

Direito ao esquecimento e o Tribunal Constitucional da Alemanha

image not found or type unknown



O assim chamado direito ao esquecimento, já objeto de algumas colunas da lavra do signatário, volta a agitar o cenário jurídico internacional, revitalizando a controvérsia doutrinária e jurisprudencial que se estabeleceu – sem prejuízo de alguns antecedentes – em especial a partir do julgamento do caso *Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja*, em maio de 2014.

Desta feita, o protagonista da convocação ao debate na esfera pública, com grande repercussão midiática, foi o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, em 06.11.2019, decidiu sobre o direito ao esquecimento (para usarmos aqui a terminologia – a despeito de equivocada – convencional) na internet, designadamente acerca da obrigação de arquivos on-line tomarem medidas protetivas em relação à divulgação temporalmente ilimitada de informações pessoais pelos provedores de pesquisa (no caso concreto, o Google).

É de se destacar, todavia, que embora na mesma data tenham sido julgados dois casos sobre o direito ao esquecimento, a decisão aqui sumariamente apresentada e comentada, convém sublinhar, é a primeira, designada de Direito ao Esquecimento I.

Uma primeira observação, antes de se proceder à apresentação propriamente dita do caso, é de que a despeito de aplicável o Direito da União Europeia, o Tribunal Constitucional Federal (TCF) optou por aplicar (e medir, nesse sentido, a legitimidade jurídica) os direitos fundamentais consagrados pela Lei Fundamental alemã de 1949, julgando procedente reclamação constitucional proposta contra decisão do Tribunal Superior Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof – BGH*), equivalente, grosso modo, ao STJ brasileiro), que havia rechaçado ação contrária ao acesso, por prazo superior há trinta anos, de notícias veiculadas pela imprensa e constantes de arquivos jornalísticos on-line, mediante referência nominal, sobre a condenação criminal do autor da reclamação pela prática de homicídio.

De acordo com o TCF (aqui seguindo em termos gerais – mediante tradução livre e cortes – o texto em alemão publicado pelo boletim de imprensa da Corte em 29.11.p.p.) pretensões protetivas relativas à difusão de antigas notícias jornalísticas constantes em um arquivo online resultam de uma ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes, onde o fato tempo de acessibilidade na internet assume particular relevo.

No processo de ponderação, o TCF entendeu que é de se considerar em que medida a Editora dispõe de recursos para influir sobre a amplitude da difusão de informações antigas na internet, em especial no que diz com sua localização mediante consultas a partir da referência nominal junto aos provedores de pesquisa e seus mecanismos de busca. Tais pretensões de proteção, ainda segundo o TCF, são fundadas, não no direito à autodeterminação informativa, mas sim, nas dimensões protetivas do direito geral de personalidade.

Mas, antes de seguir com os comentários à decisão, imperioso apresentar, em traços gerais, o caso concreto propriamente dito, ou seja, a sua configuração fática.

O reclamante havia sido condenado definitivamente, em 1982, a uma pena de prisão perpétua, por ter assassinado duas pessoas, crime que foi objeto de três reportagens publicadas em 1982 e 1983, pelo periódico alemão impresso *Der Spiegel*, reportagens disponibilizadas gratuitamente ao público, mediante acesso online e na condição de primeiro achado, a arquivos digitalizados, acessíveis sem qualquer filtro a todos os que inserirem o nome do reclamante em algum mecanismo de busca.

Uma vez obtida sua liberdade, o reclamante tomou conhecimento, em 2009, da publicação online e aforou ação com o objetivo de impedir a demandada de divulgar os fatos mediante recurso ao seu nome de família, não logrando, contudo, êxito no BGH, que deu prioridade à liberdade de expressão e de informação, porquanto a opinião pública tem um interesse legítimo em se informar sobre fatos historicamente relevantes como e o caso do crime e respectivo processo, que é indissociável da pessoa e nome do reclamante.

Contra essa decisão o reclamante interpôs reclamação constitucional, arguindo violação de seu direito geral de personalidade, invocando os seguintes argumentos: a) ele próprio não expôs mais publicamente seu delito e deseja poder formatar suas relações pessoais sem comprometimentos daí decorrentes; b) o fato de mediante o ingresso de seu nome em mecanismos de busca da internet ser possível acessar as informações sobre o crime e o processo, implica grave afetação de seu direito de personalidade e possibilidade de reinserção social; c) mesmo que se trate de fato historicamente relevante, disso não decorre necessariamente que se possa ter acesso às informações respectivas associadas diretamente ao seu nome.

Quanto ao conteúdo da decisão do TCF é preciso adiantar que esta também avaliou a relação entre a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e os direitos fundamentais consagrados na Lei Fundamental da Alemanha, de 1949. Tal aspecto, contudo, é conveniente frisar, não será aqui objeto de consideração.

No tocante ao mérito, trata-se de caso no qual se verifica relação de conflito entre direitos fundamentais de atores privados, o que remete ao problema da eficácia dos direitos fundamentais nesse domínio, o que, aliás, é algo que caracteriza grande parte das querelas que envolvem a proteção dos direitos fundamentais na esfera digital. Por tal razão, acentuou o TCF, é preciso recorrer à ponderação entre os direitos em rota de colisão, visto que, de um lado (do reclamante), se tem a alegação da violação de seu direito geral de personalidade, ao passo que no outro polo assume relevo o direito de acesso à informação, na sua dimensão individual e coletiva.

Numa primeira aproximação ao problema, o TCF entendeu que o direito geral de personalidade oferece proteção em face de notícias e da difusão de informações que têm o efetivo potencial de prejudicar, de modo relevante, o desenvolvimento da personalidade, o que pode resultar tanto da forma quanto do conteúdo da publicação respectiva.

Todavia, a efetiva pretensão de proteção e seu alcance apenas se podem estabelecer mediante a análise do caso concreto e a ponderação com direitos fundamentais de terceiros, de tal sorte que a proteção do direito geral de personalidade é, nesse sentido, flexível e relativizada pela inserção social de cada pessoa. Essencial, contudo, é que o direito geral de personalidade tem por função assegurar as condições para que cada pessoa possa desenvolver de modo autônomo a sua individualidade.

Já o assim chamado direito à autodeterminação informativa (ou informacional) não se confunde com tal dimensão, mas representa manifestação particular do direito geral de personalidade, assegurando proteção contra a apropriação e uso ilegítimo de dados (informações) de natureza pessoal, de modo a estabelecer tipologias e perfis sobre as quais os titulares dos dados não têm influência, mas que assumem relevância para o livre desenvolvimento da personalidade na esfera social. Outrossim – segue o TCF -, o direito à autodeterminação informativa não fundamenta um direito amplo de decidir sobre o uso dos dados pessoais, mas sim, assegura ao indivíduo a possibilidade de influenciar em que contexto e de que modo tais dados podem ser acessados e utilizados por terceiros.

Pela ótica dos reclamados, os direitos fundamentais convocados são a liberdade de expressão e de informação (imprensa), mas, para uma adequada ponderação com os direitos invocados pelo reclamante, é preciso – sempre de acordo (ainda) com a argumentação do TCF – definir o seu âmbito de proteção, o que implica levar em conta as condições comunicativas na internet.

Justamente nessa perspectiva, sinala a Corte que as circunstâncias temporais são relevantes e devem ser consideradas. Assim, ao passo que em se tratando de reportagens e informações atuais sobre o cometimento de delitos é de se assegurar a prevalência do interesse na informação, inclusive (em especial quando existente decisão transitada em julgado) mediante acesso à identidade dos envolvidos, o decorrer do tempo reduz tal interesse, fenômeno que ganha uma nova dimensão jurídica no mundo digital, onde as informações seguem disponíveis por largo espaço de tempo.

Seguindo com sua argumentação, o TCF salienta que as informações podem ser acessadas a todo tempo por qualquer pessoa, sendo passíveis de descontextualização e serem utilizadas para a elaboração de perfis pessoais, como se dá, por exemplo, mediante o recurso aos mecanismos de busca na internet, o que deve ser levado em conta quando da interpretação e aplicação do direito geral de personalidade.

Assim – segue o TCF – o direito geral de personalidade e o direito geral de liberdade deve assegurar a possibilidade ao indivíduo de superar e deixar para trás erros e equívocos, de modo que esses não se encontrem de modo ilimitado expostos à confrontação na esfera pública, permitindo desse modo um recomeço, de tal sorte que a possibilidade de esquecimento pertence à temporalidade da liberdade, o que remete ao assim chamado direito ao esquecimento.

Todavia, ainda de acordo com o entendimento do TCF, o “direito ao esquecimento”, que decorre do direito geral de personalidade, não implica uma potestade individual no sentido de unilateralmente definir quais informações – antigas ou novas – podem, ou não, ser divulgadas e, portanto, quais devem ser deletadas ou desindexadas na internet.

Levando em conta o âmbito de proteção da liberdade de expressão e de informação, há de ser agregado, na concepção do TCF, que exigir que reportagens e informações em geral não possam identificar as pessoas envolvidas, mediante um processo cogente de anonimização, não se afigura legítimo, o que se aplica também aos arquivos digitais (online) dos órgãos de imprensa, que constituem fonte essencial para a reconstrução da memória e pesquisa histórica.

À vista do exposto e valendo-nos, ainda, da síntese extraída do informativo do TCF, para a ponderação entre os interesses e direitos envolvidos e em rota de colisão, de modo a alcançar uma solução constitucionalmente adequada, os tribunais ordinários devem observar as seguintes diretrizes:

- a) uma editora pode disponibilizar reportagens e notícias lícitas por meio de arquivos online, de modo que eventuais medidas protetivas apenas são exigíveis quando eventuais afetados alegarem e demonstrarem a necessidade de proteção;
- b) o significado concreto do transcurso do tempo tem para a proteção em relação a uma na origem lícita publicação, depende do conteúdo e impacto das notícias sobre a vida privada e o livre desenvolvimento da personalidade da (das) pessoas afetadas, o que, por sua vez, guarda relação com o nível de divulgação na internet e a sua priorização nos mecanismos de busca.
- c) Para garantir o equilíbrio entre as posições em conflito, é necessário diferenciar entre as diferentes possibilidades de proteção por parte da editora (órgão de imprensa), de modo a preservar ao máximo o livre acesso ao texto original constante nos arquivos digitais, mas, ao mesmo tempo, no caso de legítimo interesse protetivo, em especial no tocante a pesquisas nominais realizadas mediante mecanismos de busca na internet, limitar tal acesso de modo suficiente à luz das circunstâncias do caso concreto.

Por derradeiro, o TCF julgou procedente a reclamação constitucional, reconhecendo que a decisão impugnada, do BGH, não guarda, em toda extensão, consistência com as exigências do direito geral de personalidade do reclamante e seu respectivo direito ao esquecimento, no sentido de que as instâncias ordinárias deveriam ter imposto aos órgãos de imprensa reclamados algum tipo de medida protetiva que, sem afastar o acesso ao texto original constante dos arquivos eletrônicos, tivesse o condão de assegurar alguma proteção eficaz em face de buscas nominais efetuadas por terceiros na internet.

À vista da sumária apresentação do caso e da decisão do TCF, é possível arriscar algumas considerações, ainda que preliminares e carentes de ampliação e verticalização.

O primeiro registro a ser efetuado, é de que se trata, no caso ora comentado, da primeira decisão do TCF a reconhecer expressamente um “direito ao esquecimento” como manifestação particular do direito geral de personalidade.

Note-se que, diferentemente do multicitado caso *Lebach*, onde embora também estivesse em causa o conflito entre a liberdade de informação e a proteção da personalidade (do direito à reinserção social) de condenado por homicídio, tido como comprometido pela reconstituição televisiva dos fatos, no presente julgado se está diante de uma situação própria do ambiente digital, onde a dimensão temporal e a acessibilidade quase ilimitada às informações assumem uma relevância exponencial, implicando ainda maior impacto sobre os direitos de personalidade.

Outro aspecto digno de nota reside no fato de que, no caso da decisão ora anotada, o embate direto se deu, não entre a pessoa alegadamente prejudicada pela informação e o provedor de pesquisas na internet (como ocorreu no caso emblemático julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em 2014 – caso *Google*), mas sim em face da empresa jornalística (editora) que efetuou e divulgou as reportagens e as deixou acessíveis nos seus arquivos digitais.

Assim, o que o reclamante buscava (e o que em parte foi reconhecido pelo TCF) era a proteção contra o acesso livre e irrestrito por parte de terceiros, mediante pesquisa nominal, ao teor dos arquivos online e não pura e simplesmente a desindexação junto aos mecanismos de busca na internet.

Outrossim, no tocante ao problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o TCF – que não julga o caso concreto em si – reafirmou a posição de que se cuida, em primeira linha, de uma eficácia mediata (indireta) e que às instâncias ordinárias cabe considerar e aplicar os parâmetros materiais dos direitos fundamentais e equacionar o conflito em sintonia com as exigências da proporcionalidade, incluindo a proibição de proteção insuficiente decorrente dos deveres de proteção que também vinculam juízes e tribunais. Dito de outro modo, na acepção do TCF, o BGH não levou suficientemente a sério o seu dever de proteção do direito geral de personalidade do reclamante ao efetuar a ponderação entre esse e as posições jusfundamentais da reclamada.

A decisão ora comentada, além disso, se revela de interesse para a discussão doutrinária e jurisprudencial travada também no Brasil acerca da proteção dos direitos de personalidade no ambiente digital, com destaque aqui para o direito ao esquecimento, que queda à espera de uma decisão do STF em sede de repercussão geral.

Date Created

07/12/2019