

JULGAMENTO DO TEMA 786 DA REPERCUSSÃO GERAL: FIM DO DIREITO AO ESQUECIMENTO?

Judgment of Theme 786 of General Repercussion: End of the Right to Oblivion?
Revista dos Tribunais | vol. 1042/2022 | p. 73 - 92 | Ago / 2022
DTR\2022\10490

Fábio Vinicius Maia Trigueiro

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com Menção em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Constitucional e Bacharel em Direito. Consultor Jurídico e Advogado. fabiov.maia@hotmail.com

Adelmar Azevedo Régis

Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal da Paraíba. Ex-Procurador Geral do Município de João Pessoa/PB. Ex-Procurador Geral do Município de Conde/PB. Ex-Juiz Leigo do Tribunal de Justiça da Paraíba. Advogado. Assessor Especial da Procuradoria Geral da República. azevedoregisadelmar@gmail.com

Área do Direito: Constitucional

Resumo: No ano de 2021, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão histórica, que interessou a juristas e ao público em geral, ao decidir o Tema 786 da repercussão geral, cuja tese enuncia ser incompatível com a Constituição Federal o mundialmente propalado direito “ao esquecimento”. Imediatamente, surgiram vozes e notícias anunciando o fim do direito ao esquecimento no Brasil. Este artigo apresenta críticas à decisão, sob dois aspectos principais: não aplicação de um método adequado de ponderação dos direitos fundamentais e descon sideração da densidade normativa da Lei Geral de Proteção de Dados, que tutela pretensões legítimas de um direito “ao esquecimento”.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento – Supremo Tribunal Federal – Tema 786 da Repercussão Geral

Abstract: In 2021, the Brazilian Supreme Court issued a historic decision, of interest to legal professionals and to the general public. It stated that the worldwide vaunted right “to be forgotten” is incompatible with the Federal Constitution. Immediately, voices and news emerged announcing the end of the right to be forgotten in Brazil. This article criticizes the decision, under two main aspects: failure to apply an adequate method of balancing fundamental rights and disregard of the normative density of the General Data Protection Law, which protects legitimate claims of a right “to be forgotten”.

Keywords: Right to Oblivion – Brazilian Supreme Court – Theme 786 of General Repercussion

Para citar este artigo: TRIGUEIRO, Fábio Vinicius Maia; RÉGIS, Adelmar Azevedo. Julgamento do Tema 786 da repercussão geral: fim do direito ao esquecimento?. *Revista dos Tribunais*. vol. 1042. ano 111. p. 73-92. São Paulo: Ed. RT, agosto 2022. Disponível em: [inserir link consultado](#). Acesso em: DD.MM.AAAA.

Sumário:

1. Introdução - 2. Teoria e conceito do “direito ao esquecimento” - 3. Análise e crítica: julgamento do Tema 786 da repercussão geral (RE 1.010.606/RJ) - 4. Considerações finais - 5. Bibliografia

1. Introdução

Em 11.02.2021, por maioria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão que efervesceu o universo jurídico e repercutiu nos meios de comunicação de massa, despertando o interesse de juristas e do público em geral, que passou a carecer de mais proteção em suas relações virtuais após a pandemia mundial da Covid-19. Em decisão vocacionada a ser reproduzida pelos tribunais inferiores, o STF fixou tese com repercussão geral, cuja parte inicial enuncia que “é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento (...)” (Tema 786 da repercussão geral).

Seria o fim do propalado “direito ao esquecimento”? Certamente, não. A teoria do direito ao esquecimento trilhou caminhos férteis e teve reconhecido diversos de seus modos de exercício, nos

domínios da doutrina, da jurisprudência e das leis, também no Brasil, onde os registros de sua proteção jurídica permeiam a legislação nacional e, sobretudo, a recente Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).¹

A Sociedade da Informação (SI) trouxe profundas transformações sociais, econômicas e políticas, modificando a sociedade global de forma abrangente. A causa de seu surgimento é atribuída, principalmente, à 4ª Revolução da Informação, marcada pelo processo de digitalização ou informatização permitido pelas novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), especialmente a Internet, que é a *coluna vertebral da sociedade da informação* (RALLO, 2014, p. 161) e que acelerou o processo de globalização e levou a sociedade a viver em rede.

Informação, conhecimento e novas TICs são os elementos mais presentes na sociedade contemporânea, o que mantém no núcleo desse paradigma social os processos de aquisição, armazenamento, processamento, difusão e demais formas de tratamento de dados, que afetam desde a vida em família até os processos de produção industrial e criação de novos mercados. Na SI, todos podem recolher, tratar e difundir informações as mais diversas, até sobre si mesmos, bem como interagir em tempo real com quem o faz, inclusive com os grandes meios de comunicação de massas. O imenso fluxo de informações gerado diariamente torna as coisas ultrapassadas rapidamente. Além disso, com a internet, os conteúdos do passado passaram a ser armazenados numa biblioteca virtual universal, acessível por todo o mundo, numa fração de segundos, a qualquer tempo e em qualquer lugar (SARLET, 2015; SILVA DE LAPUERTA, 2014, p. 8; CAUPERS, 2014).

Por consequência, foram potencializadas a espionagem (cultura de *stalkers*), a devassa da vida privada e outros fenômenos negativos ao desenvolvimento da personalidade humana, a exemplo dos *assassinatos de reputações* ("cancelamento de perfis"), das *fake news* e da difusão da desinformação. Esses fatores, somado a novos e cada vez mais avançados dispositivos encontrados no mercado, supercomputadores, *big datas*, motores de busca, além da cultura de *viver em rede*, da captação e monetização dos dados pessoais informatizados, expõem os direitos da personalidade dos indivíduos e dificultam sua proteção.

Dentre as franquias contemporâneas dos direitos da personalidade, surgiu o debate mundial sobre a existência de um denominado direito "ao esquecimento", que pode ser apresentado como um *trunfo* do indivíduo para, mesmo que *a posteriori*, contrapor-se a uma comunicação ou forma de tratamento de um fato pretérito ou realidade desatualizada que lhe diga respeito, cuja repercussão no presente podem lhe atingir negativamente interesses legítimos. Trata-se de um direito a ser esquecido ou deixado em paz, em relação a determinados aspectos ou perspectivas de ordem privada, em virtude do transcurso do tempo entre a informação passada e o momento posterior de sua utilização por terceiros.

Distante de dúvidas, o principal obstáculo ao reconhecimento e proteção dos modos de exercício do "direito ao esquecimento" é o fato de seu exercício colidir com o direito à liberdade de expressão, informação e imprensa, que compõe um bloco de direitos fundamentais cujo exercício foi impulsionado pela internet e que possuem dimensões objetivas particularmente importantes, ligadas ao bom funcionamento da democracia e à satisfação de interesses públicos legítimos. São valores essenciais para o pleno exercício da democracia.

No Brasil, o STF, por maioria, ao apreciar o RE 1.010.606/RJ e aprovar tese com repercussão geral (Tema 786), em decisão histórica, finalizada em 11.02.2021, resolveu a colisão entre os referidos plexos de direito fundamentais de forma a, potencialmente, fulminar *em abstrato* o direito "ao esquecimento".

Com o merecido respeito ao STF, este não atuou bem, ao afirmar que, *em tese*, a Constituição Federal é contrária a uma ideia de direito ao esquecimento destinado a obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados a respeito de uma pessoa, em virtude de, no passado, terem sido regularmente obtidos. O STF decidiu à revelia de um adequado método de ponderação dos direitos fundamentais, além de não ter tratado adequadamente, dentre outras, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018 (LGL2018\7222)), conforme se passa a expor.

2. Teoria e conceito do "direito ao esquecimento"

O chamado "direito ao esquecimento" corresponde a dimensões dos direitos fundamentais da

personalidade, cujo reconhecimento e proteção são consagrados no texto constitucional e infraconstitucional, na doutrina e na jurisprudência nacionais e estrangeiras², nomeadamente os direitos à intimidade da vida privada, à identidade pessoal, à honra e ao crédito, com os quais mantém histórica relação filial. As contemporâneas pretensões de “esquecimento”, no âmbito civil, estão ligadas ao transcurso do tempo e à capacidade das novas tecnologias de impedir o natural esquecimento social, o que tem a potencialidade de afetar o livre desenvolvimento da personalidade humana, em consonância com o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014 (LGL\2014\3339)) e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222)).

Historicamente, o direito ao esquecimento está relacionado à ressocialização de pessoas que cometeram atos ilícitos ou que foram judicialmente condenadas no passado e que, em virtude do transcurso de tempo suficiente à sua reabilitação social, pretendem impedir que tais fatos remotos sejam divulgados no presente, por prejudicarem o livre desenvolvimento de sua personalidade e terem a potencialidade de produzir-lhes graves danos. Trata-se do chamado direito ao esquecimento na seara penal. É nesse domínio que o direito ao esquecimento é originariamente reportado (RODRIGUES JÚNIOR, 2013).

Nesse sentido, a dogmática remete a precedentes clássicos do Tribunal Constitucional Federal Alemão, especialmente aos conhecidos casos *Lebach I*, *Irniger* e *Lebach II*³, e muitos outros fornecidos pelo direito estrangeiro⁴. Infere-se, da análise desses casos célebres, que a discussão foi centralizada sobre aquela vertente primeira do direito ao esquecimento, ligada classicamente à ressocialização de apenados que já cumpriram suas penas. Mas, já nesses casos, observa-se que a solução da colisão entre os direitos fundamentais é obtida a partir da realização de ponderação concreta (e não em abstrato) dos pesos dos direitos em colisão (direitos da personalidade vs. liberdade de expressão), e que o fiel dessa balança é afetado pelo transcurso do tempo entre os fatos que se pretende *esquecer* e o momento de sua divulgação.

Logo, desde sempre, observa-se que o transcurso do tempo pode corroer a legitimidade com que a liberdade de expressão é exercida, seja para exigir cuidados adicionais no tratamento futuro da informação (anonimização das pessoas envolvidas, limitação de aspectos do tratamento, desindexação em motores de busca etc.), seja para contrapor-se à divulgação de um fato passado, em virtude de ele passar a dizer respeito ao domínio privado da pessoa e não mais existir interesse público que justifique sua publicização.

Contemporaneamente, na vigência da SI, as pretensões relacionadas ao direito ao esquecimento ganharam novas designações (desindexação, exclusão, remoção e bloqueio de conteúdo, anonimização de dados pessoais e oposição a tratamentos de dados na Internet), mas mantidas filiadas aos direitos fundamentais da personalidade, conforme revelam a jurisprudência nacional e a estrangeira.⁵

Em suma, os precedentes judiciais clássicos e contemporâneos relativos ao designado direito ao esquecimento dão conta que ele é manifestação do direito geral de personalidade, tendo como elemento distintivo de seus modos de exercício a ausência de contemporaneidade entre o fato referente e a data de sua divulgação ou tratamento posterior.

Logo, a ideia de direito ao esquecimento revela posições jurídicas enquadradas no conteúdo do direito geral da personalidade, subjazendo das pretensões de “esquecimento” a finalidade de proteger a pessoa de seu passado, que pode afetar negativamente o desenvolvimento de sua personalidade no presente e no futuro. Portanto, o direito ao esquecimento tem por objeto aspectos da *própria pessoa ou modos de ser da personalidade humana*, o que define o gênero “Direitos da Personalidade” (MOTA PINTO, 1993, p. 485).

Assim, o direito ao esquecimento representa a tutela da personalidade humana contra os fenômenos da *eternização da informação* ou da *perda da capacidade de esquecer*, pretendendo seu titular exercer interesse juridicamente protegido de impedir a divulgação de informações e fatos pretéritos determinados, a depender de quão íntimos são ou tornaram-se eles; ou de quão desatualizados, ou descontextualizados, ou ofensivos são, mesmo se verdadeiros e lícitamente obtidos no passado. É dizer que a legitimidade do exercício da liberdade de expressão no passado tem a potencialidade de perder força, em função da passagem do tempo e até tornar-se ilegítimo, frente a direitos fundamentais da personalidade em sentido contrário.

Nessa esteira, os âmbitos de proteção do chamado direito ao esquecimento estão atrelados aos direitos da personalidade há muito consagrados, nomeadamente a Intimidade da Vida Privada, Identidade Pessoal, Honra (subjéctiva e objectiva) e Crédito; motivo pelo qual não se trata de uma nova espécie jurídica, mas de modos de exercício de direitos fundamentais há muito conhecidos e tutelados.⁶

Para além disso, a proteção das múltiplas dimensões da personalidade humana, contemporaneamente representados por dados informatizados inseridos na internet, demanda considerações e preocupações específicas em virtude das peculiaridades e características do meio em que passaram a ser tratadas, de que decorrem novos desafios à proteção dos direitos da personalidade.

Esses novos fatores foram aportados pelos paradigmas da SI e produziram modificações substanciais em dois aspectos fundamentais da existência humana: o *tempo* e a *memória*. O transcurso do tempo é um natural ordenador das relações jurídicas e a capacidade de memória das pessoas afeta a integridade moral e psíquica de cada um. A conexão do tempo com a memória é o aspecto psíquico-humano do tempo, isto é, a forma como as coisas passadas são recordadas e avaliadas no presente e que prognósticos geram sobre o futuro de alguém. Logo, a memória pressupõe o transcurso do tempo; e a rememoração de algo leva o indivíduo e a coletividade a reviver experiências passadas e até a chegar a conclusões diferentes no presente, afetando expectativas do futuro. Por outro lado, esquecer o passado evita essas mesmas potencialidades da lembrança. Em suma, esquecimento e lembrança compõem a memória, que, por sua vez, é elemento constitutivo da personalidade humana (SARLET E FERREIRA NETO, 2019, p. 36-39).

Por isso, recordar e esquecer se relacionam diretamente com o desenvolvimento da personalidade humana, refletindo em necessidades individuais e coletivas, em razão de que ambas merecem proteção jurídica. Esse é o substrato material da discussão sobre os modos de exercício dos direitos da personalidade reportados como direito “ao esquecimento”, consubstanciado na colisão entre os direitos fundamentais da personalidade e as liberdades de expressão.

Ocorre que, com o advento da sociedade digital, vem sendo gradualmente perdida a capacidade de esquecimento, em virtude da “memória digital” construída pelas novas TICs, cuja consequência é a “eternização da informação” e, por conseguinte, o desequilíbrio entre os dois lados da balança da memória – lembrança e esquecimento. Esse fenómeno desarmonizou a fluência do tempo durante a vida de um ser humano, pois o passado, podendo ser rememorado numa fração de segundos, tornou-se um constante presente e influencia a expectativa de futuro dos indivíduos e da coletividade. Outro problema é que o passado, mantido e misturado ao presente, corre sempre o risco de ser descontextualizado e definido a partir dos novos valores e conceitos sociais, o que o torna “eternamente indefinido” (SARLET e FERREIRA NETO, 2019, p. 40-44).

A intensificação do interesse sobre o direito “ao esquecimento” decorre de uma consequência da evolução tecnológica sentida no âmbito de proteção dos direitos da personalidade humana. Não é novidade que a proteção da privacidade está intimamente relacionada ao desenvolvimento de novas tecnologias, que, a cada evolução, permitem o escrutínio e a invasão da vida privada das pessoas (WARREN/BRANDEIS, 1890). Logo, a internet e as inovações trazidas pela SI significam novos desafios à proteção dos direitos da personalidade, que passaram a apresentar novos carecimentos.⁷

Essas novas necessidades da pessoa humana foram adequadamente absorvidas no Regulamento Geral Europeu sobre a Proteção de Dados, que, em seu corpo normativo, evidencia que tratamentos de dados pessoais, mesmo que *verídicos e lícitamente obtidos*, podem tornar-se irregulares, em virtude do transcurso do tempo, salvo se o tratamento posterior estiver amparado em razões jurídicas válidas que justifiquem sua manutenção.⁸

No Brasil, verificamos que a ausência de contemporaneidade entre o fato e a sua divulgação ou consideração posterior, a depender o interstício transcorrido, produz efeitos jurídicos em diversos ramos do direito.⁹⁻¹⁰

Para além disso, o legislador pátrio aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que apresenta uma densidade normativa semelhante ao Regulamento Europeu e dispõe de prerrogativas pessoais que materializam substancialmente modos de exercícios de um *direito ao esquecimento*, podendo ser extraído dos seus art. 7º, §§ 3º, 4º e 7º, 15 e 16 que um tratamento de

dados pessoais inicialmente lícito pode tornar-se ilícito, em razão do transcurso do tempo, caso não existam razões válidas que justifiquem o tratamento posterior.¹¹

Reside aí o ponto central da teoria do direito ao esquecimento na SI, o qual representa modos de exercício de consagrados direitos da personalidade. O direito ao esquecimento nasceu integrado ao direito geral da personalidade, e suas contemporâneas aparições consistem em dimensões e repercussões dos mesmos direitos da personalidade, já densificados e consagrados no ordenamento nacional. Portanto, o denominado direito ao esquecimento deve ser tratado no campo já conhecido dos referidos direitos fundamentais da personalidade, como um âmbito de proteção da personalidade humana ligada ao modo e à finalidade com que o passado de uma pessoa é rememorado e como os dados pessoais recolhidos outrora são tratados posteriormente.

3. Análise e crítica: julgamento do Tema 786 da repercussão geral (RE 1.010.606/RJ)

Inicialmente, sobre a decisão do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ (objeto de análise deste artigo), é válido reiterar que o STF aprovou a fixação de tese com repercussão geral, o que vocaciona o precedente a ser reproduzido no julgamento de casos análogos em todo o País¹². Sendo assim, apesar de o julgamento ter partido de um caso concreto, a tese aprovada afeta relações jurídicas para além dele, tendo a potencialidade de conformar o sistema jurídico nacional. Por essas razões, neste artigo, não há interesse em debater o caso concreto, mas somente a tese com repercussão geral aprovada por ocasião de seu julgamento.

Da análise do inteiro teor do acórdão que decidiu o Tema 786 da repercussão geral (designado “aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”), em busca de sua *ratio decidendi* – cuja identificação foi dificultada pela notada “dispersão de fundamentos” verificada nos votos, que se fundaram em hipóteses que mais representam exceções do que regra¹³ –, destaca-se que o STF identificou um ponto comum na teoria do direito ao esquecimento, qual seja:

“[...] a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.”

Todavia, segundo o acórdão, tal pretensão não encontra amparo no ordenamento nacional, de modo que fatos e informações sobre uma pessoa que tenham sido objeto de tratamento ou divulgação regular no passado tem sua licitude imunizada contra o tempo. De acordo com a Corte Máxima de Justiça:

“Elas (*notícias sobre dados e informações de pessoas*) permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu tempo, lícitamente obtidos e tratados. Isso porque a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito. A previsão ou aplicação do direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. Um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Ele não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial.” Grifo nosso.

Em arremate, foi aprovada a seguinte tese com repercussão geral:

“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 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 das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.”

A decisão foi obtida por maioria de votos, com registros importantes no acórdão sobre a inadequação da tese fixada para pacificação da matéria. Extrai-se da *ratio decidendi* do precedente uma grave incoerência (notada e apontada por parte dos ministros), pois, por um lado, afirma-se ser incompatível com a Constituição o direito ao esquecimento e que sua previsão e aplicação afrontam a liberdade de expressão; todavia, por outro lado, admite-se ser viável “um comando jurídico que

eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação”, desde que previsto em lei, de forma pontual e clara, e sem supressão da liberdade de expressão.

Logo, a tese não pacifica a discussão sobre o tema. Ao fazer concessão a uma margem de escape a casos específicos em que pretensões de “esquecimento” sejam reconhecíveis, sinaliza caminhos possíveis à teoria do direito “ao esquecimento”, que, na tentativa de ser negado, acabou fortalecido, escapando pelas muitas *brechas* argumentativas existentes no acórdão¹⁴.

Sendo a Constituição a norma de validade de todo o ordenamento infraconstitucional abaixo dela, norma que a contrarie não nasceria com vício de inconstitucionalidade? A incoerência se revela, portanto, na primeira parte da tese, ao enunciar ser “incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento”.

A decisão do STF é questionável, por diversos fundamentos. Devido à limitação espacial, limite-se à abordagem de dois: (i) não aplicação de um adequado método de ponderação dos direitos fundamentais em colisão; (ii) desconsideração da densidade normativa da Lei Geral de Proteção de Dados.

A discussão sobre a existência de um direito ao esquecimento ocorre no âmbito de uma importante colisão de direitos fundamentais, cuja solução exige a aplicação de métodos adequados de ponderação e concordância prática entre eles. É cediço que os direitos fundamentais surgem em períodos diferentes da história, à medida que o homem e a vida em sociedade vão se desenvolvendo, de modo que seu rol continua a ser ampliado ante a inexorável mutação social. Além disso, os direitos se fundam sobre valores diversos e possuem conteúdo impreciso e heterogêneo, o que dificulta sua coexistência. Ademais, também mutantes ao longo da história, acrescentam-se a essa tensão as exigências da vida em sociedade, as quais comumente formam animosidades com os direitos fundamentais do indivíduo; e ainda, os pressupostos fáticos à ativação desses direitos. Tudo isso faz dos direitos fundamentais bens não absolutos, porquanto não são plenamente realizáveis ao mesmo tempo.

Ressalta-se ainda que as liberdades civis não são apenas oponíveis às entidades públicas, mas também aos demais indivíduos (apelando ao Estado uma intervenção protetiva) (GUY HAARSCHER, 1997, p. 14, 49). O mesmo se aplica aos direitos, liberdades e garantias, tais quais a liberdade de expressão e os direitos da personalidade (em que se enquadra o direito ao esquecimento).

Logo, é complexa a tarefa de harmonizar a contento os direitos fundamentais, que possuem estrutura normativa formada, preponderantemente, por princípios e comumente relacionam-se com outros em relação de tensão ou colisão¹⁵. A variedade dos valores fundantes e a heterogeneidade de seus conteúdos fazem dos direitos fundamentais concorrentes entre si e também com outros valores constitucionais, de modo que, por vezes, a realização de uns implica a restrição de outros¹⁶.

É certo, portanto, que um direito fundamental, por ter estrutura de princípio, admite outro igualmente válido em sentido contrário (DWORKIN, 2010, p. 39, 44-45) e que, ao contrário das regras (cuja aplicação dá-se de modo *tudo ou nada*), aqueles admitem uma realização gradual na maior medida do que for fático e juridicamente possível, podendo, assim, serem preteridos numa situação concreta e manter incólume a validade e vigência de suas normas (ALEXY, 2011, p. 90-91).

Estamos a tratar de problemas de interpretação e aplicação do direito para a resolução dos quais os critérios tradicionais de resolução de antinomias pouco contribuem (BARROSO, 2010, p. 303-304, 312, 329-334). Os clássicos cânones da interpretação jurídica (literal, histórico, sistêmico e teleológico) e o método de justificação silogístico não são capazes, por si só, de responderem a todos os quesitos suscitados pelas equações jurídicas formadas num sistema constituído por normas tais quais os princípios (ALEXY, 2013, p. 21, 221, 226), visto que não são aptos a retirar premissas de normas de conteúdo indeterminado e a considerar as circunstâncias do caso concreto para tanto (SÁNCHEZ GIL, 2007, p. 21)¹⁷. Portanto, a técnica jurídica classicamente considerada comum do direito não é capaz de resolver essas controvérsias (DWORKIN, 2010, p. 3, 4).

A pergunta mais importante, portanto, não é se os direitos fundamentais são ou não absolutos no sentido de plena e permanentemente realizáveis, mas sim, em quais condições prevalecerão, quão relativizados ou comprimidos podem ser esses direitos preferenciais e como controlar a legitimidade das decisões e intervenções do Estado sobre eles, determinando, assim, a eficácia desses direitos vitais.

Na espécie, foi apontado que o exercício do direito ao esquecimento colide naturalmente com o direito à liberdade de expressão, já tendo essa colisão sido refletida em normas do ordenamento nacional. Ademais, a legislação sobre o tema não soluciona os *conflitos* em abstrato, não obstante traga importantes contributos à resolução dos casos concretos que se apresentem. Portanto, é comum da estrutura dos ordenamentos jurídicos contemporâneos admitir complexidades e uma robusta potencialidade de *antinomias* entre esses direitos.

Desse modo, pode parecer confortável solucionar a questão do direito “ao esquecimento” negando-o em abstrato, em prol de uma defesa absoluta da liberdade de expressão – como, potencialmente, o fez o STF no julgamento do Tema 786 da repercussão geral –, mas não é juridicamente adequado. Solução assim aproxima-se de um pragmatismo exagerado, que peca por desprender-se do sistema jurídico e focar-se demasiado no grau de utilidade ou bondade coletiva da decisão, o que justifica conclusões que sacrificam, desproporcional e não razoavelmente, direitos fundamentais individuais como meio de satisfazer finalidades coletivas (BARROSO, 2010, p. 279-284).

É bem verdade que alguns dos votos analisaram a necessidade de realizar a adequada ponderação da colisão em concreto, nos moldes do método da Proporcionalidade¹⁸; porém, não foi essa a linha prevalecente no julgamento.

Vozes autorizadas asseveram que o mais importante método de controle dos atos e medidas dos Poderes públicos que versam sobre ou interferem nos direitos fundamentais é hoje o Princípio da Proporcionalidade (TAVARES DA SILVA, 2014, p. 49); um importante princípio de interpretação constitucional fundado no devido processo legal substantivo e na justiça (BARROSO, 2010, p. 305-306); uma máxima decorrente da própria natureza dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida fática e juridicamente possível (ALEXY, 2011, p. 99, 116-120) e que, ainda que não seja expressamente previsto, é dedutível do próprio sistema constitucional (CANOTILHO/MOREIRA, 2014, p. 392).

A ideia central do Princípio da Proporcionalidade é alcançar a *ponderação* ou *concordância prática* dos direitos, interesses e valores colidentes, distribuindo os pesos da colisão mediante a consideração de elementos jurídicos e não-jurídicos. Dessa ponderação, obtém-se uma conclusão – chamada *lei da ponderação* ou *regra de precedência condicionada* –, a partir da qual um dos valores colidentes irá ceder e ser limitado em prol de maior realização do outro, sendo válida apenas ao caso concreto. Logo, não se estabelece hierarquia em abstrato (ou *prima facie*) entre os direitos fundamentais por via desse método. Tradicionalmente, essa ponderação é realizada através de três etapas, chamadas de testes ou exames da *Adequação*, *Necessidade* e *Proporcionalidade em sentido estrito*, por meio do qual se busca atender à exigência argumentativa de concreção dos princípios, extraíndo-lhes enunciados normativos (ALEXY, 2013).

Na decisão em análise, o STF não aplicou um adequado método de ponderação dos direitos fundamentais em colisão, tendo resolvido a colisão em abstrato, ao enunciar, na tese de repercussão aprovada, que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição (pese-se que, embora tenham sido reconhecidas, previamente, exceções a essa regra, ou *mais exceções que regra*).

É extraível da leitura dos votos que se tendeu ao respeito à colegialidade e ao direito do precedente, replicando-se o *standard* obtido quando do julgamento da ADPF 130 (julgada em 30.04.2009, caso da não recepção da Lei de Imprensa de 1967) e da ADI 4815 (julgada em 10.06.2015, caso das biografias não autorizadas) como balizador do exame de constitucionalidade do direito ao esquecimento e sua ponderação com a liberdade de expressão.

O principal argumento desse balizador é a posição preferencial (*preferred position*) ou ordem de precedência cronológica de exercício atribuída à liberdade de expressão em relação aos direitos fundamentais da personalidade, de modo que estes, em regra, são tuteláveis *a posteriori*, mediante direito de resposta, responsabilização civil e criminal, e outras formas de proteção.

No entanto, a posição preferencial conferida à liberdade de expressão não relega à inconstitucionalidade os direitos da personalidade colidentes. A defesa da liberdade da expressão não impede a tutela, ainda que *a posteriori*, da intimidade da vida privada, da identidade da pessoa, da honra e demais direitos fundamentais da personalidade. O mesmo se aplica ao direito ao esquecimento, que, como visto, é modo de exercício do direito geral de personalidade.¹⁹

Ademais, verifica-se dos votos vencedores que a rejeição da teoria do direito ao esquecimento parte de casos extremos, nos domínios dos quais poucos defendem ser juridicamente possível uma pretensão de esquecimento, a exemplo de quando o fato passado diz respeito a temas como a Segunda Guerra Mundial, a Escravatura, biografias de pessoas famosas e outros temas que revelam interesses gerais ou dilemas da sociedade, além de fatos históricos relevantes, a exemplo do próprio caso concreto *Aida Curi*, cuja reflexão importa ao combate do problema social da violência contra a mulher, que assola a sociedade brasileira.²⁰

A definição sobre a compatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição se mostrou, nos votos, muito associada a hipóteses análogas ao caso concreto do RE 1.010.606/RJ (o caso *Aida Curi*); de modo que se partiu da pior leitura da teoria do direito ao esquecimento para negá-lo inteiramente, em abstrato, ao menos consoante exposto na tese aprovada. Não foi realizada, portanto, adequadamente, a *objetivação* do tema, para fins de análise geral e abstrata do direito ao esquecimento, tendo a argumentação ficado ancorada em aspectos do caso concreto e a hipóteses análogas a ele.²¹

A base conceitual de que se partiu para o exame de constitucionalidade do direito ao esquecimento, conforme *ratione decidenti* da decisão, abarca uma gigantesca quantidade de hipóteses de incidência, abrangida por um enorme suporte fático, que não cabe e excede em muito o escopo das análises realizadas para a aprovação da tese, conforme registrado nos votos que compõem o inteiro teor do acórdão.

Revela-se, portanto, que apesar dos esforços empreendidos, não se conseguiu atender às exigências da fase prévia à resolução de uma colisão de direitos fundamentais²². Antes de apontar a solução da colisão entre normas fundamentais, além de conhecer os cânones interpretativos e os contributos da dogmática jurídica e da jurisprudência sobre o tema (o que foi demonstrado na maior parte dos votos), o intérprete deve identificar todo o suporte fático abrangido pela matéria em exame (em busca de enunciados empíricos sobre fatos, atos, motivos, estado de coisas, o que exige conhecimento interdisciplinar). Em suma, deve lançar mão de todas as fontes do discurso jurídico, a fim de buscar as premissas a serem aplicadas à solução (ALEXY, 2011, p. 165-166, 551-573; ALEXY, 2013, p. 228 e seguintes).

Ocorre que, nos próprios votos, foi reiterada a dificuldade de definição conceitual do direito ao esquecimento. Se assim o é, não parece fazer sentido negar em absoluto aquilo que não se conseguiu definir²³. Com efeito, o caso não comportava a aprovação de uma tese de repercussão geral, mais correto seria o STF ter julgado somente o caso concreto, sem aprovar tese abstrata, ao menos não da forma como aprovou.

Quanto ao segundo ponto de argumentação da análise crítica proposta neste artigo, os votos vencedores não consideraram adequadamente a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018 (LGL/2018/7222)). Foi considerado que a legislação nacional, incluindo a LGPD (que, em alguns votos, sequer foi mencionada), não protege um direito ao esquecimento.²⁴

Por outro lado, nos mesmos votos vencedores, quando analisaram a LGPD, afirmaram fazer um exame não minucioso, sem cognição exauriente da matéria, por entenderem não fazer parte do objeto da discussão do Tema 786 da repercussão geral.²⁵

É necessário discordar. O campo contemporaneamente mais fértil, legítimo, apropriado e necessário de se discutir a possibilidade jurídica de um direito ao esquecimento dá-se no âmbito da proteção de dados pessoais, especialmente nos domínios da internet.

Além disso, extrai-se, de parcela votos, que a afirmação de inexistência de proteção jurídica do direito ao esquecimento decorreria da ausência de sua previsão autonomizada, com essa nomenclatura. Entretanto, como visto, tais modos de exercício dos direitos fundamentais da personalidade não precisam ser denominados expressamente em nenhuma norma para serem tuteláveis pelo ordenamento nacional.²⁶

É indispensável considerar toda a densidade normativa da LGPD, para aferir se o direito ao esquecimento é protegido pela legislação infraconstitucional, ou melhor, se o Poder Legislativo, em exercício de seu papel de regulamentar o texto Constitucional, previu a garantia de prerrogativas pessoais que se enquadrem em seu conceito.

Nessa esteira, entendemos que pode ser extraído dos arts. 7º, §§ 3º, 4º e 7º, 15 e 16, da LGPD que um tratamento de dados pessoais inicialmente lícito pode tornar-se ilícito, em razão do transcurso do tempo, caso não existam razões válidas que justifiquem o tratamento posterior. Reside aí o ponto central da teoria do direito ao esquecimento na sociedade da informação.

Acerca do exercício do direito ao esquecimento, embora não o tenha previsto expressamente, suas posições subjetivas podem ser garantidas por via das prerrogativas pessoais dispostas no art. 18, IV e VI, e § 2º, da LGPD, pois, considerando que o transcurso do tempo pode afastar a validade e legitimidade de um tratamento de dados, mostra-se possível, por via dos direitos à anonimização, bloqueio e eliminação de dados pessoais ou de oposição ao tratamento de dados (expressos nesses dispositivos legais), a proteção de modos de exercício de um direito ao esquecimento.

Em conclusão, compreendemos que o denominado direito ao esquecimento pode ser extraído da Constituição, especialmente dos arts. 1º, III, e 5º, X, que tutelam a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da personalidade. Logo, não há previsão expressa, mas implícita, do direito ao esquecimento na CF/88 (LGL\1988\3), o que está de acordo com o seu art. 5º, § 2º (fator que ratifica sua natureza de direito fundamental no ordenamento pátrio). Na legislação infraconstitucional, o Código Civil (LGL\2002\400), o Marco Civil da Internet e a LGPD disciplinam importantes direitos e obrigações que materializam a proteção do direito ao esquecimento.

4. Considerações finais

A Tese com Repercussão Geral 786 talvez tenha representado o fim da nomenclatura direito “ao esquecimento” (que há muito já é objeto de críticas em toda parte), mas não do conteúdo jurídico que sua ideia emana, de modo que, certamente, diversas hipóteses concretas serão afastadas do escopo da tese aprovada, as quais veicularão pretensões de “esquecimento”, mas possivelmente serão denominadas de outra forma. Entendemos mais oportuno designar *modos de exercício dos direitos fundamentais da personalidade na sociedade da informação*.

É preciso ter clareza e compreender que uma legítima ideia do direito “ao esquecimento” não pretende apagar a história nem a reescrever, mas garantir um nível de proteção adequada ao modo como informações e fatos passados relativos à personalidade de alguém são rememorados e tratados no presente, o que não necessariamente exige a oposição a um tratamento ou o apagamento de dados, podendo limitar-se à adoção de técnicas de anonimização e de desindexação, por exemplo.

Por outro lado, havendo interesse legítimo no tratamento posterior, o exercício da liberdade de expressão pode prevalecer. Além disso, a proteção dos direitos da personalidade pode dar-se a *posteriori*, resguardando a posição preferencial conferida à liberdade de expressão.

Por fim, fica o problema: mediante reprodução da referida tese aprovada pelos tribunais inferiores, quantos casos não serão adequadamente analisados nas instâncias ordinárias? Quantos milhares de recursos não serão admitidos? Certamente, poucos conseguirão exercer legítimas pretensões de esquecimento nos próximos anos, até que melhor se compreenda o tema e o próprio Supremo Tribunal Federal volte a debatê-lo, o que possivelmente ocorrerá por ocasião do julgamento de reclamações contra a má aplicação da tese aprovada, visto que, conforme bem afirmado pelo Ministro Marco Aurélio, após identificar que houve uma dispersão de fundamentos nos votos e que a tese proposta confunde mais que pacifica: “Evidentemente, quem estiver atuando no setor jurídico consultará esses votos para uma conclusão a respeito”²⁷. Fica o receio: será que, com tantos processos, todos os julgadores terão esse cuidado? E abre-se um questionamento, diante desse julgamento: será que o designado *direito do precedente* é o melhor caminho?

5. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 3. ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁLVAREZ CARO, María. *Derecho al Olvido em Internet: el Nuevo Paradigma de la Privacidad em la Era Digital*. Madrid: Editorial Reus, 2015.

ÁLVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia. Sentencia Google Spain y Derecho al Olvido. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2014, número 38, p. 110-118.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, número 5.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. v. I.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La Modulación de la Libertad de Información en Internet. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Derechos Fundamentales y el Estado*. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

GARAPON, Antonie. *Juez y Democracia*. Una reflexión muy actual. Flor del Viento Ediciones: Madrid, 1997.

GARCITÚA ESPÓSITO, Alejandro Luis. *El Derecho Fundamental a la Protección del Datos Personales en el Ámbito de la Prevención y Represión Penal Europea*. Universitat Autònoma de Barcelona, Tesis Doctoral, 2014.

HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

Limberger, Têmis. Da Evolução do Direito a ser Deixado em Paz à Proteção dos Dados Pessoais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* (2011), ano VIII, p. 267-292.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Significado da Liberdade de Imprensa no Estado Democrático de Direito e seu Desenvolvimento Jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (2012), v. III, n. 104, Ad Honorem n. 6, p. 544-577.

MOREIRA, José Manoel. Ética e Sociedade da Informação e Conhecimento. In: *Sociedade da Informação o Percurso Português*. Lisboa: Edições Sílabo, 2007.

MOTA PINTO, Paulo. A Limitação Voluntária do Direito à Intimidade da Vida Privada. In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editores, 2001, v. II.

MOTA PINTO. O Direito sobre a Reserva da Intimidade da Vida Privada. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1993), vol. LXIX, p. 479-586.

RALLO, Artemi. *El Derecho al Olvido en el Tiempo de Internet: la Experiencia Española*. Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 2014. Versão disponível no catálogo da Universitat Jaume I (ID 66654).

SARLET, Ingo Wolfgang; Ferreira Neto, Arthur M. *O Direito ao "Esquecimento na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SILVA DE LAPUERTA, Marta. El Derecho al Olvido como Aportación Española y el Papel de la Abogacía del Estado. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2014, n. 38, p. 7-12.

TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

TRIGUEIRO, Fábio Vinicius Maia. *Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação*. 2016. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas com Menção em Direito Constitucional). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra (Portugal). Disponível em:

[<https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/41206>]. Acesso em: 16.09.2021.

Publicados na Internet

CAUPERS, João. *Talvez seja tempo de ponderar a inclusão, no texto constitucional, entre os direitos, liberdades e garantias, do direito ao esquecimento* (2014). Universidade Nova Lisboa. Disponível em: [http://www.fd.unl.pt/conteudos_tipo.asp?Tipo=76]. Acesso em: 18.06.2016.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990]. Acesso em: 20.04.2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento-culpa-erros-humanos]. Acesso em: 20.04.2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj]. Acesso em: 20.04.2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protexao-direito-esquecimento]. Acesso em: 20.04.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet]. Acesso em: 29.05.2015.

Legislação

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ. Relator: Dias Toffoli – Plenário. Site Oficial do STF, Brasília, 11.02.2021. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>]. Acesso em: 16.09.2021.

1 Não esquecendo as dezenas de projetos de lei propondo seu expresse reconhecimento, em trâmite no Congresso Nacional. Disponível em: [www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes]; [<https://www.congressonacional.leg.br/materias>]; [www25.senado.leg.br/web/atividade]. Acessos em: 14.09.2021.

2 Em sede jurisprudencial, há precedentes do Tribunal Constitucional Alemão que remontam aos anos 1970, entre outros, nos quais o direito ao esquecimento foi reconhecido como tradicionalmente ligado à ressocialização de criminosos. Também existem casos reconhecidos em diversas outras partes do globo, como na Itália (cuja nomenclatura adotada é semelhante – *diritto all'oblio*); na Espanha, onde a dogmática adotou nomenclatura similar (*derecho al olvido*) e autores colocam as instituições judiciais espanholas em posição de destaque no tocante à tutela desse direito. Também em França o direito ao esquecimento repercute, onde igualmente é conhecido com denominação análoga (*le droit à l'oubli*). Nos domínios do direito comunitário europeu, o direito ao esquecimento se apresenta mais densificado, sobretudo a partir do julgamento do célebre caso *Google Spain vs. M. C. G.*, julgado em 2014, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual difundiu a discussão acerca do reconhecimento do direito ao esquecimento na Europa e para além dela, intensificando o interesse doutrinário, legislativo e jurisprudencial em discutir essa problemática, tendo o precedente europeu tratado dessa colisão especialmente no âmbito da sociedade da informação, que trouxe novos desafios à proteção dos direitos da personalidade.

3 BverfGE 35, 202 – Lebach (I), julgado em 05.06.1973: um partícipe do assassinio de quatro militares alemães (fato ocorrido em 1969) intentou judicialmente impedir a exibição de uma reportagem que seria exibida quatro anos depois por um canal de televisão, a qual retratava também o crime que ele ajudara a cometer. O autor da ação foi condenado e o programa televisivo seria exibido em data próxima ao dia da sua soltura. Ponderando o enfraquecimento da liberdade de informação em virtude da ausência de contemporaneidade entre a data do acontecimento do fato e o de sua divulgação, bem como o fato de o momento em que seria publicado atrapalharia a ressocialização do apenado, protegendo o direito geral de personalidade do indivíduo, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu uma pretensão de ser esquecido (apesar de não tê-la afirmado expressamente).

BGE 109 II 353 – Paul *Irniger*, julgado em 09.06.1983: o filho de um criminoso condenado à pena de morte e guilhotinado em 1939, opôs-se à divulgação, décadas depois, de tal fato por uma empresa de radiodifusão, que o faria por meio de um documentário. O tribunal entendeu ter direito o filho do criminoso a ver esse fato esquecido, porquanto sobre ele não há mais interesse público em sua divulgação (embora tenha havido no passado, ao tempo do acontecimento), de modo que sua publicação décadas depois ofende a privacidade tanto do criminoso ressocializado quanto de seus parentes. O documentário foi impedido de ser exibido. Observa-se que o direito ao esquecimento foi tratado como repercussão do direito à privacidade.

BvR348/98 (Lebach II), julgado em 25.11.1999: trata-se de uma reanálise do caso Lebach I, porém após o transcurso de ainda mais tempo entre a data da ocorrência do crime (1969) e a data da nova divulgação (1996). Um dos envolvidos no crime requereu a declaração do direito ao esquecimento e indenização por danos morais fundado em argumentos semelhantes aos que foram utilizados na primeira versão do caso. Porém, o Tribunal Constitucional alemão, ponderados os elementos do caso concreto, concluiu que não havia mais perigo à ressocialização do apenado e não havia razões que justificassem a indenização requerida, entendendo prevalecer naquele caso a liberdade de expressão. Logo, infere-se que, no caso específico, preponderou a liberdade de expressão em relação aos direitos da personalidade em questão (revelando a necessidade da ponderação em concreto dos respectivos direitos fundamentais).

4 Por exemplo, decisão do Tribunal de Roma, de 21 de novembro de 1996 (caso descrito em pormenores em Matos, 2011, notas 378, p. 234-238): foi julgada a pretensão de o direito ao esquecimento requerido em favor do filho de um criminoso. Este ganhou notoriedade pública negativa em virtude desse fato e se entendeu que sua má-reputação influenciava a formação da identidade pessoal de seu filho menor de idade. Em razão disso, foi impedida a divulgação de um documentário televisivo que pretendia retratar não só o fato criminoso, mas a vida do delinquente, incluído o nascimento da respectiva criança. O *diritto all'oblio* foi reconhecido ao menor, e os fatos e elementos relacionados a seu ascendente foram silenciados, como forma de tutela da identidade pessoal daquele, porquanto tais realidades prejudicariam a formação de sua personalidade, caso viesse a ser de conhecimento público.

5 No Superior Tribunal de Justiça, entre muitos: REsp 1.316.921/RJ (Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.06.2012, DJe 29.06.2012), Rcl 5072/AC (Segunda Seção, rel. Min. Marco Buzzi, j. 11.12.2013, DJe 04.06.2014), AgInt no REsp 1.593.873/SP (Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.11.2016, DJe 17.11.2016), REsp 1.642.560/SP (Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 12.09.2017, DJe 29.11.2017), REsp 1.660.168/RJ (Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.05.2018, DJe 05.06.2018). No direito comunitário europeu, dentre outros, o mundialmente conhecido caso *Google Spain vs. M. C. G.* (julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, na data de 13.05.2014, processo C-131/12).

6 Por essa razão, embora útil, não é indispensável a previsão de dispositivo legal específico que afirme textualmente o “direito ao esquecimento” para que possa ser considerado um direito fundamental da personalidade, visto que seu âmbito protegido está compreendido nas cláusulas gerais de proteção da personalidade, tais quais o art. 1º, III, e o art. 5º, X, da CRFB/88, o art. 11 do Código Civil Brasileiro, além de diversos dispositivos do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados.

7 A proteção da intimidade da vida privada, da personalidade humana, dos dados pessoais informatizados e do chamado “direito ao esquecimento” integram um mesmo processo de conquista

e proteção da personalidade humana frente aos novos desafios que se apresentam com o passar do tempo, com o desenvolvimento da vida em sociedade e de novas tecnologias, possuindo raízes comuns (Álvarez Caro, 2015, p. 27, 42).

8 O art. 17 do Regulamento Europeu previu expressamente o *direito a ser esquecido*, consubstanciado na prerrogativa de exigir o apagamento de um tratamento de dados configurado ilegítimo, o que pode decorrer da passagem do tempo, que tem a capacidade de torná-lo impertinente com as finalidades que o justificaram originariamente.

9 No âmbito penal, fruto do direito fundamental à ressocialização ou reabilitação, logo à vedação constitucional de previsão e aplicação de penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b” da CRFB), esse fato se mostra claro no art. 93 do Código Penal (CP), no art. 748 do Código de Processo Penal (CPP) e no art. 202 da Lei de Execução Penal (LEP), garantindo ao indivíduo sigilo sobre sua condenação penal passada, após o transcurso de determinados períodos, com o fito de viabilizar sua reintegração à sociedade. Acerca da consideração de fatos pretéritos da vida da pessoa como *maus antecedentes* para fins de fixação da pena-base (arts. 68 c/c 59 do CP), o STJ vem esgrimindo interpretações sistemáticas e teleológicas acerca da aplicação de limitação temporal aos *antecedentes do agente*, que é um dos critérios levados em conta pelo *juiz* quando da fixação da pena-base (art. 59 do CP) – ver: AgRg no AREsp 1.463.495/PR, Sexta Turma, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 06.08.2019, DJe 13.08.2019; HC 391.015/MS, Sexta Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16.05.2017, DJe 24.05.2017; AgRg no HC 468.970/SC, Sexta Turma, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 28.03.2019, DJe 05.04.2019, e AgRg no REsp 1.720.446/PR, Sexta Turma, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 30.04.2019. Quanto à execução penal, o STJ vem extraindo da adequada interpretação do art. 112 da LEP a necessidade de ser aplicada limitação temporal à consideração de faltas graves passadas na análise de pedidos de progressão do regime de cumprimento da pena; isto é, anulando o peso negativo de faltas disciplinares cometidas no passado, esquecendo-as (Sem prejuízo de outros: HC 509.389/SP, Quinta Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.06.2019, DJe 27.06.2019; HC 505.302/SP, Sexta Turma, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI Cruz, j. 25.06.2019, DJe 01.07.2019; AgRg no HC 504.294/SP, Sexta Turma, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 03.09.2019, DJe 12.09.2019; HC 494.068/RS, Quinta Turma, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 10.10.2019, DJe 16.10.2019; HC 544.368/SP, Quinta Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 05.12.2019, DJe 17.12.2019).

10 Relacionado aos ramos do Direito Civil, o Conselho da Justiça Federal (CJF) aprovou o Enunciado 531, cuja redação dispõe que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Além desse, interpretando o art. 21 do Código Civil, o Enunciado 404 do CJF dispõe que: “A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados [...]”. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), ao disciplinar os bancos de dados e cadastros de consumidores, como forma de evitar a perpetuação de informações negativas que possam afetar o direito de crédito das pessoas, estabeleceu que não poderão constar de banco de dados e cadastros de consumidores informações negativas referentes a períodos superior a cinco anos (art. 43, § 1º); e que, depois de consumada a prescrição para a cobrança de débitos do consumidor, os sistemas de proteção ao crédito não poderão fornecer informações que possam dificultar o acesso a novos créditos pela pessoa (art. 43, § 5º). Trata-se, portanto, do estabelecimento de limites temporais à rememoração de fatos pretéritos negativos sobre a pessoa, os quais são potencialmente nocivos ao direito ao crédito, que está relacionado ao direito à reputação (honra objetiva).

11 Para além disso, aquelas prerrogativas que, no Regulamento Geral Europeu, asseguram o “direito a ser esquecido”, estão presentes em forma de poderes pessoais sucedâneos no art. 18, IV e VI, e § 2º, da LGPD brasileira, onde foram previstas prerrogativas pessoais de exigir a anonimização, o bloqueio, a eliminação de dados pessoais e a oposição a um tratamento de dados, desde que não haja razões contrárias que justifiquem a sua manutenção.

12 Nos moldes do art. 1.030, incisos I, a, e II, do Código de Processo Civil.

13 Nos registros dos debates orais ocorridos quando do julgamento e votação da tese de repercussão geral (páginas 317 a 328 do inteiro teor do acórdão), bem como nos votos, verifica-se que diversos ministros, mesmo entre os que acompanharam o relator e aprovaram a tese, manifestaram reconhecer que o direito ao esquecimento encontra guarida no ordenamento nacional,

de modo que muitas exceções fogem à regra exarada na primeira parte da tese, de modo a questionar-se inclusive a vocação do caso a ser gerador de uma tese de repercussão geral. Para além disso, conforme observado em dois votos, o STF já vem se valendo da teoria do direito ao esquecimento em decisões relacionadas a matérias da seara penal, conforme registrado nos seguintes arestos: HC 126.315 (Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.09.2015, *DJe* 07.12.2015), HC 128.080 (Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o Acórdão Min. Edson Fachin, j. 29.03.2016, *DJe* 05.08.2016), Rcl 22.328 (Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 06.03.2018) – nos termos registrados nas páginas 153, 243 e 244 do inteiro teor do acórdão em análise.

14 O próprio relator, proponente da tese aprovada, declarou que: “As exceções, o segundo parágrafo de minha proposta de tese deixa bem claro que já estão previstas na Constituição e na lei e são decorrentes do direito da personalidade em geral: proteção à honra, à imagem e à privacidade. Isso será verificado caso a caso.” (página 317 do inteiro teor do acórdão) – reside aí o direito ao esquecimento. Logo em seguida, ainda nos registros dos debates orais, chegou a ser afirmado que o caso não é propício à edição de tese e que a proposta do relator contempla mais exceções do que regras (página 318 do inteiro teor do acórdão), bem como que a tese confunde mais do que pacifica o tema, pois comporta maior número de exceções do que aquilo que se entende como regra (página 325 e 326 do inteiro teor do acórdão).

15 Tratam-se de antinomias impróprias ou antinomias de princípios, as quais se referem à contraposição dos valores fundantes do ordenamento jurídico. Tais situações não são antinomias propriamente ditas, mas fontes geradoras de normas antinômicas (Bobbio, 2011, p. 94-95).

16 Sendo dever Estatal a proteção dos direitos fundamentais, não é legítima a restrição da eficácia deles senão em razão da tutela de outro direito fundamental ou de valores, exigências e objetivos comunitários (Canotilho/Moreira, 2014, p. 391-392).

17 As teorias do *direito/princípio abstrato* e *direito/princípio concreto* demonstram bem essa realidade acerca da aplicação das normas-princípio, visto que em abstrato um princípio traça um *objetivo geral* que não revela como ele será pesado ou harmonizado em uma hipótese específica de exercício em relação a outro. Em concreto, o direito é um *objetivo definido*, cujo peso é exposto de forma mais precisa em relação a outros direitos em circunstâncias específicas (Dworkin, 2010, p. 146). Isso revela a existência de graus de realização das normas-princípio a depender dos contextos concretos em que sejam aplicadas, de modo que a concorrência entre normas dessa natureza não as invalida. No mesmo sentido, mas utilizando as expressões caráter *prima facie* e caráter *definitivo*: Alexy, 2011, p. 103-106.

18 No seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, especialmente entre as páginas 268 e 276 do inteiro teor do acórdão, sintetizou, com a qualidade que lhe é peculiar, a forma mais adequada de solucionar esses *hard cases*, abordando inclusive a metódica de três fases teorizada por Robert Alexy. Igualmente, o Ministro Luiz Fux, na parte de seu voto registrada entre as páginas 303 e 309 do inteiro teor do acórdão, da teoria do Princípio da Proporcionalidade, identificou balizas aplicáveis à solução de casos concretos que envolvam pretensões de “esquecimento”, não obstante tenha aprovado a tese, acompanhando o relator, em nome do “estágio atual dos julgados da Corte, guardiã das liberdades outrora suprimida” (página 314), com referência a *standards* fixados em precedentes paradigmáticos do STF, em especial o julgamento da ADI 4815 (j. 10.06.2015, caso das biografias não autorizadas), logo, por conseguinte, da ADPF 130 (j. 30.04.2009, caso da não recepção da Lei de Imprensa de 1967). O Ministro Edson Fachin, entre as páginas 154 e 162 do inteiro teor do acórdão, enfrentou em seu voto o tema da necessidade de sopesamento sobre casos concretos, à luz da proporcionalidade, equacionando corretamente a questão com a posição preferencial que goza a liberdade de expressão no ordenamento constitucional brasileiro, mas que não impede, em determinadas situações concretas, o reconhecimento do direito ao esquecimento como um “trunfo”. O próprio Ministro Relator, Dias Toffoli, entre as páginas 64 e seguintes de seu voto registrado no inteiro teor do acórdão, abordou a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais em colisão e da comum vocação do legislativo para fazê-lo ao regulamentar o conteúdo da Constituição. Infelizmente não votou o Ministro Roberto Barroso (por ter afirmado suspeição), o qual muito bem trata sobre o tema em suas obras.

19 Sentido semelhante, com maior capacidade argumentativa, porém, anotaram em seus votos os

Ministros Edson Fachin (páginas 154 a 163 do inteiro teor do acórdão) e Gilmar Mendes (páginas 273 a 276, 284 a 286 do inteiro teor do acórdão).

20 Sobre o caso *Ainda Curi*, em seu voto, nas páginas 294 e 295 do inteiro teor do acórdão, o Ministro Luiz Fux enfatizou que “[...] esse fato tomou conta do cenário nacional como um fato relevantíssimo, no tocante à criminalidade contra a mulher, o abuso sexual contra a mulher, o assédio contra a mulher [...] o fato adquiriu uma relevância tão notória que passou a constar de inúmeros livros, inclusive para a instrução acadêmica e pedagógica dos alunos de Direito. Esta é uma questão que, no meu modo de ver, cria um *distinguishing*, porque há fatos que são notórios e importantes para a história de um país e há fatos que são irrelevantes [...]”.

21 Na página 220 do inteiro teor do acórdão, foi registrado em conclusão de voto que a garantia a direitos da personalidade “Não pode ser impeditiva à formação e consolidação do interesse público, por isso, não reconheço acolhido, no sistema constitucional brasileiro, *na forma, volto a insistir, posta neste processo*, genérica, plena e abstrata, em nome do qual se poderia impedir a divulgação de fato ou ato jurídico obtido lícitamente *com interesse público demonstrado*.” – grifos nossos. Colocado nessa perspectiva, também não defendemos o reconhecimento do direito ao esquecimento, mas não é nessa perspectiva que ele se revela importante e legítimo.

22 Talvez por não ser o Plenário do STF o foro adequado para alcançar essa solução em abstrato, ao menos não com a contundência que o fez. Corroborando essa conclusão, como visto, há dezenas de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, em que se debate o reconhecimento expresso do direito ao esquecimento, de modo a afastar dúvidas quanto à sua proteção pelo ordenamento jurídico-positivo nacional. Exemplificativamente, o PL 8443/2017 pretende instituir e regulamentar o direito ao esquecimento, positivando o direito subjetivo à retirada de dados pessoais ofensivos à personalidade, o que poderá ser requerido diretamente pela pessoa ao meio de comunicação, sem a necessidade de intervenção judicial. O PL 10860/2018 pretende alterar o art. 11 do Código Civil, para incluir expressamente o direito ao esquecimento, como espécie dos direitos da personalidade. O PL 5776/2019 também pretende alterar o Código Civil, incluindo o art. 21-A, para dispor sobre a tutela judicial do direito ao esquecimento. O PL 346/2019 busca alterar o Marco Civil da Internet, com o intuito de disciplinar procedimento para exercício do direito ao esquecimento, consubstanciado na prerrogativa pessoal de retirada de seus dados de circulação por aplicação de internet.

23 No voto da Ministra Rosa Weber, foram identificados modos de exercício legítimos presentes na teoria do direito ao esquecimento, porém as respectivas hipóteses foram retiradas do debate por não integrarem o caso em discussão. Eis parte do voto: “Se alguma forma de direito ao esquecimento pode ser deduzida dos marcos constitucional e legal vigentes, seu âmbito de proteção se estende tão somente a fatos insuscetíveis de gerar qualquer interesse público, do público ou social, atinentes tão somente à vida privada e cuja publicização gera prejuízos individuais sem nenhuma contrapartida ao interesse de outrem. Nessa medida, já encontram a devida disciplina normativa em diplomas como o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. A discussão em torno do direito ao esquecimento assume nuances particularmente sensíveis no ambiente da Internet, em particular em relação à tarefa desempenhada pelos mecanismos de buscas como Google, Bing, Yahoo e congêneres, situação em que se costuma falar em direito à desindexação. Tais nuances não se fazem presentes no caso em discussão, de modo que talvez seja prematuro fixar uma tese sobre esse ponto.” – grifos do original. Estão aí as principais manifestações do direito ao esquecimento na SI, mas que, porém, foram afastadas da argumentação jurídica.

24 Assim foi afirmado no voto do Relator, que propôs a tese de repercussão geral aprovada: “O legislador, parece-me, foi propositadamente silente quanto ao direito ao esquecimento na Lei Geral de Proteção de Dados.” (página 70 do inteiro teor do acórdão).

25 Páginas 69, 72, 208 do inteiro teor do acórdão.

26 Esse ponto do debate foi objeto de observação interessante pelo Ministro Gilmar Mendes, que afirmou em seu voto que “Registre-se, desde logo, que não cabe aqui discutir a nomenclatura ou a existência de um direito individual de ser esquecido. Não é disso que se cuida. O cerne da questão está encoberto por questões conceituais ou periféricas, que, ao meu ver, só tumultuam a

compreensão de tema tão sensível na sociedade moderna. A questão ora em debate trata de suposta colisão entre direitos fundamentais, tais como direito de informar e de ser informado, em contraponto ao postulado da dignidade da pessoa humana e da proteção à honra, à vida privada e à imagem [...]” (página 257 do inteiro teor do acórdão).

27 Páginas 321 e 328 do inteiro teor do acórdão (registro dos debates orais).