em excluir informações de mecanismos de busca digitais. MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento como um direito fundamental. *Civilistica.com*, a. 10. n. 3, 2021, p. 67.

estritamente retrospectiva da responsabilidade civil é enfocá-la por um viés patrimonialista, inadequado para a tutela de interesses existenciais (para os quais, como dito, a tutela preventiva pode se revelar mecanismo mais eficiente. Nesse sentido, a justificativa apresentada na VII Jornada de Direito Civil, para a aprovação do Enunciado 576 (que admite a tutela inibitória para assegurar o direito ao esquecimento):

Sobretudo, mais do que ser reconhecido, o caso concreto pode exigir que o direito ao esquecimento seja protegido por uma tutela judicial inibitória, conforme admitiu o STJ em dois precedentes (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ). Isso porque a violação do direito à honra não admite a *restitutio in integrum*. A compensação financeira apenas ameniza o abalo moral, e o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido também é incapaz de restaurar o bem jurídico violado, visto ser impossível restituir o *status quo*.¹¹⁴

Melhor teria agido a corte brasileira se tivesse estabelecido os parâmetros ponderativos para justificar quando seria cabível a medida preventiva. O *Bundesverfassungsgericht*, por sua vez, na decisão Lebach I admitiu que a tutela *ex ante*, ao vedar a exibição do docudrama pela emissora ZDF.

6. Considerações finais

O presente trabalho se debruçou sobre o tema do direito ao esquecimento, estudando-o a partir de uma análise entre casos paradigmáticos decididos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Constitucional Federal, da Alemanha. A comparação entre as racionalidades adotadas pelas duas cortes explicita o emprego de racionalidades bastante distintas. Permite, também, afirmar que a decisão prolatada pelo tribunal brasileiro não foi feliz, nem tanto por não reconhecer a existência de um direito ao esquecimento autônomo na ordem jurídica pátria, mas sobretudo por não estabelecer critérios e parâmetros ponderativos seguros para o balanceamento entre os direitos fundamentais ligados à personalidade e as liberdades igualmente fundamentais de expressão e informação. Nesse sentido, restaram lacunas e questionamentos em aberto, que talvez tornem pouco proveitosa a Tese de Repercussão Geral aprovada, permitindo considerar a decisão como uma oportunidade perdida.

O sistema lógico composto pelas quatro decisões do tribunal alemão, por outro lado, se revela mais completo, ao menos no fornecimento de critérios para a realização do

¹¹⁴ VII Jornada de Direito Civil, [28-29 de setembro de 2015, Brasília]. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 19.

mencionado balanceamento. Desse modo, a compreensão adequada da racionalidade ali empregada se revela proveitosa para o operador do direito, no enfrentamento de inevitáveis questões que ainda se apresentarão aos tribunais.

Referências

- BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, a. 2, n. 3, 2013.
- GUIMARÃES, Ana Beatriz; SILVA, Roberto Batista da. Entre a lembrança e o olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 109 (2014).
- MARTINS, Guilherme Magalhães. *O direito ao esquecimento na sociedade da informação*. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Trajetórias do direito civil: estudos em homenagem à Professora Heloisa Helena Barboza*. Indaiatúba/SP: Foco, 2023.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento como um direito fundamental. *Civilistica.com*, a. 10, n. 3, 2021.
- SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O direito ao esquecimento e a decisão do Supremo Tribunal Federal na Tese de Repercussão Geral nº 786. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 28, n.02 (2021).
- SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018.
- SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento e proteção de dados pessoais na Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- SILVA, Carolina Lopes da; DUQUE, Marcelo Schenck. O direito ao esquecimento como um direito fundamental implícito à luz da doutrina e jurisprudência. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 18, n. 48 (2023).
- TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- VIDIGAL, Leonardo Bruno Marinho. *O Direito ao Esquecimento e a incipiente experiência brasileira: incompreensões sobre o tema, limites para sua aplicação e a desafiadora efetivação no ambiente virtual*. Disponível em: maxwell.vrac.puc-rio.br/.

Como citar:

ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. Direito ao esquecimento: uma análise comparada das racionalidades adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 14, n. 2, 2025. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.

