

O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO À LUZ DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Carolina Lopes da Silva

Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Advogada. *E-mail:* carolina.lopesdasilva@outlook.com.

Marcelo Schenk Duque

Doutor em Direito do Estado pela UFRGS/ed. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha. Foi pesquisador convidado junto ao Europa Institut da Universidade de Saarland, Alemanha. Professor do programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da UFRGS. Pesquisador do Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Professor da Escola da Magistratura Federal do Estado do Rio Grande do Sul – ESMAFE/RS, onde exerce a coordenação da matéria de Direito Constitucional. Professor de diversos cursos de Pós-Graduação *lato sensu* da UFRGS, PUCRS, FESDEPRS, FMP, dentre outros. Professor da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre. Professor da Escola Superior de Advocacia da OAB/RS. Membro da Associação Luso-alemã de Juristas: DLJV. Presidente da Comissão Especial de Reforma Política da OAB/RS. *E-mail:* marceloschenk@gmail.com.

Resumo: Este artigo objetiva verificar em que medida o direito ao esquecimento vem sendo aplicado pelos tribunais brasileiros e quais os argumentos utilizados para o seu reconhecimento, de modo a definir em quais situações é possível assegurá-lo em casos concretos. Para tanto, buscou-se verificar o entendimento adotado pela doutrina e pela jurisprudência do STJ, do STF e de tribunais estrangeiros. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, partindo-se do pressuposto de que o direito ao esquecimento se trata de um direito fundamental implícito que está subentendido no direito à privacidade, bem como o método qualitativo, mediante análise jurisprudencial junto aos tribunais superiores. O trabalho se justifica pela contumaz discussão do assunto no ordenamento jurídico brasileiro que ganha maior dimensão com a denominada sociedade da informação, na qual assuntos cometidos em tempos remotos, destituídos de qualquer relevância, atinentes exclusivamente à esfera privada, são propagados reiteradamente no presente.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direito fundamental implícito. Sociedade da informação. Colisão entre direitos fundamentais. Análise jurisprudencial.

Sumário: Introdução – **1** O direito ao esquecimento como um direito fundamental implícito – **2** O direito ao esquecimento sob a ótica da colisão com outros direitos fundamentais – **3** O direito ao esquecimento no Superior Tribunal de Justiça – **4** O Supremo Tribunal Federal e a incompatibilidade do direito ao esquecimento – Considerações finais – Referências

Introdução

O Direito, em razão de visar a regulação de condutas humanas, não compõe um conjunto de normas estáticas, pois inegável que novas questões irão surgir como consequência da própria evolução da sociedade que irá exigir modificações para satisfazer necessidades atuais. Como consequência, o Legislativo nem sempre consegue acompanhar tais exigências, o que faz com que o Judiciário tenha uma maior atuação em certos assuntos, especialmente em temas oriundos da denominada sociedade da informação ao constatar-se danos inerentes ao uso exacerbado das novas tecnologias de comunicação.

Sob essa perspectiva, surge a necessidade de se falar acerca do direito ao esquecimento, direito que se manifesta como um mecanismo hábil para a proteção da privacidade perante essa sociedade marcada pela divulgação exacerbada de informações personalíssimas, que criam um ambiente onde lembranças de qualquer tipo sejam a regra e o esquecimento uma exceção quase utópica. Todavia, o direito ao esquecimento surge com maior impacto em razão da sua peculiaridade de referir-se somente aos fatos pretéritos e de permitir que o indivíduo atingido possa discutir o uso dessas informações na atualidade.

Ocorre que, além da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) não prever expressamente o direito ao esquecimento, inexistente lei tratando desse assunto, razão pela qual a discussão se concentra na doutrina e jurisprudência. Dessa forma, parte-se da premissa de que a garantia em questão se afirma como um autêntico direito fundamental implícito, estando subentendida no direito à privacidade, previsto no art. 5º, inc. X, do texto constitucional. O problema de pesquisa consiste em verificar em que medida esse direito vem sendo aplicado pelos tribunais brasileiros e quais os argumentos utilizados para tanto, de modo a definir em quais contextos o seu reconhecimento se torna possível ante casos concretos.

A premissa antes referida justifica o emprego do método dedutivo, com ênfase na análise doutrinária. Também se utilizou do método qualitativo, pois buscou-se observar várias decisões sobre o tema. Para fins de delimitação da abordagem, a pesquisa centra a análise na perspectiva civil-constitucional, pois considera-se que o direito ao esquecimento na esfera criminal já vem sendo aplicado há algum tempo, além de que o seu conteúdo nesse âmbito assume contornos diferenciados.

Para tanto, o estudo foi dividido em quatro tópicos, sendo que no primeiro será caracterizado o direito ao esquecimento como um direito fundamental implícito e subentendido no direito à privacidade para, no segundo, ser possível investigar esse direito sob a perspectiva da colisão com outros direitos fundamentais. No tópico seguinte, serão analisadas as decisões acerca do respectivo direito obtidas por meio de um levantamento realizado na jurisprudência do Superior

Tribunal de Justiça (STJ) entre abril de 2018 e fevereiro de 2021. Através de uma análise quantitativa e posterior análise qualitativa foi possível analisar 6 acórdãos e 10 decisões monocráticas. Assim, no último tópico verificar-se-á a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) resultante do Tema 786 e que fixou a jurisprudência neste assunto, além de se verificar alguns casos do direito comparado.

Por conseguinte, esta pesquisa visa servir como fomento para a discussão sobre o direito ao esquecimento no Brasil, principalmente diante das diversas ameaças que provêm da sociedade da informação, dentre as quais a banalização da própria noção de privacidade. O tema mostra-se complexo, pois além de inovar em diversas questões, acaba por interagir com diferentes âmbitos jurídicos, com repercussão geral inquestionável. Como será demonstrado, a questão relativa ao direito ao esquecimento coloca várias indagações sobre seus efeitos práticos, o que destaca a importância de se aumentar o debate doutrinário deste assunto.

1 O direito ao esquecimento como um direito fundamental implícito

A CRFB/88 assegura, dentre seu rol de direitos fundamentais, a inviolabilidade da vida privada e intimidade, ou melhor, assegura a inviolabilidade da privacidade em sentido amplo. Ocorre que o conceito de privacidade, na acepção do que deve ser protegido juridicamente e do que não demanda tal proteção, carece de uma definição imutável, estando em constante renovação. Nesse sentido, o seu conceito e abrangência devem ser revistos periodicamente diante das mudanças políticas, sociais e econômicas suportadas pela sociedade após determinado período, a fim de ser possível acompanhar e se adaptar às transformações.¹

Considerando o *status* constitucional da proteção da privacidade, essa é, a propósito, a razão pela qual a Constituição deve ficar aberta ao tempo. Konrad Hesse, ciente dos desafios, sempre alertava que uma Constituição deve desenvolver a sua força normativa na atualidade, ou seja, quando os desafios são postos. Contudo, ao mesmo tempo, ela também deve se mostrar apta a possibilitar o vencimento de uma grande diversidade de situações problemáticas que se transformam ao longo da história, adaptando-se, assim, às mudanças advindas da evolução e do desenvolvimento.² O grande desafio é que as respectivas opções

¹ WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, Boston, v.4., n.5, p. 193, dez. 1890. Disponível em: <https://cutt.ly/NIJUFW>. Acesso em: 7 fev. 2020.

² HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auf. Heidelberg: Müller, 1999, Rdn. 23ss.

constitucionais oferecem, muitas vezes, caminhos distintos.³ Com o tema da proteção à privacidade não é diferente. Basta ver o impacto que as novas tecnologias trouxeram ao assunto.

Ciente dessa realidade, é possível dividir a transformação da privacidade em três fases. Em um primeiro momento, a privacidade foi tratada apenas sob o cunho material, em que seria necessária alguma interferência na propriedade do indivíduo para que a sua privacidade fosse considerada violada.⁴ Posteriormente, passou a ser analisada, também, sob o cunho moral, passando-se a proteger a imagem das pessoas e os seus textos, como diários e cartas de cunho pessoal, pois, à medida que a civilização foi avançando, reconheceu-se que “only a part of the pain, pleasure, and profit of life lay in physical things”.⁵

Conforme a vida tornou-se mais complexa e informatizada, foi possível reconhecer uma terceira fase: a da sociedade da informação. Como fenômeno da pós-modernidade, é caracterizado por traços típicos como a fluidez, complexidade, distância, atemporalidade e desterritorialidade,⁶ traços esses que condicionam o seu entendimento. Em verdade, trata-se de uma sociedade oriunda das transformações tecnológicas do final do século XX, em especial da rede mundial de computadores, movida basicamente pela comunicação, armazenamento e transmissão excessiva de dados. Justamente em razão dessas mudanças provocadas pela informática que surgem novas questões ligadas à proteção dos direitos fundamentais, principalmente do direito à privacidade.⁷

Sob essa perspectiva, começa-se a falar no direito ao esquecimento, pois inegável que o seu âmbito de proteção adquire maiores proporções na sociedade da informação, sendo um efeito colateral dessa massificação de conteúdo.⁸ O respectivo direito visa evitar a interpretação equivocada de um acontecimento pretérito que não condiz mais com a realidade vivida pelo indivíduo, pois se a memória é a duração do passado até o presente, não há por que se lembrar de fatos

³ MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian. Konstitutionalisierung der Europäischen Union als Option deutscher Politik. In: SCHNEIDER, Heinrich; JOPP, Mathias; SCHMALZ, Uwe. (Hrsg.). *Eine neue deutsche Europapolitik? Rahmenbedingungen – Problemfelder – Optionen*. Bonn: Europa Union Verlag, 2002, p. 737ss.

⁴ Esta proteção física à privacidade, atualmente, pode ser percebida na inviolabilidade de domicílio, prevista no art. 5º, inc. XI, da CRFB/88.

⁵ “Apenas uma parte da dor, prazer e lucro da vida dizem respeito às marcas físicas” (tradução nossa). WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, Boston, v. 4., n. 5, p. 193-195, dez. 1890. Disponível em: <https://cutt.ly/NIJUYFW>. Acesso em: 7 fev. 2020.

⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 125.

⁷ LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 225.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. *Revista Consultor Jurídico*, maio 2015. Disponível em: <https://cutt.ly/RIJmvRt>. Acesso em: 15 mar. 2020.

que se tornaram incompatíveis com a atualidade em decorrência de ter havido um rompimento dessa duração temporal dos fatos.⁹

É sempre bom lembrar que os direitos fundamentais, quando recepcionados com uma verdadeira eficácia, servem de obstáculos efetivos contra governos autoritários,¹⁰ bem como perante terceiros, dentro do que se costuma denominar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais,¹¹ uma vez que a história fez questão de comprovar que quem detém ampla liberdade, tende a abusar dela – característica dominante do Estado liberal ao longo do século XIX.¹² À vista disso que se verifica a importância de se respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais perante o Estado, mas também perante os próprios indivíduos – circunstância que ensejará o dever estatal de tutela de proteger os direitos de possíveis violações oriundas de particulares,¹³ dentro do que se costuma denominar de dever de proteção (*Schutzpflicht*).¹⁴

Fica claro, portanto, que a matéria relativa ao direito ao esquecimento é um dos tantos temas relacionados à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com as polêmicas que lhe são peculiares. Atualmente, é incontroverso o fato de que os direitos fundamentais impõem limites à autonomia das partes no tráfego jurídico-privado, o que decorre de uma constatação maior que visualiza uma evolução na própria concepção material do Estado de direito.¹⁵ Isso porque a proteção da dignidade humana implica reconhecimento de que esses direitos geram uma proteção multidirecional, não sendo possível deixar as relações privadas fora deste espectro de proteção.¹⁶ As controvérsias giram não apenas na intensidade das limitações impostas pelos direitos fundamentais à autonomia privada, como também no modo pelo qual os direitos fundamentais influenciam o direito privado, duro debate que se costuma enquadrar na dialética eficácia direta (imediate) ou

⁹ BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 22.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 61.

¹¹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 17 ss.

¹² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3-4.

¹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 120-121.

¹⁴ STARCK, Christian. *Die Grundrechte des Grundgesetzes*. *JuS*. München und Frankfurt a. M: Beck, 1981, p. 244.

¹⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*. In: EHMKE, Horst; SCHMID, Carlo; SCHAROUN, Hans (Hrsg). *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*. Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1969, p. 72.

¹⁶ LANGNER, Thomas. *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*. Frankfurt: Peter Lang, 1998, p. 52.

indireta (mediata),¹⁷ aspecto que não passa despercebido no tema relativo ao direito ao esquecimento.¹⁸

Nada obstante, se mesmo no caso da eficácia horizontal indireta o julgador precisa interpretar as normas infraconstitucionais conforme os direitos fundamentais, em razão de seu efeito de irradiação e da necessidade de aplicação de conceitos e cláusulas gerais do direito civil carentes de preenchimento valorativo,¹⁹ a discussão acerca do direito ao esquecimento como um direito fundamental não perde a sua importância em decorrência das divergências sobre qual seria o efeito desses direitos nas relações privadas. O que importa, de fato, é conceber que o tema diz respeito a um conflito de direitos fundamentais que costuma envolver atores privados, que justifica a tomada de esforços dogmáticos e jurisprudenciais na busca de soluções que melhor se compatibilizem com a ordem de valores da Constituição.

Quando se fala em proteção pela via dos direitos fundamentais, muitas vezes se coloca a questão em torno da existência de direitos fundamentais implícitos no texto constitucional. Parte-se do pressuposto de que a Constituição não é uma ordem neutra em valores, mas sim a expressão de uma ordem de valores objetiva, com repercussões em todos os âmbitos do ordenamento jurídico e da vida social. Essa é uma das constatações mais importantes do Direito Constitucional contemporâneo, que data do pós-Segunda Guerra, na famosa decisão *Lüth*, proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que ainda influencia, mesmo que de diferentes modos, inúmeros ordenamentos jurídicos mundo afora.²⁰

Importa, na temática ora proposta, que a ordem de valores da Constituição, focada na intangibilidade da dignidade da pessoa humana e em inúmeras garantias voltadas ao livre desenvolvimento da personalidade, fundamenta a existência de direitos fundamentais implícitos no texto da Constituição. Isso será tão mais evidente sempre que os direitos fundamentais expressos não se mostrarem devidamente aptos a proteger situações que emanam, justamente, da necessidade de se preservar os valores supremos da Constituição, como a dignidade das pessoas e o livre desenvolvimento das suas personalidades. É nessa perspectiva que se compreende que a estrutura da Constituição fundamenta uma liberdade de ação

¹⁷ DUQUE, *op. cit.*, p. 57 ss.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao "esquecimento" na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 89.

¹⁹ DÜRIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor (Hrsg.). *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*. München: Isar Verlag, 1956, p. 176 ss.

²⁰ Sobre o tema, vide DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 25 ss.

geral que serve como direito de defesa oponível contra os órgãos estatais, assim como digna de proteção contra intervenções advindas da esfera privada.²¹

Na mesma linha, o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos se dá através da cláusula de abertura material do §2º do art. 5º da CRFB/88, que deixa claro que as normas de direitos fundamentais não se limitam aos incisos do art. 5º, tampouco encontram seu término ao decorrer do Título II da Constituição.²² Em verdade, esse dispositivo possibilita o reconhecimento de outros direitos oriundos das necessidades que as transformações ocorridas na vida social no transcurso do tempo podem exigir.²³

Quanto aos direitos fundamentais derivados do §2º do artigo supracitado, possível vislumbrar dois grupos de direitos com suas devidas ramificações. Pode haver a existência de outros direitos fundamentais escritos, seja por estarem previstos na CRFB/88, mas fora do Título II, seja porque foram previstos em tratados internacionais, assim como pode haver a existência de direitos fundamentais não escritos, subdividindo-se entre direitos decorrentes e direitos implícitos.²⁴ Enquanto os decorrentes seriam aqueles oriundos do regime democrático ou dos princípios fundamentais, previstos quando pelo constituinte de 1988, os direitos implícitos seriam os subentendidos através do catálogo de direitos fundamentais.²⁵

Os direitos implícitos, por sua vez, possuem mais uma ramificação, pois pode haver direitos implícitos que, mediante dedução, conferem a existência de um novo direito, assim como pode haver direitos implícitos que, ao contrário de corresponder a um novo direito, aumentam o âmbito de proteção de um direito fundamental já existente no Título II da Constituição.²⁶ Concomitantemente, tais direitos fundamentais implícitos contêm certas particularidades: dispensam demonstração de carga valorativa, porquanto subentendidos de direitos fundamentais já expressamente previstos e não dependem necessariamente da cláusula de abertura, bastando a norma constitucional de onde se extrai a sua fundamentação.²⁷

Os direitos fundamentais implícitos, em verdade, destacam-se pela importância do bem jurídico tutelado, tendo em vista que um direito é considerado fundamental por tratar de aspectos essenciais às pessoas, aspectos os quais irão exigir uma determinada proteção jurídica. Isso porque, caso contrário, o indivíduo pode

²¹ MURSWIEK, Dietrich. Grundgesetz Kommentar (Art. 2 Abs. 1 GG). In: SACHS, Michael (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. 5. Auf. München: Beck, 2009, Rdn. 59.

²² SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 79-80.

²³ JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 453.

²⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 88-117.

²⁵ SARLET, *op. cit.*, 88, 90-91.

²⁶ SARLET, *op. cit.*, p. 90-91.

²⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 93.

se encontrar incapacitado de desenvolver plenamente a sua vida,²⁸ vale dizer, desenvolver plenamente a sua personalidade, sobretudo pelo fato de que se trata de um processo que ocorre essencialmente fora da ordem estatal.²⁹ Ademais, quanto mais intensa for a razão de sua fundamentalidade material, quanto mais clara a equivalência do seu conteúdo e importância aos direitos já previstos no Título II do texto constitucional, maior será a necessidade de reconhecê-lo como um direito fundamental presente e apto no ordenamento constitucional, para lhe atribuir uma posição jurídica qualificada.³⁰

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. Conseqüentemente, 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.³³

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao "esquecimento" na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 60.

²⁹ BRITZ, Gabriele. *Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I 1 GG). Verfassungsversprechen zwischen Naivität und Hybris? NVwZ*. München und Frankfurt: Beck, 2019, p. 673.

³⁰ SARLET; FERREIRA NETO, *op. cit.*, p. 52.

³¹ O enquadramento do direito ao esquecimento como direito fundamental implícito na CRFB/88 é defendido com propriedade por FRITZ, Karina Nunes. *O direito ao esquecimento está implícito na CF*. In: *German Report*, 23 fev. 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/FQ7wIPP>. Acesso em: 02 mar. 2021.

³² LIMBERGER, Têmis. *Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 209.

³³ BRITZ, Gabriele. *Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I 1 GG). Verfassungsversprechen zwischen Naivität und Hybris? NVwZ*. München und Frankfurt: Beck, 2019, p. 672.

Concomitantemente, o direito à privacidade possui diversos aspectos, como o direito de ficar longe da interferência de terceiros; o direito à autonomia; o direito ao controle de informações pessoais e, por fim, o direito ao esquecimento, que muito se assemelha aos demais aspectos, porém com a excepcionalidade de se referir a fatos pretéritos, anteriormente levados ao conhecimento de terceiros, mas que se tornaram incompatíveis com a atualidade de determinada pessoa.³⁴ “Assim, é possível que a privacidade seja violada sem que a conduta caracterize direito ao esquecimento – mas não o contrário”.³⁵

Quando no âmbito da rede mundial de computadores (constituindo grande parte dos casos), o direito ao esquecimento envolve comumente os provedores de aplicativos de *internet*, representados por grandes empresas como Google, Yahoo e Microsoft, estando, do outro lado, os indivíduos. Percebe-se, nitidamente, que na maioria das vezes o direito ao esquecimento é pleiteado por sujeitos mais vulneráveis quando comparados com as referidas empresas que detêm grande poder econômico e social, representando relações quase verticalizadas.

Levando em conta que há, de um lado, a liberdade dos mais fracos em poder decidir livremente sobre informações da sua vida pretérita na relação ocorrida no âmbito da *internet*, deve-se proteger o indivíduo contra ele mesmo – porquanto o direito ao esquecimento trata de informações verdadeiras, quando não muito divulgadas preteritamente pela própria pessoa, contra o Estado e, não menos importante, contra os outros indivíduos. Deve-se, assim, abdicar da leitura tradicional dos direitos fundamentais, que seriam direitos oponíveis unicamente em face do Estado, para estender a sua aplicabilidade perante as grandes empresas de comunicação, sob pena de deixar as pessoas inertes ao necessitar da tutela de direitos fundamentais nas suas relações privadas.³⁶

Ocorre que, ao se assegurar o direito ao esquecimento do indivíduo interessado diante dessas grandes empresas de comunicação ou até mesmo quando em face de um outro indivíduo, haverá, muito provavelmente, a colisão com outros direitos fundamentais, uma vez que todos esses envolvidos são titulares dos mesmos direitos, dentre os quais não há hierarquia alguma, o que demonstra a complexidade do assunto que será desenvolvido no próximo tópico.

³⁴ Ribeiro trata desses aspectos sob o viés do direito à intimidade (RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *Proteção da privacidade*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 45-46).

³⁵ BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 269.

³⁶ LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208.

2 O direito ao esquecimento sob a ótica da colisão com outros direitos fundamentais

Partindo do pressuposto de que o direito ao esquecimento corresponde a um direito fundamental, ainda que de forma implícita na ordem constitucional, é inegável que tal reconhecimento acabe por atrair um aspecto inerente à própria natureza dos direitos fundamentais: a possibilidade de colisões com direitos de igual hierarquia no plano abstrato, de titularidade diversa. À vista disso e visando diferenciar o direito ao esquecimento de outros já previstos pela CRFB/88, serão verificados os três elementos que compõem a estrutura básica dos direitos fundamentais – âmbito de proteção (*Schutzbereich*), intervenção (*Eingriff*) ou restrição (*Schranke*) e justificativa (*Rechtfertigung*)³⁷ – para, ao final, ser possível chegar a uma resposta relativamente adequada e justificada acerca da configuração jurídica do direito ora em estudo.

O âmbito de proteção indica o domínio da vida que atrai a proteção dos direitos fundamentais,³⁸ vale dizer, relata todas as possíveis situações³⁹ que circundam a finalidade da norma.⁴⁰ Dito isso, é possível alegar que a finalidade do direito à privacidade, essencialmente, se constitui no direito de ser deixado só, de aproveitar a vida conforme sua própria maneira, longe de invasões de terceiros.⁴¹ Seria como um direito de fruir o anonimato ao ser inviável o reconhecimento do indivíduo, além de refletir no controle de informações que cada pessoa tem sobre si.⁴² Sabendo-se a finalidade, viável compreender que o âmbito de proteção desse direito inclui, em princípio, qualquer conduta que tenha o condão de invadir a esfera privada, seja através do acesso a documentos pessoais, seja através da sua divulgação.

³⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 25. neu neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller Verlag, 2009, Rdn. 239ss.

³⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 25. neu neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller Verlag, 2009, Rdn. 212ss.

³⁹ Dimoulis e Martins falam em área de regulamentação e em área de proteção em vez de âmbito de proteção. Segundo os autores, a área de regulamentação é composta pela “descrição da situação ou relação fática, de cunho físico ou social (viver, reunir-se, comunicar-se a distância, informar, informar-se, arte, patrimônio etc.)” e, ainda, pela “indicação de uma decisão ainda que genérica do constituinte a respeito dessa situação real que indica, grosso modo, o que deve acontecer em relação a ela: a vida deve ser respeitada, a comunicação deve se realizar em condições de liberdade e privacidade sem intervenções de terceiros etc.”. Já “a área de proteção será menor que a área de regulamentação toda vez que o constituinte retirou daquele recorte da realidade social no qual índice a norma (área de regulamentação) um comportamento ou situação não contemplados por ela”, porém, muitas vezes haverá equivalência entre a área de regulamentação e a área de proteção. Quanto ao direito ao esquecimento, oriundo do direito à privacidade, possível dizer que a área de proteção se confunde com a área de regulamentação (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 158-160).

⁴⁰ MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 75.

⁴¹ MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Novo Século, 2017, p. 80.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 282.

Portanto, tem-se o direito ao esquecimento como implícito à garantia de inviolabilidade da privacidade, em que o âmbito de proteção se assemelha em razão daquele ser derivado desta, porém sendo mais restrito. O âmbito de proteção do direito ao esquecimento englobaria determinadas condutas que, em tese, tenham relação com a propagação atual de fatos pessoais cometidos em tempos remotos e que se tornaram, com o transcurso temporal, incompatíveis com a vida atual levada pelo indivíduo e que sejam desprovidas de relevância histórica ou conteúdo informativo mínimo, de interesse da coletividade. Importa, consideravelmente, que os fatos que devam ser “esquecidos” tenham um conteúdo danoso, apto a prejudicar a integridade moral, a autonomia da vontade e o livre desenvolvimento de sua personalidade.

De se destacar que não é possível definir de forma absoluta seu âmbito de proteção, pois o direito à privacidade e, conseqüentemente, o direito ao esquecimento, referem-se a conceitos abrangentes,⁴³ que demandam uma análise casuística, sendo recomendado, inclusive, a não aceitação de definições que se digam exaustivas.⁴⁴ Contudo, devem ser abarcadas pelo âmbito de proteção do direito ao esquecimento apenas informações relativas à memória individual, que digam respeito às experiências de cada pessoa e que mereçam ser guardadas ou divulgadas conforme a sua própria vontade.⁴⁵ Ainda assim não será qualquer informação, pois provavelmente todo indivíduo possui algum acontecimento pretérito que deseja “esquecer”, mas que não gera um prejuízo real ao ser propagado, senão mero incômodo e para essas situações não há nenhum instituto jurídico plausível, tampouco o direito ao esquecimento.

Concomitantemente, devem ser excluídos do seu âmbito de proteção fatos considerados relevantes para a memória oficial da coletividade, fatos com marcante interesse público em razão de envolverem grandes acontecimentos que devem ser rememorados para serem combatidos e não se repetirem, tais como atrocidades cometidas por regimes políticos autoritários, condutas atinentes a detentores de cargo público, crimes execráveis que adquiriram demasiada repercussão nacional ou mesmo internacional.⁴⁶ Todavia, não são apenas os chamados “fatos grandiosos” que devem ser resguardados, pois algum fato do passado, que hoje possa aparentar não ter importância, pode vir a ser útil no futuro, daí porque a informação necessita ser desprovida de conteúdo informativo mínimo.

⁴³ MENDES; BRANCO, *op. cit.*, p. 281.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 458.

⁴⁵ FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017, p. 201.

⁴⁶ FERRIANI, *op. cit.*, p. 201-205.

Ocorre que a própria nomenclatura direito ao “esquecimento” não contribui para uma melhor nitidez sobre as possíveis situações que circundam a sua finalidade, gerando inúmeros receios, principalmente pelos veículos de comunicação – como se verá no decorrer deste estudo em relação a audiência pública realizada pelo STF. Essa terminologia transmite uma ideia de que seria possível impor um esquecimento perante terceiros, de forma a controlar o que pode ser levado ao conhecimento dos demais. Essa falsa percepção de controle acaba se confundindo com uma forma de censura e como uma maneira de permitir que a pessoa possa reescrever a sua própria história.⁴⁷ Em verdade, o direito ao esquecimento tem como sua finalidade precípua oferecer uma tutela hábil ao indivíduo para não ser obrigado a rememorar infinitamente um evento danoso ocorrido no pretérito e não para ensejar um esquecimento coletivo.⁴⁸

Ainda no que diz respeito ao âmbito de proteção, é possível perceber que o direito ao esquecimento, implícito à garantia de inviolabilidade da privacidade, não se confunde necessariamente com outros direitos de personalidade, embora possa haver concorrência de direitos fundamentais nesses casos, circunstância em que haverá certa ligação no âmbito de proteção dos direitos alcançados pela respectiva conduta.⁴⁹ A constatação de concorrência de tais direitos dependerá das peculiaridades e fatos do caso concreto, sendo mais comum a ligação com o direito à imagem, quando a disseminação de fatos pretéritos do indivíduo vier acompanhada com a sua representação externa sem a devida autorização ou quando veiculada de maneira distorcida.⁵⁰ Será o caso, por exemplo, do direito à honra, quando se tratar de notícias depreciativas que retratem condutas pejorativas do passado com o condão de repercutir no meio social em que se vive atualmente.⁵¹

Quanto à proteção dos dados pessoais, embora possua certa conexão com o direito ao esquecimento – por tratar da esfera mais pessoal do indivíduo –, ambos não se confundem.⁵² A proteção dos dados pessoais, recentemente incorporada à CRFB/88 com a introdução do art. 5º, inc. LXXIX,⁵³ mas já prevista

⁴⁷ BERNAL, P. A., A Right to Delete? *European Journal of Law and Technology*. Birmingham, v. 2, n. 2, set. 2011. Disponível em: <https://cutt.ly/BWWM7zX>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 65.

⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 200.

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 489.

⁵² FRITZ, Karina Nunes. Direito ao esquecimento: fim da linha? *In: German Report*, 02 jun. 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/2WEXImP>. Acesso em: 05 set. 2021.

⁵³ Embora o direito à proteção dos dados pessoais tenha sido incluído no rol de direitos fundamentais do art. 5º pela Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, destaca-se que o STF já havia reconhecido a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental nas ADIs 6387, 6388, 6389,

nas Leis nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), trata dos dados passíveis de identificar determinada pessoa, seja de forma direta, através do seu prenome ou patronímico, seja de forma indireta, por meio do endereço de protocolo de *internet* que, ao fornecer um conjunto de informações técnicas, possibilita a identificação do usuário.⁵⁴ Dessa forma, seu âmbito de proteção compreende o direito de ter acesso e conhecimento dos respectivos dados pessoais existentes em registros públicos ou privados, assim como o direito de revogar o consentimento do tratamento dos seus dados, por exemplo.⁵⁵ O que se quer evitar, separando os campos de análise, é prejudicar a estrutura argumentativa da ponderação com a liberdade de expressão e seus corolários.

Feito o registro do âmbito de proteção do direito ao esquecimento, há que se consignar o conceito de intervenção, segundo elemento da estrutura de um direito fundamental. Fala-se em intervenção sempre que o seu respectivo titular se encontra privado, total ou parcialmente, de exercer condutas compatíveis com o respectivo âmbito de proteção do direito.⁵⁶ As intervenções podem tanto advir dos órgãos estatais, matéria afeta à eficácia vertical quanto de outros particulares, tópico inerente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.⁵⁷ De fato, no tema relativo ao direito ao esquecimento, esta última hipótese é a que mais costuma ser ventilada.

Na doutrina, o termo intervenção é tratado como sinônimo de restrição,⁵⁸ já que anuncia qualquer atuação que torne total ou parcialmente impossível ao titular do direito a prática de determinada conduta que recaia no respectivo âmbito de proteção.⁵⁹ Significa que são as intervenções impostas aos direitos fundamentais que pontuam os seus limites, os quais devem ser confrontados com a Constituição, mediante juízos de ponderação, por meio de técnicas diversas, tal como o exame da proporcionalidade.⁶⁰

Esse segundo elemento também se deixa analisar pela circunstância de que a Constituição incorpora valores, interesses e direitos dos mais diversos setores

6390 e 6393, as quais foram propostas em face da MP 954/2020 que visava estipular que as empresas de telefonia fixa e móvel compartilhassem com o IBGE a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores.

⁵⁴ PINHEIRO, Patricia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 25-26

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 484.

⁵⁶ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 25. neu neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller Verlag, 2009, Rdn. 223.

⁵⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 2 ss.

⁵⁸ PIEROTH, *op. cit.*, Rdn. 224.

⁵⁹ PIEROTH, *op. cit.*, Rdn. 253.

⁶⁰ WIEACKER, Franz. *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*. In: LUTTER, Marcus; STIMPEL, Walter; WIEDEMANN, Herbert (Hrsg.). *Fest für Robert Fischer*. Berlin: Gruyter, 1979, p. 867.

da sociedade, o que torna inevitável eventual colisão entre direitos fundamentais.⁶¹ É justamente por isso que passa a ser possível – e necessário – mitigar o âmbito de proteção do direito ao esquecimento quando em conflito com outros direitos. Justamente diante de determinado obstáculo para o seu pleno exercício que o direito ao esquecimento passa a adquirir relevância prática, pois em um mundo onde todos os direitos são devidamente respeitados não há que se falar em atuação do Judiciário, tampouco em análise e discussão de direitos pela doutrina.⁶²

No entanto, essa restrição ao direito ao esquecimento, bem como a qualquer outro direito fundamental, somente será considerada válida quando for uma limitação devidamente amparada, motivo pelo qual se faz necessário ter um terceiro elemento na estrutura básica do direito fundamental: a justificativa, ou seja, a fundamentação jurídico-constitucional das restrições.⁶³ A análise da fundamentação das restrições se dá, particularmente, por força de um juízo de ponderação.⁶⁴ Em particular, a fundamentação é submetida ao exame da sua proporcionalidade, por meio de critérios de natureza escalonada (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), voltados a averiguar a compatibilidade das restrições com o conteúdo essencial dos direitos envolvidos.⁶⁵

Tal fundamentação mostra-se de extrema relevância, considerando que é inegável que o magistrado exercerá, em menor ou maior intensidade, a sua discricionariedade quando da solução no caso concreto de colisões entre direitos fundamentais,⁶⁶ ao mesmo tempo em que tais direitos possuem imperatividade no ordenamento jurídico.⁶⁷ Todavia, para se evitar decisões arbitrárias,⁶⁸ exige-se uma fundamentação que será atendida ao se observar os critérios da proporcionalidade, considerado um critério seguro para fundamentar restrições a direitos fundamentais. O importante, nesse aspecto, é que a fundamentação seja racional e passível de verificação. Justamente em função dessa realidade é que se deve

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 352.

⁶² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 154.

⁶³ PIEROTH, Bodo. *Grundrechte Staatsrecht II*. 25. neu neu. Auf. Heidelberg: Müller, 2009, Rdn. 263ss.

⁶⁴ ALEXY, Robert. Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik. In: LA TORRE, Massimo. *La Ragionevolezza nel Diritto*. Quaderni del Dipartimento di Scienza e Storia del Diritto, vol. 7. Torino: G. Giappichelli, 2002, p. 9ss.

⁶⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts. *JuS*. München und Frankfurt: Beck, 1989, p. 161ss.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 235, p. 4, jan./mar. 2004. Disponível em: <https://cutt.ly/MICCB8>. Acesso em: 25 fev. 2020.

⁶⁷ MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 378.

⁶⁸ BARROSO, 2004, *op. cit.*, p. 5.

buscar critérios que contribuam para reduzir a arbitrariedade nesse processo, por meio da introdução de estruturas argumentativas passíveis de controle intersubjetivo.⁶⁹ Com isso busca-se preservar a segurança jurídica, enquanto elemento indispensável do Estado de direito.⁷⁰

Não é objeto do estudo aprofundar os critérios que integram o exame da proporcionalidade de forma abstrata, pois sua real verificação somente será possível diante do caso concreto em que as peculiaridades inerentes aos fatos suscitados estarão demarcadas.⁷¹ Contudo, inegável que, quando da análise do direito ao esquecimento, o exame da necessidade demonstra-se crucial, pois parte-se da ideia de que o respectivo direito deve tentar ser solucionado por meios capazes de mitigar a rememoração dos fatos pretéritos e não pelo impedimento da propagação da informação ou mesmo de sua remoção, uma vez que o que não é usualmente visto tende a ser esquecido.

Aliás, no que diz respeito à exclusão de informações envolvendo o direito ao esquecimento, a discussão adquire maior complexidade porquanto o §2º do art. 220 da CRFB/88 veda toda e qualquer forma de censura. Nesse sentido, surge uma indeterminação se o direito ao esquecimento realmente poderia ser efetivado, dentre outras opções, através da remoção de algum conteúdo. Todavia, importa esclarecer que essa indeterminação recai em face do Judiciário, pois há concordância de que órgão da Administração Pública não pode, em hipótese alguma, obstar a publicação de determinado fato, sob pena de representar censura.⁷²

Isto posto, surgem dois entendimentos antagônicos. De um lado, há quem considere que qualquer impedimento prévio de publicação de determinado fato resulta em forma de censura, ainda que realizada pelo Judiciário.⁷³ De outro lado, há quem considere admissível, diante de análise casuística, o banimento de disseminação dos fatos diante de lesão iminente – desde que observado o devido processo legal e utilizada a técnica da ponderação –,⁷⁴ caso contrário, a efetiva proteção da vida privada e afins restaria esvaziada, vez que a própria CRFB/88 assegura a inviolabilidade desses direitos ditos como de personalidade, o que demonstra a possibilidade de eventual proteção preventiva por meio da remoção.⁷⁵

⁶⁹ BERKEMANN, Jörg. *Das Bundesverfassungsgericht und »seine« Fachgerichtsbarkeiten. Auf der Suche nach Funktion und Methodik*. DVBl. Köln: Heymanns, 1996, p. 1035.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, n. 1, jan.-mar. 2006, p. 197.

⁷¹ Remeta-se, neste particular, a DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 395 ss.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 279.

⁷³ MENDES; BRANCO, *op. cit.*, p. 279.

⁷⁴ MENDES; BRANCO, *op. cit.*, p. 279.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 89-90.

Em decorrência da discussão sobre a possibilidade de se remover determinado conteúdo, assim como em razão da incerteza sobre quando o direito ao esquecimento poderia ser reconhecido no caso concreto, a doutrina pátria vem estipulando, nos últimos anos, parâmetros viáveis de aferição para a verificação do direito em questão. De maneira geral visualiza-se na doutrina alguns critérios que podem ser condensados nos seguintes termos: (a) veracidade da informação; (b) ausência de interesse público – estando incluída a historicidade da informação –; (c) existência de transcurso temporal,⁷⁶ os quais podem ser complementados pelos seguintes parâmetros: (d) fato propagado deve conter potencial dano à parte interessada; e (e) observância de outros direitos envolvidos que se contrapõem ao direito ao esquecimento.⁷⁷

Observados os elementos que compõem a estrutura básica do direito ao esquecimento enquanto um direito fundamental implícito, a atenção se volta à busca de respostas a três questões demasiadamente importantes no estudo dos direitos fundamentais: sob quais condições; em quais situações; e quem pode restringir de forma lícita algum direito fundamental.⁷⁸ Será por meio das respostas que ficará evidente a possível configuração jurídica do direito ao esquecimento, pois será um mecanismo de esmiuçá-lo sob outras perspectivas.

Primeiro, o direito ao esquecimento pode ser restringido de forma lícita com a condição de haver uma justificação devida – racionalmente fundamentada através do critério da proporcionalidade –, com o propósito de demonstrar que não foi resultado de arbitrariedade. Segundo, o respectivo direito somente pode ser restringido de forma lícita nas situações em que a sua efetivação colidir com outros direitos fundamentais. Por fim, a sua restrição só poderá ser realizada pelo Judiciário, diante de análise casuística, uma vez que envolve tensões entre direitos fundamentais de igual hierarquia, que possuem elevadas cargas axiológicas.

Dito isso, ao verificar que o direito ao esquecimento possui indícios de ser um direito fundamental em razão dos elementos que o compõem, assim como estabelecidos os critérios mais comumente tratados pela doutrina ora selecionada,

⁷⁶ MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Novo Século, 2017, p. 95; BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 137-146; SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 189-205; LUCENA, Marina Giovanetti Lili. *Direito ao esquecimento no Brasil: conceito e critérios na doutrina e jurisprudência brasileiras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 94-99.

⁷⁷ BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 137-146; SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 189-205; LUCENA, Marina Giovanetti Lili. *Direito ao esquecimento no Brasil: conceito e critérios na doutrina e jurisprudência brasileiras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 94-99.

⁷⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 153.

passar-se-á, no próximo tópico, para a análise de como o STJ vem tratando desse direito e se há a utilização ou não de critérios para melhor verificação no caso concreto, pois importante haver um complemento ou mesmo uma comparação entre os critérios estipulados pela doutrina com os utilizados pela jurisprudência.

3 O direito ao esquecimento no Superior Tribunal de Justiça

Verificada a possibilidade de se tratar o direito ao esquecimento como um direito fundamental implícito, compreende-se que mais importante do que conceituá-lo é verificar em que medida esse direito vem sendo aplicado pelos tribunais brasileiros e quais os argumentos utilizados para tanto, uma vez que, na maioria dos casos, tal direito entrará em colisão com outros direitos fundamentais, especialmente com o direito à informação, à livre manifestação do pensamento e o com o direito à memória, demonstrando um legítimo *hard case* a ser enfrentado.

De se destacar que, sob a perspectiva civil-constitucional, a discussão sobre o direito ao esquecimento perante as instâncias extraordinárias ainda é relativamente recente, tendo adquirido maiores dimensões com os julgamentos realizados pelo STJ em maio de 2013, os quais são considerados verdadeiros paradigmas. Esses julgamentos ficaram conhecidos como caso Chacina da Candelária, no qual reconheceu-se o referido direito ao indivíduo atingido pelas informações lesivas, efetivando-o mediante a omissão do seu nome e imagem,⁷⁹ e o caso Aída Curi, em que não se reconheceu o direito ao esquecimento aos familiares que alegaram maiores sofrimentos com a propagação da notícia em razão da peculiaridade dos fatos.⁸⁰

No primeiro caso o direito foi reconhecido, porquanto mesmo ante a omissão do nome do indivíduo continua sendo possível retratar o episódio que demonstra toda a precária proteção estatal conferida às crianças e adolescentes em situação de risco e toda a confusão havida durante a investigação policial.⁸¹ Por outro lado, não se reconheceu o direito no segundo recurso em razão de tais acontecimentos representarem um crime de repercussão nacional que deve ser lembrado, assim como não seria possível narrar o homicídio de Aída Curi sem mencioná-la,

⁷⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Recurso Especial 1334097/RJ*. [...] LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. [...] Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 28 maio 2013. Disponível em: <https://cutt.ly/4IVGNr6>. Acesso em: 19 jan. 2021.

⁸⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Recurso Especial 1335153/RJ*. [...] LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. [...] Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 28 maio 2013. Disponível em: <https://cutt.ly/LQ7eVaA>. Acesso em: 19 jan. 2021.

⁸¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Recurso Especial 1334097/RJ*. [...] LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. [...] Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 28 maio 2013, p. 47, 50. Disponível em: <https://cutt.ly/4IVGNr6>. Acesso em: 19 jan. 2021.

assim como ocorre com outros crimes históricos que acabaram adquirindo o nome de suas vítimas, como Doroty Stang e Vladimir Herzog.⁸²

Sucedem que esses dois casos trataram do direito ao esquecimento em face da mídia televisiva, quando a sua concretização se torna mais perceptível do que quando envolvendo a rede mundial de computadores que suporta maior complexidade. Contudo, em 2018, o STJ reconheceu o aludido direito através da desindexação da notícia nos mecanismos de busca, a qual se dá através do impedimento de se encontrar uma informação atinente ao nome da pessoa interessada ao digitar apenas o seu nome, embora a notícia continue disponível na rede. Diante dessa decisão, considerou-se o rompimento do vínculo entre os dados pessoais da parte interessada com os resultados de busca nos provedores de aplicações de *internet*.⁸³

Essa dissociação dos dados pessoais, através da denominada desindexação, representa a essência do direito ao esquecimento, o qual não objetiva o apagamento de acontecimentos pretéritos, mas evitar que determinado fato desabonador seja reiteradamente lembrado na atualidade. Neste caso, o Ministro Moura Ribeiro, inclusive, declarou compreender o direito ao esquecimento como um direito fundamental implícito, oriundo do princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, cabe fazermos uma ressalva: a falta de consideração sobre o cargo público atualmente ocupado pela recorrida, o que poderia ter peso contrário para a permissão de desindexar determinada informação ante o interesse público inerente ao cargo.⁸⁴

Pode-se dizer que nesses três casos o STJ observou todos os critérios elencados pela doutrina, conforme visto no tópico anterior: (a) veracidade da informação; (b) a existência de interesse público (a historicidade dos fatos); (c) existência de demasiado transcurso temporal; (d) fato propagado com potencial dano à parte interessada; (e) observância de outros direitos envolvidos que se contrapõem com o direito ao esquecimento. Contudo, no caso denominado Chacina da Candelária fora averiguado a possibilidade de mais um critério: a existência de meio capaz e menos gravoso de efetivar o direito ao esquecimento, que seria através da contínua propagação dos eventos importantes, porém sem a menção a um indivíduo.

Excetuando esses casos paradigmas, realizou-se um levantamento na jurisprudência do STJ entre abril de 2018 e fevereiro de 2021, tendo como objetivo

⁸² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Recurso Especial 1335153/RJ*. [...] LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. [...] Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 28 maio 2013, p. 40. Disponível em: <https://cutt.ly/LQ7eVaA>. Acesso em: 19 jan. 2021.

⁸³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1660168/RJ*. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. [...] Relatora: Min. Nancy Andrighi, 08 maio 2018. Disponível em: <https://cutt.ly/2IVUvte>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁸⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1660168/RJ*. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. [...] Relatora: Min. Nancy Andrighi, 08 maio 2018, p. 30, 39, 40, 49-50, 93, 94. Disponível em: <https://cutt.ly/2IVUvte>. Acesso em: 16 jan. 2021.

verificar as decisões sobre o direito ao esquecimento envolvendo notícias propagadas na *internet* e em outros meios. Através de uma primeira análise quantitativa com o uso da expressão “direito ao esquecimento”, somando-se a uma análise qualitativa que delimitou a verificação de julgados a partir de abril de 2017 até janeiro de 2021 (quando o STF ainda não tinha decidido sobre esse assunto), foi possível obter, para uma efetiva análise, 6 acórdãos e 10 decisões monocráticas.

Dentre esses 16 casos, 11 trataram do direito ao esquecimento no âmbito da *internet*, sendo que 10 foram pleiteados em face do Google, com o acréscimo do Yahoo em um desses casos. No Agravo em Recurso Especial (AREsp) nº 982.469 o direito ao esquecimento fora reconhecido para que se retirasse endereços eletrônicos, indicados pela parte interessada, dos resultados de pesquisa do Google. Não obstante, só foi mantida a decisão de segunda instância em razão da data dos fatos, os quais ocorreram antes da vigência da Lei nº 12.965/2014, pois para pedidos anteriores à sua vigência não era necessária interpelação judicial ordenando remoção de certo conteúdo para que restasse caracterizada a responsabilidade dos provedores de aplicações de internet.⁸⁵

Entre 2016 e 2017, o STJ se manifestou ininterruptamente no mesmo sentido em relação à legitimidade do Google quanto aos pedidos relativos ao direito ao esquecimento, como no Agravo Interno no Recurso Especial (AgInt no REsp) nº 1.593.873, em que informou que a respectiva empresa figura como provedor de aplicação de busca⁸⁶ e, por esse motivo, não detém propriamente a informação e imagem reclamada, apenas facilita a sua procura no respectivo *site*. Por essa razão, o Google não possui legitimidade para bloquear definitivamente as buscas realizadas pelo nome da parte interessada, sendo que o direito ao esquecimento deve ser pleiteado diretamente perante o responsável pela publicação do conteúdo na rede mundial de computadores, sob pena de se atribuir a função de censor digital aos mecanismos de busca.⁸⁷

Sem demora, no AgInt no REsp nº 1.599.054 fora reafirmado que o direito ao esquecimento em face do Google é inexequível, pois este tem a responsabilidade de excluir do seu provedor de pesquisa apenas os endereços eletrônicos devidamente

⁸⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Agravo em Recurso Especial 982469/RJ*. [...] CONTEÚDO OFENSIVO NA INTERNET. MARCO CIVIL DA INTERNET. INAPLICABILIDADE A FATOS ANTERIORES [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 26 set. 2016, p. 5. Disponível em: <https://cutt.ly/7IVQqGx>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁸⁶ Provedores de aplicações de *internet*, provedores de pesquisa, mecanismos de busca são utilizados como sinônimos neste trabalho.

⁸⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial 1593873/SP*. [...] PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. [...] Relatora: Min. Nancy Andrichi, 10 nov. 2016, p. 3,4,13, 14, 16. Disponível em: <https://cutt.ly/HIV0Yo0>. Acesso em: 17 jan. 2021.

indicados pelo autor na petição inicial e não todo e qualquer endereço eletrônico existente que possa remeter ao nome da parte interessada.⁸⁸ Como um complemento, no AREsp nº 878.344 fora justificado não caber aos mecanismos de busca realizar restrições nos resultados de pesquisas, como proibir o encontro de notícias com base em determinadas palavras-chave, porquanto se coubesse estaria sendo aceita a prática de censura prévia sobre informações criadas por terceiros.⁸⁹

O AREsp nº 1.153.861, por sua vez, demonstra um caso intrigante, pois a parte interessada no “esquecimento” dos fatos em verdade visava a omissão nos mecanismos de busca de qualquer informação atinente ao relacionamento com sua ex-esposa. Ante essa circunstância, o STJ ressaltou que o pedido não encontra respaldo na teoria do direito ao esquecimento, tendo em vista que o ora recorrente pretendia apagar ou mesmo tornar inexistente fato pretérito ao tempo que tais informações reclamadas são públicas e verídicas. Somente se pode retirar dos mecanismos de pesquisa conteúdos publicados por terceiros que representam ofensas aos direitos de personalidade.⁹⁰

Já o Recurso Especial (REsp) nº 1.852.801 foi demasiadamente útil em razão do STJ ter esclarecido que há interesse de agir ao se demandar perante os provedores de aplicações de *internet* a desvinculação do nome com eventuais notícias desabonadoras nos seus mecanismos de busca, tendo em vista que as instâncias ordinárias haviam alegado que eventual pedido deveria ser proposto em face dos responsáveis pela publicação do conteúdo.⁹¹

Quanto aos acontecimentos criminais e a necessidade inerente de se disseminar tais fatos, esclareceu-se no AREsp nº 1.071.050, que o interesse público tende a desaparecer após obtida a resposta penal atribuída ao fato. Desse modo, foi possível reconhecer o direito ao esquecimento para excluir reportagem veiculada em *site* jornalístico que retratava uma investigação policial arquivada há mais de 10 anos. Contudo, fez-se a ressalva para crimes de interesse histórico, quando o interesse público persiste mesmo ante transcurso temporal.⁹²

⁸⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial 1599054/SP*. [...] TRIBUNAL LOCAL QUE RECONHECEU CUMPRIDA A OBRIGAÇÃO IMPOSTA AO PROVEDOR DE PESQUISA, DE RETIRAR TRÊS PÁGINAS DA INTERNET, [...]. Relator: Min. Moura Ribeiro, 25 abr. 2017, p. 11. Disponível em: <https://cutt.ly/hIvPDxj>. Acesso em: 17 jan. 2021.

⁸⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 878344/RJ*. Relator: Min. Marco Buzzi, 31 ago. 2017, 4-6. Disponível em: <https://cutt.ly/DIVAt9C>. Acesso em: 17 jan. 2021.

⁹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Agravo em Recurso Especial 1153861/SP*. Relatora: Min. Maria Isabel Galloti, 13 out. 2017, p. 1,2, 5. Disponível em: <https://cutt.ly/eIvARKC>. Acesso em: 17 jan. 2021.

⁹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1852801/PR*. [...] RETIRADA DA VINCULAÇÃO DO NOME COM NOTÍCIA DESABONADORA DOS RESULTADOS DE PESQUISA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS [...]. Relator: Min. Moura Ribeiro, 13 fev. 2020, p. 1. Disponível em: <https://cutt.ly/bIv6Du7>. Acesso em: 02 fev. 2021.

⁹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Agravo em Recurso Especial 1071050/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 28 mar. 2017, p. 1-3. Disponível em: <https://cutt.ly/GIVTIRf>. Acesso em: 16 jan. 2021.

Sem demora, no REsp nº 1.637.397 fora explanado que a Terceira Turma já decidiu que matérias jornalísticas, sem conteúdo ilícito, não devem ser retiradas dos respectivos *sites* quando tratarem de informações de interesse público, pois fatos propagados acerca de crimes devem ser rememorados à coletividade quando marcados pela historicidade, mas que, ante ausência dessas características, é possível a sua remoção.⁹³

Nesse mesmo contexto que no AREsp nº 1.361.183 fora requerida a desvinculação, quando realizadas pesquisas apenas com o nome da agravada, de notícias publicadas em várias páginas na *internet* narrando a sua prisão e o seu envolvimento em crimes cometidos há mais de 10 anos, circunstância em que o STJ confirmou a decisão recorrida de que os provedores de pesquisa possuem a responsabilidade de retirar tais informações. Nada obstante, mister destacar que então agravada havia indicado os endereços virtuais específicos para realizar a respectiva desvinculação e não requerido o direito ao esquecimento em face dos provedores de pesquisa de forma ampla, de modo que nada impede que novas notícias desabonadoras sejam veiculadas.⁹⁴

De se realizar essa ressalva porquanto no AREsp nº 1.481.548 o STJ reputou que o acórdão recorrido contrariou entendimento firmado pelo Tribunal ao efetivar o direito ao esquecimento através da desindexação, em que, ao se pesquisar apenas o nome do ora agravado nos mecanismos de busca não seriam mais demonstradas as notícias atinentes à sua condenação por tráfico de entorpecentes ocorrida em 2003, mas ao se pesquisar o fato em si ainda estariam tais reportagens disponíveis na *internet*. O acórdão do respectivo Tribunal de Justiça, inclusive, mencionou a própria decisão do STJ de 2018, quando este efetivou o direito ao esquecimento através da desindexação no REsp nº 1.660.168.⁹⁵

Percebe-se que tal decisão utilizou argumentos totalmente contrários aos adotados no REsp nº 1.660.168, pois, até então, o próprio STJ havia esclarecido que somente era necessária a indicação precisa das páginas para pedidos de remoção de conteúdos propagados na *internet* e não para a mera desindexação. No entanto, de se levar em consideração que essa decisão foi adotada pela Quarta Turma enquanto a do REsp nº 1.660.168 efetivou-se na Terceira Turma. Verifica-se, assim, a ausência de uniformidade no STJ, não se podendo alegar que a efetivação do

⁹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1637397/BA*. [...] MATÉRIA JORNALÍSTICA. DIREITO À PRIVACIDADE E AO ESQUECIMENTO. [...] Relator: Min. Moura Ribeiro, 06 maio 2020, p. 7-9. Disponível em: <https://cutt.ly/vIBw4PV>. Acesso em: 03 fev. 2021.

⁹⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Agravo em Recurso Especial 1361183/PR*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 05 de dez. 2018, p. 1-5. Disponível em: <https://cutt.ly/dIV49zu>. Acesso em: 05 fev. 2021.

⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Agravo em Recurso Especial 1481548/RS*. Relator: Ministro Raul Araújo, 23 de maio 2019, p. 1, 2, 5-12. Disponível em: <https://cutt.ly/gIV714t>. Acesso em: 04 fev. 2021.

direito ao esquecimento através da desindexação seja um entendimento pacificado pelo Tribunal.

Ainda em relação ao direito ao esquecimento no âmbito da rede mundial de computadores, o STJ esclareceu, ante a Tutela Provisória no AREsp nº 1.530.583, que sempre se adotou o entendimento de que, para ser possível a remoção de eventual notícia, faz-se necessária a indicação precisa das páginas na *internet* pela parte interessada, mesmo para fatos anteriores ao Marco Civil da Internet.⁹⁶ Isso porque antes do advento desta lei havia uma distinção: a interpelação judicial ordenando a remoção de certo conteúdo ao provedor de pesquisa não era necessária para demonstrar a sua responsabilização pelo não cumprimento.⁹⁷

Passando para os outros 5 casos que trataram do direito ao esquecimento no meio analógico, por assim dizer, a discussão se mostra menos complexa que no meio virtual. Enquanto no REsp nº 1.631.329 foi suscitada a possibilidade de haver a incidência desse direito aos familiares de vítimas de homicídio,⁹⁸ no AREsp nº 976.802 reafirmou-se a possibilidade do direito ao esquecimento aos condenados, especialmente quando as informações verídicas não dispuserem de interesse público.⁹⁹

De modo contrário, no REsp nº 1.736.803 foi reconhecida a inviabilidade do direito ao esquecimento porque a parte interessada requereu a sua efetivação através da proibição de futuras veiculações relativas ao ato criminoso há muito praticado, conduta que, caso aceita, caracterizaria censura prévia. Ademais, verificou-se a presença de interesse público em razão do respectivo crime ter adquirido relevância nacional e, inclusive, ter contribuído com a modificação da legislação sobre crimes hediondos.¹⁰⁰

Por último, os REsp nº 1.434.498 e nº 1.369.571 incutiram o direito ao esquecimento no contexto dos anistiados políticos, sob o argumento de que tal direito seria um mecanismo hábil para deixar no passado os atos praticados, principalmente ante a aprovação e posterior confirmação de constitucionalidade da lei da anistia.¹⁰¹ O

⁹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *TutPrv no AREsp 1530583/RJ*. Relatora: Min. Maria Isabel Galloti, 09 de dez. 2019, p. 3, 4, 8. Disponível em: <https://cutt.ly/7IV52PM>. Acesso em: 04 fev. 2021.

⁹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Agravo em Recurso Especial 982469/RJ*. [...] CONTEÚDO OFENSIVO NA INTERNET. MARCO CIVIL DA INTERNET. [...] Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 26 set. 2016, p. 5. Disponível em: <https://cutt.ly/7IVQqGx>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1631329/RJ*. [...] REPORTAGEM JORNALÍSTICA. DIVULGAÇÃO DE IMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO. [...] Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 24 out. 2017, p. 6, 8. Disponível em: <https://cutt.ly/eIV2XEK>. Acesso em: 01 fev. 2021.

⁹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Agravo em Recurso Especial 976802/SP*. Relator: Min. Raul Araújo, 08 de out. 2018, p. 3, 4, 9. Disponível em: <https://cutt.ly/7IV8dF2>. Acesso em: 05 fev. 2021.

¹⁰⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1736803/RJ*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 28 abr. 2020, p. 12-17. Disponível em: <https://cutt.ly/mlBqb6V>. Acesso em: 02 fev. 2021.

¹⁰¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1434498/SP*. [...] AJUIZAMENTO CONTRA O OFICIAL COMANDANTE ACUSADO DAS TORTURAS SOFRIDAS PELOS DEMANDANTES. [...] Relatora: Min. Nancy Andrighi. 09 dez. 2014, p. 13-14. Disponível em: <https://cutt.ly/DIC9dg1>. Acesso

argumento foi aceito, acertadamente, pela minoria da turma, pois inegável que o direito ao esquecimento não comporta nenhuma relação com a lei assinalada, uma vez não incidir em casos de interesse público, que possuem um quê de historicidade ensejando a sua contínua rememoração ao decorrer das gerações.

Ante o exame pormenorizado dessas decisões, foi possível perceber que, quando no âmbito da *internet*, a discussão acaba deixando o próprio direito ao esquecimento de lado e finda por tratar da responsabilidade civil. Imprescindível, em tais situações, analisar em face de quem a ação está sendo proposta, pois os provedores de aplicações de *internet* não são considerados, na quase totalidade dos casos, responsáveis pela retirada de informações que constam nos seus mecanismos de busca, tendo em vista que o seu papel equivale a de um “facilitador” para a busca de conteúdo.

A análise revela que é possível observar mudanças no entendimento adotado pelo STJ. A primeira mudança perceptível deu-se em decorrência da entrada em vigor da Lei nº 12.965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet. Antes desta lei era possível responsabilizar os provedores de aplicações de *internet* – mais comumente o Google – quando a parte solicitava a remoção de forma extrajudicial de determinado conteúdo da rede mundial de computadores e nada era feito. Após a entrada em vigor da lei, somente é viável eventual responsabilização quando houver ordem judicial nesse sentido e ela for descumprida.

Ato contínuo, verifica-se que o direito ao esquecimento deve ser pleiteado diretamente em face do provedor de conteúdo (responsável pela publicação da informação) e não dos provedores de aplicações de *internet*, pois estes atuam apenas como facilitadores no momento de encontrar informações disponibilizadas por outras pessoas no ambiente virtual. Nessa mesma perspectiva, também se constatou que requerer o direito ao esquecimento de forma ampla em face dos mecanismos de busca demonstra-se inviável, pois estes possuem a responsabilidade, diante de ação judicial, de remover somente as páginas devidamente indicadas pela parte interessada e não a remoção *ad aeternum* de qualquer fato pertinente ao indivíduo.

Ainda, percebeu-se não ser atribuição dos provedores de pesquisa imporem empecilhos na maneira de se encontrar determinada notícia, empecilhos que surgiriam mediante o impedimento de se encontrar alguma informação por meio da digitação de certas palavras-chave, de termos específicos. Contudo, conforme explicado no início deste tópico, o STJ reconheceu, em 2018, o aludido direito através

em: 06 maio 2020. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1369571/PE*. [...] TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS JORNALÍSTICAS. [...] Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 22 set. 2016, p. 31. Disponível em: <https://cutt.ly/FIV0kKI>. Acesso em: 01 fev. 2021.

da desindexação, o que não deixa de ser uma dificuldade para a procura de determinados fatos. Ainda assim, essa decisão não foi unânime, sendo proferida unicamente pela Terceira Turma, enquanto no levantamento realizado constatou-se que a Quarta Turma não admite essa desindexação, pois ainda exige a indicação dos endereços eletrônicos para eventual remoção das notícias desabonadoras.

Considerando que o direito ao esquecimento envolve relevantes questões de natureza constitucional, que dialogam com o direito ordinário, o tema acabou, invariavelmente, submetido à jurisdição do STF, conforme será visto no próximo tópico.

4 O Supremo Tribunal Federal e a incompatibilidade do direito ao esquecimento

Apesar do tema acerca do direito ao esquecimento no âmbito criminal já ser reconhecido há algum tempo pelo STF (em decorrência do princípio da ressocialização), apenas em fevereiro de 2021 o assunto foi decidido ante a perspectiva civil-constitucional, tendo como *leading case* o Recurso Extraordinário (RE) nº 1.010.606, relativo ao caso Aída Curi.¹⁰² Em 2014, o Tribunal já havia reconhecido a repercussão geral porquanto verificou a abordagem de uma harmonização de princípios constitucionais inerentes ao assunto, o que resultou no Tema 786.¹⁰³

Como resultado, convocou-se uma audiência pública, em 10 de maio de 2017, com a finalidade de se obter informações relevantes sobre a aplicabilidade desse direito na esfera cível.¹⁰⁴ Realizada no mês seguinte, a audiência contou com 16 expositores que discorreram profundamente sobre o tema, sendo possível fragmentar os argumentos apresentados em três posições: (a) pró-informação; (b) pró-esquecimento; (c) intermediária.¹⁰⁵

Quanto às opiniões mais acentuadas, viável dizer que a posição pró-informação foi defendida, em sua maioria, por entidades ligadas à comunicação, as quais

¹⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 fev. 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/MQaEAPS>. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 833248/RJ*. [...] VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. [...] DIREITO AO ESQUECIMENTO. [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 9 dez. 2014. Disponível em <https://cutt.ly/fiBeOst>. Acesso em: 22 jan. 2022.

¹⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso Extraordinário 1010606/RJ*. Convocação de Audiência Pública. Relator: Min. Dias Toffoli, 10 maio 2017. Disponível em: <https://cutt.ly/TIN65Qc>. Acesso em: 22 maio 2020.

¹⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento: as posições que foram delineadas na audiência pública realizada pelo STF. *In: JOTA*, 18 jun. 2017. Disponível em: <https://cutt.ly/ZIMetnU>. Acesso em: 15 mar. 2020.

consideraram não existir um direito ao esquecimento em razão da ausência de lei nesse sentido e de ser infactível deduzir tal direito por meio de qualquer direito fundamental – posição predominante na audiência.¹⁰⁶ De outro modo, a posição pró-esquecimento aduziu que o direito ao esquecimento, por ser decorrente da dignidade da pessoa humana, deve sempre preponderar quando suscitado, sob pena de se permitir a aplicação de penas perpétuas ao indivíduo – posição minoritária.¹⁰⁷

Por fim, a terceira posição, considerada intermediária, reconheceu o direito ao esquecimento como um desdobramento do direito à privacidade ao mesmo tempo que assegura a importância da liberdade de expressão, tendo em vista que a CRFB/88 não permite hierarquização abstrata dos direitos fundamentais. A solução, portanto, seria a aplicação do método de ponderação quando da análise casuística, de forma a sacrificar o mínimo possível os interesses em colisão.¹⁰⁸

Ato contínuo, em 2018 houve a manifestação da Procuradoria-Geral da República, a qual não negou a existência do direito ao esquecimento, mas assinalou que a sua aplicação em abstrato pode contribuir para uma supressão de registros históricos, informáticos e jornalísticos de domínio público. Assim, propôs a fixação da seguinte tese: “o direito ao esquecimento, por ser desdobramento do direito à privacidade, deve ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão”.¹⁰⁹

Em que pese a posição consolidada pelo STJ desde 2013, o STF, por decisão majoritária, concluiu pela incompatibilidade do direito ao esquecimento com a CRFB/88. O argumento central focou-se na liberdade de expressão e no acesso à informação, já que o reconhecimento de tal direito viria a impedir a divulgação de notícias verídicas após demasiado transcurso temporal, em meios analógicos ou digitais. O Tribunal esclareceu, inclusive, que a decisão adotada teria eficácia para qualquer plataforma midiática. Prevaleceu a tese de que eventuais excessos na liberdade de expressão devem ser analisados no caso concreto e combatidos em face dos direitos já constitucionalmente assegurados de forma expressa, tendo o Tema 786 sido fixado da seguinte forma:

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 lícitamente

¹⁰⁶ SCHREIBER, *op. cit.*

¹⁰⁷ SCHREIBER, *op. cit.*

¹⁰⁸ SCHREIBER, *op. cit.*

¹⁰⁹ BRASIL, Ministério Público Federal. *Recurso Extraordinário 1010606*. [...]. DIREITO AO ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA PRÓPRIA VÍTIMA OU PELOS SEUS FAMILIARES [...]. Parecer da Procuradora-Geral da República, 25 set. 2018, p. 9-11. Disponível em: <https://cutt.ly/9IMhscT>. Acesso em: 25 jan. 2021.

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.¹¹⁰

Para elucidar porque eventuais excessos na liberdade de expressão devem ser combatidos casuisticamente com direitos já assegurados expressamente pela CRFB/88, o Ministro Relator Dias Toffoli fez um apontamento histórico sobre alguns casos que comumente são citados pela doutrina como menções do direito ao esquecimento. No caso Lebach (BVerfGE 35, 202), por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal alemão impediu a exibição de um documentário que mencionava o nome dos envolvidos no assassinato de quatro soldados e que iria ser transmitido às vésperas da saída de um deles.¹¹¹ A decisão não foi fixada com base no direito ao esquecimento, mas levou em consideração a ausência de interesse público em razão dos anos que esse acusado ficou preso. Também levou em consideração a ampla divulgação dos fatos assim que ocorridos, além do direito à ressocialização.¹¹²

Segundo o Ministro, a controvérsia deste e de outros casos era solucionada com institutos jurídicos consolidados nos respectivos ordenamentos, embora a doutrina se utilize de tais casos para identificar precedentes do direito ao esquecimento.¹¹³ Destarte, para se falar nesse direito, seria imprescindível haver elementos comuns presentes em todos os casos em que suscitado o direito ao esquecimento e, ainda, que tais elementos fossem distintos de outros direitos já previstos, caso contrário não haveria necessidade de se falar em um direito ao esquecimento quando presentes outros direitos passíveis de solucionar os mesmos conflitos.¹¹⁴ Na sua visão, além de persistir uma diversidade de situações aptas a ensejarem

¹¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 fev. 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/MQaEAPS>. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99-102.

¹¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 fev. 2021, p. 27-38. Disponível em: <https://cutt.ly/MQaEAPS>. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 28, 38.

¹¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 47-48.

o referido direito, o ordenamento jurídico brasileiro possui vários dispositivos que tutelam a personalidade e privacidade da pessoa mediante divulgações ilícitas.¹¹⁵

De modo complementar, o Ministro Nunes Marques mencionou que a diversidade dos litígios envolvendo o direito ao esquecimento demanda uma necessária legislação sobre esse assunto, de modo a indicar precisamente os sujeitos da relação, o conteúdo abrangido, as formas do seu requerimento e eventuais procedimentos para a sua realização, o que até o momento inexistente.¹¹⁶ Ademais, os casos anteriormente decididos pelo STJ poderiam encontrar soluções adequadas sem a necessidade de se referir ao direito ao esquecimento, tais como abuso do direito de informar, abuso do direito de punir e abuso da livre iniciativa.¹¹⁷

Por outro lado, quanto às informações lícitamente obtidas,¹¹⁸ torna-se necessário trazer um novo ponto ao debate: o transcurso temporal.¹¹⁹ Este elemento não seria fixado pelo número exato de dias, mas sim com base na descontextualização que a informação teria após demasiado transcurso da coleta à nova propagação.¹²⁰ Todavia, para informações pretéritas lícitamente obtidas, o que existe no ordenamento jurídico são meras previsões expressas e pontuais que admitem a supressão de dados mediante situações específicas, como informações negativas nos cadastros de consumidores após 5 anos, a reabilitação do condenado após 2 anos da extinção da pena e a exclusão de dados pessoais após término da relação com os provedores de aplicações de *internet*.¹²¹

Impedir a veiculação de notícias pretéritas na atualidade por intermédio do direito ao esquecimento, segundo os Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio, seria uma forma de se permitir censura prévia, pois não há permissivo constitucional que permita a restrição preventiva da liberdade de expressão em detrimento dos efeitos negativos que determinados fatos possam ter para a pessoa ao serem propagados à coletividade.¹²² Ocorrendo eventual prejuízo ante divulgação dos fatos, deve-se verificar a possibilidade de responsabilização, mas não o impedimento prévio que seria característico de um direito ao

¹¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 47, 50.

¹¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 107, 110.

¹¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 107.

¹¹⁸ O Ministro Relator, Dias Toffoli, lembrou que o recorte é necessário, pois na doutrina há setores que colocam sob o manto do direito ao esquecimento tanto os fatos lícitos quanto os ilícitos.

¹¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 fev. 2021, p. 50-51. Disponível em: <https://cutt.ly/MQaEAPS>. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 55.

¹²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 60.

¹²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 139, 193, 201, 217, 292.

esquecimento amplo e genérico, pois para restar configurada censura, mostra-se irrelevante se os fatos por ela atingidos forem presentes ou pretéritos, se de ato estatal ou particular.¹²³

De modo semelhante, o Ministro Luiz Fux ponderou que o direito ao esquecimento enseja uma reavaliação dos fatos outrora disseminados, no intuito de se verificar se o seu conteúdo se mantém socialmente relevante a ponto de permitir nova propagação, ou se o transcurso temporal foi suficiente para mitigar sua importância sob a perspectiva do direito de informar e ser informado.¹²⁴ Contudo, aduziu que o respectivo direito não pode servir como mecanismo hábil a permitir reescrever o passado, impedir o acesso à memória e à liberdade de expressão com os seus corolários.¹²⁵

Outrossim, conforme asseverado pelo Ministro Relator, há uma ampla proteção constitucional e legal aos direitos de personalidade que independe do transcurso temporal para a sua efetivação, de modo que existem institutos jurídicos aptos a proteger a pessoa em face de agressões provenientes de terceiros e que não se associam de modo algum a um direito ao esquecimento.¹²⁶ Para eventuais agressões a direitos fundamentais já existem os crimes contra a honra, a possibilidade de reparação civil e mesmo a proteção à privacidade, nome e imagem.¹²⁷ Especificamente no âmbito da *internet*, o Ministro salientou que a Lei nº 13.709/18, voltada para a proteção dos dados pessoais, não disciplinou em momento algum o direito ao esquecimento.

Também foi reforçado que a liberdade de expressão deve ser restringida diante do exercício abusivo desse direito, o que não se observa ao propagar informações pretéritas que foram lícitamente obtidas. O impedimento dessas informações na atualidade proporcionaria uma incompletude de informações à coletividade que dessa forma teria conhecimento apenas de parte dos fatos.¹²⁸ Nessa linha, o Ministro Dias Toffoli entendeu que o direito ao esquecimento acabaria por colidir com o princípio da unidade da Constituição pelo fato de impor uma demasiada restrição à liberdade de expressão, sendo a sua eventual existência dependente de previsão expressa em lei. Concluiu, assim, pela incompatibilidade do direito ao esquecimento com a CRFB/88.¹²⁹

¹²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 139, 140, 217.

¹²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 314.

¹²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 314.

¹²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 66, 68.

¹²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 65.

¹²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 78, 79.

¹²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 83-87.

Em contrapartida, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que, apesar de não haver no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo expresso acerca do direito ao esquecimento, trata-se de uma proteção oriunda da jurisprudência internacional com a devida adaptação dos institutos jurídicos brasileiros existentes, como o direito à privacidade, disposto no art. 5º, inc. X, da CRFB/88, bem como as normas protetivas da intimidade, imagem e vida privada, nos termos dos arts. 11 ao 21 do Código Civil.¹³⁰ Destacou, inclusive, a sua tese proposta e acolhida em um *Habeas Corpus* impetrado no STF, em que aduziu o direito ao esquecimento como um direito fundamental implícito, oriundo da vedação de penas perpétuas, do direito à reabilitação, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.¹³¹

Ressaltou que o tema, por tratar de direitos fundamentais, não pode ter uma resposta *a priori*, válida para todas as situações, pois torna-se praticamente inevitável a colisão entre direitos ou princípios fundamentais, em particular entre o direito de informar e de ser informado com a dignidade da pessoa humana e a proteção à honra, vida privada e imagem.¹³² Isto posto, o mais correto seria discutir não a prevalência desses direitos em abstrato, mas a possibilidade de soluções como a anonimização dos indivíduos retratados, o direito de resposta e eventual indenização.¹³³ Ao se constatar o conflito entre direitos fundamentais – destituídos de qualquer hierarquia –, deve-se adotar a técnica da concordância prática.¹³⁴

Para Mendes, o direito ao esquecimento ou o “direito ao apagamento de dados”, como costuma denominar, trata-se de um direito oriundo do art. 5º, inc. X, da CRFB/88, que permite discutir a forma como fatos pretéritos, que narram aspectos que os envolvidos preferem esquecer, são contados na atualidade, não se confundindo com um mecanismo de remoção da história.¹³⁵ Esse direito seria a solução jurídica encontrada para evitar a propagação indiscriminada de fatos remotos na contemporaneidade.¹³⁶

Ao contrário do que foi suscitado pelo Ministro Relator sobre a ausência de previsão expressa do direito ao esquecimento na Lei nº 13.709/18, Mendes arguiu que o direito ao esquecimento não se confunde com o tratamento de dados pessoais. Enquanto no direito ao esquecimento a análise recai sobre os fatos e sobre o possível prejuízo que a sua propagação pode acarretar ao

¹³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 228, 242, 243.

¹³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 243-246.

¹³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 257, 258.

¹³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 257, 258, 276.

¹³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 290.

¹³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 262, 264.

¹³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 264.

indivíduo em razão do demasiado transcurso temporal, sendo o ponto central a publicização das informações, o tratamento de dados pessoais objetiva regularizar o tratamento e divulgação desses dados, sendo mera informação acessória os fatos pretéritos que acompanham esses dados.¹³⁷

Ainda de forma diversa, dispôs ser plenamente possível compatibilizar o direito ao esquecimento com a liberdade de expressão, desde que observados alguns critérios, tais como a existência de transcurso temporal entre o acontecimento dos fatos e a sua disseminação. Presente o transcurso de tempo, deve-se verificar se há interesse histórico, social e público que enseje a sua propagação, caso exista, deve-se, concomitantemente, analisar a possibilidade de divulgar tais informações sem identificar a pessoa envolvida (mas sempre observando a essência da informação) e, caso impossível essa desvinculação, persistirá o direito de resposta e eventual reparação civil. Por fim, necessário verificar casuisticamente o grau de acessibilidade da informação, pois quanto maior o acesso, maior será a intensidade em evitar a identificação dos interessados pela sua não divulgação e vice-versa.¹³⁸

O Ministro Edson Fachin também reconheceu a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro em termos similares aos acima expostos, porém com uma distinção: diante de eventuais conflitos entre o respectivo direito com a liberdade de expressão e seus corolários, deve-se observar a posição de preferência desta em relação àquele. Para tanto, o juízo de proporcionalidade precisa verificar as “condições de imanência ou transcendência da informação em relação à esfera individual”, pois quando houver essa imanência, seja por se tratar de informações de interesse transindividual, seja de natureza pública ou de acentuada relevância histórica, deve prevalecer a liberdade de expressão.¹³⁹

Com base nos argumentos acima analisados, é possível sintetizar as objeções para o não reconhecimento do direito ao esquecimento da seguinte forma: (a) vedação de qualquer forma de censura; (b) primazia da liberdade de expressão (o que se considera extremamente questionável); (c) necessidade de lei tratando expressamente do assunto. Quanto aos fundamentos para o reconhecimento do direito ao esquecimento, embora não tendo prevalecido, observou-se os seguintes argumentos: (a) amparo na dignidade da pessoa humana; (b) proteção da privacidade no plano constitucional e legal.

É interessante observar que o assunto sobre o alcance da responsabilidade dos provedores de aplicações de *internet*, no tocante à desindexação, foi excluído do debate ora analisado. Isso porque a tese vencedora considerou que, apesar da

¹³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 267.

¹³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 284, 285.

¹³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*, cit. p. 161-163.

desindexação ser vista como um meio para se efetivar o direito ao esquecimento, trata-se de um mecanismo muito mais amplo, podendo haver muitos outros fundamentos para se pleitear a desindexação de informações. Isto posto, a discussão sobre a responsabilidade dos provedores de pesquisa será procedida quando do julgamento do Tema 987, o qual irá tratar da constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet.¹⁴⁰

Como decorrência da decisão do STF pela incompatibilidade do direito ao esquecimento com a CRFB/88, é possível adotar a expectativa de que os entendimentos que vinham sendo formados e consolidados pelo STJ nesse assunto sejam modificados doravante, mas não de uma forma substancial. Tendo em vista que na própria tese formada pelo STF consta que eventuais excessos e abusos da liberdade de expressão devem ser resolvidos casuisticamente, de acordo com os parâmetros já previstos no ordenamento jurídico brasileiro,¹⁴¹ não restam dúvidas que a essência do direito ao esquecimento se manterá: salvaguardar a privacidade e permitir o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas. A única distinção, como bem observado por Karina Nunes Fritz, será não utilizar a nomenclatura deste direito ao proteger os direitos de personalidade, o que irá contribuir para uma maior insegurança jurídica.¹⁴²

Por consequência, o Ministro do STJ Jorge Mussi encaminhou os autos relativos ao caso Chacina da Candelária à respectiva turma para eventual juízo de retratação por considerar que a decisão contrariou o que fora recentemente decidido pelo STF.¹⁴³ O Ministro Relator Luís Felipe Salomão, por sua vez, ratificou o acórdão que havia, de certa forma, reconhecido o direito ao esquecimento ao condenar a ora recorrente a indenizar o indivíduo interessado.¹⁴⁴ Para o Ministro, o acórdão está em consonância com o que fora decidido no Tema 786 do STF, já que

¹⁴⁰ Até o fechamento deste artigo, em 28/03/2022, ainda não havia sido julgado o Tema 987 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno), *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1037396/SP*. [...] Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 01 mar. 2018, p. 7. Disponível em: <https://cutt.ly/czofbfO>. Acesso em: 22 fev. 2021.

¹⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso extraordinário 1010606/RJ*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 fev. 2021, p. 4. Disponível em: <https://cutt.ly/MQaEAPS>. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹⁴² FRITZ, Karina Nunes. Direito ao esquecimento: fim da linha?. In: *German Report*, 02 jun. 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/2WEXImP>. Acesso em: 05 set. 2021.

¹⁴³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *RE no Recurso Especial nº 1334097/RJ*. Relator: Min. Jorge Mussi, 04 jun. 2021, p. 7. Disponível em: <https://cutt.ly/UQqxeA9>. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹⁴⁴ Em razão do órgão julgador ter refutado o juízo de retratação, o Ministro do STJ Jorge Mussi admitiu o RE interposto pela emissora por considerar, *prima facie*, haver dissonância entre o acórdão recorrido e o entendimento firmado pelo STF (Id., *RE no Recurso Especial nº 1334097/RJ*. Relator Jorge Mussi, 17 mar. 2022. Disponível em: <https://cutt.ly/LDvXbfR>. Acesso em: 28 mar. 2022).

não teria havido um mero descontentamento do sujeito com os fatos propagados, mas sim um exercício abusivo da liberdade de expressão em razão do excesso na divulgação dos fatos verídicos e lícitamente obtidos que foram publicados na mídia televisiva.¹⁴⁵

Já em uma decisão mais recente, o STJ mudou sua linha de posicionamento para decidir de modo compatível com o STF ao negar a possibilidade de exclusão de fatos propagados na contemporaneidade, oriundos de acontecimentos de 2009, ao alegar a incompatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro.¹⁴⁶ A parte interessada visava remover as notícias desabonadoras do mecanismo de busca do Google, bem como nos sítios eletrônicos da ora recorrente, contudo, segundo o STJ, como o recorrido não alegou ofensa à sua honra, mas apenas que a notícia prejudicou a sua vida profissional, não há que se falar em abuso no exercício da liberdade de expressão, uma vez que os fatos propagados demonstraram-se verídicos, úteis (por haver interesse público nos fatos criminosos) e destituídos de qualquer ofensa aos direitos de personalidade.¹⁴⁷

Depreende-se da decisão do STF que, nos moldes como a tese restou fixada, ao invés de pôr fim à discussão acerca de eventual (in)compatibilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, o seu efeito será inverso. Isso porque se constata, a partir da *ratio decidendi*, que embora a liberdade de expressão tenha preponderância, os seus excessos devem ser combatidos através da inviolabilidade da privacidade e afins. De outro modo, se o direito ao esquecimento for considerado como um direito implícito à privacidade, nada impede que novas demandas cheguem ao Tribunal solicitando a sua aplicabilidade e que essas mesmas demandas sejam eventualmente julgadas procedentes, sob o argumento de se estar protegendo outros direitos de personalidade. Algo, que, ao fim e ao cabo, não destoaria do quadro geral dos conflitos de direitos fundamentais, em que mudando o grupo de casos, novas soluções mostram-se possíveis diante das peculiaridades concretas.

Por fim, um breve olhar no direito comparado. Além dessa decisão do STF contrariar toda uma jurisprudência que estava sendo construída pelo STJ desde 2013,¹⁴⁸ também vai de encontro à jurisprudência internacional. No emblemático caso *Google Spain, Google Inc. v. Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD)*

¹⁴⁵ Id., *RE no Recurso Especial nº 1334097/RJ*. Relator Luis Felipe Salomão, 03 ago. 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/PWWOSd1>. Acesso em: 02 set. 2021.

¹⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial nº 1961581/MS*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 07 dez. 2022, p. 17. Disponível em: <https://cutt.ly/ESjmQnc>. Acesso em: 18 mar. 2022.

¹⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial nº 1961581/MS*, cit. p. 9-13.

¹⁴⁸ FRITZ, Karina Nunes. Direito ao esquecimento: fim da linha? *In: German Report*, 02 jun. 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/2WEXImP>. Acesso em: 05 set. 2021.

e Mario Costeja González (C-131/12), por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), quanto à questão do direito de apagamento e de oposição com ligação com o direito ao esquecimento, consolidou o entendimento de que os arts. 12, “b”, e 14, parágrafo único, “a”, da Diretiva 95/46/CE,¹⁴⁹ possibilitam que o indivíduo solicite aos provedores de aplicações de *internet* a desindexação de eventuais notícias atinentes a fatos pessoais em razão dos direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais. Segundo o TJUE, tais direitos se sobrepõem aos interesses econômicos dos provedores, bem como aos interesses da coletividade em procurar informações nesses mecanismos de busca através do nome da pessoa atingida.¹⁵⁰

As questões prejudiciais foram suscitadas em virtude de o cidadão González ter apresentado, no ano de 2010, uma reclamação perante a AEPD contra o Google Spain, Google Inc. e o jornal La Vanguardia por efeito de que quando era digitado o seu nome no mecanismo de busca do Google, os resultados priorizavam páginas do citado jornal que continha informações sobre a venda de um imóvel seu em hasta pública por consequência de dívidas que possuía com a Seguridade Social espanhola. Todavia, essas informações datavam de 1998, motivo pelo qual González solicitou a supressão dessas páginas porquanto o problema já havia se resolvido, inexistindo pertinência na propagação desses fatos.¹⁵¹

Percebe-se, ante este caso, que o TJUE firmou a possibilidade de realizar desindexação nos mecanismos de busca de uma informação verdadeira, obtida de forma lícita, com demasiado transcurso temporal, sem interesse público atual e sem conteúdo informativo mínimo, tendo em vista que resolvida a questão da dívida com a Seguridade Social não haveria mais nenhuma finalidade em continuar propagando tais fatos, ao passo que essa propagação geraria danos ao indivíduo retratado ao continuar priorizando esse fato desabonador do seu passado. Concomitantemente, o TJUE excepcionou a possibilidade de desindexação ante situações peculiares, como o caso de informações relativas à vida pública de determinada pessoa.¹⁵²

Registre-se, ainda, que a Alemanha tem adotado uma postura igualmente cambiável no que toca o direito ao esquecimento. Isso ficou claro a partir do instante em que o Tribunal Constitucional Federal, no final do ano de 2019, proferiu a

¹⁴⁹ Posteriormente o Parlamento Europeu aprovou o Regulamento Geral de Proteção de Dados 2016/679, o qual revogou a Diretiva 95/46/CE.

¹⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). *C-131/12*. Datos personales – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de dichos datos [...] Alcance de las obligaciones de dicho gestor y de los derechos del interesado [...]. Relator: M. Ilešič, 13 maio 2014. Disponível em: <https://cutt.ly/aWESgtB>. Acesso em: 04 set. 2021.

¹⁵¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). *C-131/12*. Datos personales – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de dichos datos [...] Alcance de las obligaciones de dicho gestor y de los derechos del interesado [...]. Relator: M. Ilešič, 13 maio 2014. Disponível em: <https://cutt.ly/aWESgtB>. Acesso em: 04 set. 2021.

¹⁵² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). *C-131/12*, *cit.*

decisão conhecida como “Direito ao Esquecimento II”.¹⁵³ Desta feita, ao contrário do caso *Lebach*, em que a liberdade de expressão recuou frente à necessidade de garantir o direito à ressocialização, com ênfase na intangibilidade da dignidade humana, o tribunal não reconheceu o direito ao esquecimento.¹⁵⁴ O argumento central foi que ao analisar medidas cautelares propostas contra os operadores de busca na *internet*, visando à remoção de determinados conteúdos dos resultados das buscas, os tribunais devem levar em conta a liberdade de expressão concedida aos editores de conteúdos *on-line*.¹⁵⁵ No mérito, o BVerfG ponderou que quando as pessoas afetadas solicitarem que os operadores de mecanismos de busca se abstenham de referenciar e exibir *links* para determinados conteúdos *on-line* na lista de resultados de busca (desreferenciamento), o equilíbrio necessário deve levar em conta não apenas o direito de personalidade das pessoas afetadas, mas também considerar, no contexto da liberdade dos operadores de mecanismos de busca para conduzir um negócio, os direitos fundamentais do provedor de conteúdo, bem como o interesse dos usuários da *internet* em obter informações.

Em suma, na visão alemã, na medida em que a proibição da exibição de certos resultados de busca é ordenada com base no exame do conteúdo específico de uma publicação *on-line*, e o provedor de conteúdo é, assim, privado de uma plataforma importante para a divulgação desses materiais que, de outra forma, estaria disponível para ele, isto também constitui uma restrição à liberdade de expressão do provedor de conteúdo, tutelada pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, motivo pelo qual não se vislumbrou, neste caso, o chamado direito ao esquecimento.¹⁵⁶

Mais recentemente, em maio de 2021, o Superior Tribunal Federal para assuntos civis na Alemanha (BGH) igualmente rejeitou a tese do direito ao esquecimento que envolvia a divulgação de uma notícia de plágio praticado por uma conhecida política alemã, que chegou a ocupar o cargo de Ministra da Educação naquele país.¹⁵⁷ Na visão do tribunal, em que pese a divulgação de notícias dessa ordem terem o condão de afetar o direito geral de personalidade com foco na proteção da honra objetiva, há que se realizar uma ponderação com a liberdade de expressão e de imprensa, nos termos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, igualmente aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal no caso antes mencionado. O ponto de destaque, que de certa forma se aproxima do caso brasileiro, é

¹⁵³ BVerfGE, 1 BvR 276/17 (06/11/2019) (*Recht auf Vergessen II*).

¹⁵⁴ O contexto do caso envolvia o descontentamento de um executivo alemão acusado de ter conferido tratamento injusto a ex-empregado seu, que fora despedido. A partir da exibição de um programa de TV intitulado “Despedimento: as práticas sujas dos empregadores”, quando o nome do executivo era digitado no Google, o *link* para o conteúdo do programa passou a ser exibido entre os principais resultados de pesquisa.

¹⁵⁵ BVerfGE, 1 BvR 276/17, (LS 4).

¹⁵⁶ BVerfGE, 1 BvR 276/17 (LS 5).

¹⁵⁷ BGH VI ZR 73/20, j. 09/05/2021.

que o Tribunal parte do pressuposto de que o direito geral de personalidade é um direito quadro (*Rahmenrecht*), semelhante ao nosso conceito de “norma geral”. A consequência prática é que a sua amplitude não está totalmente delimitada nas normas vigentes, carecendo, assim, de ponderações à luz dos casos concretos.¹⁵⁸

Considerações finais

É inegável que o direito à privacidade sofreu profundas transformações à medida que foram sendo exigidas novas formas de se proteger os indivíduos, sendo que o surgimento da sociedade da informação contribuiu para a discussão sobre a necessidade de se reconhecer o direito ao esquecimento. Verificou-se, dessa forma, que o direito ao esquecimento representa um instrumento hábil para resolver casos que tenham como questão central a violação da privacidade atinente à propagação de fatos pretéritos após demasiado transcurso temporal e que, apesar da sua nomenclatura, não cria a possibilidade de as pessoas reescreverem a sua própria história, tampouco se confunde como um mecanismo de censura.

Poderia se questionar os efeitos práticos de se falar em um direito ao esquecimento em razão de considerá-lo implícito ao direito à privacidade. No entanto, ulteriormente à análise jurisprudencial, aferiu-se que uma notícia pretérita, quando propagada pela segunda vez na contemporaneidade, ainda que ensejadora de danos a direitos fundamentais, caso lícita, estará, em regra, abarcada pelo exercício da liberdade de expressão, não havendo espaço para maiores discussões. O direito ao esquecimento surge como uma mudança para isso, de forma a tornar possível o debate sobre o tratamento atual de notícias há muito disseminadas.

Concomitantemente, considera-se adequado legitimar uma verdadeira posição intermediária no que diz respeito ao respectivo direito, pois reconhece-se a sua existência ao mesmo tempo que não se nega a importância da liberdade de expressão. Vislumbra-se, como solução mais pertinente, a aplicação do método de ponderação no caso concreto, de forma a objetivar o sacrifício mínimo dos interesses em colisão. Ademais, estipula-se que o direito ao esquecimento deve ser visto como uma exceção, que, para ser aplicado, deve ser devidamente fundamentado, de forma a não minimizar a essência da liberdade de expressão.

Por ser uma exceção, propõe-se que o direito ao esquecimento deva ser reconhecido apenas se presentes as seguintes características: (a) veracidade da

¹⁵⁸ Uma boa análise do caso está disponível em FRITZ, Karina Nunes. Confirmando sólida jurisprudência, BGH nega direito ao esquecimento em caso de plágio. In: *German Report*, 02 jun. 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/bRSx3sT>. Acesso em: 07 out. 2021.

informação (se inverídica a discussão deve ser a remoção por ausência de fidedignidade); (b) licitude na obtenção da informação (se ilícita já existem mecanismos para tanto); (c) existência de transcurso temporal (não sendo possível, tampouco adequado, estabelecer um tempo exato); (d) ausência de interesse público (incluindo-se fatos com relevância histórica); (e) ausência de conteúdo informativo mínimo; (f) existência de conteúdo danoso; (g) observância dos outros direitos em colisão. Não havendo um desses requisitos no caso concreto, considera-se não haver fundamento hábil a ensejar o direito ao esquecimento.

Dito isso, conclui-se que o direito ao esquecimento representa um verdadeiro direito fundamental implícito, pois possui motivação para ser tratado como tal. A respectiva colisão não pode ser o único fundamento para se vedar o seu reconhecimento, pois essa ininterrupta tensão entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade e seus corolários, ou mesmo entre outros direitos, representa a verdadeira característica de um direito fundamental em decorrência deles estarem solidificados no mesmo documento.

Por conseguinte, não se pode olvidar que o direito se caracteriza pela sua constante transformação. Um assunto que no passado não era abarcado pela lei ou pelas normas constitucionais, diante de acentuadas mudanças na sociedade, passa a ter reconhecida a necessidade de tratamento sob o viés jurídico. Ao fim, de se levar em conta que se trata de um tema relativamente recente, no qual o transcurso temporal será o maior aliado para a construção de uma maior segurança jurídica para a sua aplicação e, quem sabe, efetivo reconhecimento pelo guardião da Constituição.

No mais, fica claro que apenas a análise dos casos concretos é capaz de fornecer parâmetros aptos a um juízo valorativo de ponderação entre os direitos igualmente dignos de tutela. Consequentemente, não é possível fixar uma tese no sentido de que a liberdade de expressão prevalecerá em todos os momentos, valendo o mesmo para a tutela dos direitos de personalidade. A inevitável insegurança que tal constatação gera, não é uma exclusividade brasileira, já que em matéria de bens dignos de proteção constitucional, que costumam ingressar em rota de colisão, em cenários que envolvem inúmeras facetas, é pouco provável que se alcance uma única resposta correta para todos os casos. Investir na qualidade da argumentação jurídica e na segurança de precedentes solidamente construídos, parece o melhor e inevitável caminho.

The right to be forgotten as an implicit fundamental right in the light of doctrine and jurisprudence

Abstract: This article aims to verify to what extent the right to be forgotten has been applied by the Brazilian courts and what arguments are used for its recognition, to define in which situations it makes it possible to ensure it in specific cases. To this end, we sought to verify the understanding adopted by

the doctrine and jurisprudence of the Brazilian Superior Court of Justice, the Brazilian Supreme Federal Court and foreign courts. The method of approach used is deductive, based on the assumption that the right to be forgotten is an implicit fundamental right that is implied in the right to privacy, as well as the qualitative method, through jurisprudential analysis before the higher courts. The work is justified by the hard discussion of the subject in the Brazilian legal system that gains greater dimension with the so-called information society, where issues committed in ancient times, devoid of any relevance, related exclusively to the private sphere, are repeatedly propagated in the present.

Keywords: Right to be forgotten. Implicit fundamental right. Information society. Collision between fundamental rights. Jurisprudential analysis.

Summary: Introduction – **1** The right to be forgotten as an implicit fundamental right – **2** The right to be forgotten from the perspective of the collision with other fundamental rights – **3** The right to be forgotten in the Brazilian Superior Court of Justice – **4** The Brazilian Supreme Federal Court and the incompatibility of the right to be forgotten – Final considerations – References

Referências

ALEXY, Robert. Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik. In: LA TORRE, Massimo. *La Ragionevolezza nel Diritto*. Quaderni del Dipartimento di Scienza e Storia del Diritto, vol. 7. Torino: G. Giappichelli, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, n. 1, jan./mar. 2006, p. 189-206.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. Disponível em: <https://cutt.ly/MICCB8>. Acesso em: 25 fev. 2020.

BERKEMANN, Jörg. *Das Bundesverfassungsgericht und »seine« Fachgerichtsbarkeiten. Auf der Suche nach Funktion und Methodik*. DVBl. Köln: Heymanns, 1996.

BERNAL, P. A. A Right to Delete? *European Journal of Law and Technology*. Birmingham, v. 2, n. 2, set. 2011. Disponível em: <https://cutt.ly/BWWM7zX>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs. In: EHMKE, Horst; SCHMID, Carlo; SCHAROUN, Hans (Hrsg). *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*. Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1969.

BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRITZ, Gabriele. Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I 1 GG). Verfassungsversprechen zwischen Naivität und Hybris? *NVwZ*. München und Frankfurt: Beck, 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts. *JuS*. München und Frankfurt: Beck, 1989.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

DÜRIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor (Hrsg.). *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*. München: Isar Verlag, 1956.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017.

FRITZ, Karina Nunes. O direito ao esquecimento está implícito na CF. In: *German Report*, 23 fev. 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/FQ7wIPP>. Acesso em: 02 mar. 2021.

FRITZ, Karina Nunes. Confirmando sólida jurisprudência, BGH nega direito ao esquecimento em caso de plágio. In: *German Report*, 02 jun. 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/bRSx3sT>. Acesso em: 07 out. 2021.

FRITZ, Karina Nunes. Direito ao esquecimento: fim da linha? In: *German Report*, 02 jun. 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/2WEXImP>. Acesso em: 05 set. 2021.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auf. Heidelberg: Müller, 1999.

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LANGNER, Thomas. *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*. Frankfurt: Peter Lang, 1998.

LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 195-225.

LUCENA, Marina Giovanetti Lili. *Direito ao esquecimento no Brasil: conceito e critérios na doutrina e jurisprudência brasileiras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Novo Século, 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian. Konstitutionalisierung der Europäischen Union als Option deutscher Politik. In: SCHNEIDER, Heinrich; JOPP, Mathias; SCHMALZ, Uwe (Hrsg.). *Eine neue deutsche Europapolitik? Rahmenbedingungen – Problemfelder – Optionen*. Bonn: Europa Union Verlag, 2002.

MURSWIEK, Dietrich. Grundgesetz Kommentar (Art. 2 Abs. 1 GG). In: SACHS, Michael (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. 5. Auf. München: Beck, 2009.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 25. neu neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller Verlag, 2009.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIEROTH, Bodo. *Grundrechte Staatsrecht II*. 25. neu neu. Auf. Heidelberg: Müller, 2009.

- RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *Proteção da privacidade*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. *Revista Consultor Jurídico*, maio 2015. Disponível em: <https://cutt.ly/RIJmvRt>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento: as posições que foram delineadas na audiência pública realizada pelo STF. In: *JOTA*, 18 jun. 2017. Disponível em: <https://cutt.ly/ZIMetnU>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- STARCK, Christian. *Die Grundrechte des Grundgesetzes*. *JuS*. München und Frankfurt a. M: Beck, 1981.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). *C-131/12*. Datos personales – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de dichos datos [...] Alcance de las obligaciones de dicho gestor y de los derechos del interesado [...]. Relator: M. Ilešič, 13 maio 2014. Disponível em: <https://cutt.ly/aWESgtB>. Acesso em: 04 set. 2021.
- WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, Boston, v. 4., n. 5, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <https://cutt.ly/NIJUJFW>. Acesso em: 7 fev. 2020.
- WIEACKER, Franz. *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*. In: LUTTER, Marcus; STIMPEL, Walter; WIEDEMANN, Herbert (Hrsg.). *Fest für Robert Fischer*. Berlin: Gruyter, 1979, p. 867-881.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Carolina Lopes da; DUQUE, Marcelo Schenk. O direito ao esquecimento como um direito fundamental implícito à luz da doutrina e jurisprudência. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 48, p. 393-431, jan./jun. 2023.

Recebido em: 01.11.2021.

Pareceres: 11.02.2022; 12.03.2022 e 09.09.2022.

Aprovado em: 03.05.2023.