

O direito ao esquecimento existe

O direito ao esquecimento está vivo e goza de boa saúde, apesar da tentativa do STF de declarar a sua morte. Todavia, como acontece com as pessoas que veem declarada a própria morte em vida, ressuscitar o direito ao esquecimento no Brasil pode se transformar em um trabalho hercúleo.

A decisão do Supremo¹ causa mais de uma perplexidade. Além de ter concluído ser o direito ao esquecimento incompatível com a Constituição Federal, emerge o fato de os Ministros não terem conseguido fazer a diferença, que não é nova e é reconhecida pelos historiadores, entre memória coletiva e memória individual, entre fatos históricos e fatos que dizem respeito somente à história individual de cada um. Entre verdade histórica e verdade individual que, como civilista, identifico no direito à identidade pessoal. Talvez seja por isso que a decisão que deveria deliberar sobre a sorte do direito ao esquecimento, com repercussão geral reconhecida, se configure como um ambíguo “Sim, não, muito pelo contrário”.² Porque é inegável que o STF fechou a porta ao direito ao esquecimento – declarando a sua incompatibilidade com a Constituição – mas deixou uma fresta de janela aberta à sua guarida pelo ordenamento quando afirma que “*eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso*”. Ficou a impressão de uma decisão de compromisso, mas assim fazendo, o STF fazendo rechaçou diversas decisões importantes do STJ, como o Prof. Sarlet, com a perspicácia de sempre, não deixou de evidenciar.³

¹ ARE 833248 RG, relator: min. DIAS TOFFOLI, julgado em 11/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO dje-033 DIVULG 19-02-2015 PUBLIC 20-02-2015, que, por maioria, vencidos parcialmente os Ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes, fixou a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição 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 licitamente 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 personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

² Cf., em relação a uma decisão italiana, DE CICCIO, Maria Cristina. O direito ao esquecimento levado a sério. In: LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula; OLIVEIRA, Caio Cesar de. (orgs.) *Análise de Casos sobre Direito ao Esquecimento*. São Paulo: Ed. Tirant lo blanch do Brasil. No prelo.

³ SARLET, Ingo Wolfanf. STF e direito ao esquecimento: julgamento a ser esquecido ou comemorado?. *Conjur*, 5.3.2021.

A democracia brasileira, que no momento está correndo sério risco, é muito jovem e ainda não conseguiu se destacar completamente do período obscuro da ditadura, o que provavelmente pode ter condicionado, talvez inconscientemente, a decisão do STF.⁴ Porque direito ao esquecimento não é e nunca foi sinônimo de censura. Ao contrário! O direito ao esquecimento não compromete o diálogo entre gerações, não é orientado a cancelar o passado ou seja o que for, não é voltado a garantir ou a proteger a impunidade. Esse é o cerne da questão. Declarou-se que o direito ao esquecimento não encontra guarida no ordenamento brasileiro, mas não se especificou no que consiste esse direito, circunstância que leva à dúvida de como seja possível excluir algo do qual não se tenha bem claras as suas fronteiras.

O direito ao esquecimento, como direito fundamental que é, ainda que não autônomo, encontra o seu fundamento na Constituição, que reconhece e garante os direitos e liberdades fundamentais. Esses direitos são imanentes à pessoa, precedem mesmo à Carta, que não os cria, mas os reconhece e os garante, não sendo necessária, para sua máxima proteção, uma previsão específica em lei.

A falha maior do STF, nesse tema, foi decidir sobre a necessidade de declarar repercussão geral em relação a um tema que absolutamente não pode ser generalizado. E depois de decidir pela repercussão geral, ter escolhido o caso Aida Cury que, também absolutamente, não é hipótese de direito ao esquecimento, não só pelo caso em si, mas por dizer respeito aos familiares da protagonista da notícia.

Por suas características, o direito ao esquecimento não pode ser definitivamente cristalizado, devendo ser visto e analisado sempre em concreto e nunca em abstrato. Nesse sentido, a LGPD, que representa uma conquista no campo da proteção dos dados pessoais, merece certamente um aplauso, por não ter feito qualquer mínima referência ao direito ao esquecimento. Isso, contudo, não significa que esse direito não exista.

O direito ao esquecimento existe! Mas, sendo muito complexo, impõe, como qualquer direito, que seja bem-conceituado.

Tem-se notado uma grande confusão entre o direito ao esquecimento e a proteção dos dados pessoais, que são conceitos bem distintos apesar de guardarem alguma afinidade

⁴ Principalmente quando afirma que o direito ao esquecimento restringe de forma constitucionalmente ilegítima as liberdades fundamentais de expressão e de informação.

entre eles. Confusão à qual muito contribuiu o Regulamento Europeu de Proteção dos dados pessoais (GDPR)⁵ que no art. 17,⁶ prevê o direito ao cancelamento de dados, colocando entre parêntesis “Direito ao esquecimento”, o que de per si já é uma contradição, porque o direito ao esquecimento não é um direito ao cancelamento de fatos ou dados e não é orientado a cancelar o passado, mas a proteger o presente. Ao mesmo tempo colocou-se a expressão entre aspas, passando a ideia da estranheza da expressão em relação ao direito ao cancelamento.

O desenvolvimento da sociedade da informação trouxe como consequência uma expansão do direito ao esquecimento, mas logicamente, em modalidades diversas em relação ao sentimento social e à posição dos juristas. Enquanto as pessoas acreditam tratar-se de um direito *ad nutum*, livre e ilimitado, os juristas buscam defini-lo e delimitar o seu alcance de forma harmônica, ponderando-o sempre com outros direitos e liberdades constitucionalmente garantidos.

Todavia, ainda que atualmente a atenção dos juristas e do público em geral se concentre principalmente no exercício do chamado “direito ao esquecimento *online*”, é necessário estabelecer com clareza as linhas de demarcação entre esse importante instituto – na sua tradicional configuração – e a proteção dos dados pessoais, porquanto seja incontestável a identidade do objetivo de ambos: a garantia da pessoa e da sua inseparável dignidade. Para uma melhor compreensão do fenômeno, ocorre ter sempre em mente que o direito ao esquecimento, de origem jurisprudencial, assume diversos aspectos de acordo com a geração à qual pertence.⁷ Em extrema síntese, a primeira consiste no direito de não ver republicada uma notícia, já legitimamente publicada, quando transcorreu um período de tempo considerável e não haja um interesse público atual na republicação dessa notícia. A segunda, já pós Internet e delineada na decisão n. 5.525 de 2012 do Tribunal de Cassação italiano, é o direito de contextualizar a informação. A terceira, individualizada a partir do caso Google Spain⁸ e depois reafirmada no Regulamento Europeu 679/2016, é o direito de cancelar dados pessoais em determinadas circunstâncias.

Vistas as características do direito em questão, somente na primeira geração pode-se falar efetivamente de direito ao esquecimento, enquanto na segunda e principalmente na

⁵ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas físicas em relação ao tratamento dos dados pessoais.

⁶ Intitulado *Direito al cancelamento (“Direito ao esquecimento”)*.

⁷ Para um aprofundamento: DE CICCIO, Maria Cristina. O direito ao esquecimento na experiência italiana. In: GUERRA, Alexandre et al (coords.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 563 ss.

⁸ Tribunal de Justiça UE, Causa C-131/12, Google Spain SL, Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, 13 de maio de 2014.

terceira, delinea-se uma figura totalmente diferente, podendo-se falar quando muito em direito à contextualização ou à desindexação. Cada geração tutela um bem jurídico diferente, assim, na primeira, o direito à reputação;⁹ na segunda, a identidade pessoal; e na terceira, os dados pessoais. Por esse motivo o direito ao esquecimento não pode ser considerado autônomo, mas, sim, instrumental. Pode parecer uma contradição em termos, mas na realidade não o é, porque o direito ao esquecimento é um instrumento fundamental para a concretização de outros direitos da personalidade, como a reputação, a honra, a intimidade, a identidade pessoal.

Outro fator importante que constitui um *discrimen* entre a primeira e as outras gerações é representado pelo *tempo*, fundamental à caracterização do tradicional e verdadeiro direito ao esquecimento. Na Internet, como se sabe, a informação e os dados permanecem infinitamente; portanto, o fator “tempo” nesse caso não releva em relação à duração ou à distância entre um evento e a sua (re)publicação, mas sim em relação à sua permanência. No direito ao esquecimento tradicional, a notícia contestada deve ser reproposta à distância de anos, enquanto na Internet a notícia está sempre ali, circunstância que alterou a forma de utilização da informação que passa a ser apreendida e usufruída instantaneamente. Apesar da importância desse requisito, é necessário advertir que não é a antiguidade do fato a legitimar a evocação e o reconhecimento do direito ao esquecimento, mas sim o dano potencial que a reproposição da experiência de uma pessoa possa causar à verdade da própria imagem no momento histórico atual.

A Internet caracteriza-se, entre outras coisas, pela velocidade do compartilhamento das informações por milhões de pessoas, o que impõe como fundamental, a compreensão do alcance de uma informação para que a identidade do sujeito não seja desnaturada ou mesmo falseada. Assim, na segunda e na terceira gerações, caracterizadas pela sociedade digital, o direito em questão vincula-se ao conceito de arquivamento. Justamente essa característica de “permanência” da notícia faz com que a republicação não seja necessária, impondo-se, ao contrário, a sua atualização, se necessária, e a sua contextualização. Dá-se mesmo uma inversão dos papéis de cada sujeito interessado, porque na primeira geração é o jornalista a ativar-se para a reproposição da notícia, enquanto, depois do advento de Internet, são as próprias pessoas que procuram as informações relativas a si mesmas ou a outrem nos motores de busca.

⁹ De fato, para G.B. FERRI. *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*. In: *Rivista di Diritto Civile*, I, 1990, p. 808, “o direito de ser esquecido pertence às” razões e às ‘regiões’ do direito à privacidade”.

Se na primeira geração o direito ao esquecimento coloca-se quase sempre em conflito com as liberdades de expressão e de imprensa e, portanto, com a liberdade de crônica e o direito de informar e de ser informado, nas gerações sucessivas, em razão da tendência das pessoas em conceber os dados pessoais de forma proprietária – o que não corresponde à *ratio* da legislação em matéria –, o problema diz respeito à necessidade constante de uma ponderação do direito à proteção dos dados pessoais com outros direitos da personalidade, conforme dispõem o GDPR e a LGPD. Ambos, como se sabe, buscam atribuir maior segurança e responsabilidade aos fluxos de dados no próprio território, em consonância com a lição de Rodotà, que há muito advertia que a privacidade, na atualidade, evoluiu do *right to be alone* ao controle sobre os próprios dados pessoais.¹⁰

Nas três gerações, o direito em questão deverá ser sempre analisado em concreto; assim, doutrina e jurisprudência italianas, há tempos, individualizaram critérios voltados à valoração do equilíbrio e da ponderação das liberdades, por alguns aspectos antagonistas, mas todas reconduzíveis a valores constitucionalmente tutelados e voltadas ao pleno desenvolvimento da pessoa humana tanto na dimensão social – no aspecto concernente à liberdade de expressão –, quanto na dimensão do indivíduo em relação à proteção de sua vida privada.¹¹

Como critérios comuns a todos os casos, são indicados principalmente a existência e a permanência de um interesse público¹² à veiculação da notícia conjugado com a atualidade e a essencialidade, o chamado *vigor informativo*, e a salvaguarda da verdade e da memória histórica e científica.

Na ponderação dos dois direitos, portanto, caberá ao juiz avaliar a existência de um interesse público concreto e atual na republicação dos fatos e nos dados de identificação dos sujeitos protagonistas, tendo sempre presente que o anonimato de per se não é garantia de tutela da intimidade ou da privacidade. Em razão disso, deverá ser levado em consideração também o critério espacial, pois é evidente que se o âmbito de difusão espacial da notícia for reduzido, o risco de preconceito que pesa sobre o interesse do sujeito em sua identidade pessoal e intimidade é maior e deverá ser levado em conta com

¹⁰ Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XV, n. 1, março 1997, pp. 583 – 609. pp. 588 – 591.

¹¹ DE CICCIO, Maria Cristina. Delineamentos do direito ao esquecimento no ordenamento italiano. In: DE CICCIO, Maria Cristina; MARINANGELO, Rafael. (orgs.) *Direito civil comparado. Itinerários*. Rio de Janeiro: Ed. Processo. No prelo.

¹² Cf. Também o Considerando 50, Regulamento (UE) 2016/679.

maior vigor, de modo que as condições para considerar alcançado o interesse público na informação devem ser ainda mais rigorosas.

Por conseguinte, a (re)divulgação da notícia, depois de algum tempo, só pode ser considerada lícita na hipótese em que se refira a pessoas que despertem interesse na comunidade no momento da republicação, tanto em virtude da notoriedade quanto pelo papel exercido; em caso contrário, o direito dos interessados à intimidade prevalece sobre eventos passados nos quais a memória coletiva já esmaeceu.

A simples leitura do art. 17 GDPR evidencia a dificuldade em rotular como direito ao esquecimento situações que na realidade requerem uma contextualização ou a desindexação da notícia. De fato, em relação ao chamado reconhecimento legislativo do direito ao esquecimento, afirma-se que cada pessoa deve ter o direito de retificar os dados pessoais que lhe digam respeito e o “direito ao cancelamento e ao esquecimento”, se a conservação desses dados não cumprir o disposto no Regulamento. Em particular, a parte interessada deve ter o direito de solicitar que seus dados pessoais, “que não sejam mais necessários para os fins para os quais foram coletados ou de outra forma tratados, sejam excluídos e não mais processados, quando retirarem seu consentimento ou quando se opuserem ao tratamento de dados pessoais que lhe digam respeito ou quando o tratamento dos seus dados pessoais não estiver de acordo com o Regulamento”. No entanto, a posterior retenção de dados deve ser permitida se for necessária “para fins de pesquisa histórica, estatística e científica, por razões de interesse público no setor de saúde pública, para o exercício do direito à liberdade de expressão, quando exigido por lei ou quando se justifica uma limitação do processamento de dados em vez de um cancelamento”.

É clara, portanto, a confusão entre os dois conceitos em análise. Uma coisa é o direito ao esquecimento que mantém uma relação estreita com a mídia tradicional. Outra é o tratamento dos dados pessoais, que diz respeito a um sistema que pode, de alguma forma, sobrepor-se, mas sem se identificar com o primeiro, principalmente em razão da tendência a banalizar fatos, institutos e soluções. Na nossa hipótese, hoje tudo é dado pessoal, tudo é informação; por isso, tudo o que diz respeito à pessoa torna-se dado pessoal ou, pior ainda, objeto de direito ao esquecimento. É importante superar essa tendência para evitar que a pessoa se torne digital, desencarnada e não mais, real.

O que o GDPR e a LGPD estabelecem na realidade, entre outras, é a necessidade de os dados pessoais observarem o princípio da minimização,¹³ ou seja, serem adequados, pertinentes e limitados ao que for necessário em relação às finalidades para as quais são tratados, prevendo de consequência o caráter modulável do consentimento ao tratamento dos dados, que permite ao sujeito contestar a continuidade da utilização do dado quando esgotou-se o tempo e o espaço funcional à sua utilização.

Mesmo sem uma referência específica ao direito ao esquecimento, Rodotà evidenciava a diversidade de caráter entre o direito à privacidade/intimidade e a proteção dos dados pessoais, tendencialmente elitista o primeiro, democrático a segunda. A seu dizer, se ontem a proteção da privacidade se chocava com o direito de crônica e com as exigências de tutela da intimidade de personagens famosos contra os ataques da imprensa sensacionalista, hoje a proteção dos dados pessoais, digitalizados, diz respeito a todos. Um e outro, expressão do mesmo direito da personalidade e do princípio da dignidade humana.

Nas gerações sucessivas à tradicional, não se trata de direito ao esquecimento, mas, digamos, de direito de não ser encontrado – contudo, como esclarecido pelo TJUE, somente a partir de uma busca genérica por meio de motores de busca, porque, apesar do teor do art. 17, o direito ao esquecimento não é voltado a cancelar seja o que for. O fato continuará sempre acessível. Em especial, a memória histórica e a verdade devem ser sempre garantidas porque, ao contrário do objetivo do Edito de Nantes de 1598,¹⁴ as numerosas “comissões da verdade” criadas nos países saídos de regimes ditatoriais demonstraram a importância de dar plena luz ao passado como forma de reconciliação fundada na construção de uma memória mantida e compartilhada.

Como observado em várias ocasiões,¹⁵ o caráter permanente e tendencialmente infinito da memória de Internet cria uma incompatibilidade natural do direito ao esquecimento com o mundo digital.

A normativa sobre a *privacy*, já no dizer de Rodotà, coloca-se em um dos pontos mais delicados e significativos da sociedade da informação e da comunicação.¹⁶ Desse modo,

¹³ Art. 5, par. 1, let., “c” do RGPD e art. 6 da LGPD.

¹⁴ O Edito de Nantes de 1598 proibia a todos os súditos de renovar a memória dos fatos acontecidos entre março de 1585 até a subida ao trono, para consentir um retorno à normalidade.

¹⁵ DE CICCIO, Maria Cristina; MORATO, Antônio. O direito ao esquecimento: luzes e sombras. In: R. de Mello, Jorge Silveira e M. Gama de Magalhães Gomes (orgs.). *Estudo em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015, pp. 77 ss.; DE CICCIO, Maria Cristina. *O direito ao esquecimento na experiência italiana*, cit.

¹⁶ Posição recorrente na obra do autor.

para desfrutar de todos os seus significados e potencialidades não será suficiente uma boa interpretação de suas normas, sendo necessário mesmo um trabalho cultural que evidencie como o direito de construir livremente a própria esfera privada sem interferências passe pela conscientização de uma maior responsabilização do usuário de Internet em relação ao seu comportamento que prevê deveres antes mesmo de direitos.¹⁷ Dever, antes de tudo, de respeitar os outros e a si mesmo, porque desse modo não só a tutela da privacidade seria *in re ipsa*, mas evitaria o congestionamento do Judiciário, já tão comprometido, em busca de uma identidade (intencionalmente) perdida.

Ao invés de uma decisão do tipo “sim, não, muito pelo contrário”, melhor teria sido se o STF tivesse indicado critérios seguros que orientassem os operadores do direito em geral e os juízes em especial chamados a solucionar conflitos entre princípios e direitos fundamentais. A *Corte di Cassazione* italiana, de forma clara, especificou que na ponderação entre direitos opostos não é suficiente a mera existência de uma eximente para justificar qualquer forma de violação do direito sucumbente, de modo que uma lesão somente poderá ser considerada legítima “nos limites em que for necessária para afirmar o exercício do direito vitorioso”.¹⁸

No cenário brasileiro, há decisões do STJ muito interessantes e muito bem argumentadas sobre o direito ao esquecimento. As mais importantes, na opinião de quem escreve, são as decisões gêmeas de 2013 da lavra do Min. Luís Felipe Salomão: o caso Aida Curi, em que acertadamente não reconheceu o direito ao esquecimento, e o caso da Chacina da Candelária, em que também acertadamente o reconheceu. Esse último caso – que foi objeto de recurso extraordinário, suspenso aguardando o julgamento em repercussão geral pelo STF – será reavaliado pelo STJ à luz das indicações dadas pelo Supremo, em busca de “abusos e excessos” que possam justificar a ressuscitação de um direito que, se bem conceituado e delineado, como deve ser para com qualquer direito, não só é compatível com a Constituição cidadã de 1988, mas se coloca mesmo como uma ferramenta de excelência para a proteção e garantia da dignidade da pessoa.

Maria Cristina DE CICCIO

¹⁷ DE CICCIO, Maria Cristina. O papel dos deveres na construção da legalidade constitucional: reflexões de uma civilista. In: DE CICCIO, Maria Cristina (org.). *Os deveres na era dos direitos entre ética e mercado/I doveri nell'era dei diritti fra etica e mercato*. Edição bilíngue. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020, p. 12 ss.

¹⁸ Cass., n. 5658, de 9 de junho de 1998, para quem, “o balanceamento entre opostos direitos constitucionalmente garantidos opera, com efeito, nos casos individuais de violação de um desses direitos, como um controle da existência ou não da eximente (causa de justificação) constituída pelo exercício legítimo do outro direito, com a consequente eliminação da ilicitude objetiva do fato. [...]”.

Como citar: DE CICCO, Maria Cristina de. O direito ao esquecimento existe. Editorial à **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-ao-esquecimento-existe/>>. Data de acesso.