

A REJEIÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA PRIVACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: UM EXEMPLO DO PROCESSO DE AMERICANIZAÇÃO DO DIREITO

Fábio Siebeneichler de Andrade¹

Resumo: O artigo examina a origem e o desenvolvimento do assim chamado direito ao esquecimento, tendo como foco as razões pelas quais a Corte constitucional brasileira decidiu pela sua incompatibilidade com a ordem constitucional do país. Pontuam-se os fundamentos da decisão, examinando-se a influência da teoria da posição preferencial (*preferred position theory*) e a conveniência dessa aproximação.

Palavras-Chave: Direito ao esquecimento; Privacidade; Direito comparado

Abstract: The article examines the origin and development of the so-called right to be forgotten, focusing on the reasons why the Brazilian Constitutional Court decided that it was incompatible with the Brazilian constitutional order. The foundations of the decision are highlighted, examining the influence of the preferred position theory, originating from American constitutional law, and the convenience of this approach, which distances Brazilian law from modern European conceptions on the subject.

Keywords: Right to be forgotten; Privacy; Comparative Law

¹ Professor da PUCRS. Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1994) e Doutorado em Direito pela Universidade de Regensburg (2000), Alemanha.

Sumário: 1) Introdução; 2) Origem e Desenvolvimento do Direito ao Esquecimento; 2.1) Nascimento e crise do direito ao esquecimento no direito americano; 2.2) Florescimento e consolidação do direito ao esquecimento no direito europeu; 3) Ponderações sobre a incompatibilidade do direito ao esquecimento com a ordem jurídica nacional; 3.1) As premissas para a orientação do Supremo Tribunal Federal; 3.2) Reflexão sobre a americanização da tutela da personalidade adotada pelo Supremo Tribunal Federal. 4) Conclusão

1) INTRODUÇÃO



Direito ao esquecimento tem sido objeto de reflexão, tanto no cenário nacional², como no direito comparado³. O tema do esquecimento possui uma amplitude que abrange questões relativas a todo o direito: vincula-se, por exemplo, a temas essenciais do direito público, como a noção da anistia e sua função como instrumento de pacificação social no âmbito da ação estatal⁴.

No presente trabalho, porém, cuida-se de restringir sua utilização – como antecipado no título – como instrumento de defesa do particular, no quadro dos direitos da personalidade. Trata-se, em essência, de saber se há um direito subjetivo do

² Ver, por exemplo: SARLET, Ingo W.; FERREIRA NETO, Arthur. *O Direito ao esquecimento na sociedade de informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019; CARELLO, Clarissa; CACHAPUZ, Maria Cláudia. A Doutrina do ‘Right to be forgotten’ pela perspectiva das relações entre privados. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 43, p. 55 e ss., 2016; SILVA, Marco Antonio Marques da. Direito ao esquecimento – posicionamento jurisprudencial brasileiro. In PINTO, Eduardo Vera-Cruz; SILVA, Marco Antonio Marques da.; CICCIO, Maria Cristina da. *Direito à Verdade, à Memória, ao Esquecimento*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 183 e ss.; BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 1 e ss., 2013.

³ Ver um dos estudos pioneiros sobre a matéria: LETTERON, R. Le Droit à l’oubli. *Révue Droit Public*, Paris, n. 2, p. 385 e ss, 1996.

⁴ LETTERON, R. Le Droit à l’oubli. *Révue Droit Public*, Paris, n. 2, p. 385-387, 1996.

particular para inibir a divulgação de determinados fatos, ocorridos no passado⁵, que normalmente possuem caráter desabonador, ou suprimir as informações que eventualmente já constam dos meios de informação⁶.

Há que se observar que o tema não é recente: encontra sua raiz no âmbito da noção de *disclosure*, um subcaso do conceito de *privacy*, definida como a publicização de fatos embaraçosos sobre um indivíduo que de outro modo não seriam conhecidos do público em geral⁷.

Envolve uma situação existencial da pessoa, que gostaria de evitar a sua divulgação, ou, na hipótese de já haver sido objeto de publicação, que esta não perdurasse nesta condição para sempre. A matéria concerne, portanto, à questão de saber se a pessoa pode não somente ser a única detentora de seu passado, mas também até que ponto ela é capaz de controlá-lo, de modo a resguardar sua privacidade perante a opinião pública, a fim de que determinados fatos não permaneçam indistintamente na memória coletiva⁸.

Cabe pontuar que a figura do direito ao esquecimento sempre enfrentou críticas, no direito brasileiro, a partir da premissa de que não poderia ser extraída da noção de privacidade um eventual dever de abstenção para os órgãos da imprensa de

⁵ Desde logo, pondera-se que a qualificação da figura como direito subjetivo não significa dizer que ela seja aplicada irrestritamente. Há que se ter presente que a noção de direito subjetivo implica o exame dos interesses do particular, a fim de saber se sua invocação atende os pressupostos a que estará ancorado o direito subjetivo. Nesse sentido ver, por exemplo: CAPITÁN, Eva R. Jordà. Un nuevo derecho: el derecho al olvido. Y un viejo conflicto: la colisión de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la própria imagen de las personas con las libertades de información y de expresión. In CAPITAN, Eva r.; FERNÁNDEZ, Verónica. *La Protección y seguridad de la persona em Internet*. Aspectos sociales y jurídicos. Madrid: Editoria Reus, 2014, p. 163.

⁶ LETTERON, R. Le Droit à l'oubli. *Révue Droit Public*, Paris, n. 2, p. 389, 1996.

⁷ SOMA, John T. *Privacy Law*. St. Paul : Thomson West, 2008, p. 38 e ss.

⁸ Sobre o tema ver, por exemplo, RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Éditions du Seuil, 2000; ROCHFELD, J. Droit à l'oubli numérique et construction de soi. In MALLET-BRICOURT, Blandine ; FAVARIO, THIERRY. *L'Identité, um singulier au pluriel*. Dalloz, 2015, p. 101 e ss.

tratar de informação relativa a fato ocorrido, que se considere relevante para a opinião pública⁹. Pontua-se, inclusive, que o reconhecimento eventual do direito ao esquecimento implicaria uma espécie de ‘chilling effect’¹⁰: efeito inibidor à liberdade de manifestação do pensamento, sendo possível de configurar um déficit para a vida social e para a coletividade em geral¹¹.

Acresce-se à essa questão a circunstância de a época contemporânea ser caracterizada como a de uma sociedade da informação, na qual determinados processos, como a rede de acesso à internet (web), e a possibilidade de digitalização de dados e notícias tornariam excepcionalmente problemático – ou mesmo impossível – o exercício do direito ao esquecimento¹². Nossa sociedade seria condenada à memória eterna, de modo que o direito do particular de controlar esse processo não teria êxito¹³.

Particularmente, chama-se a atenção para a circunstância de que o reconhecimento do direito ao esquecimento poderia servir a eclipsar o direito à verdade, no sentido de tolher *ad eternum* a identificação dos fatos históricos, evitando que certas passagens da história do país não caiam na obscuridade¹⁴.

⁹ MARTINS NETO, João Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Informar e direito à memória – uma crítica à ideia do direito ao esquecimento. Santa Catarina: *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 3, p. 812, 2014.

¹⁰ MARTINS NETO, João Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Informar e direito à memória – uma crítica à ideia do direito ao esquecimento. Santa Catarina: *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 3, p. 825, 2014.

¹¹ Nesse sentido ver, por exemplo: BUCAR, D. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento, *Civilistica.com*, op. Cit., p. 4; MARTINS NETO, João Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Informar e direito à memória – uma crítica à ideia do direito ao esquecimento. Santa Catarina: *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 3, p. 808 e ss, 2014.

¹² Ver, por exemplo: ROSEN, J. *The web means the end of forgetting*. The New York Times, 21.07.2010; TENE, Omer; POLONETSKY, Jules. Privacy in the age of big data. *Stanford Law Review*, p. 1 e ss, 2012; STEHMEIR, Marinus. Vergessen im Internet, *JZ* 2014, v. 20, p. 991 e ss, 2014.

¹³ MAYER-SCHOENBERGER, Viktor. *Delete. The virtual of forgetting in the digital age*. Princeton University Press, 2009.

¹⁴ Ver, por exemplo: PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Direito à Verdade, à Memória, ao Esquecimento*. Lisboa: AAFDL Editores, 2018, p. 57 e ss.

No caso, há que se destacar igualmente a vinculação com a relevância do tempo para a dimensão jurídica, seja sob a perspectiva subjetiva, na medida em que se verifica a circunstância de a pessoa poder determinar o momento em que certos fatos serão objeto do seu controle, quanto sob a perspectiva objetiva, tendo em vista que a passagem do tempo pode atribuir aos mesmos fatos relevância histórica: ou seja, cuida-se de situações que ocorreram no passado, mas são - ou podem ser - de importância e significado para determinada coletividade¹⁵.

Nesse sentido, institui-se para o direito ao esquecimento um potencial limite, na medida em que a sua invocação pelo titular pode constituir uma violação do direito à informação ou mesmo o direito à liberdade de expressão¹⁶: afinal, a configuração do direito ao esquecimento pode, em essência, mais do que o pretendido esquecimento, significar o silêncio sobre determinada informação.

Sobressai ainda a questão relativa à conduta social corrente na contemporaneidade, em que as pessoas se comportam no sentido de expor a si mesmas, o que produziria uma dificuldade de reconhecimento de um posterior direito ao esquecimento. Trata-se de tema qualificado na doutrina comparada como *privacy paradox e que constituiria um fator a ser considerado para a invocação do direito ao esquecimento*¹⁷.

Vislumbra-se, portanto, a dificuldade de conciliação entre a afirmação de um direito subjetivo individual, voltado à tutela da pessoa, com distintos interesses coletivos, que se apresentam relevantes na contemporaneidade, potencializados pelo

¹⁵ Ver, por exemplo: THIER, Andreas. Time, Law and Legal History – Some Observations and considerations. *Rechtsgeschichte*, v. 25, p. 20 e ss, 2017.

¹⁶ Sobre o tema ver, por exemplo: SARLET, I. W.; FERREIRA NETO, A. *O Direito ao Esquecimento na sociedade de informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 76 e ss; MARTINS NETO, João Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Informar e direito à memória – uma crítica à ideia do direito ao esquecimento. Santa Catarina: *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 3, p. 808 e ss, 2014.

¹⁷ Ver, por exemplo: SOLOVE, D. The Mith of Privacy Paradox. *George Washington Public Law and Legal Theory Paper*, p. 1 e ss, 2020.

incremento do acesso à informação e coleta de dados.

No que concerne ao Direito brasileiro, muito embora a previsão expressa acerca da privacidade na Constituição Federal, não há referência sobre um direito ao esquecimento. Existe a previsão relativa à dignidade da pessoa humana, no art. 1º, III, da Constituição, a qual se poderia suscitar se seria suficiente para amparar a figura¹⁸. Na esfera do Direito civil, o tema não encontra previsão expressa, apesar da disposição existente sobre a privacidade presente no artigo 21 do Código civil.

Essa circunstância, do ponto de vista teórico, não seria um impeditivo para o reconhecimento da figura, na medida em que concebe, contemporaneamente, a privacidade como uma forma de controle sobre a informação pessoal, de modo a pautar a maneira pela qual a pessoa pretende ser vista em sociedade¹⁹.

Ao apreciar a matéria, no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1010606, julgado em 11.02.2021, o Supremo Tribunal Federal, porém, negou, por maioria, provimento ao recurso e formulou tese explicitamente restritiva acerca da figura em exame, destacando a sua incompatibilidade com a ordem jurídica constitucional brasileira.

Cabe, portanto, diante disso, recordar em primeiro lugar a origem e o desenvolvimento do direito ao esquecimento (I); para em um segundo plano, examinar o fundamento pelo qual o ordenamento brasileiro afastou sua aplicabilidade (II)

2) ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.1) NASCIMENTO E CRISE DO DIREITO AO

¹⁸ Tenha-se presente a respeito que, no âmbito de discussões doutrinárias, o Enunciado 531, da Jornada de Direito Civil, inclui o direito ao esquecimento na esfera da tutela da dignidade da pessoa humana.

¹⁹ Ver, por exemplo: FRIED, Charles. *Privacy*. *Yale Law Journal*, v. 77, p. 475, 1968; SOMA, John T.; RYNERSON, Stephen D. *Privacy Law*. Thomson West: St. Paul, 2008, p. 21.

ESQUECIMENTO NO DIREITO AMERICANO

A figura do direito ao esquecimento possui uma trajetória que remonta, em essência, ao início do século XX²⁰. No direito americano, ao final do século XIX, observa-se a tentativa do particular de evitar que situações do seu cotidiano fossem objeto de divulgação, notadamente pela imprensa escrita.

Cuidava-se, então, de tutelar os interesses do particular, tendo em vista a extraordinária difusão da imprensa no final do século XIX, nos Estados Unidos, a partir do seu desenvolvimento econômico e social, a partir do final da Guerra Civil²¹.

Em decorrência do desenvolvimento e crescimento dos jornais urbanos, na América, floresceram também as publicações de massa, adequadas do sensacionalismo, qualificadas como o jornalismo marrom (*yellow journalism*). A difusão desse tipo de veículo popular foi a base para o desenvolvimento da figura da *privacy* no direito americano, representando uma primeira reação à massificação da informação²².

A tutela da privacidade tem como um dos seus principais marcos a publicação do conhecido artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis, intitulado “O Direito à Privacidade”, na revista *Harvard Law Review*, em 1890²³. Buscava-se, então, instituir a privacidade como um direito subjetivo próprio ao particular, autônomo relativamente a figuras tradicionais já existentes no *common law*, tais como o *trespass* e o *battery*²⁴.

²⁰ Para uma perspectiva jurídico-sociológica e mesmo antropológica da privacidade, ver, por exemplo: WESTIN, Alan. The origins of modern claims to privacy. In SCHOEMAN, Ferdinand. *Philosophical Dimensions of Privacy – an anthology*. Cambridge University Press, 1984, p. 56 e ss.

²¹ Ver, por exemplo, GORMLEY, K. One Hundred Years of Privacy. *Wisconsin Law Review*, p. 1335 e ss, 1992.

²² PAGE, Joseph. *American Tort law and the right to privacy*, p. 43.

²³ WARREN, S.D ; BRANDEIS, L. D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, p. 193 e ss, 1890.

²⁴ WARREN, S.D ; BRANDEIS, L. D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, p. 193 e ss, 1890.

Cumpra ter presente que Warren e Brandeis já consideravam que o direito à *privacy* não impediria a publicação de qualquer informação sobre a pessoa. Indicavam como critério distintivo que a notícia deveria ter interesse público ou geral (*public or general interest*)²⁵.

A partir dessa premissa doutrinária, pretendeu-se estabelecer os contornos da *privacy* na doutrina e na jurisprudência americana, especialmente em um dos seus âmbitos, notadamente no que concerne à possibilidade de revelar fatos ou informações privadas ao público, o que se qualificou no direito americano como *disclosure*²⁶, figura disciplinada no no § 625 do Second Restatement of Torts²⁷.

Nesse contexto de desenvolvimento da figura da *disclosure* como subcaso independente da noção guarda-chuva de *privacy* é que floresce a discussão sobre o direito de esquecimento no direito americano, sendo o seu germe o caso *Melvin v. Reid*, de 1931²⁸.

Tratava-se de um processo movido por uma antiga prostituta que, após enfrentar um julgamento por homicídio, foi ao final absolvida: reabilitou-se então em relação ao seu passado, tendo contraído matrimônio em 1918. Em 1925, o réu realiza um filme sobre a vida da autora, intitulado ‘The Red Kimono’, no qual se relata a sua vida pregressa.

Após perder em primeiro grau, o apelo de Melvin foi provido pela Corte da Califórnia. Os fundamentos da decisão são relevantes ainda hoje. Inicialmente, não se considerou que o

²⁵ WARREN, S.D ; BRANDEIS, L. D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, p. 193 e ss, 1890.

²⁶ Sobre o tema ver, por exemplo: PROSSER, W. Privacy – a legal analysis. In SCHOEMAN, Ferdinand (Org.). *Philosophical Dimensions of Privacy*. Cambridge University Press, 1984, p. 104 e ss.

²⁷ One who gives publicity to a matter concerning the private life of another is subject to liability to the other for invasion of privacy, if the matter publicized is of a kind that (a) would be highly offensive to a reasonable person, and (b) is not of legitimate concern to the public.

²⁸ *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 2d 285, 297 Pac. 91.

direito da autora teria por base a privacidade (*right to privacy*). Entendeu-se que o provimento do apelo decorreria da previsão da Constituição do Estado da Califórnia²⁹, que assegura a todos o direito de perseguir a felicidade³⁰. Considerou-se que na medida em que a autora havia se reabilitado, cumpria à sociedade garantir os meios para que ela permanecesse nas mesmas condições sociais, evitando-se que retornasse ao mesmo ambiente primitivo³¹. Assim, não havia necessidade de utilização do nome da autora para a realização do filme, tendo a corte considerado essa conduta ‘desnecessária e indelicada’ (unnecessary and indelicate)³².

Vê-se, portanto, que já nessa decisão se verifica a questão de identificar o fundamento do julgamento: no caso, não se identificou, à época, a existência de uma figura autônoma de *privacy* no direito americano, como sendo capaz de impedir totalmente a revelação de fatos passados da pessoa, tendo sido sustentado o resultado a partir de uma regra constitucional do Estado da Califórnia, no caso, o direito à felicidade.

Com efeito, no plano infraconstitucional, o reconhecimento de um ‘tort of disclosure’, ou seja, um ilícito relativo à revelação de fatos pessoais, aparece no caso *Cason v. Baskin*, decidido em 1945, pela Suprema corte do Estado da Flórida. Aqui, uma escritora, Marjorie Kinnan Baskin, publica suas memórias (*Cross Creek*), em que retrata suas recordações e

²⁹ Seção 1 do Artigo 1 da Constituição da Califórnia: “All men are by nature free and independent and have certain inalienable rights among which are those of enjoying and defending life and liberty acquiring, possessing and protecting property; and pursuing and obtaining safety and happiness”.

³⁰ S.G.P. The Right to Privacy and the pursuit of hapiness. *California Law Review*, v. 20, p. 100-102, 1931.

³¹ “Under these theories of sociology it is our object to lift up and sustain the unfortunate rather than tear him down. Where a person has by his own efforts rehabilitated himself, we, as right-thinking members of society, should permit him to continue in the path of rectitude rather than throw him back into a life of shame or crime”.

³² “The use of... [plaintiff’s] true name in connection with the incidents of her former life in the plot and advertisements was unnecessary and indelicate, and a willful and wanton disregard of that charity which should actuate us in our social intercourse”.

experiências da vida rural da Flórida. Ao esboçar o perfil de alguns de seus vizinhos, refere que uma delas, Zelma Cason, possuiria uma estranha combinação de traços femininos e masculinos, tendo em vista suas expressões e o modo como agia em diferentes situações. Zelma Cason vence o caso em segundo grau, tendo a Corte reconhecido a existência de um direito à privacidade no uso do nome da autora e na utilização de traços de sua personalidade³³.

A trajetória de um direito à preservação de fatos passados não se concretizou, porém, no direito americano, mesmo com a existência desses precedentes. Um primeiro exemplo significativo nesse sentido – ainda na esfera infraconstitucional - pode ser encontrado na conhecida decisão *Sidis vs F-R Publishing Co*, de 1940, da Corte de Apelação do Segundo Circuito³⁴. William J. Sidis foi um brilhante matemático, que se formou em Harvard, aos 16 anos. Vinte anos após sua formatura, a revista *New Yorker* publica uma reportagem, em tom depreciativo, revelando que ele vivia em condições modestas³⁵. A decisão da Corte foi no sentido de indeferir a pretensão de Sidis, tendo em vista a circunstância de que ele havia sido uma pessoa pública e por força disso a matéria possuía relevo jornalístico (*newsworthiness*), muito embora ele tenha vivido discretamente por cerca de 30 anos.

Assim, em se tratando de pessoa que, em algum momento de sua existência, teve dimensão pública, apesar do esforço para permanecer no anonimato, estaria autorizada a divulgação de fatos sobre sua vida, na medida em que se presume o

³³ Cf. 20 So 2d 243, 1945. Sobre o tema ver, por exemplo: ALLEN, Anita L. Unreliable Remedies for LGBT Plaintiffs. In ASPRAY, William; DOTY, Philip (Org.) *Privacy in America - Interdisciplinary Perspectives*. Scarecrow Press. 2011, p. 34 e 41 ss.; BURROWS, Richard. Torts – Invasion of Privacy. – Right to retreat from the spotlight. *North Carolina Law Review*, v. 42, p. 481 e ss, 1964.

³⁴ Cf. 113.F.2.d, 806, 1940. Sobre o caso ver, por exemplo, BARBAS, Samantha. The Sidis Case and the Origins of Modern Privacy Law. *Columbia Journal of Law & Arts*, v. 36, p. 21 e ss, 2012.

³⁵ Cf. 113.F.2.d, 806.

interesse da opinião pública (*legitimate public concern*) em saber sobre sua trajetória.

Muito embora se possa vislumbrar, do ponto de vista lógico, o caráter circular da noção de *newsworthiness* (interesse jornalístico), na medida em que se pode considerar que se trata de argumento passível de ser autoalimentado pelos órgãos de imprensa – e no caso é apontado pela doutrina que muito provavelmente nenhum dos leitores da época tinham noção da existência de William J. Sidis – essa decisão estabeleceu as diretrizes para a matéria no direito americano³⁶.

Na referida decisão a Corte americana (segundo circuito) estabeleceu que a perda de privacidade de William Sidis era o preço a pagar a fim de assegurar o direito do órgão jornalístico de livremente publicar matérias que poderiam interessar ao público em geral. O acesso às notícias e informação representa, segundo esse ponto de vista, um fator fundamental de um regime democrático³⁷.

O tema, porém, merece considerações na própria doutrina americana, na medida em que se pode considerar qual seria o interesse público (*legitimate public concern*) em saber acerca da trajetória de vida de William Sidis³⁸. Afinal, uma das premissas do objetivo do artigo pioneiro de Warren e Brandeis era precisamente evitar que meras fofocas ou comentários sobre a vida de pessoas famosas fossem considerados como merecedoras do interesse público³⁹.

Da mesma forma, pondera-se acerca do fundamento de

³⁶ Ver, por exemplo: BARBAS, Samantha. The Sidis Case and the Origins of Modern Privacy Law. *Columbia Journal of Law & Arts*, v. 36, p. 21 e ss, 2012.

³⁷ BARBAS, Samantha. The Sidis Case and the Origins of Modern Privacy Law. *Columbia Journal of Law & Arts*, v. 36, p. 23, 2012.

³⁸ Sobre o tema ver, por exemplo : POST, Robert C. The Social Foundations of Privacy Community and Self in the Common Law Tort, 77 CALIF. L. REV. 957, 999 (1989); ZIMMERMAN, Diane L. Requiem for a Heavyweight A Farewell to Warren & Brandeis's Privacy Tort, 68 CORNELL L. REV. v. 68, p. 291 e ss, 1983.

³⁹ WARREN, S.D; BRANDEIS, L. D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, p. 216, 1890.

considerá-lo como uma pessoa pública, na medida em que, ao tempo da publicação, fazia 17 anos que se mantinha em reclusão.⁴⁰ Prevalece, ao final, a noção de que o público tem um legítimo interesse em saber sobre como uma pessoa pública conduziu sua trajetória e, no caso, o fato de Sidis não ter atendido à elevada expectativa que se tinha dele qualifica-se como uma informação digna de ser conhecida pelo público⁴¹, o que acarreta na necessidade de prestar contas ao público sobre as razões pelas quais houve a frustração dessas perspectivas (theory of public accountability)⁴².

Cumprir pontuar, ainda, que as bases da decisão tomada pela Corte Americana do segundo circuito foram objeto de extensão em decisões posteriores. No âmbito da Suprema Corte americana constitui-se referência a decisão *Cox Broadcasting v Cohn*, de 1975⁴³. No caso, uma estação de televisão informou o nome completo de uma jovem vítima de estupro e homicídio. O pai pleiteou indenização sob o fundamento de violação do seu direito à privacidade, amparado por lei do Estado da Geórgia. A Suprema Corte considera que tendo a informação sido obtida a partir de registros públicos, a 1ª e a 14ª Emendas impediriam a invocação do ilícito (tort) de disclosure.

No caso, acentuou-se que se uma informação verdadeira consta de documentos públicos, não se poderia sancionar a imprensa pela sua divulgação. Caberia aos Estados o cuidado de evitar a divulgação de dados ou informações de caráter privado⁴⁴. A decisão, portanto, restringe o direito à privacidade

⁴⁰ A respeito das críticas feitas à decisão sobre este ponto de vista ver: BARBAS, Samantha. The Sidis Case and the Origins of Modern Privacy Law. *Columbia Journal of Law & Arts*, v. 36, p. 63, 2012.

⁴¹ Cf. POST, Robert C. The Social Foundations of Privacy Community and Self, op. Cit., p. 1001.

⁴² Ver POST, Robert C. The Social Foundations of Privacy Community and Self, op. Cit., p. 1010; ALLEN, Anita L., Privacy Isn't Everything: Accountability as a Personal and Social Good. *Alabama Law Review*, p. 1375 e ss, 2003.

⁴³ 420 U. S. 469 (1975).

⁴⁴ "By placing the information in the public domain on official court records, the State

tendo em vista considerar relevante a informação relativa ao crime para o público (legitimate public concern)⁴⁵.

Frente a esta decisão, há que se ponderar que se trata de um dos poucos casos em que a Suprema Corte examinou uma matéria envolvendo hipótese de ilícito relacionado à privacidade (Private-fact tort)⁴⁶. Além disso, a doutrina americana também refere, criticamente, que a Corte não ponderou sobre a circunstância de que, de um lado, os agentes públicos não refletem sobre o modo como coletam informações pessoais e as inserem nos registros oficiais e que, de outro, as pessoas também não consideram sobre o conteúdo desses mesmos registros⁴⁷.

Muito embora se considere aberta a possibilidade teórica de saber se um estado poderia impor responsabilidade à imprensa pela revelação indesejada de fatos privados⁴⁸, prevalece a consideração que, em se tratando de informação verdadeira, a partir da existência da Primeira Emenda que ampara a liberdade de expressão, a imprensa teria liberdade de divulgação de informações, atendendo a determinados critérios, especialmente os já referidos de interesse jornalístico e da opinião pública⁴⁹.

Duas decisões subsequentes da Suprema Corte ratificaram as conclusões estabelecidas em *Cox Broadcasting*⁵⁰. Na primeira delas, *Smith v. Daily Publishing Company*, de 1979⁵¹,

must be presumed to have concluded that the public interest was thereby being served". Cf. 420 U.S., 495.

⁴⁵ The interests of privacy fade when the information involved already appears on public record, especially when viewed in terms of the First and Fourteenth Amendments and in light of the public interest in a vigorous press

⁴⁶ ZIMMERMAN, Diane L. Requiem for a Heavyweight A Farewell to Warren & Brandeis's Privacy Tort. CORNELL L. REV., v. 68, p. 303, 1983.

⁴⁷ ZIMMERMAN, Diane L. Requiem for a Heavyweight A Farewell to Warren & Brandeis's Privacy Tort. CORNELL L. REV., v. 68, p. 304, 1983.

⁴⁸ Nesse sentido : PAGE, Joseph A. *American Tort Law and Right to Privacy*, op. Cit., p. 61.

⁴⁹ ZIMMERMAN, Diane L. Requiem for a Heavyweight A Farewell to Warren & Brandeis's Privacy Tort. CORNELL L. REV., v. 68, p. 304, 1983.

⁵⁰ Cf., por exemplo: MINZ, Jonathan. The Remains of Privacy's Disclosure Tort: an exploration of the Private Domain. *Maryland Law Review*, p. 425 e ss, 1996.

⁵¹ 443 U.S. 97 (1979).

envolvia o caso de dois repórteres, que violaram legislação do Estado de West Virgínia, ao publicar notícia relativa a menor, com a referência ao seu nome, sem autorização judicial.

A Suprema Corte considerou que, em se tratando de notícia verdadeira, obtida por meios lícitos (o nome foi obtido mediante entrevista com testemunhas), haveria inconstitucionalidade da lei estadual em criminalizar essa conduta⁵². A particularidade do caso reside na questão relativa ao interesse da reabilitação do menor, que foi reputada como insuficiente pela maioria da Corte para incriminar os jornalistas, ainda mais que a referida legislação somente se dirigia aos jornais, isentando de disciplina outros setores da mídia⁵³.

A segunda decisão, *Florida Star v. B.J.F.*, de 1989⁵⁴, diz respeito a um caso da Florida, que possuía legislação vedando a publicação de nome de vítimas de ofensa sexual. Tendo ocorrido a publicação de uma reportagem nesse sentido, com a divulgação do nome da vítima, houve a condenação da empresa ao pagamento da consequente indenização.

Em linha com os precedentes, a Suprema Corte considerou, por maioria (6-3), que em se tratando de informação verdadeira, obtida, em princípio, de forma lícita, era inconstitucional a decisão de imputar indenização ao *Florida Star*. Também aqui prevaleceu a orientação de privilegiar a liberdade de imprensa, tendo sido considerado que a preocupação com a privacidade da vítima não se configuraria em um interesse público qualificado (*state interest of the highest order*) a ponto de configurar situação apta a infligir indenização ao órgão de imprensa⁵⁵. Ademais, considerou-se a inadequação da legislação, que somente se destinava aos órgãos de imprensa, sem desconsiderar que outros

⁵² 443 U.S. 104 (1979).

⁵³ 443 U.S. 108-09 (1979).

⁵⁴ 491 U.S. 524 (1989).

⁵⁵ MINZ, Jonathan. *The Remains of Privacy's Disclosure Tort: an exploration of the Private Domain. Maryland Law Review*, p. 453 e ss, 1996.

setores sociais poderiam divulgar o nome da vítima⁵⁶. A Corte ponderou, porém, que sua decisão não significava, de forma automática, que a publicação de qualquer informação verdadeira estaria isenta da possibilidade de imputação de indenização⁵⁷.

Feito este singelo panorama sobre o desenvolvimento e crise da noção de *disclosure* no direito americano, coloca-se a questão sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento a esse ordenamento, bem como uma singela análise da adequação desse critério jurisprudencial.

Há que se observar, inicialmente, que as decisões proferidas pela Suprema Corte são objeto de intenso debate no âmbito doutrinário, tendo em vista que elas conduziram ao enfraquecimento da tutela da privacidade no direito americano⁵⁸.

Acrescente-se que, de modo pontual, instrumentos de tutela análogos ao direito ao esquecimento podem ser indicados na esfera legislativa americana. Na esfera federal, o *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA), de 1998, institui, no § 312.6, a possibilidade de os pais revisarem informação relacionada aos seus filhos, menores de 13 anos de idade.

Na esfera estadual, um primeiro exemplo significativo se encontra na legislação da Califórnia: o *Business and Professions Code* (BPC), em seu § 22581, que desde 2015 permite aos menores de 18 anos obter a remoção de informação ou conteúdo inserido em sites de internet, aplicativos em rede, serviços online e aplicativos em celular⁵⁹.

⁵⁶ 491 U.S. 537 (1989).

⁵⁷ 491 U.S. 541 (1989).

⁵⁸ Nesse sentido, ver, por exemplo : ROLFS, Jacqueline R. *The Florida Star v. B.J.F.: The Beginning of the end for the public of public disclosure. Wisconsin Law Review*, p. 1107 e ss, 1990.

⁵⁹ 22581. (a) An operator of an Internet Web site, online service, online application, or mobile application directed to minors or an operator of an Internet Web site, online service, online application, or mobile application that has actual knowledge that a minor is using its Internet Web site, online service, online application, or mobile application shall do all of the following:

(1) Permit a minor who is a registered user of the operator's Internet Web site, online service, online application, or mobile application to remove or, if the operator prefers,

Também na Califórnia, o *California Consumer Privacy Act* (CCPA), contemplado no *California Civil Code*, §§ 1798.100 a 1798.198, em vigor desde janeiro de 2020, outorga aos consumidores o direito de deletar eventuais informações coletadas pelos comerciantes.

Especificamente sobre o direito ao esquecimento, muito embora a existência de vozes contrárias a sua admissibilidade no direito americano⁶⁰, observa-se na doutrina americana contemporânea posições favoráveis à figura, reputando-a não somente como passível de ser conciliada com a concepção atual da privacidade na ordem jurídica dos Estados Unidos⁶¹, como também um instrumento para a superação de situações de estigmatização pessoal e, especialmente, um meio para que a pessoa possa apresentar-se na esfera pessoal do modo como ela efetivamente se constitui⁶².

to request and obtain removal of, content or information posted on the operator's Internet Web site, online service, online application, or mobile application by the user.
(2) Provide notice to a minor who is a registered user of the operator's Internet Web site, online service, online application, or mobile application that the minor may remove or, if the operator prefers, request and obtain removal of, content or information posted on the operator's Internet Web site, online service, online application, or mobile application by the registered user.

(3) Provide clear instructions to a minor who is a registered user of the operator's Internet Web site, online service, online application, or mobile application on how the user may remove or, if the operator prefers, request and obtain the removal of content or information posted on the operator's Internet Web site, online service, online application, or mobile application.

(4) Provide notice to a minor who is a registered user of the operator's Internet Web site, online service, online application, or mobile application that the removal described under paragraph (1) does not ensure complete or comprehensive removal of the content or information posted on the operator's Internet Web site, online service, online application,

⁶⁰ LUCKERSON, Victor. Americans Will Never Have the Right to Be Forgotten, *TIME* (May 14, 2014, 8:46 AM). Disponível em : <https://time.com/98554/right-tobe-forgotten>.

⁶¹ GAJDA, Amy. Privacy, Press, and the Right to be forgotten. *Washington Law Review*, v. 93, p. 201 e ss, 2018; HOLCOMB, Lindsay. The Moral case for adopting a U.S. Right to be forgotten. *Journal of Law and Technology at Texas*, v. 4, p. 151 e ss, 2021.

⁶² HOLCOMB, Lindsay. The Moral case for adopting a U.S. Right to be forgotten.

Cabe sublinhar que essa orientação, consistente em reconhecer o direito ao esquecimento na ordem jurídica americana, subsiste mesmo em face de decisões oriundas da Suprema Corte, como as citadas *Cox Broadcasting* e *Florida Star*⁶³. Na doutrina americana atual, vislumbra-se, portanto, uma posição pragmática relativamente ao tema: observa-se ser extremamente difícil adotar uma posição inequívoca acerca do direito ao esquecimento, de modo abstrato, para todas as situações: pontua-se, porém, que diversas acepções do direito ao esquecimento podem e são perfeitamente aplicáveis à ordem jurídica americana⁶⁴.

2.2) FLORESCIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO EUROPEU

Em princípio, atribui-se à doutrina francesa a origem da expressão ‘direito ao esquecimento’, a partir de um comentário jurisprudencial elaborado pelo jurista Gérard Lyon-Caen, em 1965, relativamente à decisão proferida na ação de indenização movida pela amante de Landru, Fernande Segre, em razão do lançamento de um filme de Claude Chabrol. Em um primeiro momento, o juiz expediu uma ‘*prescription du silence*’, mas ao final o pedido foi julgado improcedente, sob o fundamento de que a própria parte, ao lançar suas memórias retratando o episódio, teria exposto o caso à luz do público, contribuindo, portanto, para a quebra do esquecimento sobre o assunto⁶⁵.

De qualquer modo, foi a partir da análise do caso que a expressão floresceu no direito francês⁶⁶. O tribunal de Paris

Journal of Law and Technology at Texas, p. 151, 2021.

⁶³ HOLCOMB, Lindsay. The Moral case for adopting a U.S. Right to be forgotten. *Journal of Law and Technology at Texas*, p. 176, 2021.

⁶⁴ SOLOVE, Daniel. Is the Right to be forgotten good or bad? This is the wrong question. Disponível em : <https://teachprivacy.com/right-forgotten-good-bad-wrong-question>.

⁶⁵ Ver, por exemplo: BADINTER, Robert. *Le Droit au respect de l'avie privée*. Dalloz, Chronique, I, 1968, 2136, p. 8

⁶⁶ Ver a respeito : CAIRE, Anne-Blandine. Le droit à l'oubli. *La Revue*, n. 8, p. 7 e ss,

utiliza a terminologia diretamente em uma decisão em 1983, no caso Filipacchi contra Cogedipresse⁶⁷. Nessa decisão, a Corte parisiense estabelece que “toda pessoa envolvida em acontecimentos públicos pode, com a passagem do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento”⁶⁸.

Observe-se, porém, que em decisão de 1990, Mme Monanges c. Kern, a Corte de Cassação adotou posição restritiva acerca do já denominado ‘direito ao esquecimento’, sustentando que a parte não poderia invocá-lo, diante da publicação de um livro relativo a episódios de sua vida, sob a fundamentação de que a narrativa dos fatos era de tom neutro, sem a intenção de prejudicar a autora da ação, sendo que os fatos descritos na obra eram de conhecimento do público⁶⁹.

Nesse sentido, o enquadramento dado ao direito ao esquecimento pela doutrina francesa consistiu em reconhecê-lo como um instrumento para o particular de pretender o desaparecimento de circulação de informações a ele concernentes, seja no caso de elas já terem sido divulgadas ou que elas pretendam ser objeto de disponibilização⁷⁰. Em geral, vincula-se a figura do

2016.

⁶⁷ TGI Paris, 20.04.1983, M c/ Filipacchi et Cogedipresse, JCP 1983, II, 20434, nota R. Lindon. Sobre o tema ver : CAIRE, Anne-Blandine. Le droit à l’oubli. *La Revue*, n. 8, p. 7 e ss, 2016.

⁶⁸ No original: “toute personne qui a été mêlée à des événements publics peut, le temps passant, revendiquer le droit à l’oubli.

⁶⁹ Cassação, civ. 1ª C., 20.11.1990. No caso, consta da decisão que “o resgate dos acontecimentos e do papel que a pessoa pode desempenhar é ilegítimo se não foi baseado sobre as necessidades da história ou se pode ser de natureza a ferir a sensibilidade” e que “o direito ao esquecimento se impõe a todos, compreendidos os jornalistas, devendo também aproveitar a todos, compreendidos aqui os condenados que pagaram sua dívida com a sociedade e tentam nela se reinsérer”. No original: “Le rapel de ces événements et du rôle qu’elle a pu y jouer est illégitime s’il n’est pas fondé sur les nécessités de l’histoire ou s’il peut être de nature à blesser la sensibilité et que ce droit à l’oubli qui s’impose à tous, y compris aux journalistes, doit également profiter à tous, y compris aux condamnés qui ont payé leur dette à la Société et tentent de s’y réinsérer. Sobre o tema ver, por exemplo : LETERON, R. Le Droit à l’oubli. *Revue du Droit Public*, op. Cit., p. 412.

⁷⁰ CAIRE, Anne-Blandine. Le droit à l’oubli. *La Revue*, n. 8, p. 8 e ss, 2016.

direito ao esquecimento com a tutela da vida privada, ainda mais em face da previsão contida no artigo 9º do Código civil, que assegura a sua proteção.

É forçoso reconhecer que, no âmbito até aqui retratado, isto é, de instrumento de esquecimento de situações pretéritas do particular, não se encontra um precedente da Corte de Cassação; ademais, a pretensão de esquecimento não conduz a uma medida inibitória, para impedir a publicação de informações, quando estas possuem um status relevante⁷¹.

Há que se considerar que o direito ao esquecimento não se circunscreve ao cenário francês. Um dos exemplos mais significativos a respeito é o “caso Lebach”, na Alemanha, de 1973, em que uma pessoa, condenada pelo assassinato de quatro soldados alemães, opõe-se à tentativa de divulgação do episódio, ocorrido em 1969, mediante a produção de um documentário, por uma rede de televisão, sob a alegação de que estava prestes a ser liberada da prisão. A decisão foi no sentido de considerar presente a proteção à personalidade, tendo em vista a necessidade de qualificar como prevalente o direito à ressocialização ao preso, bem como a circunstância de que se tratava de um documentário relacionado à situação pretérita, feita em momento posterior ao fato ocorrido⁷².

Em 1996, sobreveio o chamado “caso Lebach II”, em que se pretendeu realizar novo documentário sobre o mesmo fato, por outro canal de televisão alemão. Nessa decisão, tendo em vista que os produtores adotaram a providência de alterar o nome dos envolvidos, prevaleceu para a Corte constitucional alemã a tutela da liberdade informativa, que permitiu a divulgação da informação⁷³.

O direito suíço também pode ser referido como um exemplo de desenvolvimento do direito ao esquecimento. Nesse

⁷¹ EL BADAWI, Lamia. *Le Droit à l’oubli à l’ère du numérique. La Revue*, op. Cit., p. 12 e ss.

⁷² Cf. BVerfGE 35, 202-245.

⁷³ Cf. BVerfGE 1 Bv 348/98, 25.11.1999.

ordenamento, tratou-se preponderantemente de apreciar se uma pessoa condenada deveria ter seu registro criminal divulgado (caso da Société Suisse). Cristalizou-se, em princípio, a orientação no sentido de conceder o direito ao esquecimento às pessoas condenadas, que já estivessem em liberdade, desde que houvesse decorrido tempo substancial desde a ocorrência do fato criminoso. Um pressuposto a ser considerado é a avaliação de que a informação não se qualifica como de interesse público e será imprópria para o objetivo de reabilitação da pessoa envolvida no evento delituoso⁷⁴.

No direito italiano, o tema também é objeto de exame, muito embora a ausência de previsão legal expressa. A partir, porém, do reconhecimento da privacidade (*reservatezza*), como figura autônoma no quadro dos direitos da personalidade⁷⁵, passa-se a reconhecer, paulatinamente, a possibilidade de afirmação do direito ao esquecimento (*diritto all'oblio*). Também no direito italiano debate-se a extensão desse direito, especialmente no que concerne aos casos em que pode prevalecer o interesse público ao conhecimento de situações históricas de relevo⁷⁶.

Observe-se que em virtude da aludida influência doutrinária sobre o tema, ainda em 2010, representantes do governo francês sustentaram que o direito ao esquecimento fosse estendido para a esfera online. Nesse sentido, expediu-se a 'Carta do direito ao esquecimento para os sítios colaborativos e os motores de pesquisa (*Charte du droit à l'oubli dans les sites collaboratifs*

⁷⁴ WERRO, Franz. *The Right to Inform v. the Right to be forgotten : A transatlantic clash*. COLOMBI CIACCHI, A.; GODT, C.; RÖTT, P.; SMITH; Lesley Jane. *Hafungsrecht im dritten Millenium*. Baden: Nomos, 2009, p. 287 e ss.

⁷⁵ Sobre o tema ver, por exemplo, MEZZANOTTE, Massimiliano. *Il diritto all'oblio: contributo allo studio della privacy storica*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 81. MESSINA, Daniela. Le Prospettive del diritto all'oblio nella società dell'informazione e della comunicazione. *Rivista Informatica e Diritto*, v. XVIII, p. 93 e ss, 2009.

⁷⁶ MESSINA, Daniela. Le Prospettive del diritto all'oblio nella società dell'informazione e della comunicazione. *Rivista Informatica e Diritto*, v. XVIII, p. 100 e ss, 2009.

et les moteurs de recherche). Em consequência, a Comissão Europeia, por ocasião da revisão da Diretiva de Proteção de Dados 95/46, pretendeu inserir o direito ao esquecimento nessa normativa⁷⁷, o que na ocasião suscitou reação em setores da doutrina americana⁷⁸.

A decisão da Corte de Justiça da União Europeia, no caso Google Spain frente a Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja González, de 13.05.2014, (C-131/12)⁷⁹, projetou ainda mais a matéria do direito ao esquecimento⁸⁰, ao deferir a um cidadão espanhol a possibilidade de apagar informações pessoais, processadas e armazenadas nos sítios de informações, a partir de referências relativas ao particular publicadas em um jornal espanhol.

A pretensão exposta consistia em compelir a retirada das informações constantes do mecanismo de informação, sob o fundamento de que elas refletiam uma situação passada, relativa ao período em que o particular constava como devedor em um processo executivo. Em essência, a conclusão extraída do julgamento foi que “o processamento de dados realizado por operadores de mecanismos de busca pode afetar significativamente direitos fundamentais à privacidade e à proteção dos dados pessoais, sendo permitido que um indivíduo solicite aos operadores a remoção de links de pesquisa ligada ao seu nome”.

Em sua decisão, dispõe a Corte julgadora que não apenas informações inverídicas podem levar a essa pretensão, mas também aquelas inadequadas ou irrelevantes ou mesmo descabidas em relação aos propósitos indicados, na medida em que são estocados por um período maior que o necessário. Diante dessas

⁷⁷ WEBER, Rolf. Der Ruf nach einen Recht auf Vergessen. Digma, n. 3, p. 102, 2011.

⁷⁸ Nesse sentido, ver: ROSEN, Jeffrey. A Grave new threat to free speech from Europe. *Stanford Law Review online*, v. 64, 2012.

⁷⁹ Case C-131/12 Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González, ECLI:EU:C:2014:317.

⁸⁰ Ver, por exemplo, SPINDLER, Gerald. Durchbruch für ein Recht auf Vergessen (werden)? Die Entscheidung des EuGH in Sachen Google Spain und ihre Auswirkungen auf das Datenschutz – und Zivilrecht. *Juristische Zeitung*, v. 20, p. 981 e ss, 2014.

premissas, a plataforma de buscas deve retirar o resultado em face do requerimento encaminhado⁸¹.

A referida decisão baseou-se precipuamente tanto nas disposições europeias específicas, como a Diretiva 95/46, quanto no regime geral, como os dispositivos relativos à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 7º, 8º e 11), sendo passível igualmente a referência ao artigo 8º da Convenção europeia de direitos humanos, cujo conteúdo é singelo: “Todos possuem o direito ao respeito a sua vida privada e familiar, ao respeito a sua casa e sua correspondência”.

Ressalte-se, aqui, a circunstância de a referida convenção também tutelar o direito à liberdade de expressão, no seu artigo 10. A base jurídica para o reconhecimento do direito ao esquecimento decorre de uma de uma interpretação ampliativa do referido artigo 8º⁸².

No caso, não se fez um elaborado balanceamento entre o direito à privacidade do particular e a liberdade de expressão passível de ser sustentada pelo mecanismo de busca, na medida em que ela exerce uma função de facilitação do acesso à informação⁸³. Prevaleceu inequivocamente a pretensão exposta pelo demandante, ou seja, a preocupação com a defesa da privacidade do particular.

É quase um truísmo afirmar que a relevância do julgamento proferido pela Corte europeia avançou o interesse dos estudos acerca do direito ao esquecimento, inclusive nos Estados Unidos, compelindo a doutrina americana a defrontar-se com o tema, como acima exposto⁸⁴.

⁸¹ Case C-131/12 Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González, ECLI:EU:C:2014:317, p. 93.

⁸² KULK, Stefan; BORGESIU, Frederik K. *Privacy, freedom of expression, and the right to be forgotten in Europe*. Cambridge University Press, Cambridge Handbook of Consumer Privacy, 2017, p. 6.

⁸³ KULK, Stefan; BORGESIU, Frederik K. *Privacy, freedom of expression, and the right to be forgotten in Europe*. Cambridge University Press, Cambridge Handbook of Consumer Privacy, 2017, p. 20.

⁸⁴ FROST, Robert C. Data Privacy and dignitary privacy : google spain, the right to

A par disso, o julgamento proferido no caso Google Spain projetou a figura do direito ao esquecimento para além do campo da proteção do particular frente aos órgãos de imprensa ‘tradicionais’, como jornais, revistas ou a mídia em geral: tratava-se no caso de sua invocação no âmbito dos mecanismos de busca de informações na internet, o que implicava uma expressiva repercussão no seu âmbito de aplicação.

Nesse contexto, o direito ao esquecimento deixa de ser mais um instrumento de tutela da vida privada, regulado na esfera de cada ordem jurídica nacional, para ser considerado um mecanismo de proteção na esfera europeia. Introduzido o direito ao esquecimento como instrumento de proteção da vida privada, inserido no quadro clássico dos direitos da personalidade, a figura se enquadra contemporaneamente como um meio de tutela da proteção de danos⁸⁵.

Há que se considerar ainda a promulgação, em 25 de maio de 2018, do GDPR, *General Data Protection Regulation*, que contempla a possibilidade de um direito ao apagamento dos dados, também nominado como ‘direito a ser esquecido’, no artigo 17⁸⁶. Diante dessa regulamentação, cresce de intensidade a crítica a sua atual concepção, sob o fundamento de ser, nesse

be forgotten, and the construction of the public sphere. *Duke Law Journal*, v. 67, p. 981, 2018; GAJDA, Amy. Privacy, Press, and the Right to be forgotten. *Washington Law Review*, v. 93, p. 201 e ss, 2018.

⁸⁵ Sobre as perspectivas atuais da matéria a partir da decisão Google no direito europeu, ver, por exemplo: BISHAY, J.; KLASSEN, Pita. VAN DER MEULEN, Lucia; C.H.M. VERHOEVEN, Linde. Google Spain from the perspective of EctHR: Balancing Human Rights in the Digital Age. *European Review of Private Law*, v. 2, p. 349 e ss, 2022. Para uma análise específica dos direitos nacionais, ver, por exemplo: VAN OYEN, J.S.; LANGE, M. KREINSEN S. The Right to be forgotten in Germany. *European Review of Private Law*, v. 2, p. 291 e ss, 2022; SCHREURS, S. ; DER KAMMEN, N. van ; OOSTERHUIS, S. A Dutch Perspective on The Right to be Forgotten. *European Review of Private Law*, v. 2, p. 315 e ss, 2022.

⁸⁶ Art. 17. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>.

âmbito, contrário aos legítimos interesses sociais, na medida em que extrapola o interesse do público no acesso à informação⁸⁷.

Apesar de o ponto projetar-se para fora do âmbito do presente texto, cumpre referir que a efetiva caracterização da figura do direito ao esquecimento, relativamente à proteção de dados, tem sido objeto de delineamento no direito europeu. No julgamento do caso C 507/17, de 24 de setembro de 2019, envolvendo o Google francês e a entidade francesa Comissão nacional de informática e liberdades (CNIL), a Corte de Justiça da União europeia considerou que o direito ao esquecimento somente tem aplicação no âmbito europeu. Desse modo, o Google não é obrigado a retirar informações em outros domínios, como por exemplo nos Estados Unidos, tendo sido reformada uma decisão francesa nesse sentido.

Por sua vez, na decisão C 136/2017, igualmente de 24 de setembro de 2017, considerou-se que o Google não é obrigado a verificar, previamente, os dados considerados sensíveis, uma subespécie de informações pessoais. A sua eventual retirada da rede somente ocorrerá, igualmente, na hipótese de específica solicitação pelo particular, atendidas as particularidades do caso, quando não estiverem presentes circunstâncias especiais concernentes ao status da pessoa envolvida⁸⁸.

Após este sucinto panorama sobre o tema no direito europeu e americano, cabe uma análise acerca do estado de arte no direito brasileiro, tendo por base a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 1.010.606-RJ.

3) PONDERAÇÕES SOBRE A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COM A ORDEM JURÍDICA NACIONAL

⁸⁷ Ver, por exemplo: FROST, Robert C. *Data privacy and dignitary privacy*, op. Cit., p. 1009.

⁸⁸ Disponível em : eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0136.

3.1) AS PREMISSAS PARA A ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Direito brasileiro, o tema do direito ao esquecimento foi enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência, tendo sido objeto de decisão, inicialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁸⁹ e, posteriormente, em caso a ser mencionado no presente texto, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

No âmbito do STJ, merece uma primeira referência o caso em que a parte se irressignou com a vinculação de seu nome no programa jornalístico ‘Linha Direta’, relativamente ao episódio denominado de ‘chacina da candelária’. Tendo em vista a sua absolvição, em julgamento que apreciou a participação dos envolvidos na situação, reputou que a referência a sua pessoa configuraria um resgaste da situação, de modo a violar sua intimidade e vida privada.

Em sua decisão⁹⁰, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a apreciação da matéria pelas instâncias estaduais, reconhecendo no caso a presença do direito ao esquecimento, com a consequente condenação da emissora de televisão responsável pelo aludido programa.

Um segundo caso envolveu a vítima de um crime ocorrido no final dos anos 50 no Rio de Janeiro. O episódio foi retratado no referido programa ‘Linha Direta’, sem que houvesse a autorização dos parentes da vítima. Assim, houve o pleito indenizatório por parte dos irmãos vivos da falecida, pelos danos materiais e morais.

O Superior Tribunal de Justiça não considerou, porém, presente o direito ao esquecimento, tendo sido reputado que a imagem da vítima não teria sido usada de forma indevida e que

⁸⁹ A par dos casos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça, aqui indicados, ver, também: STJ REsp n. 1660168/RJ, rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08.05.2018 (Caso servidora pública e fato desabonador).

⁹⁰ REsp. 1.334.097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 28.05. 2013.

havia significação em recordar crimes passados, pois o episódio revelava notícia histórica de repercussão nacional⁹¹.

Esse caso foi objeto de apreciação no indicado Recurso Extraordinário 1.010.606-RJ, Relatoria Min. Dias Toffoli, tendo sido estabelecida, com votos vencidos, a seguinte tese, relacionada ao tema 786 da 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 licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

Muito embora a tese configurada ressalve a possibilidade de que eventuais abusos na liberdade de expressão e de informação possam ser objeto de reparação, verifica-se que a premissa estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal é inequívoca: reputa inexistir na ordem jurídica nacional a previsão de um direito ao esquecimento, por força de sua incompatibilidade com a Constituição brasileira.

Diante dessa decisão, houve reação doutrinária, tendo sido mesmo suscitada a configuração de um equívoco na orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal⁹². Em contrapartida, encontra-se na doutrina posições que tendem a considerar a decisão do Supremo Tribunal Federal como delimitada apenas ao caso examinado, reputando que a Corte constitucional brasileira rechaçou uma compreensão abrangente de direito ao

⁹¹ REsp 1.335.153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 28.05.2013.

⁹² FRITZ, Karina Nunes. *STF nega direito ao esquecimento na contramão da história*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/stf-nega-direito-ao-esquecimento-na-contramao-da-historia/>.

esquecimento⁹³.

Pontua-se, nesse contexto, que, no plano infraconstitucional, encontram-se previstos dispositivos que tutelam a pessoa em face da divulgação de informações. É o caso, por exemplo, do artigo 748 do Código de Processo Penal, ao estabelecer que *"a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal"*, previsão também contida no art. 202 da Lei de Execuções Penais.

No âmbito do direito privado, o Código de defesa do consumidor contempla, em seu artigo 43, § 1º, a previsão no sentido de que as informações cadastrais dos consumidores constantes das listas de inadimplência (cadastros negativos) somente poderão ser armazenadas e utilizadas pelo prazo de cinco anos, assegurado o direito de exigir o cancelamento (exclusão das informações), ademais da responsabilização das entidades responsáveis pela manutenção e uso dos dados em caso de violação da regra.

Há que se pontuar, porém, que essas disposições não possuem o sentido compreendido no âmbito do direito ao esquecimento. Nenhuma das determinações legais acima indicadas destinam-se a outorgar ao particular direito subjetivo destinado a um potencial controle sobre informações já divulgadas, em um determinado período do seu passado, a que eventualmente pretenda-se atribuir nova relevância na mídia.

Igualmente sucede relativamente ao conteúdo do artigo 143, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de dispositivo que veda *"a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional"*. Esse preceito é

⁹³ SARLET, Ingo W. *STF e direito ao esquecimento: julgamento a ser esquecido ou comemorado?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/direitos-fundamentais-stf-direito-esquecimento-julgamento-esquecido-ou-comemorado>.

complementado com a determinação constante do seu parágrafo único: nenhuma notícia a respeito do fato poderá identificar a criança ou o adolescente, vedando-se fotografias, referências ao nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.

A questão que surge, agora, é se por força da determinação do Supremo Tribunal Federal está aberta a possibilidade de divulgação de fatos relacionados a adolescentes, durante a vida adulta da pessoa. Tendo em vista a amplitude da tese estabelecida pela decisão, a resposta parece ser afirmativa, na medida em que se afirmou que a ordem constitucional brasileira não autoriza o direito ao esquecimento!

Muito embora diversos fatores possam ser apontados para a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, acentua-se aqui que uma das principais teses perceptíveis na manifestação da Corte constitucional brasileira corresponde à reiteração de a liberdade de expressão constituir um direito preferencial, ou seja, por força de sua *preferred position*, ela deve ter prevalência sobre outros direitos fundamentais. Essa posição, presente na jurisprudência da Suprema Corte e na doutrina constitucional americana⁹⁴, tem tido ressonância na literatura brasileira⁹⁵ e pode ser vislumbrada na decisão adotada no julgamento da ADPF n. 130, que declarou a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967) como não recepcionada pela Constituição Federal.

A par da noção indicada anteriormente, vinculada ao tema da *preferred position*, duas teorias se conjugam para provavelmente embasar a noção adotada pelo Supremo Tribunal Federal: a primeira consiste na noção de *public governance*, isto é, o público deve ser informado porque consiste na fonte última de governança. A segunda reside na noção de interesse público, de

⁹⁴ Ver, por exemplo: LEWIS, Anthony. A Preferred position for journalism? *Hofstra Law Review*, v. 7, p. 594 e ss., 1979.

⁹⁵ Ver, por exemplo: MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de Direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte americana. *Revista Sequência*, n. 48, p. 91, 2004.

acordo com os costumes e convenções da comunidade⁹⁶.

Em última análise, relativamente ao confronto entre privacidade e atuação da imprensa, acolhe o Supremo Tribunal Federal a concepção americana tradicional, exposta, por exemplo, no citado caso Sidis – mesmo que uma pessoa esteja afastada da opinião pública, a imprensa está legitimada a publicar notícias sobre ela, a fim de satisfazer o presumido interesse público sobre o seu desenvolvimento.

Pode-se compreender a posição majoritária do Supremo Tribunal, a partir da circunstância de pretender garantir o livre fluxo de ideias, com o objetivo de evitar qualquer espécie de interferência na livre publicação de material jornalístico e na Internet – mesmo que a partir do crivo judicial. Há, portanto, a crença de que o acolhimento do direito ao esquecimento poderia configurar uma diminuição da ação comunicativa e da possibilidade de amplo acesso à informação. Aproximou assim, o Supremo Tribunal Federal, o modelo brasileiro, muito provavelmente em definitivo, ao americano, em que há uma presunção extrema em favor da publicação de informações, a partir da preocupação com o controle governamental – o público tem o direito a ser informado sobre o que a imprensa considera relevante (newsworthiness)⁹⁷.

A partir dessas visões, decorreria a posição da impossibilidade de reconhecimento do direito ao esquecimento no direito brasileiro⁹⁸, sob a fundamentação de que acarretaria prejuízos à liberdade comunicativa, orientação que se considera ter sido prevalente para a solução estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹⁶ POST, Robert C. The Social Foundations of Privacy : Community and Self in the Common Law of Tort. *California Law Review*, op. Cit., p. 1004.

⁹⁷ PROST, Robert C., op. Cit, p. 1004.

⁹⁸ SARMENTO. Daniel. Liberdades comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, p. 190-214, 2016.

3.2) REFLEXÃO SOBRE A AMERICANIZAÇÃO DA TUTELA DA PERSONALIDADE ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em essência, verifica-se que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal constitui uma orientação de filiação *tout court* à concepção americana, que serve de premissa para a rejeição explícita do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico nacional. Nesse contexto, é possível perceber na decisão da Corte constitucional brasileira uma expressão do fenômeno qualificado como ‘americanização do direito’ – já presente na orientação expressa na decisão que levou ao não reconhecimento da Lei de Imprensa: trata-se, em síntese apertada, da constante absorção de diretrizes, matrizes jurídico-culturais e instrumentos jurídicos decorrentes do direito americano em diversos setores do ordenamento jurídico global⁹⁹.

Ao mesmo tempo, por força da aproximação com a vertente americana, constitui uma orientação que se distancia expressamente a posição jurídica brasileira de sua matriz europeia, no que concerne à tutela dos direitos da personalidade e de proteção de dados.

Apesar de o tema da teoria da posição preferencial configurar um tema prevalente na literatura americana¹⁰⁰, por força da reconhecida relevância da liberdade de expressão para o funcionamento democrático de seu ordenamento jurídico, cumpre ponderar que essa concepção não alcança o mesmo patamar de inserção no cenário europeu, ainda mais quando ela está em confronto com os direitos da personalidade.

⁹⁹ Sobre o tema ver: TERRÉ, François. L’américanisation du droit. *Archives de philosophie de droit*. Paris: Dalloz, tome 45, 2001, p. 7 e ss. Para uma percepção da americanização do direito no campo contratual empresarial, ANDRADE, Fábio S. de. A Notas sobre o enquadramento da cláusula *earn out* no contrato de compra e venda. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, 2020, p 141 ss.

¹⁰⁰ Ver, por exemplo, LEWIS, Anthony. A Preferred position for journalism? *Hofstra Law Review*, v. 7, p. 594 e ss, 1979.

Conforme tem sido ressaltado pela doutrina¹⁰¹, por ocasião da decisão Google, o Tribunal de Justiça da União Europeia partiu da premissa da prioridade absoluta dos direitos da personalidade sobre os demais direitos fundamentais. Mesmo antes da decisão Google, o famoso caso *Hannover v. Germany*, da Corte Europeia de Direitos Humanos, demonstra o peso do direito à privacidade em relação à liberdade de expressão, na medida em que nessa decisão foi expressamente reconhecido que o direito à liberdade de expressão deve ser objeto de ponderação relativamente ao direito à privacidade¹⁰².

A partir do precedente estabelecido no caso Google, a Corte europeia tem reconhecido o direito ao esquecimento, seguindo as premissas estabelecidas no citado caso *Hannover v. Germany*. Emblemática nesse sentido foi a decisão *Hurbain v. Belgium*, de 22.06.2021. Aqui, foi determinado que um jornal tornasse anônima a referência em um artigo relativo a um motorista condenado 20 anos antes, explicitando-se que nessa hipótese a noção de *newsworthiness*, de interesse jornalístico, que contribuiria para uma debate público de ideias, não estava presente¹⁰³.

Essa noção também se expressa no âmbito das ordens jurídicas nacionais europeias, sendo referencial a respeito o caso *Mefisto*, de 1971, em que a Corte constitucional alemã privilegiou a tutela da personalidade de pessoa falecida em detrimento da circulação de uma obra de arte, no caso um romance do

¹⁰¹ SINGER, Reinhard; BECK, Benjamin. O “Direito ao Esquecimento” na Internet: significado, efeitos e avaliação da “sentença google” do Tribunal europeu de 13 de maio de 2014. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 39, p. 19, 2018.

¹⁰² WERRO, Franz. *The Right to be forgotten: A Comparative Study of the Emergent Right's Evolution and Application in Europe, the Americas, and Asia*. Cham: Springer, 2020, p. 6.

¹⁰³ Ver, por exemplo: DOKSEY, C. Journalism on trial and the right to be forgotten. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/journalism-rtbf/>. Acesso em: 09.03.2022; SARLET, Ingo W. *Ainda o Direito ao Esquecimento: STF e CEDH seguem caminhos opostos?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-30/direitos-fundamentais-direito-esquecimento-stf-cedh-trilhando-caminhos-opostos>.

escritor Klaus Mann¹⁰⁴.

Conforme se verifica da questão debatida pelo Supremo Tribunal Federal, sobressaiu a discussão sobre a circunstância de inexistência de previsão na Constituição brasileira sobre o direito ao esquecimento.

Há que se ponderar, porém, que na ampla maioria dos ordenamentos jurídicos europeus não se encontra previsão expressa acerca do direito ao esquecimento. Trata-se de um direito extraído da noção de privacidade, de status constitucional em muitos países, sendo defendida sua aplicação, mesmo no ordenamento inglês, despido de constituição escrita¹⁰⁵. No Direito irlandês, por exemplo, muito embora sequer seja expressamente previsto o direito à privacidade na Constituição irlandesa, foi reconhecido pela jurisprudência a partir da teoria dos direitos implícitos (*Unenumerated rights*)¹⁰⁶.

Apesar da inexistência da previsão explícita, portanto, a orientação predominante é no sentido afirmativo, a partir do fundamento de que a noção de privacidade é suficiente para habilitar uma noção de ‘esquecimento’ para diversas situações, sendo a que envolve, por exemplo, a temática de reabilitação de antigos detentos - uma situação comumente recordada¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Sobre o tema ver, por exemplo: QUINT, Peter E. *Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*. *Maryland Law Review*, v. 48, p. 307 e ss, 1989.

¹⁰⁵ AIDINLIS, Stergios. The Right to be forgotten as a fundamental right in the UK after Brexit. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3554625.

¹⁰⁶ O'CALLAGHAN, Patrick. The Right to be forgotten in Ireland, p. 141. In WERRO, F. *The Right to be forgotten*, op. Cit. The Supreme Court has held that the words ‘in particular’ in Article 40.3.2 indicate that the personal rights of the citizen are not limited to life, person, good name and property rights (Ryan v Attorney General [1965] IR 294). 6 It follows that there must be other unenumerated personal rights. The right of privacy is considered to be one such right and was recognised in the 1987 case of Kennedy v Ireland [1987] IR 587 (though note that a right of marital privacy had been recognised by the Supreme Court some thirteen years before in McGee v Attorney General [1974] IR 284).

¹⁰⁷ O'CALLAGHAN, Patrick. *The Right to be forgotten in Ireland*, op. Cit., p. 149; CRAM, Ian. The Right to respect for private life : digital challenges, a comparative-law perspective – The United Kingdom. Disponível em :

Ao mesmo tempo, a ausência de referência expressa, não impediu que se configurasse a concretização da figura no direito italiano¹⁰⁸, como serve de exemplo a jurisprudência italiana, que identifica o direito ao esquecimento (*diritto al'oblio*) como “o justo interesse de toda pessoa a não permanecer indeterminadamente exposta aos danos posteriores que provocam um dano a sua honra e reputação mediante a reiterada publicação de uma notícia divulgada no passado”¹⁰⁹.

No que concerne à tema análogo ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário 1.010.606-RJ, sempre no direito italiano, foi feita a diferenciação entre a crônica cotidiana e a reanálise histórica de determinados fatos¹¹⁰. Nesse último caso, há que ser demonstrado o interesse histórico, especialmente se for longo o tempo decorrido entre a publicação originária da notícia e a republicação pretendida.

De qualquer modo, mesmo que indicada a presença da relevância para a coletividade, nada impede que se estabeleça uma solução proporcional entre os dois interesses, fixando limites à republicação, como, por exemplo, determinando que o acesso à notícia somente se faça por meio do arquivo do jornal responsável pela publicação e de modo desindexado¹¹¹. Observe-se, portanto, que o exemplo italiano ilustra a possibilidade de configurar uma solução absolutamente distinta da opção

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/628249/EPRS_STU\(2018\)628249_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/628249/EPRS_STU(2018)628249_EN.pdf).

¹⁰⁸ Para o direito italiano, ver, por exemplo: LIVI, M. ALESSANDRA. *Quale diritto all'oblio?* Jovene: Napoles, 2020, p. 1ss.

¹⁰⁹ Nesse sentido, ver decisão da Corte de cassação italiana, Seção III, Sentenza n. 3679 del 09/04/1998. In LIVI, M. ALESSANDRA. *Quale diritto all'oblio?* Jovene: Napoles, 2020, p. 49, nota 45.

¹¹⁰ AMENDOLAGINE, Vito. *Il Diritto al'oblio tra rievocazione storiografica on line e cronaca giudiziaria*. *Giutiziacivile.com*, p. 2, 2020.

¹¹¹ Sobre o tema: COSTA, Davide. *Diritto all'oblio: deindicizzare per non censurare*. *Commento all'ord. Cass. Civ.Sez. I, n. 9147 del 19/05/2020*. Disponível em: <https://www.iusinitinere.it/diritto-alloblio-deindicizzare-per-non-censurare-commento-allord-cass-civ-sez-i-n-9147-del-19-05-2020-29034>.

formulada no direito brasileiro.

No direito francês também foram configurados requisitos para a invocação do direito ao esquecimento. Em face de ações propostas por particulares, em 06 de dezembro de 2019, o Conselho de Estado fixou as condições pelas quais deve ser respeitado o direito ao desreferenciamento (*déréféncement*) na Internet, previsto pelo Regulamento geral de proteção de dados (RGPD). Tratou-se da primeira jurisdição francesa a estabelecer critérios para a avaliação das pretensões relativas ao direito ao esquecimento.

Da mesma forma que no direito italiano, o direito ao esquecimento não é absoluto no ordenamento francês. Há que ser feito um balanço entre o direito à privacidade e o direito à informação do público. A fim de proceder a essa averiguação, analisa-se a espécie de informação, a partir de três níveis: os dados sensíveis, os dados penais e os dados pessoais relacionados à vida privada, não reputados como sensíveis¹¹².

No caso, atribui-se aos dois primeiros patamares a proteção mais elevada. É certo que outros parâmetros podem ser considerados, como por exemplo a circunstância de o próprio particular haver difundido a informação, o que poderia configurar uma situação clássica de renúncia tácita ao direito subjetivo de esquecimento¹¹³.

A par disso, retornando ao direito norte americano, cumpre ter presente que na própria doutrina americana encontram-se defensores da função da privacidade como instrumento de tutela do particular na vida contemporânea, que extrapolam à clássica visão do ‘estar só’¹¹⁴. Explicita-se que a noção de privacidade

¹¹² CHALTIEL, Florence. Le Droit à l’oubli devant le Conseil d’État, développements récents. Disponível em : <https://www.actu-juridique.fr/administratif/le-droit-a-loubli-devant-le-conseil-detat-developpements-recents/10.06.2020>.

¹¹³ Para a noção de renúncia tácita, ver RANIERI, Filippo. *Rinuncia tácita e verwirking. Tutela dell’affidamento e decadenza da um diritto*. Padova: Cedam, 1971, p. 42 e ss.

¹¹⁴ ROSEN, Jeffrey. *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America*. New york: Vintage Books, 2000, p. 8.

pode ter mais de uma acepção, conectando-se por exemplo à noção de dignidade como também com a questão da liberdade¹¹⁵. Reconhece-se a possibilidade de o direito ao esquecimento constituir-se em instrumento de proteção da privacidade a fim de estabelecer um balanço entre danos à personalidade e danos ao discurso público¹¹⁶.

Ao mesmo tempo, é certo que se deve ter presente que a noção de privacidade considera as implicações existentes entre a noção de comunidade e os interesses da pessoa¹¹⁷. Nesse sentido, ao estabelecer que o direito ao esquecimento não é compatível com a ordem jurídica constitucional brasileira, subtrai o Supremo Tribunal Federal um instrumento jurídico a favor do titular capaz, de um lado, de salvaguardar sua privacidade no sentido sublinhado pela moderna doutrina americana, como também retira um instrumento de construção entre os interesses da comunidade e da pessoa, pois elimina a condição para que essa evite resguardar a sua atual construção pessoal, como também a sua autonomia em estabelecer a sua personalidade, evitando o risco de uma inadequada representação¹¹⁸.

Desse modo, apresenta-se como no mínimo peculiar que no direito brasileiro - ordenamento jurídico em que, ao contrário dos Estados Unidos, a posição da privacidade possui patamar constitucional específico e a dignidade é expressamente reconhecida como tendo uma posição jurídica de relevo - adote-se, de modo tão expresso, posição que rejeita a possibilidade de utilização do direito ao esquecimento como instrumento de proteção do particular.

Olvida-se aqui o avanço percorrido pela doutrina

¹¹⁵ ROSEN, Jeffrey. *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America*. New York: Vintage Books, 2000, p. 19.

¹¹⁶ POST, Robert C. *Data Privacy and dignitary privacy*, op. Cit., p. 1008.

¹¹⁷ Para uma ampla análise, ver: POST, Robert C. *The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law of Tort*. *California Law Review*, v. 77, p. 957 e ss, 1989.

¹¹⁸ Sobre o tema, ROSEN, Jeffrey. *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America*, p. 19.

americana mais recente, que reconhece na privacidade um instrumento de proteção do particular para as hipóteses em que se configura a privação da possibilidade de a pessoa afirmar o seu próprio ser¹¹⁹. Não se leva em consideração, igualmente, o esforço da doutrina americana mais recente, que tem sustentado a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento na ordem jurídica americana¹²⁰ e tem sido crítica à posição de prevalência da doutrina da newsworthiness.

Da mesma forma, não se vislumbra no direito ao esquecimento o mérito de estabelecer um mecanismo de controle ao particular, que pode ser visto como um fator de tutela para a comunidade.

Por fim, cumpre ao menos referir que a concepção de afastar o direito ao esquecimento da concepção constitucional brasileira constitui, ao menos para o caso concreto, uma visão estática do texto constitucional, em detrimento da interpretação dada pelo direito europeu, em que se tem privilegiado uma ‘interpretação viva’, na medida em que se considera a constituição um ‘living instrument’ para a vida comunitária europeia¹²¹.

4) CONCLUSÃO

No amplo quadro do desenvolvimento do direito privado, poucas figuras tiveram um desenvolvimento recente tão fulgurante como o direito ao esquecimento. Representativa dessa circunstância é o seu amplo reconhecimento no direito europeu, que o concretizou no âmbito jurisprudencial.

Em um primeiro estágio, o mesmo desenvolvimento

¹¹⁹ POST, Robert C. The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law of Tort. *California Law Review*, v. 77, p. 957 e ss, 2095.

¹²⁰ Ver GAJDA, Amy. *Privacy, Press and the Right to be forgotten in the United States*, op. Cit., p. 214.

¹²¹ KULK, Stefan; BORGESIU, Frederik Z. Privacy, freedom of expression., and the right to be forgotten in Europe. *Cambridge Handbook of Consumer Privacy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 6.

ocorreu no Brasil, como demonstra a necessidade de o Superior Tribunal de Justiça debruçar-se sobre o assunto em julgamentos polêmicos, que chamaram igualmente a atenção da doutrina nacional.

Nesse contexto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário citado constitui um acontecimento marcante, que representa um marco negativo no curso evolutivo da tutela dos direitos da personalidade, seja na esfera do direito privado brasileiro como na do direito constitucional.

Com efeito, sobressai a expressiva posição da Corte constitucional brasileira, no sentido de reputar contrária à ordem jurídica constitucional nacional a figura do direito do esquecimento, adotando posição cristalinamente oposta ao direito europeu e à ordem jurídica de países europeus com os quais o direito brasileiro dialoga de forma corrente, do qual deriva o denominado princípio fundante de nossa ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o foco do presente trabalho constitui em explicitar que o pensamento matriz da decisão adotada, a teoria da *Preferred Position*, configura uma posição tipicamente americana, igualmente não representativa do pensamento jurídico europeu.

Com efeito, pretendeu-se demonstrar que no cenário europeu a orientação corrente é no sentido de inexistir uma preferência para a liberdade de informação sobre a tutela dos direitos da personalidade, posição que se extrai da decisão adotada pela Corte constitucional brasileira. Mais: mesmo no pensamento americano atual, podem-se encontrar vozes representativas de uma concepção contra majoritária a respeito, que vislumbram um papel contemporâneo para a figura do direito ao esquecimento.

Em essência, ao adotar uma posição jurídica a partir de uma concepção predominantemente de inspiração americana, com base em critérios passíveis de consideração, é certo que se

evidencia uma ruptura com a concepção fundante da tutela da personalidade, alicerçada no binômio da dignidade humana e do reconhecimento dos direitos da personalidade indicados no capítulo dos direitos individuais previstos na Constituição Federal.

Além disso, instaura-se uma barreira para a evolução da tutela da privacidade no direito privado brasileiro, na medida em que se subtrai do particular a possibilidade de estabelecer um limite para o que se divulga sobre ele. Há, em suma, o predomínio de uma visão institucionalista sobre o indivíduo que possui uma compreensível base historicista e coletiva, que poderia ter sido objeto de melhor ponderação, caso se oportunizasse à jurisprudência exercer o seu desejável papel criativo ao lado de uma pujante base doutrinária.