

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – CAMPUS AVANÇADO DE
GOVERNADOR VALADARES**

Instituto de Ciências Sociais Aplicadas – Curso de Direito

Victor Antonio Rodrigues Magalhães

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE
REVISÃO DO PRECEDENTE**

Governador Valadares – MG
2022

Victor Antonio Rodrigues Magalhães

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE
REVISÃO DO PRECEDENTE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora *campus* Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção da graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Amaral Nunes Carnaúba

Governador Valadares – MG
2022

Victor Antonio Rodrigues Magalhães

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE
REVISÃO DO PRECEDENTE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora *campus* Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção da graduação em Direito.

Aprovado em (dia) de (mês) de (ano)

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Daniel Amaral Carnaúba - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Daniel Mendes Ribeiro
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Bráulio de Magalhães Santos
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O presente artigo trará uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.010.606, no qual firmou-se o entendimento de que o direito ao esquecimento é incompatível com a ordem constitucional. O citado entendimento causou grande impacto no meio jurídico, pois confrontou diretamente a doutrina majoritária e o entendimento jurisprudencial, que há algum tempo já reconheciam a existência e compatibilidade de um direito ao esquecimento ante a ordem constitucional brasileira. Por outro lado, apesar da expressa negativa da incidência deste instituto no direito nacional, em sua decisão a Corte acabou por tutelar aquilo que entende a doutrina sobre a maneira de aplicação do direito ao esquecimento nos casos em que abusos na liberdade de expressão ataquem a honra, imagem e intimidade das pessoas naturais. O objetivo desta pesquisa é apontar se existe a necessidade de revisão do precedente firmado pelo STF, tendo em vista as inconsistências da decisão em questão. Será adotada a metodologia da pesquisa teórica, que consistirá no estudo da bibliografia pertinente aos temas do direito ao esquecimento, direitos da personalidade e liberdade de expressão. Será utilizado ainda o conteúdo legislativo pertinente ao tema, bem como a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A tese defendida é de que a revisão do precedente firmado pelo Supremo é medida necessária, haja vista que o direito ao esquecimento se faz compatível com a ordem constitucional, bem como que sua aplicação indireta continua possível.

Palavras-Chave: Direito ao Esquecimento. Precedente. Revisão.

ABSTRACT

This article will bring an analysis of the decision of the Federal Supreme Court in the judgment of Extraordinary Appeal No. 1,010,606, in which the understanding was established that the right to be forgotten is incompatible with the constitutional order. The aforementioned understanding had a great impact on the legal environment, as it directly confronted the majority doctrine and the jurisprudential understanding, which for some time already recognized the existence and compatibility of a right to be forgotten before the Brazilian constitutional order. On the other hand, despite the express denial of the incidence of this institute in national law, in its decision the Court ended up protecting what the doctrine understands about the way of applying the right to be forgotten in cases where abuses of freedom of expression attack honor, image and intimacy of natural persons. The objective of this research is to point out if there is a need to review the precedent established by the STF, in view of the inconsistencies of the decision in question. The methodology of theoretical research will be adopted, which will consist of the study of bibliography relevant to the themes of the right to be forgotten, personality rights and freedom of expression. The legislative content relevant to the subject will also be used, as well as the analysis of the jurisprudence of the Superior Court of Justice and the Court of Justice of Minas Gerais. The thesis defended is that the review of the precedent established by the Supreme Court is a necessary measure, given that the right to be forgotten is compatible with the constitutional order, as well as that its indirect application remains possible.

Keywords: Right to be Forgotten. Precedent. Review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A ORDEM CONSTITUCIONAL.....	8
1.1 <i>O Direito ao esquecimento conceituado pelo STF.....</i>	8
1.2. <i>De que deriva o direito ao esquecimento.....</i>	11
1.3 <i>O direito ao esquecimento na legislação infraconstitucional.....</i>	14
1.4 <i>O direito ao esquecimento na jurisprudência.....</i>	17
2 A CONTRADIÇÃO NA TESE FIXADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 1.010.606/RJ.....	20
3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO	24
CONCLUSÃO	27
REFERÊNCIAS.....	29

INTRODUÇÃO

A doutrina majoritária entende que, a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos fundamentais à honra, à vida privada e à intimidade, pode-se conceber o direito ao esquecimento. Em uma rápida conceituação, tal direito consiste na prerrogativa da pessoa humana de se defender de recordações opressivas de fatos pretéritos, que se mostrem aptas a minar a reconstrução da identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes, de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que, em virtude do decurso do tempo, não corresponde à sua realidade atual.

O instituto do direito ao esquecimento faz-se aceito em diversas legislações ao redor do mundo, sendo reconhecido, inclusive, pela jurisprudência nacional. Todavia, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.010.606, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o direito ao esquecimento se mostra incompatível com a ordem constitucional.

Foi a proposta de tese apresentada pelo relator, o Ministro Dias Toffoli¹, acolhida em maioria pela Corte, a qual concebe que:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais.

Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Pela existência de um direito ao esquecimento, manifestaram-se apenas os ministros Luiz Fux e Edson Fachin. Entretanto, o primeiro deles, pela colegialidade, seguiu a tese do relator.

O que se vê como consequência deste entendimento é a fragilização de um sistema de precedentes que, em ocasiões anteriores, reconheceu a existência de um direito ao esquecimento, assim como a desconformidade com a doutrina majoritária que desta maneira também concebe. Doutro lado, apesar de não entender a

¹ STF, RE 1.010.606/RJ, Pleno, Rel. Ministro Dias Toffoli, j. 11/02/2021, DJe 20/05/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em 07 de ago. de 2022, p. 62.

existência de um direito ao esquecimento, a Corte reconhece que eventuais excessos no exercício da liberdade de expressão e informação devem ser analisados caso a caso, o que gera uma aparente contradição, tendo em vista a forma como foi construída fundamentação da decisão do citado recurso extraordinário.

Nesse sentido, o pressuposto do presente artigo é promover uma análise aprofundada das razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a firmar o seu entendimento, para ao final formular um juízo sobre a necessidade de revisão do precedente.

Para tanto, será adotada a metodologia da pesquisa teórica, que consistirá no estudo da bibliografia pertinente aos temas do direito ao esquecimento, direitos da personalidade e liberdade de expressão. O marco teórico utilizado é o conceito de direito ao esquecimento segundo Schreiber², pelo qual entende-se o direito ao esquecimento como o direito da pessoa humana de se defender contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos, que se mostre apta a minar a construção e reconstrução da sua identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes, de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à sua realidade atual.

Serão utilizados, ainda, os procedimentos de análise do conteúdo teórico pertinente ao tema, bem como a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - outro tribunal ao qual incumbe a função de pacificar entendimentos nacionais - e também do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), para que seja possível compreender a realidade local.

O presente artigo será dividido em três partes. No primeiro tópico se analisará a compatibilidade do reconhecimento de um direito ao esquecimento com a ordem constitucional e infraconstitucional brasileira.

Já o segundo tópico observará aparente contradição cometida pelo STF ao reconhecer a possibilidade de análise de eventuais excessos no exercício da liberdade de informação ou expressão, no mesmo caso em que de maneira diversa entendeu a corte no pleito sobre o reconhecimento de um direito ao esquecimento.

Por fim, o terceiro tópico será destinado a analisar o embate entre a aplicação de um direito ao esquecimento e a tutela dos direitos de liberdade de expressão e de

² SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento, in Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce (coords.), Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018, p. 69.

informação, para ao final, estabelecer um juízo sobre a melhor maneira de solucionar este problema.

1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A ORDEM CONSTITUCIONAL

1.1 O Direito ao esquecimento conceituado pelo STF

Conforme foi elucidado na introdução deste trabalho, o Ministro relator, Dias Toffoli, apresentou proposta de tese na qual consta ser incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais.

A citada tese foi aceita pela maioria dos ministros da Corte - a saber, Kassio Nunes, Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Cármen Lucia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Luis Fux. O ministro Edson Fachin foi o único favorável ao reconhecimento da existência de um direito ao esquecimento, enquanto o ministro Luís Roberto Barroso declarou-se impedido para analisar a questão. Todavia, mesmo com a adesão de grande parte dos ministros, esta tese abre margem para questionamentos.

Em seu voto, o relator aborta ponto muito interessante ao elucidar que, no que diz respeito à multiplicidade de situações que se pretende ver abarcada pelo termo direito ao esquecimento, deve-se reconhecer que, para a construção de um conceito, é necessário partir do pressuposto de que, juridicamente, não se podem conceber sob o mesmo título manifestações absolutamente distintas, haja vista que dessa forma faz-se presente o risco de não se ter um verdadeiro direito ao esquecimento.

Nesse sentido, a fim de que melhor pudesse se dar a delimitação conceitual do direito ao esquecimento, o ministro optou por identificar quais seriam seus elementos essenciais, bem como qual traço o distinguiria dos demais direitos já previstos e consolidados no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre os elementos essenciais, o primeiro a ser identificado foi a licitude da informação. Isso significa dizer que, para a abrangência do direito ao esquecimento, a informação que se pleiteia ver “esquecida” deve ser lícita. Dessa forma a tutela de informações obtidas de maneira ilícita pode e deve se dar de maneira diversa, como por exemplo, através da tipificação das condutas de injúria, calúnia e difamação, no

âmbito penal, e exigibilidade de perdas e danos na esfera cível, quando a veiculação destas informações violarem a honra.

O decurso do tempo foi o segundo elemento identificado. Para Dias Toffoli, esta é a “viga central” do direito ao esquecimento. Elucidar o decurso do tempo como um dos elementos essenciais significa dizer que, a fim de que seja reconhecida a existência de um direito ao esquecimento, faz-se necessário que uma informação se mostre desatualizada e descontextualizada pelo fato de ser divulgada em momento significativamente distinto a ocorrência dos fatos, não se fazendo condizente com a atual identidade dos envolvidos.

A partir dos elementos existenciais supracitados, o relator³ conceituou o direito ao esquecimento como:

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

Bentivegna⁴ entende o direito ao esquecimento como a prerrogativa que teria aquele que já foi legitimamente alvo de notícia a ser esquecido e “deixado em paz” pela perda da atualidade daquele fato que, embora já tenha sido de interesse público, hoje não tenha mais tal característica.

Já Chehab⁵ concebe o direito ao esquecimento como a faculdade que o titular de um dado ou fato pessoal tem de vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso do tempo e por afrontar seus direitos fundamentais.

Lima⁶ propõe conceituar o direito ao esquecimento como um direito autônomo de personalidade através do qual o indivíduo pode excluir ou deletar as informações a seu respeito quando tenha passado um período de tempo desde a sua coleta e utilização e desde que não tenham mais utilidade ou não interfiram no direito de liberdade de expressão, científica, artística, literária e jornalística.

³ STF, RE 1.010.606/RJ, Pleno, Rel. Ministro Dias Toffoli, j. 11/02/2021, DJe 20/05/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em 07 de ago. de 2022, p. 32.

⁴ BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: Os limites entre o lícito e o ilícito. 1.ed. Barueri: Manole. 2020, p. 261.

⁵ CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional. Volume 8/2015. P.563-596. Ago.2015, passim.

⁶ LIMA, Cíntia Rosa Pereira. Direito ao esquecimento e internet: O fundamento legal no direito europeu, no direito italiano, e no direito brasileiro. Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional. Volume 8/2015. P.511-543. Ago.2015, passim.

Percebe-se, a partir das conceituações do direito ao esquecimento feitas por diferentes autores, que, a depender da concepção, este direito se aproxima ou se afasta da forma que entende o ministro relator. Todavia, a maneira como conceituou Dias Toffoli, se interpretada rasamente, pode criar deturpações sobre este instituto.

Conforme aponta Schreiber⁷, conceituar o direito ao esquecimento como um direito de não ser lembrado contra a sua vontade incorre no erro de abordar o tema sob a ótica voluntarista, na qual fatos relativos ao indivíduo passam a se subordinar à sua esfera de vontade individual, à semelhança de bens que passam a integrar seu patrimônio, de modo a excluir o acesso de todos os demais indivíduos àquele acontecimento.

Conceber o direito ao esquecimento apenas como uma pretensão de proibir a veiculação de informações lícitas em razão do decurso de tempo, acaba por suscitar conflito de direitos demasiadamente desigual com os direitos à liberdade de expressão e informação. Dessa forma, o direito ao esquecimento soaria como aquele menos importante para ser objeto de tutela, haja vista que, ao adquirir contornos proprietários, se opõe fortemente a um dos pilares de uma constituição democrática.

Com maior sobriedade, o direito ao esquecimento foi conceituado por Schreiber⁸ como o direito da pessoa humana de se defender contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos, que se mostre apta a minar a construção e reconstrução da sua identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes, de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à sua realidade atual. A partir dessa conceituação pode-se entender um direito ao esquecimento que transpassa a esfera da mera proibição da veiculação de informações lícitas, vindo a se configurar como um instituto que visa tutelar a dignidade da pessoa humana, protegendo os indivíduos de recordações opressivas de fatos pretéritos que acabam por estigmatizar e impedir o desenvolvimento pessoal.

Pode-se dizer que a “sofisticação” conceitual promovida por Schreiber acaba por aclarar e enriquecer o debate sobre a compatibilidade entre o direito ao esquecimento e a ordem constitucional brasileira, pois o coloca em pé de igualdade com os direitos à liberdade de expressão e de imprensa, porquanto leva para a discussão um dos princípios basilares da Constituição Federal.

⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento, in Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce (coords.), Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018, p. 66.

⁸ Ibidem, p. 69.

Compreendido a forma como o Supremo entende o direito ao esquecimento, bem como tecidas as devidas críticas a este conceito, passemos à análise da sua origem na visão do relator.

1.2. De que deriva o direito ao esquecimento

Em seu voto, o Ministro relator indica três proposições sobre a suposta existência de um direito fundamental ao esquecimento. A primeira delas é aquela que reconhece existir um direito fundamental explícito. A segunda afirma pela existência de um direito fundamental implícito, decorrente, ora da dignidade humana, ora da privacidade. E a terceira seria aquela que não reconhece sua existência como direito fundamental autônomo, mas sim admite identificá-lo como integrante do suporte fático de alguns dos direitos fundamentais dispostos no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

Entretanto, mais adiante, Dias Toffoli afirma entender que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro um direito genérico com essa conformação, seja expressa ou implícita, pois considera não ser possível conceber um direito à personalidade que está sempre direcionado a garantir outras espécies de direitos como nome, imagem, honra, ressocialização e proteção de dados. Quanto à aproximação do direito ao esquecimento aos direitos fundamentais, o ministro cita Luiz Fernando Moncau para embasar sua tese de que o direito ao esquecimento aparenta servir apenas ao propósito de emprestar nova força a direitos já existentes ou a seus fundamentos jurídicos.

Chehab⁹ considera que o direito ao esquecimento está entranhado em diversas normas do direito, se fazendo presente em diversos institutos, e constituindo matriz que se espalha no ordenamento constitucional e legal, estando intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, à privacidade e à intimidade. Concepção que se aproxima da segunda vertente apresentada pelo relator.

Já Lima¹⁰ caracteriza o direito ao esquecimento como um direito autônomo de personalidade, todavia, frisa que a parte final deste conceito proposto implicaria em um sopesamento entre direitos e garantias fundamentais e direitos de personalidade

⁹ CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional. Volume 8/2015. P.563-596. Ago.2015, passim.

¹⁰ LIMA, Cíntia Rosa Pereira. Direito ao esquecimento e internet: O fundamento legal no direito europeu, no direito italiano, e no direito brasileiro. Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional. Volume 8/2015. P.511-543. Ago.2015, passim.

que deve ser feito a depender de cada caso concreto. Ideia que vai em conformidade com a primeira vertente.

Costa¹¹ compreende o direito em comento como um instrumento de proteção aos direitos da personalidade, diante do aceso às informações que, ainda que verdadeiras, eternizam os danos e sofrimentos já causados aos seus titulares. Aqui percebe-se uma compreensão sobre a origem do direito ao esquecimento próximo à terceira apresentada por Dias Tofoli.

Conforme entende-se pelos termos dos autores supracitados, a “origem” do direito ao esquecimento não se distancia das três vertentes apresentadas pelo ministro relator, porém, tal compreensão varia a depender do olhar de cada autor. Faz-se nítida a relação do direito ao esquecimento com os direitos fundamentais e com os direitos da personalidade.

Nesse sentido, para melhor compreender em que posição o direito ao esquecimento estaria alocado, bem como qual seria o seu objeto de tutela, faz-se prudente entender em que consistem os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.

Silva¹² aponta os direitos fundamentais como aqueles que se dirigem a preservar os fundamentos de uma organização estatal.

Barroso¹³ conceitua os direitos fundamentais como os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico. O doutrinador afirma que tais direitos significam a positivação, pelo Estado, dos direitos morais das pessoas, e que isto se dá por previsão expressa ou implícita no texto constitucional, ou naquilo que se chama de bloco de constitucionalidade.

Na mesma linha também defende Martins¹⁴, afirmando que os direitos fundamentais são aqueles direitos, normalmente direcionados à pessoa humana, que foram incorporados ao ordenamento jurídico de um país.

Já os direitos da personalidade, segundo Bentivegna¹⁵, constituem-se naqueles essenciais para o desenvolvimento da pessoa, e que possuem a função de resguardar

¹¹ COSTA, Luisa Alvim de Resende. O direito ao esquecimento após a operação lava jato. Revista de Direito Privado. Vol.93/2018. P.109/124. Set.2018, passim.

¹² SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. Direitos fundamentais. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol.22/2008. P.245-255. Jil-Dez.2008, sp.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 511.

¹⁴ MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional.3.ed. São Paulo: Saraiva,2019, p. 787.

¹⁵ BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: Os limites entre o lícito e o ilícito. 1.ed. Barueri: Manole. 2020, p. 11.

a dignidade da pessoa humana, colocando-a a salvo de ataques injustos de quem quer que seja.

Taturce¹⁶ afirma que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade, possuindo como objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo, e que buscam proteger os atributos específicos da personalidade. Na concepção do autor, esta proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde sua concepção até a sua morte.

Lixinski¹⁷ define os direitos da personalidade como as faculdades jurídicas cujo objeto são os vários aspectos da pessoa do sujeito, bem como suas projeções e prolongamentos, elucidando que são valores de caráter fundamental.

Analisado os conceitos trazidos pelos autores, percebe-se que os direitos fundamentais são aqueles positivados pelo Estado com o intuito de estabelecer suas diretrizes, bem como de proteger bens materiais e imateriais intrínsecos ao ser humano. Os direitos da personalidade, por sua vez, voltam-se para a proteção de atributos específicos da pessoa nas relações entre particulares. Estes conceitos em muito se comunicam, vez que ambos derivam de uma premissa maior estabelecida pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, enquanto os direitos fundamentais, via de regra, são objeto de estudo dos constitucionalistas, são os civilistas que se ocupam dos direitos da personalidade. A distinção entre estes conceitos faz-se objeto de discussões doutrinárias, todavia, não é a isso que pretende o presente trabalho.

Em suma, o direito ao esquecimento pode ser compreendido como um direito fundamental ou como um direito da personalidade a depender do viés teórico pelo qual se pretende analisá-lo. Tal dicotomia faz-se possível pois este direito precede justamente do ponto de interseção que embasa tanto os direitos fundamentais, quanto os direitos da personalidade - o princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, conforme aponta Schreiber¹⁸ – através de uma ressalva não feita pela doutrina majoritária - o direito ao esquecimento não se associa tanto à proteção da intimidade ou privacidade da pessoa humana, mas sim ao direito de identidade

¹⁶ TATURCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral – v.i. 15. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 229.

¹⁷ LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro. Revista de Direito Privado. Vol.27/2006. P.201/222. Jul-Set.2006, passim.

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento, in Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce (coords.), Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018, p. 68.

peçoal. Isso pois, tem o caráter de não apresentar o indivíduo à sociedade sob o estigma de um passado que não mais condiz com a realidade, ao invés de ser apenas um instituto utilizado para ocultar informações pessoais das quais pretende-se privar a sociedade.

Compreendido em que espaço se aloca o direito ao esquecimento perante a doutrina, faz-se possível analisa-lo no âmbito do ordenamento jurídico nacional, e isto é o que se verá no próximo ponto.

1.3 O direito ao esquecimento na legislação infraconstitucional

Conforme já elucidado, Dias Toffoli entende que inexistente no ordenamento jurídico um direito genérico, nos termos em que a doutrina compreende, ao esquecimento, pois considera não ser possível conceber um direito à personalidade que está sempre direcionado a garantir outras espécies de direitos. O que o ministro afirma existir no ordenamento são expressas e pontuais previsões em que se admite, sobre condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações.

Para exemplificar quais seriam tais previsões pontuais, o Ministro cita o artigo 43, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, no qual consta que os cadastros de consumidores não podem conter informações negativas referentes a período superior a 5 (cinco) anos. É lembrado também dos artigos 93 a 95 do Código Penal, os quais preveem a possibilidade de requerimento da reabilitação do condenado, desde que decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta a pena, ou terminar a execução, assegurando-se ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Dias Toffoli ainda cita a lei do Marco Civil da Internet (nº 12.965/14), que assegura como direito do usuário da rede a exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet a seu requerimento, ao término da relação entre as partes.

Após citar os exemplos acima, o Ministro afirma que tais previsões não se tratam de pretensão do direito ao esquecimento, pois, apesar de se relacionarem com o efeito temporal, não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado, haja vista que eventuais notícias que tenham sido divulgadas, não são alcançadas pelo efeito de ocultamento. Ao contrário, permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu

tempo, lícitamente obtidos e tratados, de modo que o tempo não possuiria o condão de transmutar sua condição de lícito para ilícito.

Ocorre que, ao fazer esta afirmação, o Ministro relator incorreu no erro de ignorar o direito ao esquecimento em sua origem. Conforme aponta Bentivegna¹⁹, o direito ao esquecimento tem forte imbricação com os condenados em ações penais que, uma vez cumpridas suas penas, têm o direito à ressocialização – que é o fim último de todo sistema de apenamento – que fica prejudicada na hipótese de voltar à tona a todo momento a notícia “requeitada” dos fatos que levaram à condenação.

A Constituição de 1988 assegura, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, a inexistência de penas de caráter perpétuo. É de amplo conhecimento que a legislação pátria não prevê hipóteses de aplicação de penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos com esta característica. Todavia, o estigma, por vezes carregado pelo indivíduo que cumpriu sua pena, acaba por ser uma forma de perpetuação da sanção quando não lhe é fornecido a possibilidade de retorno ao convívio social.

Pela necessidade de promover a aplicação da disposição constitucional, o Código Penal estabelece, em seu artigo 93, que a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo de registros sobre o seu processo e condenação. O artigo 94, da mesma lei, ainda, complementa que a reabilitação poderá ser requerida decorridos dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e do livramento condicional. Ademais, o parágrafo único do artigo 94 traz que, negada a reabilitação, poderá ser requerida a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Percebe-se que os dispositivos supracitados, ao mesmo tempo que asseguram o sigilo sobre as informações lícitas referentes ao processo penal e à condenação, também estabelecem o fator do lapso temporal de dois anos para que o citado direito possa ser usufruído. Ao impedir a veiculação de informações e fixar um período de tempo para tal, nota-se que o instituto da reabilitação está embasado mesmos pilares que o direito ao esquecimento.

¹⁹ BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: Os limites entre o lícito e o ilícito. 1.ed. Barueri: Manole. 2020, p. 262.

Nos termos em que aponta Cunha²⁰, na perspectiva da prevenção especial positiva, a função primordial da pena é a ressocialização do delinquente. Neste ponto, pode-se perceber uma grande importância do direito ao esquecimento no âmbito legislativo interno.

Silva²¹ leciona que o direito ao esquecimento como vetor de ressocialização contribui para este como um limitador da perenidade da publicação do crime e do criminoso, sendo um fator que acaba por facilitar este procedimento.

No que pese a semelhança entre as palavras *reabilitação* e *ressocialização*, deve ser esclarecido que estas possuem significados diferentes, mas que guardam grande proximidade. Enquanto a reabilitação diz respeito ao direito positivado que será exercido pelo condenado após o prazo de dois anos do cumprimento da sua pena, a ressocialização configura o seu processo de reinserção no meio social. Em verdade, a reabilitação é apenas o primeiro passo de um percurso maior que é a ressocialização.

Há de ser frisado que o direito ao esquecimento dialoga com ambos os conceitos, pois tudo que neles se discutem é no intuito de deixar para trás o estigma e as recordações opressivas de uma condenação penal, a fim de que a pessoa tenha a possibilidade de reconstruir sua identidade perante a sociedade, tudo isso como mecanismo de tutela da dignidade da pessoa humana, e com o pré-requisito do decurso de tempo para aplicação.

Dessa forma, Dias Toffoli cometeu grande equívoco ao colocar “no mesmo barco” o instituto da reabilitação com outros instrumentos normativos que dizem respeito apenas ao manejo de dados ou direitos adquiridos em razão do decurso de determinado período temporal, porque este, diferentemente dos outros, satisfaz a todos os requisitos necessários ao reconhecimento de um direito ao esquecimento positivado na nossa legislação.

Verificada a influência do direito ao esquecimento na legislação pátria, ainda que em âmbito penal, o próximo ponto tratará de enxergar como a jurisprudência cível faz o uso deste instituto.

²⁰ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: Parte geral. 4.ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 396.

²¹ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. Direitos fundamentais. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol.22/2008. P.245-255. Jil-Dez.2008, sp.

1.4 O direito ao esquecimento na jurisprudência

Compreendido o instituto do direito do esquecimento à luz da doutrina e da lei, falta ainda o analisar pelo espectro da jurisprudência.

Nesse sentido, existem casos emblemáticos do seu reconhecimento pelos tribunais brasileiros. Um deles é o Recurso Especial nº 1.334.097-RJ, julgado pelo STJ no ano de 2015 com a relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, e que diz respeito ao episódio conhecido como “Chacina da Candelária”.

No dia 23 de julho de 1993, dois carros com placas cobertas por plástico e ocupados por quatro policiais militares pararam em frente à Igreja Candelária, no Rio de Janeiro, e desferiram diversos disparos de arma de fogo contra um grupo de jovens em situação de rua que ocupavam o local. Tal ato seria uma represália por um vidro de viatura quebrado por meninos de rua durante a tarde do mesmo dia. Seis menores e dois maiores de idade foram mortos no tiroteio. Tal crime tornou-se internacionalmente conhecido, configurando um dos acontecimentos mais trágicos da história brasileira.

Iniciadas as investigações, os autores dos disparos foram identificados por um dos jovens sobreviventes, que descreveu um dos envolvidos por meio de retrato falado. A partir das suas informações foram indiciadas sete pessoas, um deles era o recorrido do caso em comento, que foi acusado, indiciado, preso e pronunciado ao Tribunal do Juri. Em Plenário, o Ministério Público percebeu inexistir qualquer envolvimento de sua parte no crime e pediu sua absolvição, o que foi acolhido por unanimidade dos jurados do Conselho de Sentença.

Ocorre que, passados anos do ocorrido, o grupo Globo, mais especificamente a produção do programa televisivo Linha Direta, entrou em contato com o recorrido com o intuito de entrevista-lo para uma reportagem especial sobre a Chacina da Candelária, o que foi prontamente negado. Apesar da negativa, inclusive com a expressa menção do seu desinteresse em ter sua imagem exposta em rede nacional, o programa foi ao ar referenciando-o como um dos envolvidos na chacina.

Entendendo que a transmissão levou a público uma situação que já havia sido superada, reacendendo na comunidade em que reside a imagem de chacinador e o ódio social, de forma a ferir seu direito à paz, anonimato e privacidade, o autor ajuizou ação indenizatória pleiteando indenização no valor de 300 (trezentos) salários-mínimos. O pedido foi julgado improcedente em primeira instância, todavia a sentença

foi reformada em sede de apelação, passando a condenar a Rede Globo ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização, e reconhecendo o direito do autor em prosseguir no esquecimento. Após a reforma, foram opostos embargos infringentes, porém, rejeitados por maioria.

Neste contexto, o Grupo Globo interpôs o recurso especial, alegando em suas razões, a inexistência do dever de indenizar por ausência de ilicitude, bem como que não houve violação da intimidade e privacidade do autor, vez que os fatos noticiados já eram públicos e fartamente discutidos na sociedade, fazendo parte do acervo histórico do povo. Defendeu ser incabível o acolhimento de um direito ao esquecimento sem violar o seu direito de informar, assim como de retratar o episódio de forma fidedigna.

Em seu voto, o ministro Luis Felipe Salomão salientou que não haveria dúvida que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo, e que nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época - o que também inclui os crimes. Todavia, frisou que a retratação ampla e irrestrita de pessoas envolvidas em um fato histórico, quando prorrogadas pelo tempo a pretexto da historicidade do fato, pode significar a permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. A partir dessas considerações, salientou que o reconhecimento do direito ao esquecimento pode significar um corretivo – ainda que tardio – das vicissitudes do passado, sejam de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.

O ministro do Superior Tribunal afirmou não possuir dúvida da aplicabilidade do direito ao esquecimento no Direito nacional, em função da principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também pelo direito positivo infraconstitucional. Elencou que o ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito reagitar o que a lei pretende sepultar. Utiliza-se do instituto da prescrição, bem como do prazo máximo disposto no CDC para que conste informações negativas acerca da inadimplência para exemplificar seu entendimento. No âmbito penal, cita o instituto da reabilitação penal, elucidando que nessa ótica o direito ao esquecimento afirma-se como um

direito à esperança, em sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

No que tange ao caso do recurso especial, Luis Felipe Salomão apontou que a liberdade de imprensa não seria mitigada, assim como a honra do autor não seria maculada caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido. Disse que permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, apenas pelo fato de que a primeira ocorrera, considerando que o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida “vergonha” nacional à parte.

Pelas razões acima expostas o ministro negou provimento ao recurso especial, sendo acompanhado por unanimidade da turma.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), também se verifica a aceitação do direito do esquecimento. No julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.19.7771-6/001, a 16ª Câmara Cível entendeu que o judiciário pode interromper a possibilidade de buscas informativas em provedores de aplicação de pesquisas na internet (em circunstâncias excepcionais), quando a informação possuir conteúdo eminentemente privado ou for informação antiga, em consequência do direito ao esquecimento.

Percebe-se também o reconhecimento da existência de um direito ao esquecimento no julgamento da Apelação Cível nº 1.0342.12.010730-9/001, no qual a 12ª Câmara Cível do TJMG reconheceu que, no Brasil, o direito ao esquecimento possui assento constitucional e legal, considerando que é uma consequência do direito à vida privada, intimidade e honra. Tal afirmação foi feita no intuito de defesa da possibilidade de que se conceda a tutela inibitória de retirada de notícias de plataforma de empresa que veicula informação na seara de imprensa em face do direito ao esquecimento, que ratifica o princípio da dignidade da pessoa humana sob a orientação da técnica de ponderação no que tange aos princípios constitucionais da liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

Dentre os muitos casos em que a jurisprudência do TJMG legitima a aplicação do direito ao esquecimento, ainda pode ser ressaltado o julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.14.075885-5/001, no qual a 9ª Câmara Cível afirmou que inexistindo interesse público na manutenção da matéria jornalística publicada online que aponta fatos desabonadores à determinada pessoa absolvida em juízo criminal, deve preponderar o direito à boa imagem, nome e esquecimento dos fatos, de forma que

deve ser retirado do endereço eletrônico o conteúdo que ao citado episódio remonta. Percebe-se que a tese deste último caso se mostra aplicável e similar àquela adotada pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097-RJ.

Conforme se faz nítido, o direito ao esquecimento pode ser compreendido sob o espectro de diversas fontes do direito, a saber: doutrina, legislação e jurisprudência. Neste sentido, é forçoso assumir que a tese do STF de que seu reconhecimento se mostraria incompatível com a ordem constitucional faz-se equivocada. Seja pela possibilidade de compreender o direito ao esquecimento a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, seja pela sua função de tutelar os direitos da personalidade, fato é que se faz possível derivá-lo de princípios norteadores, tanto da Constituição Federal, quanto do Código Civil Brasileiro.

De mais a mais, a própria legislação vigente incorpora o direito ao esquecimento nos seus termos, e – ao contrário do que disse o ministro relator – o instituto da reabilitação, previsto no artigo 93 do Código Penal, é um ótimo exemplo disso. Por fim, a jurisprudência se ocupa de aplicar tal direito aos casos concretos em que a veiculação de determinada informação pretérita, ainda que obtida lícitamente, mostra-se demasiadamente onerosa ao seu titular, tendo em vista que o perfil reforçado não reflete sua atual identidade pessoal, que foi substancialmente modificada em razão do decurso do tempo.

2 A CONTRADIÇÃO NA TESE FIXADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606/RJ

Percebe-se que a proposta de tese elaborada por Dias Toffoli e acolhida pela maioria dos ministros divide-se em duas partes. A primeira delas foi o que se rebateu no capítulo anterior, que aponta ser incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais.

Na segunda afirma-se que eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – frisando-se aqueles relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Após ressaltar a incompatibilidade de um direito ao esquecimento com a ordem constitucional, o Supremo Tribunal Federal acrescentou à tese a necessidade de que se verifique caso a caso a ocorrência de abusos ou excessos no exercício da liberdade de expressão, elucidando que esta deve se dar em observância à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral.

Ocorre que, ao proceder desta forma, o STF acabou por endossar àquilo que defende a doutrina favorável ao direito ao esquecimento. Os melhores trabalhos sobre o tema, não defendem, em sua essência, a existência de um direito absoluto ao apagamento de notícias ou informações a partir da mera vontade individual, mas sim, argumentam pela necessidade de que se pondere os direitos que se encontram em colisão examinando as minúcias dos casos concretos.

Em suma, a tese elaborada pelo ministro relator acaba por referendar, ainda que em outras palavras, a concepção predominante na doutrina civilista favorável ao direito ao esquecimento e sua aplicação via sopesamento de interesses. Essa incongruência faz-se muito evidente no voto do ministro Kassio Nunes Marques, que apesar de se posicionar contrariamente ao reconhecimento do direito ao esquecimento, concluiu, em análise ao caso discutido no Recurso Extraordinário nº 1.010.606, pelo direito à indenização dos autores em função dos danos sofridos. Dessa forma, uma breve explanação sobre o caso concreto que foi objeto de recurso faz-se prudente para a melhor compreensão da contradição existente na tese acolhida.

O caso em comento mostra-se parecido ao Recurso Especial nº 1.334.097 (Chacina da Candelária), sendo, inclusive, apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça em seção conjunta, também sob relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, e com fundamentação em muito semelhante.

Este configura mais um famoso exemplo do reconhecimento do direito ao esquecimento pela jurisprudência nacional, e trata-se do caso Aida Curi, vítima de homicídio no ano de 1958. Seus únicos irmãos vivos ajuizaram ação indenizatória em desfavor da Rede Globo de Televisão objetivando uma mitigação pelos danos morais sofridos em virtude de uma nova veiculação da vida, morte e pós-morte da sua irmã no programa Linha Direta.

Os autores alegaram que foi ao ar uma transmissão ilícita, contra a qual se insurgiram, inclusive com uma notificação prévia solicitando que a emissora não levasse ao ar o referido programa, que acabaria por reabrir feridas da família.

Elucidaram serem detentores do direito ao esquecimento ante ao confronto - cinquenta anos depois - com os memos fatos traumáticos que foram amplamente divulgados de forma sensacionalista na época do crime, bem como à nova exposição aos sentimentos ruins vivenciados em virtude do episódio que o programa rememorou. Argumentaram também que teria havido enriquecimento ilícito da emissora com a utilização da imagem de Aida para fins comerciais, como a lucratividade com anunciantes e aumento da audiência.

O pedido foi julgado improcedente pelo juízo da 47ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, decisão que foi mantida em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Então, foi interposto Recurso Especial a fim de que o Superior Tribunal de Justiça reexaminasse o mérito, e o entendimento firmado foi diametralmente contrário àqueles das instâncias inferiores.

Entendeu o Superior Tribunal que para a constatação de um direito ao esquecimento não importa se o fato é ou não é de conhecimento público, salientando que uma cobertura sensacionalista e abusiva à época não autorizaria novo abuso após o decurso de tempo. No julgado afirma-se que a família possui o direito de ver esquecidos os fatos que lhe causem dor e humilhação, e que o direito ao esquecimento alcança também aos acusados e condenados por crimes.

Mais considerações sobre a fundamentação adotada pelo STJ mostram-se desnecessárias, haja vista que esta utiliza quase dos mesmos fundamentos empregados no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097. Todavia, ponto interessante a ser ressaltado é que foi negado provimento ao Recurso Especial dos familiares de Aida Curi, pois apesar de reconhecer a existência de um direito ao esquecimento - tanto para os ofensores quanto para as vítimas -, entendeu o tribunal que no caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, constata-se que na medida em que o tempo passa, e vai se adquirindo um direito ao esquecimento, a dor, por outro lado, diminui-se, de modo que relembrar o fato trágico da vida – a depender do tempo transcorrido – embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

Ademais, aduziu o relator que os próprios familiares da vítima afirmaram que durante toda a matéria o caso foi retratado mediante dramatizações realizadas por atores contratados, ocorrendo uma única exposição da imagem da falecida, o que reforçaria a conclusão de que o cerne do programa foi o crime em si, e não a vítima

ou a sua imagem. Portanto, percebe-se que a Corte Superior, apesar de reconhecer aos familiares de Aida Curi o direito ao esquecimento, não verificou a ocorrência de dano passível de ser indenizado pecuniariamente.

Inconformados com a decisão, os familiares de Aida Curi levaram o episódio ao Supremo Tribunal Federal. Sobre o caso concreto, Dias Toffoli argumentou que se afigura ilegítima a invocação do direito ao esquecimento para obstar a divulgação de fatos que, embora constituam uma tragédia familiar, são verídicos, compõem o rol dos casos notórios na sociedade brasileira e foram lícitamente obtidos à época de sua ocorrência, não tendo o decurso do tempo, por si só, tornado ilícita ou abusiva uma nova divulgação – ainda que sob nova roupagem jornalística -, sob pena de se restringir, desarrazoadamente, o exercício do direito à liberdade de expressão, de informação e de imprensa.

O ministro relator também apontou que, em outra perspectiva dissociada da pretensão de esquecimento, não se vislumbrava abuso na forma adotada para a comunicação. Ressaltou que o programa em questão acabava por promover questionamentos jurídicos sociais importantes no âmbito da problemática relacionada à violência contra a mulher, ponto este que, mesmo após o decurso de tempo do crime que vitimou Aida Curi, continua a ser de grande relevância social, haja vista os graves números do feminicídio no país.

Dias Toffoli ainda elucidou que eventual lucro com a divulgação dos fatos criminosos não deveria ser entendido como violador dos direitos da personalidade pois essa é a atividade comercial da recorrida, e a obtenção de recursos por meio dela não é condenável. Esclarece que a exibição, por conter elementos de dramaturgia, pode atingir a sensibilidade de todos os telespectadores, e de certo que para a família da vítima isto será sempre doloroso, mas frisa não haver afronta à imagem, lícitamente obtida, por sua exibição em formato de novela ou documentário.

A partir da análise conjunta da proposta de tese acolhida, bem como do voto do ministro Relator, percebe-se que apesar de uma expressa negativa da existência e/ou compatibilidade de um direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro, o STF acaba por apreciar a ocorrência de possíveis abusos no exercício da liberdade de imprensa e de expressão valendo-se da invocação de direitos já expressamente positivados no ordenamento para tal.

Neste cenário, a decisão do STF acaba por conceber que os parâmetros adequados para ponderação dos direitos conflitantes em uma modalidade específica

de violação se dariam pela aplicação de princípios de maior abstração. Portanto, vê-se que a utilização do direito ao esquecimento para a análise de pretensões indenizatórias em razão do decurso de tempo entre a ocorrência de um fato e a sua nova veiculação enquanto notícia, se mostraria de grande utilidade no processo hermenêutico, pois permitiria formular parâmetros de ponderação voltados para este contexto em específico, levando os julgadores a soluções mais técnicas do que as que seriam alcançadas pelo viés de princípios mais abstratos.

Conforme entende Mansur²² (2021, sp), a tese aprovada pelo plenário contenta-se com uma referência genérica ao controle do abuso das liberdades de expressão e de informação com base nos parâmetros constitucionais, ignorando o fato de que o texto constitucional se limita a enunciar direitos, sem especificar os parâmetros de solução de colisões entre tais direitos, cuja enunciação cabe, precisamente, à doutrina e à jurisprudência, revelando-se assim, incapaz de contribuir para a solução dos casos concretos que certamente continuarão chegando aos tribunais de todo o país.

O cenário causado pelo precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal não implica, por completo, em casos perdidos aos que se sentirem vitimados por recordações opressivas em situações em nas quais sua dignidade for colocada em xeque. Obviamente, demandas como estas continuarão a ser judicializadas com rótulos que não remetam a um direito ao esquecimento, e serão apreciadas nos termos em que estabelece a própria decisão do Supremo.

Em tempos futuros, a maneira como o STF atualmente compreende o direito ao esquecimento talvez venha a se tornar apenas um passo para o aperfeiçoamento deste instituto. No presente momento, o que se vê é a dificuldade que possui a corte em enxergá-lo ante ao seu embate com as diretrizes constitucionais sobre a liberdade informação, e este é o ponto que será abordado no próximo capítulo.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

A liberdade de informação configura um direito fundamental compreendido a partir dos incisos IV, IX e XIV do artigo 5º da Constituição Federal, que asseguram a

²² MANSUR, Rafael. Decisão do STF não é “pá de cal” no direito ao esquecimento. Consultor Jurídico. 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-fev-24/mansur-stf-nao-jogou-pa-cal-direito-esquecimento#:~:text=%22%C3%89%20incompat%C3%ADvel%20com%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,comunica%C3%A7%C3%A3o%20social%20anal%C3%B3gicos%20ou%20digitais.> > acesso em: 20 de jul. 2022, s.p.

todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, respectivamente, a livre manifestação do pensamento; a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e o acesso à informação. Ademais, no artigo 220, § 1º da Constituição Federal complementa-se que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.

Todavia, o fato de a liberdade de informação possuir status de direito fundamental não implica que esta seja ilimitada ou mesmo prevaleça sobre outros direitos fundamentais. Leciona Mendes²³ que os direitos fundamentais podem sofrer limitações quando enfrentam outros valores de ordem constitucional – inclusive outros direitos fundamentais – não sendo, portanto, absolutos. Dessa forma, ausente uma prevalência - a priori – do direito à informação sobre o direito ao esquecimento enquanto desdobramento da tutela da dignidade humana, cumpre ao intérprete aplicar o método da ponderação para determinar qual direito deve preponderar a depender do caso concreto.

Conforme muito bem aponta Schreiber²⁴, toda ponderação deve ser efetuada à luz da hipótese fática subjacente, de forma que, deve-se resistir à tentação de traçar parâmetros supostamente aplicáveis a todos os casos em que contraponham o direito ao esquecimento e liberdade de informação. Entretanto, o jurista afirma que apesar de cada hipótese fática apresentar circunstâncias relevantes distintas, conforme os diversos interesses que se conjugam concretamente, é possível formular parâmetros específicos para certos gêneros mais comuns que ensejam colisão entre direito ao esquecimento e liberdade de informação.

Bentivegna²⁵ e Tartuce²⁶ ressaltam que se deve ter em mente que, como ocorre com todos os outros valores posto em conflito, o direito a esquecimento não é também um direito absoluto, e que a ponderação entre ele e aquele que ele se contraponha não pode ser feita *in abstracto*, pois deve sempre dar-se em vista dos dados da realidade fática a envolver o caso concreto.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 13. Ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 210.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento, in Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce (coords.), Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018, p. 72.

²⁵ BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: Os limites entre o lícito e o ilícito. 1.ed. Barueri: Manole. 2020, p. 274.

²⁶ TATURCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral – v.i. 15. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 234

A diferenciação entre os conceitos de *interesse público* e *interesse do público* faz-se de suma importância ante ao entendimento de que a ponderação configura o meio mais sóbrio para a solução dos casos concretos em que ocorram o embate entre o direito ao esquecimento e o direito à liberdade de informação.

Segundo Mendes²⁷, interesse público não é conceito coincidente com interesse do público. Para o autor, o interesse público encontra-se vinculado àquelas notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo na sociedade, ou seja, dotadas de relevância pública - que assim entende-se por aquelas necessárias para a proteção da saúde/segurança pública, ou para prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade. Todavia, caso uma notícia se destine meramente a atender a curiosidade ociosa de um grande contingente de pessoas, essa se enquadra como interesse do público.

Feita a distinção entre estes conceitos, ponderar os direitos conflitantes torna-se mais fácil. Por óbvio, a liberdade de imprensa, assim como qualquer outro direito fundamental, não é absoluta, e faz-se passível de restrições. Neste sentido, percebe-se que a existência de interesse público na informação ou notícia a ser veiculada configura um importante crivo no sopesamento de valores ante ao conflito com o direito ao esquecimento.

A veiculação de recordações opressivas de fatos pretéritos não se mostra adequada, necessária ou proporcional quando dotada do mero intuito de garantir entretenimento a determinado público se colocada em face da liberdade de informação. Por outro lado, verificada a existência de interesse público, a notícia que possua força para nortear decisões importantes do indivíduo na sociedade não deve ser – a priori - suprimida por razões que - ainda que relevantes – restrinjam-se às esferas individuais.

Insta salientar que como toda ponderação necessária aos conflitos de direitos fundamentais, estas também devem percorrer as três fases que compõem este processo. No juízo de adequação, há de se verificar se a medida a ser adotada se faz meio hábil a prevenir a lesão do direito tutelado. Após, deve-se partir para o juízo de necessidade, que consiste em avaliar se as interferências cogitadas são necessárias, ou se haveriam outros meios aptos a atingir os mesmos fins sem violar algum dos interesses conflitantes. Por fim, analisar-se-á a proporcionalidade em sentido estrito.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 13. Ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 417.

A depender do caso concreto, o sopesamento de direitos ora irá pender ora à proteção da liberdade de informação, ora ao reconhecimento da aplicabilidade do direito ao esquecimento. Porém, o encargo de avaliar qual direito deverá prevalecer, não incumbe ao meio acadêmico, mas configura uma questão judicial. Como bem aponta Schreiber²⁸, os tribunais têm, nos julgamentos dos casos concretos, a oportunidade singular de extrair da ordem jurídica brasileira os critérios que devem pautar a tutela do direito ao esquecimento na esfera privada em relação às suas diferentes hipóteses de colisão com a liberdade de informação.

Considerando que a Constituição Federal não hierarquiza direitos fundamentais, a liberdade de informação encontra-se no mesmo pé que o direito ao esquecimento enquanto desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre este embate Schreiber²⁹ é mais uma vez assertivo ao afirmar que neste, como em tantos outros campos da ciência jurídica, o caminho intermediário é o melhor caminho. O autor ressalta que o exercício da ponderação é seguramente mais difícil e delicado que a simples hierarquização prévia ou a construção de preferências entre direitos colidentes, pois exige a propositura de parametrizações e uma discussão pública nem sempre breve entre tribunais e intérpretes, mas que ainda assim, trata-se da única via que efetivamente respeita a ordem constitucional brasileira.

CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento conceituado pelo STF³⁰ como “*o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais*”, por óbvio, vai em sentido contrário àquilo em que dispõe a ordem constitucional Brasileira.

Obviamente, o objetivo daquele que invoca o direito ao esquecimento jamais foi, e nunca poderá ser, fazer com que a sociedade se esqueça de fatos do passado, de forma a impedir a construção de uma memória coletiva essencial a qualquer

²⁸ SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento, in Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce (coords.), Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018, p. 77.

²⁹ Ibidem, p. 79.

³⁰ STF, RE 1.010.606/RJ, Pleno, Rel. Ministro Dias Toffoli, j. 11/02/2021, DJe 20/05/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em 07 de ago. de 2022, p. 32.

democracia. Afinal, isto se faz impossível pela própria capacidade do corpo humano de armazenar informações.

Conforme preceitua Schreiber³¹, o direito ao esquecimento não é um direito de não ser lembrado contra a sua vontade, ou seja, um direito de viés voluntarista, capaz de subordinar acontecimentos relativos ao indivíduo à sua esfera de vontade individual, à semelhança de bens que passam a integrar seu patrimônio. O professor afirma que a recordação de fatos pretéritos não pode estar condicionada ao mero sabor do querer de cada indivíduo, que acabaria por criar proprietários de passados.

Dessa forma, faz-se necessário compreender o direito ao esquecimento enquanto desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, porém, com o objetivo de tutelar a identidade pessoal, livrando as pessoas naturais de recordações opressivas de fatos pretéritos, que em razão do decurso do tempo, não mais refletem a personalidade no momento atual.

Ao longo deste artigo restou demonstrado que o direito a esquecimento, além de ser amplamente aceito pela doutrina civilista por estar enraizado na dignidade da pessoa humana, também mostra sua influência na legislação, e já foi amplamente aplicado à jurisprudência. Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 1.010.606 acaba por fragilizar um sistema de precedentes que em muitas ocasiões manifestou-se em sentido contrário.

No mesmo passo em que a Corte aponta ser inexistente um direito ao esquecimento compatível com a nossa ordem constitucional, ela defende exatamente aquilo que a doutrina favorável a este direito leciona: a necessidade de que se verifique caso a caso a ocorrência de abusos ou excessos no exercício da liberdade de expressão, elucidando que esta deve se dar em observância à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral.

Ademais, a ponderação de direitos conflitantes configura o único caminho hábil para avaliar os excessos na liberdade expressão (que também pode ser compreendida como liberdade de informação), conforme preconiza o STF. Segundo Schreiber³² somente a ponderação é capaz de construir para o problema do direito ao esquecimento uma solução que constitua, sob o prisma técnico-jurídico, uma resposta segura e duradoura, que transcenda o superficialismo das preferências e privilégios

³¹ SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento, in Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce (coords.), *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 68.

³² *Ibidem*, p. 81.

apriorísticos, mais dados a disfarçar as questões que propriamente resolvê-las. Todavia, este trabalho não compete a nenhuma outra classe, senão aos magistrados.

Mansur³³ se mostra muito sensível ao analisar que os fantasmas do nosso passado ditatorial parecem pairar sobre o Supremo Tribunal Federal, que, excessivamente temeroso do retorno a tempos de absoluto desprezo às liberdades de expressão e informação, avocou para si o papel de bastião da defesa de tais garantias fundamentais. Ao proceder dessa maneira a Suprema Corte perdeu a oportunidade de contribuir de modo mais efetivo para os problemas do Brasil contemporâneo, que não se resumem ao déficit de deferência à liberdade de expressão, mas incluem, ainda, um sistemático desrespeito aos direitos individuais da pessoa humana na manipulação de recursos tecnológicos que conferem a cada violação um caráter potencialmente mundial e perpétuo.

Em conclusão, a decisão do Supremo Tribunal Federal, na mesma mão que nega a existência de um direito ao esquecimento compatível com a ordem constitucional e infraconstitucional, deixa lacunas em aberto para sua aplicação aos casos em que sejam violadas a honra, imagem e intimidade.

Ainda que com outra denominação, o direito ao esquecimento continuará a ser aplicado com uma roupagem bem próxima àquela que a doutrina concebe como característica. Isso demonstra que o direito ao esquecimento já se encontra enraizado na ordem constitucional vigente, haja vista que decorre de uma das bases do nosso ordenamento: a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, percebe-se que a revisão do precedente firmado pela Corte é medida a ser imposta, haja vista que o direito ao esquecimento é um instituto que continua vivo, mas que carece de aperfeiçoamento para futuramente ser utilizado de forma correta.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: Os limites entre o lícito e o ilícito**. 1.ed. Barueri: Manole. 2020.

³³ MANSUR, Rafael. Decisão do STF não é “pá de cal” no direito ao esquecimento. Consultor Jurídico. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-24/mansur-stf-nao-jogou-pa-cal-direito-esquecimento#:~:text=%22%C3%89%20incompat%C3%ADvel%20com%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,comunica%C3%A7%C3%A3o%20social%20anal%C3%B3gicos%20ou%20digitais>. acesso em: 20 de jul. 2022, s.p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 28 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em: 28 jul. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. 1.334.097/RJ**. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA. Julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ**. Rel. Ministro DIAS TOFFOLI. Julgado em 11/02/2021, DJe 20/05/2021.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação. Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional**. Volume 8/2015. P.563-596. Ago.2015.

COSTA, Luisa Alvim de Resende. **O direito ao esquecimento após a operação lava jato**. Revista de Direito Privado. Vol.93/2018. P.109/124. Set.2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: Parte geral**. 4.ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira. **Direito ao esquecimento e internet: O fundamento legal no direito europeu, no direito italiano, e no direito brasileiro**. Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional. Volume 8/2015. P.511-543. Ago.2015.

LIXINSKI, Lucas. **Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro**. Revista de Direito Privado. Vol.27/2006. P.201/222. Jul-Set.2006.

MANSUR, Rafael. **Decisão do STF não é “pá de cal” no direito ao esquecimento**. Consultor Jurídico. 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-fev-24/mansur-stf-nao-jogou-pa-cal-direito-esquecimento#:~:text=%22%C3%89%20incompat%C3%ADvel%20com%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,comunica%C3%A7%C3%A3o%20social%20anal%C3%B3gicos%20ou%20digitais.> > acesso em: 20 de jul. 2022.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**.3.ed. São Paulo: Saraiva,2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0000.19.000771-6/001**. Relator(a): Des.(a) Ramom Tácio , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/08/2019, publicação da súmula em 09/08/2019.

_____. **Apelação Cível Apelação Cível 1.0024.14.075885-5/001**. Relator(a): Des.(a) Luiz Artur Hilário , 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/06/2018, publicação da súmula em 19/06/2018.

_____. **Apelação Cível 1.0342.13.010730-9/001**. Relator(a): Des.(a) Juliana Campos Horta , 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/08/2018, publicação da súmula em 09/08/2018.

SILVA, Ezequiel Martins. Aplicação do direito ao esquecimento no processo de ressocialização. Jus. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/69998/aplicacao-do-direito-ao-esquecimento-no-processo-de-ressocializacao> > Acesso em: 28 de jul. 2022.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. **Direitos fundamentais**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol.22/2008. P.245-255. Jil-Dez.2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direito ao Esquecimento**, in Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce (coords.), **Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018.

TATURCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral** – v.i. 15. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.