

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se, como relatado, de recurso extraordinário em face de acórdão mediante o qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve, por maioria, a decisão de indeferimento da ação indenizatória voltada à compensação pecuniária e à reparação material pelo uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores no programa Linha Direta: Justiça.

A pretensão se ampara, dentre outras alegações, no que se convencionou chamar **direito ao esquecimento**.

Antes de adentrar na proposta de solução para o caso, compreendo pertinente, dado o ineditismo do tema na Suprema Corte e mesmo do grau de amplitude que se tem atribuído à expressão, delimitar conceitualmente a pretensão.

I - PERSPECTIVA HISTÓRICA

I. 1 DO DROIT À L'OUBLI AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A primeira menção a um direito que expressamente remeta ao esquecimento é comumente atribuída ao professor Gerard Lyon-Caen, por meio da expressão '**le droit à l'oubli**', utilizada em seus comentários à decisão do conhecido **l'affaire Landru** (1967), que fora julgado pela Corte de Apelação de Paris (**Cour d'appel**). No insigne caso, a ex-amante (Mme. S.) do Serial Killer Henri Landru, que estava a seu lado quando ele foi preso, propôs ação de indenização em face de diretor de cinema, de produtora e de distribuidora parisienses em função da produção de um documentário ficcional que apresentava trechos de sua vida ao lado do

serial killer, com a utilização de seu nome sem sua autorização.

Após o julgamento do caso, o professor Gerard Lyon-Caen, analisando a natureza da pretensão da autora, que por ela havia sido nominada '**la prescription du silence**' (a prescrição do silêncio), preferiu a adoção da expressão '**le droit à l'oubli**'.

Conforme aponta Maryline Boizard, Professora Sênior da Universidade de Rennes, à época do surgimento da expressão, sob as penas de Gerard Lyon-Caen, o direito ao esquecimento era analisado como "a prescrição de fatos que já não são relevantes", por isso a referência naquele julgado à "prescrição do silêncio", a indicar "um vínculo entre o direito ao esquecimento e o direito à prescrição", relação que seria, aponta a autora, "particularmente evidente no contexto da prescrição da ação pública que se baseia na ideia de que 'depois de um certo tempo, é supérfluo levar à justiça os crimes que foram esquecidos e cujos efeitos desapareceram'" (**Le temps, le droit à l'oubli et le droit à l'effacement**. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2016-4-page-619.htm>. Acesso em 11/1/21).

Segue, todavia, a professora apontando que, não obstante outras decisões tenham abordado o direito ao esquecimento de fatos ou eventos que afetam uma pessoa (em face de jornalistas, autores de filmes ou romances relacionados com esses eventos), essa espécie de litígio teria permanecido "relativamente marginal e a jurisprudência preferiu recorrer a dispositivos comprovados em vez de um hipotético direito de ser esquecido" (BOISARD, Maryline. **Le temps, le droit à l'oubli et le droit à l'effacement**. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2016-4-page-619.htm>. Acesso em 11/1/21)

A referência feita pela autora é de extrema importância, uma vez que, de fato, na extensa maioria dos precedentes mais remotos, recorrentemente invocados na defesa da existência do direito ao esquecimento, mesmo quando se atendia ao pedido de restrição à divulgação de fato ou evento, **se solucionava a controvérsia posta com base em institutos já consolidados nos respectivos ordenamentos jurídicos**.

O próprio **affaire Landru** é um exemplo disso.

Embora junto ao **Tribunal de Grande Instance de La Seine**, a autora tenha logrado obter a responsabilização da produtora, assim o foi porque o órgão jurisdicional considerou “atentado violento ao pudor”, dado que, na película, a autora apareceria despida ao lado de Landru. A decisão, ademais, foi revista em recurso, tendo a Corte de Apelação de Paris considerado que os fatos aludidos no documentário, ante a própria publicação de um livro de memórias por Mme. S., já eram públicos e notórios (inclusive por iniciativa da autora), não merecendo, por essa razão, a proteção almejada. Estas foram as considerações, no ponto, da Corte de Apelação de Paris:

“Se cada um tem, a princípio, o direito de se opor à divulgação de fatos de sua vida privada, esse não é o caso de quando esses já foram legalmente publicizados e não se identifica qualquer culpa nas circunstâncias de uma nova divulgação. Uma sociedade produtora não viola o segredo que deve proteger a vida privada de alguém que foi a amante de um criminoso célebre, quando essa pessoa havia anteriormente, por diversas vezes, tentado publicar suas memórias, o que prova que ela não aspirava que se fizesse silêncio sobre esse período da sua existência. (...) A designação dessa pessoa pelo seu nome não constitui um atentado ao direito que ela possui ao seu nome.”

Tendo em vista a conclusão do julgado, vê-se que ele é mais importante historicamente pela introdução da expressão ‘**le droit à l’oubli**’, cunhada pelo professor Gerard Lyon-Caen, do que propriamente por seu desfecho, uma vez que o Tribunal não reconheceu a pretensão da autora de prescrição do silêncio (**la prescription du silence**).

Há, porém, pontuais registros de fundamentação em julgados franceses mais longevos, com referência expressa, por exemplo, ao **droit à l’oubli**.

No caso **Madame M. vs. Filipacchi et Cogedipresse** teria havido a primeira menção na jurisprudência francesa (mais especificamente pelo Tribunal de Grande Instance de Paris) à expressão '**droit à l'oubli**' (1983).

Tratou-se de divulgação pela revista semanal Paris Match da fotografia de uma mulher como sendo assassina da esposa e do filho de seu amante. Na fundamentação do julgado, o Tribunal, a par de não admitir a exceção da verdade, considerou atentado à honra a publicação da fotografia e o uso indevido da imagem (visto que sem autorização da retratada), além de não ter vislumbrado correlação entre a divulgação e qualquer informação a ela contemporânea ou fato histórico.

A expressa referência ao (**droit à l'oubli**) tornou-se célebre na seguinte passagem:

“Toda a pessoa que se envolveu em um evento público pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes eventos e do papel que ela desempenhou é ilegítimo se não estiver fundado em necessidades históricas ou se tiver natureza de ferir sua sensibilidade. Este direito ao esquecimento que se impõe a todos, incluindo os jornalistas, deve igualmente ser aproveitado por todos os condenados que 'pagaram a sua dívida com a sociedade' e buscam reinserir-se. No caso em espécie, a lembrança do passado criminal da interessada violou este direito ao esquecimento” (PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 9/10/20, p.142-143).

Nesse julgado, adotou-se o pressuposto de que, mesmo que o fato seja verdadeiro e tenha em algum momento se tornado público, o esquecimento seria pretensão legítima de seu partícipe, sendo oponível

até mesmo aos meios de comunicação, sempre que a recordação fira a sensibilidade do indivíduo e inexistia interesse histórico nos fatos.

Segundo Isabella Frajhof, o estudo deste caso fortaleceu os primeiros sinais da acolhida do direito ao esquecimento por parte importante da doutrina francesa. No entanto, prossegue pontuando que, em 1990, no caso **Madame Monanges contra Kern et Marque-Maillard**, se teria observado, pela primeira vez na Corte de Cassação da França, o afastamento expresso do direito ao esquecimento (em posição que a Corte vinha mantendo desde então).

Trata-se do caso em que, pela publicação, em 1986, do livro **Un toboggan dans la tourmente, 1940-1945** – de autoria de um resistente da ocupação nazista na França (Kern), no qual discorria, entre outras coisas, sobre julgamento e condenação do colaboracionista Chatelat e de sua amante Madame Monanges (1946) –, sofreu o autor da obra ação proposta por essa última, com fundamento na violação da sua vida privada.

O julgado, de simbologia histórica, contou com a seguinte ementa:

“1º) Proteção dos direitos da pessoa/direitos individuais – Respeito à vida privada/à privacidade – Direito ao esquecimento – Possibilidade de invocá-lo – Fatos revelados à época por atas judiciais.

2º) Responsabilidade civil por ato ilícito ou responsabilidade extracontratual – Falta – Autor – Obrigação de prudência e objetividade – Descumprimento – Livro relatando uma condenação – Condenada beneficiada por medida de graça e, posteriormente, reabilitada – Constatação – Efeito.

2º) Não retira as consequências legais de suas conclusões o tribunal de recurso que considera que uma pessoa se beneficiou de uma medida de graça e que sua condenação foi apagada pela reabilitação, e considera, no entanto, que o autor, que relatou essa condenação, não faltou com o dever de prudência e de objetividade que lhe incumbia respeitar”

(Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007025328/>. Acesso em 20/10/20 - tradução livre)

Do que se observa no julgado, concluiu a Corte de Cassação da França no sentido de que, embora exista um dever de prudência do autor quanto ao relato dos fatos, não há atentado à vida privada em publicações lícitamente obtidas por debates judiciais ou relatos da imprensa, inexistindo em tais casos direito ao esquecimento.

No Direito alemão, são célebres os casos **Lebach e Lebach II**, ambos já amplamente divulgados na doutrina nacional. Apontado por Otavio Luiz Rodrigues como “um clássico da jurisprudência constitucional alemã”, o **caso Lebach** se tornou de fato célebre, pois nele:

“um dos assassinos de quatro soldados do Exército da República Federal da Alemanha, proximamente a sua libertação, ingressou com uma ação para impedir a difusão de um documentário sobre o crime. Após derrotas sucessivas nas instâncias ordinárias, obteve a proteção requerida no Tribunal Constitucional Federal” (RODRIGUES JR. Otavio Luiz. **Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>. Acesso em 27/9/20)

A despeito do grande apelo do caso (crime de latrocínio) e da intensa cobertura pela imprensa, a Corte Constitucional Alemã – de modo diverso das instâncias que lhe antecederam, compreendeu que,

“do embate entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, ainda que este direito tenha uma precedência geral no que tange à informação sobre atos criminosos, na hipótese, deveria prevalecer a proteção da personalidade e a consequente proibição de exibição documentário, já que não mais havia interesse atual na retomada do assunto e por afetar à ressocialização do autor”(MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise,

Liberdade de Informar e Direito à Memória – Uma crítica à ideia do direito ao esquecimento. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/6670/3805>. Acesso em 09/10/20).

Desse julgado, cumpre ressaltar os seguintes fundamentos:

(i) o interesse pela informação geralmente tem prioridade no caso de reportagem atual sobre crimes, mas não se trata de precedência ilimitada, pois a intrusão na esfera pessoal não deve ir além de uma satisfação adequada do interesse pela informação, de modo que nome, foto ou outra identificação dos perpetradores do crime nem sempre é permitida;

(ii) não há um prazo previamente definível (pelo menos não com um período fixo de meses e anos para todos os casos) a partir do qual a apresentação dos fatos se torne inadmissível;

(iii) a principal referência para a determinação mais precisa do prazo é o interesse na reinserção do infrator na sociedade, em sua reabilitação ou socialização (objetivo primordial do Direito Penal, notadamente pelas penas de prisão);

(iv) a reabilitação exige a criação de pré-requisitos internos para uma vida posterior livre de punição, mas também requer que se criem condições externas que evitem o descaso e a rejeição no meio ambiente;

(v) no caso concreto, o objetivo da emissora de TV (informar a população sobre a eficácia do processo penal, sobre as medidas de segurança tomadas pelas Forças Armadas e outras consequências da infração) também poderia ser perseguido sem uma apresentação de identificação do denunciante (<https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintText&Name=bv035202>. Acesso em 18/1/21).

Como se nota, o **Caso Lebach**, embora tenha assegurado a proibição da exibição do documentário sobre fato criminoso relativamente ao qual a pena já fora cumprida, o fez não propriamente com amparo em alegado “direito ao esquecimento”, mas sim com base na proteção à personalidade do condenado: ante a ausência de contemporaneidade dos fatos, a inexistência de interesse, àquele tempo, no reavivamento do caso, com a identificação do condenado, e o estímulo à ressocialização.

Como destaca Ingo Wolfgang Sarlet e Arthur Ferreira Neto

“o caso Lebach, evidentemente, não menciona expressamente o chamado direito ao esquecimento, mas, com certeza, fixou as bases da discussão jurídica acerca dos mesmos direitos fundamentais que estão em causa e entram em rota de colisão quando se trata do reconhecimento e aplicação de um direito ao esquecimento” (**O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p.95).

Otavio Luiz Rodrigues aponta, ainda, julgado que considera uma espécie de revisitação do tema, com resultados bem diferentes, a que nomina **Caso Lebach II**, de 1999.

Explica que em 1996, uma televisão alemã produziu uma série sobre crimes que entraram para a História e entre eles estava o crime ocorrido no arsenal militar de Lebach. Todavia, os produtores da SAT 1 (canal responsável pela série) “mudaram os nomes de algumas das pessoas envolvidas e suas imagens não foram exibidas” e, além disso, foram inseridos “comentários explicativos do ex-chefe de Polícia de Munique”.

Tal como se deu na década de 70 com o programa da ZDF, questionou-se, via ação, a “liberdade comunicativa” da emissora de televisão “com argumentos muito similares aos utilizados no Caso Lebach-1”, ao que, todavia, respondeu de modo diverso o Tribunal Constitucional Federal.

A distinção entre os casos – explica Rodrigues, com base nos fundamentos utilizados pelo Tribunal – estaria em que, no programa da SAT 1 (Lebach II), não haveria o mesmo “nível de interferência no direito ao desenvolvimento da personalidade dos autores da reclamação constitucional”, pois já havia se passado mais de 30 anos da ocorrência do crime, de modo que os riscos para a ressocialização teriam sido bastante minorados (RODRIGUES JR. Otavio Luiz. **Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao->

tendencias-protacao-direito-esquecimento. Acesso em 27/9/20).

Conforme aponta Luiz Fernando Moncau, outros casos, ainda, foram discutidos na Alemanha reforçando o desfecho do caso Lebach II. Destaca o autor:

“Em 2007, dois assassinos condenados à prisão perpétua em 1993 pelo homicídio de Walter Sedlmayer ajuizaram ação para impedir uma estação de rádio de manter em seu arquivo on-line uma reportagem sobre evento ocorrido cerca de 10 anos antes. O Tribunal de Justiça Federal da Alemanha considerou que o direito à ressocialização não implicava em um direito de não ser confrontado com seu crime, bem como que, com o passar do tempo, tal reportagem teria apenas limitado interesse público. Este caso foi decidido em julho de 2018 pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que apontou que a notícia poderia ser mantida integralmente no sítio eletrônico da rádio sem a necessidade de exclusão do nome dos autores do crime” (MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Direito ao Esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais**. Revista dos Tribunais, p.46).

Casos semelhantes ocorreram em outros países.

O caso *Melvin v. Reid*, mais conhecido como “Red Kimono” (1931), embora citado recorrentemente no tema “direito ao esquecimento”, tornou-se um clássico pelo fato de ter reconhecido à autora, na Califórnia, consequências típicas do direito à privacidade, “num momento em que [a privacidade] ainda passava por um processo de afirmação naquele Estado e, de maneira geral, nos Estados Unidos” (MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Direito ao Esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais**. Revista dos Tribunais, p.40).

Àquele tempo, estava em voga o artigo de Louis Brandeis e Samuel Warren, *The Right to Privacy* (Harvard Law Review – 1890), em que se apresentava o direito à privacidade na perspectiva do direito de ser deixado em paz (**the right to be let alone**) – expressão que, adiante, passou a ser utilizada como representação do direito ao esquecimento.

A Suprema Corte da Califórnia chegou a citar o conceito de privacidade constante do estudo (como “o direito de viver em reclusão, sem estar sujeito a publicidade injustificada e indesejada”, “o direito de ser deixado em paz”), mas o afastou no caso concreto (sob a compreensão de que os fatos em si seriam públicos). A fundamentação adotada para assegurar a Gabrielle Darley Melvin, antiga prostituta, o direito de reparação por ela pleiteado ante a exposição de sua vida pregressa no filme “The Red Kimono” (particularmente o fato de ter ela sido processada e absolvida por um crime de homicídio) decorreu essencialmente de interpretação do art. 1º da Constituição do estado, que assegura um direito fundamental à persecução da felicidade, de modo que seria garantida à autora, já reabilitada, a não intrusão em sua vida e o não ferimento de sua reputação, com proteção a seu nome e a sua imagem (divulgados na película sem sua autorização).

Transcrevo, por oportuno, trecho do julgado:

“Oito anos antes da produção de “The Red Kimono”, a recorrente abandonou a sua vida de vergonha, reabilitou-se e assumiu o seu lugar como membro respeitado e honrado da sociedade.

Tendo ocorrido essa mudança em sua vida, ela deveria ter tido permissão para continuar seu curso sem ter sua reputação e posição social destruídas pela publicação da história de sua antiga depravação, sem outra desculpa senão a expectativa de ganho privado pelos editores.

Um dos principais objetivos da sociedade, tal como está agora constituída ... é a reabilitação dos caídos e a reforma do criminoso. ... Onde uma pessoa por seus próprios esforços se reabilitou, nós, como membros da sociedade que pensam corretamente, devemos permitir que ela continue no caminho da retidão ao invés de jogá-la de volta em uma vida de vergonha ou crime” (Disponível em <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>. Acesso em 1/2/21. Tradução livre).

No julgado, como se nota, afastou-se a aplicação da então incipiente vertente do direito da personalidade, privilegiando-se a ideia de que se faz necessária, em dadas circunstâncias, a preservação da reabilitação de condenados, a qual decorreria do direito constitucional à felicidade. Em outros casos emblemáticos com pretensões semelhantes nos Estados Unidos, atribuiu-se consideração maior ao “interesse público” ou “noticioso” dos fatos, arrefecendo a concepção de um “direito a ser deixado só”.

A título de exemplo, **vide** os casos **Sidis vs. F-RPublicshing Corporation** (1940) e **Briscoe v. Reader’s Digest Association** (1971).

No primeiro, o pleito fora apresentado pelo jovem Sidis, que teve a infância constantemente noticiada a partir da iniciativa do seu pai, que enviava à imprensa boletins dos impressionantes feitos da criança, um prodígio na matemática. Sidis, que passados alguns anos dos célebres fatos, optara por uma vida reclusa, teve sua nova condição de vida publicada em um artigo intitulado Onde Eles estão Agora – Primeiro de Abril, na revista The New Yorker. O periódico apontava para o abandono do talento do rapaz e para as míseras condições de sua moradia. Isabela Frajhof comenta o desfecho do julgado, destacando que “o juiz Clark, em seu voto, embora tenha demonstrado compaixão por Sidis, à luz do conceito de privacidade construído por Brandeis e Warren”, destacou:

“que a Corte ainda não estaria disposta a garantir uma imunidade absoluta a todos os detalhes da vida privada de qualquer indivíduo que alcançou, ou ao qual foi imposto, o questionável e indefinível **status** de figura pública” (Frajhof. Isabela Z., O Direito ao Esquecimento na Internet: conceito, aplicação e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019).

No segundo caso, Marvin Briscoe entrou com uma ação contra a Reader's Digest Association, alegando que a revista, intencional e maliciosamente, havia invadido sua privacidade ao publicar um artigo que revelava fato verdadeiro, mas embaraçoso, sobre a vida passada do postulante, qual seja, sua participação em “sequestro” a um caminhão

em Danville, Kentucky. Apontou que após esse incidente de percurso em sua vida, o querelante abandonou sua “vida de vergonha” tendo se reabilitado e vivendo, desde então, uma vida exemplar, virtuosa e honrada, assumindo respeitável lugar na sociedade, com a presença de muitos amigos (e mesmo sua filha de 11 anos), os quais desconheciam o incidente de sua vida pregressa até a publicação da notícia. Defendeu, assim, a violação de sua privacidade, tendo em vista a desnecessidade de uso de seu nome na descrição dos fatos, a ausência de menção a que se tratava de fato pretérito e sua exposição ao desprezo e ao ridículo.

A Suprema Corte da Califórnia, embora tenha apontado os embaraços a sua vida e feito largas considerações sobre o direito de ser deixado em paz (**right to be let alone**), como sendo o “direito do indivíduo de determinar, normalmente, em que medida seus pensamentos, sentimentos e emoções devem ser comunicados a outras pessoas”, não reconheceu, no caso, o direito postulado, por compreender ausente a prova da malícia por parte do periódico.

Como se observa, muitos dos precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento, na verdade, passaram ao largo do direito autônomo ao arrefecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados em suas razões de decidir, como a ressocialização, a proteção ao nome e à imagem do indivíduo.

Desse modo, não obstante os esforços para se identificarem precedentes remotos do que viria a ser o direito ao esquecimento, o que se pode observar, em âmbito judicial, é a utilização discreta de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, aplicada de forma muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade.

Essa compreensão é relevante porque, não raro, buscam os doutrinadores estabelecer um conceito para o direito ao esquecimento embasando-se em tais precedentes, que, como visto, são significativamente distintos na lida com pretensões voltadas ao

ocultamento de dados ou fatos dentro de contextos específicos. Não por outra razão, há significativa multiplicidade de definições propostas para a expressão direito ao esquecimento.

Não me parece, todavia, necessária, para debater o tema, a busca de precedentes remotos que amparem a pretensão ora em apreciação. Muito pelo contrário, é na contemporaneidade que se tem mais fértil campo ao trato do tema.

Afinal, com o advento da sociedade digital, a ampliação do nível de exposição a que submetidos os indivíduos se tornou diretamente proporcional ao anseio por critérios aptos a lhes preservar o recato e por lhes assegurar a contenção na circulação de seus dados pessoais e dos fatos a si atinentes.

Como bem apontado por Leonardo Parentoni, é do século XIX – caracterizado por diversas inovações mecânicas (como a máquina fotográfica instantânea) e pelo surgimento de jornais sensacionalistas – que vem a célebre frase de Warren e Brandeis segundo a qual “o que é sussurrado no **closet** pode vir a ser proclamado, em voz alta, a partir do telhado”. Com o desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, especialmente com a invenção dos computadores pessoais e da internet, surgiu “uma miríade de problemas e questionamentos referentes à privacidade antes inimagináveis”, ao que propõe o autor, como reflexão, a adaptação da frase de Warren e Brandeis para:

“o que é sussurrado no closet pode vir a ser reproduzido não apenas no telhado e para poucas pessoas, mas em qualquer canto do mundo, para um número indeterminado de pessoas, a um custo geralmente muito baixo. E mais: pode continuar sendo reproduzido indefinidamente, enquanto houver alguém interessado em acessar esse conteúdo, mesmo contra a vontade dos sujeitos envolvidos” (PARENTONI, Leonardo Netto. **O Direito ao Esquecimento (Right to Oblivion)**. LUCCA, Nilton; SIMAO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia (Coord.). *Direito e Internet III – Marco Civil da Internet Lei nº 12.965/2014*. Quartier Latin).

Na conjuntura contemporânea, o **droit à l'oubli**, vinculado que estava conceitualmente ao âmbito penal pretérito, já não servia ao propósito de abarcar as diversas pretensões de “ocultação” de fatos atinentes a um indivíduo. E é nesse ponto que surge o pretense “direito ao esquecimento”, no qual com o advento da internet deu início a uma nova fase ao associar o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na rede.

O caso mais representativo da passagem do **droit à l'oubli** ao direito ao esquecimento, com a amplitude hoje atribuída a essa expressão, foi o chamado Caso González (Processo C-131/12 – Tribunal de Justiça da União Europeia), do qual trataremos a seguir.

I. 2. UM RECORTE NECESSÁRIO: A DIRETIVA EUROPEIA. O JULGADO GOOGLE ESPANHA E A AMPLITUDE DE SEU DESFECHO FRENTE AO TEMA EM APRECIÇÃO NESTES AUTOS

Em breve síntese: Mario González, cidadão espanhol, moveu, perante a **Agencia Española de Protección de Datos**, demanda contra o jornal **La Vanguardia Ediciones SL (La Vanguardia)** e contra a **Google Spain** e a **Google Inc.**, arguindo violação de sua privacidade e da proteção de seus dados, pois em pesquisa por seu nome em tais provedores de busca, se identificavam **links** com referência a leilão de imóvel de sua propriedade para pagamento de dívidas junto à Seguridade Social Espanhola. Arguindo que se tratava de recuperação de crédito de longínqua data, pleiteava do **La Vanguardia**, onde a informação estava hospedada, a proteção de seus dados (pela supressão das informações, por sua alteração ou pelo uso de ferramentas tecnológicas) e do Google Spain e do Google Inc., a supressão de seus dados pessoais de suas páginas, de maneira a que a busca por seu nome não mais o associasse àquele fato passado.

O caso, inicialmente julgado pela **Agencia Española de Protección de Datos**, chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em interpretação à Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do

Conselho (relativa à proteção de dados pessoais e à livre circulação de dados), o TJUE – no que interessa ao estudo destes autos – considerou que o tratamento de dados realizado pelos provedores (Google Spain e Google Inc.) ampliaria a facilidade de acesso a informações pessoais dos indivíduos, amplificando a exposição de sua privacidade. Não possuindo, ademais, a atividade dos provedores caráter jornalístico, estariam eles obrigados a proceder à desindexação das informações do demandante.

O julgado Google Espanha (Caso González) teve forte impacto na percepção do direito ao esquecimento, influenciando a doutrina, a jurisprudência e mesmo as pretensões legislativas de diversos países (inclusive o Brasil).

Importante, desse modo, conhecer o alcance do julgado, a fim de que não se promova grave distorção do entendimento do TJUE, nem se adote, apressadamente, o mesmo desfecho em ordenamento jurídico distinto.

Nesse sentido, alertou Frajhof que, “de maneira contraditória, muitas decisões judiciais e propostas legislativas têm sido fundamentadas na decisão do caso González (...) para estabelecer coisas diversas do que foi definido pelo TJUE”. A autora cita como exemplo a lei federal russa nº 264-FZ2, “que foi anunciada como uma resposta à decisão do TJUE”, mas teria criado, a título de “direito ao esquecimento”, “um direito **sui generis** de desindexação que abarca situações muito abrangentes, sem a previsão de qualquer exceção a pedidos que envolvam o interesse público da informação”. Prossegue a autora afirmando que “a mesma crítica pode ser dirigida aos projetos de lei brasileiros relativos ao tema que tramitam no Congresso Nacional” (FRAJHOF. Isabela Z., **O Direito ao Esquecimento na Internet: conceito, aplicação e controvérsias**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 73).

O Caso González se insere em um contexto maior de debates que vinha sendo travado na União Europeia. É que “**the right to be forgotten**” (o direito de ser esquecido) foi significativamente suscitado por Viviane Reding, durante sua gestão como **Vice-President of the European Commission** (2010-2014), entre suas propostas de atualização das normas europeias sobre proteção de dados pessoais. Em Conferência

de Inovação Digital na cidade de München (jan/2012), após citar outros meios à proteção de dados pessoais (como a transparência na coleta e a facilidade de acesso dos cidadãos aos seus dados pessoais e portabilidade de suas informações), apontou a autoridade

“[o]utra forma importante de dar às pessoas controle sobre seus dados: o direito de ser esquecido. Quero esclarecer explicitamente que as pessoas têm o direito - e não apenas a 'possibilidade' - de retirar o seu consentimento para o tratamento dos dados pessoais que elas próprias forneceram”. (Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_26. Acesso em 28/1/21. Tradução livre).

Na ocasião, a Vice-Presidente da Comissão Europeia externou, ainda, sua preocupação com a capacidade da memória digital e seu impacto sobre a privacidade dos indivíduos, propondo, em contraponto, uma maior autodeterminação dos usuários da rede quanto a seus dados pessoais:

“A Internet tem capacidade de busca e memória quase ilimitada. Portanto, mesmo pequenos fragmentos de informações pessoais podem ter um grande impacto, mesmo anos depois de serem compartilhados ou tornados públicos. O direito de ser esquecido terá como base as regras já existentes para lidar melhor com os riscos de privacidade **online**. É o indivíduo que deve estar em melhor posição para proteger a privacidade de seus dados, optando por fornecê-los ou não. Por conseguinte, é importante capacitar os cidadãos da UE, especialmente os adolescentes, para estarem no controle da sua própria identidade online. A propósito, 81% dos cidadãos alemães estão preocupados por não terem mais controle sobre seus dados pessoais!

Se um indivíduo não quiser mais que seus dados pessoais sejam processados ou armazenados por um controlador de

dados e não houver motivo legítimo para mantê-los, os dados devem ser removidos de seu sistema.”

Propunha, então, a Vice-Presidente da Comissão Europeia que ao cidadão se desse a liberdade de “proteger a privacidade de seus dados, optando por fornecê-los ou não” e de se manter no controle do uso desses dados, optando por removê-los dos sistemas a que fornecidos.

Tratava-se, portanto, de proposta que se voltava essencialmente aos dados voluntariamente fornecidos (para os quais incidiria a liberdade não só no momento do fornecimento, mas também, no mesmo passo, para retirar a autorização dada na coleta).

Ademais, **destacou a conferencista não ser o direito absoluto, sendo passível de ponderação frente às liberdades de expressão e de comunicação.** Transcrevo:

“O direito de ser esquecido obviamente não é um direito absoluto. Existem casos em que existe um interesse legítimo e legalmente justificado em manter os dados numa base de dados. **Os arquivos de um jornal são um bom exemplo.** É claro que **o direito de ser esquecido não pode equivaler a um direito ao apagamento total da história.** O direito de ser esquecido também não deve ter precedência sobre a liberdade de expressão ou a liberdade dos meios de comunicação.

As novas regras da UE incluirão disposições explícitas que garantam o respeito pela liberdade de expressão e informação. Afinal, há muitos anos sou a Comissária da Comunicação Social da UE e **nunca transigirei na luta pelos direitos fundamentais da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.** Isto também se aplica ao domínio da proteção de dados, que é outro direito fundamental importante, mas não absoluto” (Tradução livre, grifos nossos).

Nesse sentido, Graux apontou que a referência da União Europeia se destinaria a “providenciar uma base legal para que [os cidadãos] pudessem exercer um maior controle sobre a disponibilidade e uso de

seus dados pessoais” (GRAUX, Hans; AUSLOOS, Jef; VALCKE, Peggy. The Right to be Forgotten in The Internet Era. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2174896>. Acesso em 2/1/21)

Antes, porém, da efetiva mudança legislativa, cuja necessidade vinha sendo anunciada, o Caso González foi posto à apreciação do Tribunal de Justiça Europeu.

Como dito, tratava-se de pretensão de cidadão espanhol que objetivava não ver seu nome associado a fato de seu passado remoto, qual seja, **leilão de imóvel de sua propriedade a que fora submetido em função de uma dívida junto à previdência espanhola.**

A solução adotada pelo TJUE foi o reconhecimento de que **os mecanismos de busca podem ser instados a remover da indexação do buscador informações que contenham dados pessoais dos indivíduos quando esses assim o desejarem e sempre que aquelas informações sejam inadequadas, impertinentes ou excessivas, sem prejuízo, todavia, da manutenção da informação nos links da web onde a notícia houver sido originalmente publicada.**

É certo que **o TJUE não utilizou a expressão ‘direito ao esquecimento’** para designar o direito que consagrava ao cidadão González, mas definiu que o tratamento de dados, mesmo lícito em sua origem, poderia se **“tornar, com o tempo, incompatível com es[s]a diretiva [nº 95/46] quando esses dados já não [fossem mais] necessários [para atender] às finalidades para que foram recolhidos ou tratados”** e esclareceu que **“tal é o caso, designadamente, quando são objetivamente inadequados, quando não são pertinentes (...) ou quando são excessivos [para atender] a essas finalidades (...)”**. Decidiu, também, o Tribunal que essa proteção aos dados tinha por finalidade a defesa da privacidade do indivíduo, sem necessidade de dano concreto, bastando o caráter sensível da informação para a vida privada dessa pessoa.

Observe-se que, em essência, o TJUE partiu de premissas semelhantes às contidas nas tradicionais invocações do direito ao esquecimento, distinguindo-se sua conclusão pela peculiaridade de que o caso respeitava ao âmbito digital, razão pela qual a ordem de contenção à

alegada violação de privacidade do indivíduo se direcionava a sujeitos da sociedade da informação, concretizando-se, no caso – na opção adotada pelo TJUE – pela determinação aos provedores de busca de desindexação dos **links** da **web** que referenciavam dados pessoais do pleiteante.

Como se vê, em síntese, há diferentes direitos (ou figuras jurídicas) que se reconduzem a nomenclaturas mais ou menos genéricas como (a) direito ao esquecimento; (b) direito a ser esquecido; (c) direito à desindexação; (d) direito a apagar dados; e (e) direito a ser deixado em paz.

Compreendidos os pressupostos adotados pelo TJUE, destaco que **nestes autos não se trará uma apreciação do exato alcance da responsabilidade dos provedores de internet em matéria de indexação/desindexação de conteúdos obtidos por motores de busca.**

A uma, porque a desindexação foi apenas o meio de que se valeu o TJUE para garantir ao interessado o direito pretendido (que a informação que englobava seus dados pessoais deixasse de estar à disposição do grande público), **não se confundindo, portanto – e ao contrário do que muito se propala – desindexação com direito ao esquecimento.**

A duas – e sob a mesma ordem de ideias –, porque o tema desindexação é significativamente mais amplo do que o “direito ao esquecimento”. Há inúmeros fundamentos e interesses que podem fomentar um pedido de desindexação de conteúdos da rede, muitos dos quais absolutamente dissociados de um suposto de “direito ao esquecimento”.

A controvérsia constitucional em debate nesta repercussão geral não pode ser generalizada **tout court** para outras áreas do ordenamento jurídico que já possuam regras específicas e parcelares ou que tenham configurado um sistema próprio de tratamento informacional, como leis mais recentes, ao exemplo das que tratam do acesso à informação, à proteção de dados ou o marco civil da internet.

A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, em processo da minha relatoria, de matéria relativa à constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet no que tange à

RE 1010606 / RJ

exigência de ordem judicial para a retirada ou a indisponibilização de conteúdo ilícito e à responsabilização do provedor (Tema 987, RE 1037396-RG, DJe de 4/4/18). Naqueles autos, com maior propriedade, se poderá adentrar no exame da eventual responsabilidade – e em que nível – dos provedores de busca pelos conteúdos disponibilizados em páginas da **web**.

O que sobreleva extrair do julgado González é a percepção de que o alegado direito ao esquecimento - que já havia outrora evoluído de sua roupagem exclusivamente vinculada ao âmbito criminal – passou a ser também invocado no âmbito digital (com soluções especificamente dirigidas a sujeitos da rede mundial de computadores).

De outro lado, constata-se ainda uma **paulatina invocação ao direito ao esquecimento por indivíduos em geral (não apenas por condenados) e em âmbitos alargados da vida (não apenas para fins de reabilitação penal)**. E é precisamente por se tratar de um conceito em formação inserido em um contexto de alto nível de exposição dos indivíduos que é preciso delimitar mais precisamente seu alcance.

Por essa razão, compreendo relevante definir qual é o sentido que se atribui neste julgado à expressão, a fim de evitar ruídos quanto ao que venha a ser firmado por esta Corte sobre o tema.

II - DIREITO AO ESQUECIMENTO: NOMENCLATURA E ELEMENTOS ESSENCIAIS.

II.1 – NOMENCLATURA

Do ponto de vista conceitual, não se ignoram as inúmeras críticas à expressão 'direito ao esquecimento'. Mesmo os defensores de sua existência apontam que “não é a mais adequada para designar o direito em questão, já que, a rigor, traduz apenas um efeito desejado e não necessariamente alcançado pelo sujeito envolvido na informação cuja disseminação pretende restringir” (VIDIGAL. Leonardo Bruno Marinho.

O Direito ao Esquecimento e a incipiente experiência brasileira: incompreensões sobre o tema, limites para sua aplicação e a desafiadora efetivação no ambiente virtual. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31062/31062.PDF>. Acesso em 26/9/20).

Por outro lado, aponta-se que a expressão estaria sendo usada para designar situações jurídicas em tudo diversas e, por fim, que não corresponderia à tradução mais fiel das expressões usadas em âmbito internacional (RODRIGUES JR, Otavio Luiz. **Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>).

As críticas não são infundadas.

Quanto à expressão 'direito ao esquecimento', consigno que, embora não corresponda fielmente a suas versões em língua estrangeira, trata-se de nome já difundido em nossa doutrina e em decisões da Justiça nacional, pelo que, neste voto, em busca da racionalidade hermenêutica, se manterá o uso do termo.

No que respeita à multiplicidade de situações que se pretende ver abarcada pelo termo 'direito ao esquecimento', importa reconhecer que, de fato, para a construção de um conceito, se deve partir do pressuposto de que, sintática ou juridicamente, não se podem conceber, sob o mesmo título, manifestações absolutamente distintas, sob pena de não se ter um verdadeiro instituto.

Kant já ensinava que o conceito é resultado da existência de várias espécies semelhantes das quais se recolhem características comuns com o que se chega a uma ideia geral.

Para que um conceito jurídico se forme, portanto, é necessário que, dentre todas as abstrações de seus elementos, se possa localizar ao menos um que se faça presente em todas as situações nas quais o direito seja invocado, e que esse (ou esses elementos), ademais, lhe confira identidade distintiva em face de outros institutos jurídicos já consagrados (afinal, se seu conceito o tornar identificado a direitos já expressos no ordenamento

pátrio, nenhum sentido de existência possuiria, uma vez que as pretensões sob ele estabelecidas já encontrariam adequados meios de satisfação).

Duas são portanto as questões a serem respondidas na delimitação conceitual do alegado direito: (i) que elementos essenciais formariam a identidade do pretenso direito ao esquecimento? e (ii) que traço o distinguiria dos direitos já previstos e consolidados no ordenamento brasileiro?

II. 2. ELEMENTOS ESSENCIAIS DO “DIREITO AO ESQUECIMENTO”

(a) Licitude da Informação

Começo destacando que, para fins de abordar o direito ao esquecimento, é necessário apartar de sua abrangência as informações ilícitas, ou seja: é preciso desconsiderar as informações inverídicas e as informações adquiridas ou utilizadas contrariamente à lei.

Para a proteção contra informações inverídicas ou ilicitamente obtidas/utilizadas, o ordenamento jurídico é farto, seja em âmbito penal, seja em âmbito cível.

Penalmente, tutela-se, por exemplo, a honra por meio de tipificação das condutas de injúria, calúnia e difamação (arts. 138 a 140 do CP); pune-se a divulgação de fatos inverídicos em âmbito eleitoral (art. 323 do Código Eleitoral); protegem-se as comunicações eletrônicas privadas por meio da tipificação das invasões a dispositivo informático (Lei nº 12737/12); tutela-se, ainda, a vítima de estupro relativamente à divulgação da cena do crime (Lei nº 13.718/18, assinada por mim no exercício interino da Presidência da República).

No âmbito cível, a par da previsão de indenização nos crimes contra a honra (art. 953 do CC/02), inúmeras normas asseguram medidas para impedir ou fazer cessar o comportamento ilícito dirigido ao nome ou à imagem, sendo exemplo mais genérico a proteção do art. 12 do CC/02: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade,

RE 1010606 / RJ

e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

No contexto digital, observa-se, em escala global, intensa movimentação jurídica.

A título de exemplo, a par do sistema de autorregulação – no qual as plataformas digitais e as empresas de publicidade estabelecem para si normas de conduta –, observam-se países adotando severas medidas regulatórias. Nesse sentido, a Alemanha aprovou, em 2017, lei que confere grande responsabilidade às plataformas digitais pela disseminação de notícias falsas ou de discursos de ódio. Dentre as principais obrigações previstas na lei, consta a determinação de que as redes sociais e as plataformas de compartilhamento de vídeo criem sistemas de denúncia pelos próprios usuários. Os conteúdos manifestamente ilegais devem ser removidos no prazo de 24 horas, a contar da reclamação ou de determinação judicial.

A França aprovou, no final de 2018, lei de combate à desinformação mirando o período eleitoral, a qual também obriga as plataformas digitais a criar um sistema de denúncias. Ademais, exige-se transparência por parte dessas plataformas quanto aos algoritmos por elas utilizados.

No Reino Unido, o Parlamento Britânico divulgou um relatório em julho de 2018 propondo medidas para combater a desinformação, dentre elas a instituição de um código de ética para as plataformas **online** que determine a remoção de conteúdos danosos a partir de denúncias dos usuários e a adoção de medidas para o aumento da transparência das plataformas relativamente aos usuários e ao Poder Público.

No Brasil, foi editado o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14). Como já mencionado, no tema, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, em processo da minha relatoria, da matéria relativa à constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet no que tange à exigência de ordem judicial para a retirada ou indisponibilização de conteúdo ilícito e a responsabilização do provedor (Tema nº 987, RE nº 1037396-RG, DJe de 4/4/18). O debate instaurado no aludido processo insere-se na reflexão relativa à necessidade ou não de decisão judicial

para a remoção sobretudo de conteúdo **falso** da internet, a qual está no cerne dos debates acerca dos mecanismos adequados para o combate à **desinformação**.

Diferentemente, o que se invoca com o direito ao esquecimento é a proteção jurídica para impedir a divulgação de fatos ou dados **verdadeiros licitamente obtidos**, amparando-se na alegação, em essência, de que, pelo decurso do tempo, as informações de outrora não guardariam relevância jurídica, ao passo que sua ocultação (ou ocultação dos elementos pessoais dos envolvidos) melhor serviria aos propósitos constitucionais, sobretudo à proteção dos direitos da personalidade.

Não desconheço, ressalte-se, que parcela da doutrina trata do direito ao esquecimento abarcando fatos lícitos e ilícitos. Porém, como salientei, **o ordenamento brasileiro é farto em dispositivos voltados à proteção da pessoa, da personalidade e da privacidade humana diante de divulgação ilícita (fato inverídico ou dado coletado/utilizado em desconformidade com a lei)**.

Não por acaso, foi justamente porque invocado um direito a não publicação de fatos ou dados verdadeiros licitamente obtidos que a pretensão nominada 'direito ao esquecimento' ganhou notoriedade e centralidade em diversos debates em âmbito nacional e internacional.

Reafirmo, portanto, ser necessário esse recorte para melhor precisar o conceito do direito ao esquecimento: as informações cuja comunicação se pretende obstar devem ser lícitas.

Como definiu Sérgio Branco, abordando uma das facetas da licitude da informação:

“A veracidade da informação deve estar presente para invocar o direito ao esquecimento. Tratando-se de informação falsa, outros devem ser os mecanismos a serem preferencialmente utilizados, tais como o direito de resposta ou o dever de o meio de comunicação atualizar a informação com os dados mais novos ou mais precisos (...).

Ainda que nestes casos vá-se ao extremo de se suprimir a informação de acesso ao público por ordem judicial, não se

deve qualificar tal hipótese como direito ao esquecimento, já que não é algo que se queira esquecer, apagar, mas tão somente informação que, por ser falsa, deve ser combatida por violar outros direitos” (BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017. p. 174).

Não basta, todavia, a licitude da informação para caracterizar o pretensão direito ao esquecimento. No cerne da alegação em favor de um direito a esquecer fatos passados está a compreensão de que não obstante se trate de fatos verdadeiros, **sua utilização temporalmente distante da sua ocorrência, os tornaria descontextualizados**. É nesse aspecto que surge o segundo elemento definidor do direito ao esquecimento: o decurso do tempo.

(b) Decurso do Tempo: o aspecto temporoespacial

Pode-se afirmar que a passagem do tempo constitui a viga central do apontado “direito ao esquecimento”. As falas em defesa de sua existência na audiência pública evidenciam essa relação. Transcrevo, a título de exemplo, as diversas menções ao que viria a ser o direito em tela, sempre apresentado na sua relação com o tempo:

“Também não se pode pretender, com o direito ao esquecimento, reescrever-se a história. Não é isso que se busca: reescrever-se a história ou alterar-se a verdade dos fatos. O que se busca é não ter a identidade de um determinado indivíduo estigmatizada **por fatos ocorridos no passado que deixaram de ter uma relevância pública**” (Cíntia Rosa Pereira de Lima, pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto).

“[A] questão que eu vejo que é de máxima relevância é: **até quando a inexorabilidade de fatos justifica o prevalecimento da liberdade de expressão aos direitos de personalidade? Existe um tempo?** Porque, vamos dizer, a difusão dos veículos de comunicação, como disseram, é regra

constitucional, mas eles estão **marcados no tempo** ou eles podem, **ad perpetuam**, estabelecer que essa liberdade de expressão da comunicação vai prevalecer ao direito de personalidade, de imagem, de honra do titular desse direito de personalidade? **Ele tem um tempo ou ele é perpétuo? Essa é a questão que está sendo debatida**” (Desembargador José Carlos Costa Netto – em fala pelo Tribunal de Justiça de São Paulo).

“[O direito ao esquecimento] não atribui a ninguém o direito de apagar fatos - não se discute isso -, ou reescrever a própria história - também não se discute isso -, mas apenas assegura a **possibilidade de discutir o uso que é dado a fatos pretéritos**, mais especificamente ao modo e à finalidade [com] que são **lembrados**” (Professor Renato Opice Blum (Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER).

Como se observa, a pretensão encerrada no título ‘direito ao esquecimento’ tem o tempo como elemento central porque seria ele propulsor de degradação da informação do passado, a qual – mesmo verídica – se faria desatualizada e descontextualizada, porque divulgada em momento significativamente díspar da ocorrência dos fatos, induzindo a uma percepção fragmentada sobre a pessoa do envolvido. Isso também foi expresso em outra fala da audiência pública:

“Nesses países europeus, a noção técnica de direito ao esquecimento corresponde a um direito a não ser perseguido pelos fatos do passado **que já não mais refletem a identidade atual daquela pessoa**. Trata-se, assim, essencialmente, de um direito contra uma recordação opressiva dos fatos pretéritos que projete o ser humano, na esfera pública, de forma equivocada, porque não atual, **impedindo-o de ser reconhecido pelo público como quem realmente é**.

Não se trata, portanto, de um direito a serviço do ocultamento ou da mentira, mas, sim, da verdade. Não se trata de um direito contra a história, mas de um direito a favor da história completa que não apresente o ser humano apenas por

meio de um rótulo do passado, o qual não mais corresponde à realidade” (Professor Doutor Anderson Schreiber (Instituto Brasileiro De Direito Civil – IBDCIVIL. Audiência Pública STF. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/A_UDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAQUESQUECIMENTO_Transcries.pdf. Acesso em 10/10/20)

A pretensão ao direito ao esquecimento vincula-se, então, a um elemento temporoespacial: a passagem do tempo seria capaz de tornar opacas as informações no **contexto espacial**, a tal ponto que sua publicação não retrataria a completude dos fatos nem a atual identidade dos envolvidos.

Os efeitos dessa descontextualização, é certo, são apreciados de forma distinta pelos autores.

Para Mayer-Schönberger, a apreciação de apenas fragmentos da realidade (trechos do passado com trechos atuais), induz a que a memória digital negue o tempo (“digital remembering negates time”). (MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age; with a New Afterword by the Author**. Princeton University Press, 2011, p.113).

A referência feita ao meio virtual indica a memória digital como implacável, em contraste com a memória humana, que teria a recordação como exceção e não como regra, sob mecanismo refinadamente formado no caminho evolutivo humano para permitir o desenvolvimento da personalidade.

Em linha semelhante de raciocínio, é suscitado, com frequência, o “mecanismo de repressão de memórias”, proposto por Sigmund Freud como sendo

“mais um engenho, voluntário ou não, de que se vale o cérebro humano (mais especificamente, determinadas regiões do córtex pré-frontal e dorso-lateral) para reduzir ou suprimir da consciência memórias que se preferem olvidar,

acontecimentos desagradáveis que remetem a uma dor, uma humilhação ou uma vergonha.

Desse modo, fatos que não se desejam manter na consciência são suprimidos e ficam de certa forma impedidos de regressar[] à evocação voluntária. Com isso, memórias indesejáveis são mantidas [a] distância, ainda que não sejam apagadas completamente” (MAURMO, Julia Gomes Pereira. **O Direito ao esquecimento sob a perspectiva da saúde individual.** Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iv-numero-vi/direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/o-direito-ao-esquecimento-sob-a-perspectiva-da-saude-individual/>. Acesso em 28/1/21).

Essa mesma abordagem foi trazida na audiência pública pelo Dr. Roberto Algranti Filho, advogado dos recorrentes, que destacou, com enfoque nas vítimas de divulgação de fatos passados traumáticos, a associação entre direito ao esquecimento e promoção do direito à saúde, como forma de superação do estresse pós-trauma.

Para parcela dos defensores do direito ao esquecimento, assim, a perpetuação na memória coletiva de acontecimentos que, naturalmente, teriam seu espaço reduzido na consciência de certos indivíduos, impõe a esses, além da sua estigmatização, prejuízo a sua psique.

Relevante, ainda, observar a construção doutrinária segundo a qual a passagem do tempo imporá a perda do interesse público na divulgação da informação. Apreciando essa concepção, Viviane Maldonado destaca:

“De acordo com esse princípio, a revelação de fatos individuais somente é possível quando estes são relevantes e presentes.

Nessa linha lógica, pode-se compreender que, embora em um determinado momento haja pertinência na existência da informação pública, esta relevância pode desaparecer como efeito do próprio transcurso do tempo” (MALDONADO, Viviane Nóbrega. **O direito ao esquecimento.** Disponível em

<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%207.pdf?d=636680444556135606>. Acesso em 28/1/21).

Por fim, também digna de nota é a percepção segundo a qual, com a passagem do tempo ao indivíduo “é dada a liberdade de alterar, mudar seu comportamento, sob pena de predeterminar e amarrar sua história pessoal”, de modo que

“impor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções” (BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>. Acesso em 28/1/21).

O que se observa é que, conquanto os efeitos da passagem do tempo sejam apresentados de distintas formas pelos doutrinadores (descontextualização, fragmentação, prejuízo à psique do envolvido, apelo ao perdão ou perda do interesse público), é ponto comum que o elemento temporal definidor do pretense “direito ao esquecimento” não seria computado pelo transcurso de um exato número de dias, meses ou anos, mas sim por **decorso temporal suficiente para descontextualizar a informação relativamente ao momento de sua coleta**.

É sob essa concepção de que a passagem do tempo pode descontextualizar as informações ou os dados pessoais comparativamente ao momento em que produzidos ou coletados que se aproximam a concepção original do direito ao esquecimento (advinda do **droit à l’oubli** e mais associada à defesa dos direitos da personalidade) e sua perspectiva mais recente (a partir do julgado do TJUE no caso Google Espanha e ligada à proteção dos dados pessoais, com maior influência da doutrina do direito de ser deixado em paz - **the right to be alone**).

Relevante afirmação de Koops sobre o direito ao esquecimento

reforça essa aproximação entre suas vertentes:

“apesar dos inúmeros conceitos, parece haver um denominador comum na literatura[, quando] uma pessoa possui um interesse (...) em não ser confrontado por outros com elementos do seu passado, ou particularmente com dados do seu passado que não são mais relevantes para decisões sobre ela no presente” (Koops, Bert-JAAP. *Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the ‘Right To Be Forgotten’ in a Big Data Practice*. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1986719. Acesso em 2/2/21.)

A menção é importante porque, desde a decisão do TJUE, diversos autores passaram a nominar o direito ao esquecimento apenas na vertente do controle de dados, o que amplificou a dificuldade de uniformização do conceito de direito ao esquecimento.

Todavia, neste voto, nos ateremos ao que aproxima as diferentes vertentes do direito ao esquecimento, tendo em vista o interesse de quem o invoca de não vir a ser confrontado por outros elementos de seu passado (informações ou dados) que se alega não serem mais relevantes no presente.

É notório, que as pretensões relativas ao direito ao esquecimento são desmembráveis em subtipos, consoante o objeto do “esquecimento” (**fatos ou dados**) e o meio de comunicação adotado para veiculação da notícia (**plataformas tradicionais ou virtual**). De tais subdivisões, porém, não concebo a índole de pretensões distintas, razão pela qual **considero pertinente a apreciação em conjunto (sem prejuízo do reconhecimento das especificidades de cada linha do tema).**

Nesse sentido, adoto a ponderação de Daniel Bucar, para quem,

“apartar a mídia televisiva de outros meios de comunicação é emprestar à informação tratamento

fragmentado não condizente com a sua perspectiva unitária, haja vista que uma informação terá o mesmo conteúdo qualquer que seja o seu meio de transmissão. Portanto, afora técnicas específicas de cada mídia, **a disciplina jurídica em torno da informação independe do meio de comunicação em que é veiculada, não se justificando, desta forma, a exclusão do ambiente virtual quanto à aplicação de eventual direito ao esquecimento,** sobretudo porque é este o locus próprio para o seu estudo na contemporaneidade, tornando-se anacrônico o fracionamento e a demarcação da disciplina apenas para a mídia televisiva” (BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>. Acesso em 28/9/20, grifos nossos).

Do mesmo modo, Denise Pinheiro aponta que, não obstante a maior complexidade do ambiente virtual,

“[o] cenário diferente não é argumento suficiente para cindir o estudo, que deve se concentrar na fluência temporal como um possível obstáculo à livre expressão independentemente do veículo que se pretende promover a comunicação. Por este motivo, defende-se a importância de um estudo conjunto dos elementos essenciais sobre o tema, embora não se negue a existência de especificidades quando a questão [se concentra] no ambiente da internet” (PINHEIRO, Denise. A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 28/9/20).

Em conclusão, a partir desses elementos essenciais, podemos entender o nominado 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.

É, então, sob tais elementos da pretensão, que, nestes autos, se deve apreciar a aceitação ou não pelo ordenamento jurídico pátrio de um direito correspondente.

III. EXISTIRIA UM DIREITO FUNDAMENTAL AO ESQUECIMENTO?

É possível identificar três posições sobre a suposta existência de um direito fundamental ao esquecimento.

A primeira posição é a que reconhece existir um **direito fundamental explícito**.

A segunda posição é a que afirma haver um **direito fundamental implícito**, decorrente, ora da dignidade humana, ora da privacidade. Nada impedindo que o Congresso Nacional venha a restringir ou ampliar seu suporte fático em cada circunstância (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação...**p. 209; ALMEIDA, José Luiz Gavião de *et alii*. A identidade pessoal como direito fundamental da pessoa humana e algumas de suas manifestações na ordem jurídica brasileira..cit.).

A terceira posição é a que **não reconhece sua existência como direito fundamental autônomo**, mas que admite identificá-lo como integrante do **suporte fático** de algum dos direitos fundamentais do art. 5º, inciso X (a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas), com reflexos no direito ordinário.

Verifica-se, portanto, ser comum a todas as concepções, a íntima associação do direito ao esquecimento com os direitos da personalidade.

De fato, sobressai, em todos os precedentes em que se asseguraram os efeitos pretendidos pelos que invocam o direito ao esquecimento (como nos casos *Melvin v. Reid*, *Madame M.*, *Lebach I* e mesmo *Google Espanha*), que há menção, nas razões de decidir, a expressões que remetem ao livre desenvolvimento da personalidade, tais como: ‘proteção

ao nome, à imagem ou a outra identificação dos perpetradores do crime'; 'reabilitação ou socialização do apenado'; 'criação de condições externas que evitem o descaso e a rejeição no meio ambiente'; 'permissão do retorno ao caminho da retidão'; 'ferimento à sensibilidade'; 'amplificação à exposição da privacidade' etc.

Essa tão íntima relação entre o direito ao esquecimento e os direitos da personalidade/privacidade faz suscitar questionamentos. De um lado, quanto à própria existência do direito ao esquecimento, indaga-se: é possível conceber um direito que está sempre direcionado a garantir outra espécie de direito (nome, imagem, honra, ressocialização, proteção de dados)?

De outro lado, para os que defendem sua existência, a íntima relação com os direitos fundamentais suscita questionamentos quanto à autonomia do direito ao esquecimento frente àqueles. Isso porque a relação seria tão limítrofe que,

"com frequência, a ideia de um direito ao esquecimento é confundida com as próprias noções de intimidade, privacidade, vida privada ou proteção de dados pessoais. Em alguns casos, o uso da expressão 'direito ao esquecimento' parece servir apenas ao propósito de emprestar renovada força a direitos já existentes ou a seus fundamentos jurídicos" (MONCAU, Luiz Fernando. **Direito ao esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais**).

A meu ver, a resposta para tais questionamentos é claramente no sentido da inexistência no ordenamento jurídico brasileiro de um direito genérico com essa conformação, seja expressa ou implicitamente.

O que existe no ordenamento são expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações.

Vide a previsão do Código de Defesa do Consumidor (art. 43, §1º, da Lei nº 8078/90) de que os cadastros de consumidores não podem "conter

informações negativas referentes a período superior a cinco anos”, ou, ainda, a previsão do Código Penal (arts. 93 a 95) quanto à reabilitação do condenado, que “poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução”, assegurando-se ao condenado “o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação”. Ou, ademais, a previsão, quanto ao universo digital, trazida pela Lei nº 12.965/14 (o Marco Civil da Internet), 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”, ressalvadas apenas “as hipóteses de guarda obrigatória de registros” (art. 7º, X).

Tais previsões, todavia, não configuram a pretensão do direito ao esquecimento. Relacionam-se com o efeito temporal, mas não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado. Desse modo, eventuais notícias que tenham sido formuladas – ao tempo em que os dados/informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento. Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tenham sido, a seu tempo, lícitamente obtidos e tratados.

Não nego o impacto do tempo na percepção humana dos acontecimentos que envolvem informações ou dados dos indivíduos, pois é certo que a mesma informação ao tempo dos acontecimentos e anos após servirá, a cada divulgação, a propósitos diversos. **Porém, a meu ver, a passagem do tempo, por si só não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito.**

Ademais, como já advertia Heráclito de Éfeso em cerca de 500 a.C., **ninguém pisa duas vezes nas águas do mesmo rio, visto que as águas e o próprio ser estão em constante devir. E, se, com o tempo, mudam as águas e mudam os seres, também muda o contexto em que uma informação ou uma notícia é veiculada e apreendida no decorrer do tempo.**

A mudança promovida pelo tempo, porém, é de contexto social, não de fatos. Esses se mantém preservados e são, inclusive, objeto de

estudo das ciências sociais, tanto quanto fenômenos da natureza são objeto das ciências naturais. E as ciências sociais não se debruçam apenas sobre o tempo presente. Ao contrário, há ciências que se dirigem, de modo especial, ao tempo passado. Há outras, por seu turno, cujo objeto é exatamente o comportamento ou a psique humanos. De modo especial, a essas últimas importa conhecer o sujeito: seus hábitos, sua vida, sua história, seus atos.

Se não cogitamos apresentar o Sistema Solar sem indicar o Sol, como podemos supor falar de fatos sem consideração ao comportamento humano?

Negar acesso a fatos ou dados simplesmente porque já passados é interferir, ainda que indiretamente, na ciência, em sua independência e em seu progresso.

Nesse ponto, compreendo relevante rememorar que, entre os fundamentos desta Corte para declarar a constitucionalidade da chamada Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79), esteve, nas palavras do Relator, Ministro **Cezar Peluso**, a compreensão de que a norma não “impede o acesso a informações atinentes à atuação dos agentes da repressão”, como bem elucidado no parecer da PGR:

“[R]econhecer a legitimidade da Lei da Anistia não significa apagar o passado.

105. Nesse sentido, o estado democrático de direito, para além da discussão acerca da punibilidade, precisa posicionar-se sobre a afirmação e concretização do direito fundamental à verdade histórica.

106. Com a precisão habitual, o Ministro Sepúlveda Pertence, em entrevista antes referida, afirmou que

‘viabilizar a reconstituição histórica daqueles tempos é um imperativo da dignidade nacional. Para propiciá-la às gerações de hoje e de amanhã, é necessário descobrir e escancarar os arquivos, estejam onde estiverem, seja quem for que os detenha’”.

Quando esta Corte, portanto, julgou constitucional a lei de anistia,

assim o fez porque o estudo, a análise, a apuração dos fatos foram preservados. A decisão política pela anistia dos graves delitos praticados foi uma opção realizada pela mudança de contexto sociopolítico (foi fruto de um acordo, destacou o Ministro **Peluso**, de quem tinha legitimidade naquele momento histórico para celebrá-lo). Entretanto, **a verdade dos fatos (e, no mesmo sentido, a busca por ela) nunca esteve sob o jugo do tempo. São coisas distintas.**

Não há, assim, que se confundir o cumprimento da ordem penal (com eventual punibilidade, prescrição, anistia ou qualquer outro meio de atendimento a suas normas) com o intuito de divulgação dos fatos.

A reabilitação, por exemplo, é instituto penal, com requisitos específicos. Uma vez atendidos, assegura-se ao condenado “o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação”. Isso não implica, todavia, prejuízo ao conhecimento – mesmo **a posteriori** – dos fatos criminosos eventualmente noticiados.

A lógica não se restringe ao âmbito penal, mas a toda ordem jurídica. O cumprimento de uma obrigação administrativa – como, por exemplo, o pagamento de uma multa imposta pelo Estado a um licitante – **não cria direito à exclusão da notícia com que se deu publicidade ao tempo dos fatos.** A publicidade persiste para além do cumprimento da obrigação: seja a administrativa – que decorre de obrigação legal – seja a de cunho jornalístico ou de opinião que, eventualmente, possa ter ocorrido.

O cumprimento de uma obrigação cível, comercial ou tributária funciona do mesmo modo. Se sua apuração (e, no mesmo passo sua divulgação) era lícita ao tempo dos fatos, lícita se mantém com o passar do tempo.

Ressalte-se que, quando se fala em “verdade histórica”, não se está apenas falando em fatos atinentes a pessoas mais proeminentes da ordem social, mas a todos os fatos que possam, de algum modo, compor o objeto de interesse das ciências sociais ou mesmo das relações humanas.

Os homens, em suas relações, também possuem interesse em conhecer os fatos, em apurar suas instituições e em rever seus acertos e erros como sociedade. A isso se chama, comumente, de “interesse

público” no conhecimento dos fatos.

Mas observe-se: é de potencial interesse público o que possa ser lícitamente obtido e divulgado. Desse modo, um dado que não possa ser objeto de divulgação não é, em qualquer circunstância, dotado de interesse público.

Interesse público pressupõe licitude. E licitude implica respeito aos direitos da personalidade. Nossa Constituição é rica em previsões protetivas dos direitos da privacidade e de inviolabilidades do indivíduo.
Vide:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

A Constituição possui, ainda, outras previsões que, embora sob escopo de proteção mais amplo, funcionam como limites naturais à liberdade de expressão e de informação, tais como as normas do art. 5º em seus incisos XI (a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial) e XII (é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal).

Trata-se de direitos fundamentais estabelecidos – como bem destacaram Clève e Freire – em normas “dotadas de considerável grau de abertura e dinamicidade ao se apresentarem para sua concretização social”, o que significa dizer que “os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados em um determinada Constituição,

são polimórficos, dotados de conteúdos nucleares prenes de abertura e variação, apenas revelados no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores plasmados no texto constitucional” (CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.232).

Disso resulta, como destaca Alexandre Freire,

“que o exercício de direitos fundamentais com âmbito de proteção à margem da atividade conformadora do legislador poderá ensejar controvérsias entre os titulares, bem como conduzir à colisão com interesses da comunidade”.

E arremata:

“esta afirmação tem arrimo na prevalência da tese de que não existem direitos fundamentais absolutos.

Os direitos fundamentais são possíveis, e o exercício pode ser restringido ou limitado. Conforme se demonstrará, essas intervenções não devem ser entendidas como formas de redução dos direitos fundamentais, mas sim como mecanismo destinado a garantir e fomentar o seu exercício, bem como proteger os bens constitucionais da sociedade.

Entrementes, não é qualquer disposição legislativa que tem o controle de restringir direitos fundamentais. Essas

espécies normativas devem ser normas constitucionais ou normas infra constitucionais com autorização constitucional” (FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Restrições de direitos fundamentais: conceitos, espécies e método de resolução. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, p. 316).

Seguindo a autorização constitucional, **o legislador brasileiro em inúmeras ocasiões, procedeu à ponderação entre direitos fundamentais na direção da máxima proteção aos direitos da personalidade, restringindo, em alguma medida, a liberdade de expressão.**

O Código Penal tipificou as condutas dirigidas contra a honra nos tipos de calúnia, injúria e difamação (arts. 138 a 145 do CP); no mesmo passo, o Código Civil previu indenização em tais situações (art. 953 do CC/02). O mesmo Código Civil, em seu art. 20, protege a imagem, dispondo que sua utilização pode ser proibida e mesmo indenizada se atingir “a honra, a boa fama ou a respeitabilidade” do sujeito. O direito ao nome, na sua função de individuar a pessoa, encontra resguardo nos arts. 16 a 19 do CC/02, assegurando-se, inclusive, que o nome “não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória” (art. 17). Adicionalmente, o art. 21 do CC/02 dispôs sobre a proteção à vida privada da pessoa natural e, salvo disposição legal em contrário, todos esses direitos da personalidade são “intransmissíveis e irrenunciáveis”.

Em que pese a necessária contenção interpretativa aos arts. 20 e 21 do CC/02, realizada por esta Corte em interpretação dos dispositivos conforme à Constituição (ADI nº 4.815), o que se observa é que, na disciplina dos direitos de personalidade, o legislador buscou consagrar a mais ampla efetividade das normas constitucionais insertas no art. 5º, incisos V e X.

A jurisprudência pátria, por sua vez, tem atendido a esse escopo normativo. Esta Corte tem ponderado, nos feitos trazidos a sua apreciação, acerca do atendimento das leis às normas constitucionais que

RE 1010606 / RJ

asseguram direitos fundamentais.

Nos autos do HC nº 82.424 (DJ de 19/3/04), conhecido como Caso Ellwanger, esta Suprema Corte manteve a condenação de um escritor e editor pelo crime de racismo, por publicar, vender e distribuir material antissemita. A garantia da liberdade de expressão foi afastada em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Destaque-se, ainda, o relevo atribuído pelo Ministro **Gilmar Mendes** aos direitos fundamentais da personalidade nos autos do RE nº 511.961/SP (em que se julgou não recepcionada norma no sentido da exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista). Transcrevo:

“As liberdades de expressão e de informação e, especialmente a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidos pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral.”

Do mesmo modo, a Justiça brasileira tem consagrado, em inúmeras decisões, a proteção à privacidade, ao nome, à honra e à imagem, sem fazer qualquer menção ao aspecto temporal. Nesse sentido, destaco algumas notícias jornalísticas reportando precedentes judiciais relacionados à proteção dos direitos da personalidade:

“SENSACIONALISMO CENSURADO

Jornal é condenado por publicar foto de cadáver na capa

Por publicar a foto de um cadáver na capa, um jornal terá que pagar indenização por danos morais à família da vítima de um soterramento.

(Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-abr-25/jornal_punido_publicar_foto_cadaver_capa. Acesso em 2/2/21).

“CONFUNDIDA COM INVASORA

Jornal é condenado por publicar foto com legenda errada”.

Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mar-17/jornal_condenado_publicar_foto_legenda_errada. Acesso em 2/2/21)

“IMPrensa PUNIDA

Jornal é condenado a indenizar por uso indevido de imagem”

(Disponível em https://www.conjur.com.br/2004-out-26/jornal_condenado_indenizar_uso_indevido_imagem. Acesso em 2/2/21).

“LIMITE DA LIBERDADE

Jornal mineiro é condenado por publicar notícia difamatória”

Disponível em https://www.conjur.com.br/2006-fev-02/jornal_condenado_publicar_noticia_difamatoria. Acesso em 2/2/21).

“HOUE ENGANO

Jornal é condenado por publicar telefone errado em anúncio sexual”

Disponível em https://www.conjur.com.br/2004-set-24/jornal_publica_telefone_errado_anuncio_sexual_punido. Acesso em 2/2/21).

“BOLAS TROCADAS

Jornal que trocou nome de vítima por acusado é condenado por danos

(Disponível em https://www.conjur.com.br/2004-mar-31/jornal_condenado_colocar_vitima_lugar_acusado. Acesso em 2/2/21).

Como se observa, portanto, **há uma vasta proteção constitucional, legal e jurisprudencial a todos os direitos da personalidade que**

independe do efeito do tempo sobre o contexto fático em que inseridos. O contexto fático tem sido preservado.

Tampouco, por fim, a passagem do tempo induz ao surgimento de um dever social de perdão. Nenhuma lei pode estipular obrigações ao cérebro humano, nele inserindo sentimentos ou pensamentos. Ninguém, assim, é obrigado a se desfazer de seu direito à informação para permitir a terceiros uma vida livre do conhecimento de seus erros passados.

No caso **Briscoe**, a Suprema Corte da Califórnia apontou que o ideal de conduta humana seria “reconhecer seu valor presente e esquecer sua vida passada de vergonha. Mas os homens não são tão divinos a ponto de perdoar as ofensas passadas dos outros”.

Eventualmente, destaco eu, o perdão, a compaixão e mesmo um exame de consciência pode conduzir a uma conduta de esquecimento de fatos passados ou ao reconhecimento do valor atual do indivíduo. Mas essa percepção, conquanto possa ser estimulada pela lei, não pode ser imposta à custa da **proibição de veiculação de notícias (lícitas) em que conste a descrição do passado.**

Tudo isso sem prejuízo da exigência legal a que todos os cidadãos estão submetidos de respeito à integridade física e moral de qualquer ser humano, independentemente de seu passado. A esse se aplica, de igual modo, todos os direitos da personalidade acima expostos, estando, portanto, protegidos contra eventual agressão a seus direitos fundamentais.

Demonstrado, desse modo, que os direitos fundamentais de personalidade encontram guarida constitucional e legal que não dependem nem se associam em qualquer medida ao direito ao esquecimento, importa considerar o espaço de proteção normativa conferida aos dados.

Isso porque a **internet** deu início a uma nova fase ao associar o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na rede.

Não se pretende esgotar aqui a análise da proteção de dados estabelecida pela recente Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil. Longe

disso, uma vez que, neste voto, **o exame se faz sob a perspectiva do direito ao esquecimento.**

A proteção de dados pessoais ganha capítulo próprio neste exame apenas para que se identifique se, pelas peculiaridades dessa novel proteção, se pode afirmar a existência, em alguma medida, de direito ao esquecimento em âmbito digital.

IV. DIREITO AO ESQUECIMENTO EM ÂMBITO DIGITAL?

Com o crescente uso de computador e a tendência à constituição de bancos centralizados de dados, teve início profundo questionamento sobre o poder abrangente de vigilância de quem os coleta e processa.

O temor de que os bancos de dados fossem utilizados contra os interesses do indivíduo, impulsionou, já desde a década de 60, os estudos sobre o novo e fatal risco à privacidade. Assim, foi tomando corpo a proposta de que as informações pessoais deveriam ser propriedade de seus titulares.

Em importante decisão de 1983, o Tribunal Constitucional Alemão fez uso, pela primeira vez, do termo “autodeterminação informativa”, a partir do que se materializou “a transição de uma ideia de privacidade com exclusão de certas informações de uma esfera pública para uma ideia de controle das informações pessoais”. O Tribunal optou por diretriz “que afasta a necessidade da presença de um dano para caracterização da irregularidade no tratamento de dados pessoais”. Nela, “todo tratamento de informações pessoais afeta o direito à autodeterminação informativa, apontando para a superação da dicotomia sigilo-publicidade, que não seria mais suficiente para resolver questões associadas à circulação de informações pessoais”. Vale salientar que o Tribunal alemão alertou que

“o direito à autodeterminação informacional que ali se afirmava não era absoluto (...) não [era] um direito isolado, mas ligado à comunidade, afastando uma noção individualista e afirmando que o indivíduo deveria aceitar certos limites à sua

autodeterminação informacional por razões de interesse público” (MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Direito ao Esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais**. Revista dos Tribunais)

Paralelamente, se desenhava uma agenda regulatória sobre os dados que culminou com a Diretiva nº 95/46, a qual, por seu turno, influenciou legislações em todo o mundo.

Adiante, a União Europeia aprovou seu Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (nº 2016/679), relativo à proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

No Brasil, deu-se a edição da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), que dispõe “sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (art. 1º, Lei nº 13.709/18), e nela **não se localiza dispositivo voltado** a assegurar, em âmbito digital, que os sujeitos protegidos pela norma não possam ser confrontados quanto aos dados que, no passado, tenham sido lícitamente objeto de divulgação.

Com efeito, o legislador foi explícito no sentido do término do tratamento dos dados (art. 16) quando: (i) a finalidade de sua coleta for alcançada; (ii) os dados deixarem de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada; (iii) der-se o término do período de tratamento; (iv) o titular o requerer, nas hipóteses admitidas na lei (entre as quais o exercício de seu direito de revogação do consentimento relativamente às informações voluntariamente concedidas), resguardado sempre o interesse público; e (v) houver determinação da autoridade nacional.

O legislador, parece-me, foi propositadamente silente em não reconhecer direito ao esquecimento na Lei Geral de Proteção de Dados. Isso não implica, todavia, sob qualquer aspecto, proteção deficiente.

É digno de nota que a legislação em tela é erigida sobre os seguintes fundamentos:

- “I - o respeito à **privacidade**;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais”

Ainda no art. 17, o legislador garantiu expressamente aos indivíduos a “titularidade de seus dados pessoais” e a observância dos “direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade”. Não descurou, portanto, a LGPD da associação entre a proteção de dados pessoais e a privacidade, direito consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (em seu art. XII), assim como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, disciplina, de modo direto, a proteção da privacidade. Disciplina também, de modo reflexo, a privacidade nos incisos XI, XII, LVI, LX e LXXII do art. 5º, esse último o remédio constitucional do **habeas data**.

Em meu sentir, sob essa ordem normativa, a proteção de dados pessoais guarda caráter de direito fundamental. O **habeas data**, instrumento originário do texto constitucional, já apresentava, em primeiros sinais, a concepção de autonomia informacional do indivíduo, uma vez que assegurava, mesmo que mencionando apenas os registros e bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, que

as informações atinentes ao indivíduo devem ser de seu conhecimento (art. 5º, inciso LXXII, a) e precisas, podendo ser retificadas quando se fizer necessário.

Em sintonia com a proteção constitucional, a LGPD buscou ampliar o alcance protetivo, dispondo aplicar-se “a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio” (art. 3º). Estabeleceu, ainda, que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação, da responsabilização e da prestação de contas. Assegurou, ademais, ao titular o direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva (art. 9º). A LGPD ainda dispôs, em sessão própria, sobre o tratamento de dados sensíveis e dados pessoais de crianças e de adolescentes. A autodeterminação, por sua vez, foi prevista no art. 18, possibilitando ao titular dos dados a confirmação de seu tratamento; o acesso a eles; a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; a anonimização, o bloqueio ou eliminação dos dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a Lei; a portabilidade, a eliminação dos dados pessoais voluntariamente fornecidos; a informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; a informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; e a revogação do consentimento, tudo nos termos da Lei.

Sem adentrar em exame minucioso de tais previsões – que não são objeto destes autos –, o que convém observar é que a legislação pretendeu cercar os dados de ampla proteção, viabilizando meios para eventuais correções/retificações que se façam necessárias, mas em nenhuma delas trouxe um direito ao indivíduo de se opor a publicações nas quais dados lícitamente obtidos e tratados tenham constado. Ao contrário, a lei é expressa (art. 4º) no sentido de que não se aplica o

tratamento de dados pessoais àquilo:

“II - realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos;”

Compreende-se que, em quadros de profundas transformações da sociedade, em que despontam novos estratos de poder, a ordem jurídica é significativamente impactada: seja pela sobrelevação de determinados direitos, seja pelos desafios adicionais que se apresentam à concretização de outros já igualmente consagrados.

Em contextos tais de instabilidade, é comum a resposta vir em forma de insurgência à nova ordem, buscando frear o quadro de mudanças, direcionando-se a irresignação a causa que não se pode alterar, em vez de se concentrar na reacomodação dos direitos atingidos pela avalanche das transformações.

O movimento ludista bem ilustra essa situação: os **luddites**, em tempos de Revolução Industrial, irresignados com as profundas mudanças sentidas à época, dirigiram sua insurgência contra o próprio desenvolvimento tecnológico, expressando, não raro, o desconforto com a perda dos trabalhos com a destruição de máquinas e teares mecanizados. A Revolução, todavia, não cessou e as relações de trabalho precisaram ser redefinidas de acordo com essa nova e inevitável realidade.

Com a “sociedade da informação”, não é diferente. Como destacado por Jorge Werthein “difícilmente alguém discordaria de que a sociedade da informação é o principal traço característico do debate público sobre desenvolvimento, seja em nível local ou global, neste alvorecer do século XXI”. E essa sociedade possui, dentre suas características fundamentais, a informação como sua matéria-prima, de modo que “as tecnologias se desenvolvem para permitir o homem atuar sobre a informação propriamente dita”. (WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios**. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf> . Acesso em 31/1/21).

Nesse espaço em que a informação ganha profunda relevância, de um lado, observa-se a ampliação da democracia informacional, pela

oferta significativa do conhecimento e de informações; de outro, agigantasse a preocupação político-institucional com a tutela de dados e com informações pessoais. Como aponta Rodotá:

“A sociedade da informação se especifica, portanto, como ‘sociedade dos serviços’, com elevada padronização e crescentes vínculos internacionais. Disso decorrem duas consequências: **quanto mais os serviços são tecnologicamente sofisticados, mais o indivíduo deixa nas mãos do fornecedor do serviço uma cota relevante de informações pessoais; quanto mais a rede de serviços se alarga, mais crescem as possibilidades de interconexões entre bancos de dados e disseminação internacional das informações coletadas**” (RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da Vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. p.66)

E, ainda, como salienta Werthein:

“Os desafios da sociedade da informação são inúmeros e incluem desde os de caráter técnico e econômico, cultural, social e legal, até os de natureza psicológica e filosófica. Alguns autores, como Leal (1996) chegam a formular os desafios éticos da sociedade da informação em termos de uma múltipla perda: perda de qualificação, associada à automação, e desemprego; de comunicação interpessoal e grupal, transformada pelas novas tecnologias ou mesmo destruída por elas; **de privacidade, pela invasão de nosso espaço individual** e efeitos da violência visual e poluição acústica; **de controle sobre a vida pessoal e o mundo circundante; e do sentido da identidade, associado à profunda intimidação pela crescente complexidade tecnológica**” (WERTHEIN, Jorge. *A sociedade da informação e seus desafios*. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf> . Acesso em 31/1/21)

Assim, na “sociedade da informação”, a pretensão do direito ao

esquecimento se agigantou, em face da moldura original, como uma reação à invasão da privacidade, do espaço individual, do controle sobre a vida pessoal e, muitas vezes, da própria identidade.

A reação, todavia, quanto à proteção da privacidade e dos direitos da personalidade, sob os moldes de um suposto direito ao esquecimento, se assemelha, a meu ver, à reação ludista quanto aos direitos trabalhistas: no intuito de proteger os caros valores desafiados pela propagação massiva de informações, se combate o próprio desenvolvimento da tecnologia no que tange à informação, requerendo-se o completo domínio do indivíduo sobre seus dados, com primazia, inclusive, sobre o direito dos demais indivíduos de se informarem.

Dito de outro modo: em vez de se combaterem os efeitos da “hiperinformação” sobre os direitos da personalidade, tem-se optado por conclamar a “hipoinformação”, em uma associação, ao fim e ao cabo, danosa aos próprios direitos fundamentais.

V. VIOLAÇÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Já tive oportunidade de afirmar que o regime democrático pressupõe um ambiente de livre trânsito de ideias, no qual todos tenham *direito a voz*. De fato, a democracia somente se firma e progride em um ambiente em que diferentes convicções e visões de mundo possam ser expostas, defendidas e confrontadas umas com as outras, em um debate rico, plural e resolutivo.

Nesse sentido, é esclarecedora a noção de “mercado livre de ideias”, oriunda do pensamento do célebre juiz da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes, segundo o qual ideias e pensamentos devem circular livremente no espaço público para que sejam continuamente aprimorados e confrontados em direção à verdade (TORRES, Marta Bisbal. **El mercado libre de las ideas de O. W. Holmes**. Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Septiembre/diciembre 2007).

Além desse caráter instrumental para a democracia, a liberdade de expressão é um direito humano universal – previsto no art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 –, sendo condição para o exercício pleno da cidadania e da autonomia individual. É o teor da norma:

“Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.”

A liberdade de expressão é um dos grandes legados da Carta Cidadã, resoluto que foi em romper definitivamente com um capítulo triste de nossa história em que esse direito – dentre tantos outros – foi duramente sonogado ao cidadão. Graças a esse ambiente pleno de liberdade, temos assistido ao contínuo avanço das instituições democráticas do país. Por tudo isso, a liberdade e os direitos dela decorrentes devem ser defendidos e reafirmados firmemente.

Nesse cenário, também assume relevância o direito à informação, pois é a partir dela que o cidadão reúne elementos para a formação de opinião e ideias. Não por outra razão, a Constituição Federal de 1988, de conteúdo fortemente democrático, em diversos momentos refere-se à liberdade de expressão, bem como à liberdade de informação.

Com efeito, o art. 5º inciso IV, afirma ser livre a manifestação de pensamento, vedando, no entanto, o anonimato. O inciso IX, por seu turno, dispõe ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. O inciso XIV, por sua vez, assegura a todos o acesso à informação, resguardando o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional.

A Carta atribuiu tratamento especial à liberdade de expressão no contexto dos meios de comunicação social, dispondo, no art. 220, que “[a] manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, **sob**

qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição” (grifos nossos).

O § 1º do art. 220, reforçando essa impossibilidade de restrição, coloca a liberdade de informação jornalística a salvo de qualquer embaraço por meio de lei, explicitando que as balizas ao exercício dessa liberdade restringem-se àquelas prescritas no próprio texto constitucional, no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV (vedação ao anonimato, direito de resposta, possibilidade de indenização por dano à imagem, respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, direito de acesso à informação e garantia de sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional).

Nesse quadro, nota-se que um dos aspectos centrais do direito fundamental à liberdade de expressão – aspecto esse que deve ser reforçado tanto mais democrática for dada sociedade – é, que, como regra geral, não são admitidas restrições prévias ao exercício dessa liberdade.

O Supremo Tribunal Federal tem construído uma jurisprudência consistente em defesa da liberdade de expressão: declarou a inconstitucionalidade da antiga lei de imprensa, por ela possuir preceitos tendentes a restringir a liberdade de expressão de diversas formas (ADPF nº 130, DJe de 6/11/2009); afirmou a constitucionalidade das manifestações em prol da legalização da maconha, tendo em vista o direito de reunião e o direito à livre expressão de pensamento (ADPF nº 187, DJe de 29/5/14); dispensou diploma para o exercício da profissão de jornalista, por força da estreita vinculação entre essa atividade e o pleno exercício das liberdades de expressão e de informação (RE nº 511.961, DJe de 13/11/09); determinou, em ação de minha relatoria, que a classificação indicativa das diversões públicas e dos programas de rádio e TV, de competência da União, tenha natureza meramente indicativa, não podendo ser confundida com licença prévia (ADI nº 2.404, DJe de 1º/8/17); declarou inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo

também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes -ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes - (ADI nº 4.815, DJe de 1º/2/16)- para citar apenas alguns casos.

É certo, no entanto, que a liberdade de expressão deve ser exercida em harmonia com os demais direitos e valores constitucionais.

Parafraseando o célebre Juiz Oliver Wendell Holmes, grande defensor da liberdade de expressão, o direito à manifestação do pensamento pode ceder nos casos que impliquem perigo evidente e atual capaz de produzir males gravíssimos.

E em que situações se identificaria esse perigo? A meu ver, a manifestação do pensamento, por mais relevante que inegavelmente seja, não deve respaldar **a alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação**. Essas situações representam o exercício abusivo desse direito, por atentarem sobretudo contra o princípio democrático, que compreende o “equilíbrio dinâmico” entre as opiniões contrárias, o pluralismo, o respeito às diferenças e a tolerância.

Questiona-se, então, se a manifestação do pensamento (inclusive em âmbito digital) pode ser restringida se dela decorrer a divulgação de fatos da vida de um indivíduo que lhe causem profundo desgosto ou de dados que ele não deseje ver acessados.

Ao questionamento respondo me valendo de definição de autoria do Ministro **Edson Fachin**, em tudo pertinente ao caso e que sintetiza a **primazia da liberdade de expressão**, ao conceituá-la no sentido de que “representa tanto o direito de não ser arbitrariamente privado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento **quanto o direito coletivo de receber informações e de conhecer a expressão do pensamento alheio**” (ADI nº 2.566, Rel. p/ o ac. Min. **Edson Fachin**, Tribunal Pleno, DJe de 23/10/18).

A liberdade de expressão protege não apenas aquele que comunica, mas também a todos os que podem dele receber informações e conhecer os pensamentos.

A ponderação, assim, na pretensão ao direito ao esquecimento não se faz apenas entre o interesse do comunicante, de um lado, e o do

indivíduo que pretende ver “tornados privados” dados ou fatos de sua vida, de outro. Envolve toda a coletividade, que será cerceada de conhecer os fatos em toda a sua amplitude.

A liberdade de informação, correlata da liberdade de expressão, é amplamente protegida em nossa ordem constitucional. Com efeito, a Carta assegura a todos o acesso à informação, de natureza pública ou de interesse particular (art. 5º, incisos XIV e XXXIII, e art. 93, inciso IX). No contexto da comunicação social, a Constituição confere “acentuada marca de liberdade na organização, produção e difusão de conteúdo informativo” (ADI nº 4.451, DJe de 6/3/19), proibindo qualquer restrição à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação (art. 220 da Constituição).

Embora a pretensão inserta no “direito ao esquecimento” não corresponda ao intuito de propalar uma notícia falsa, **ao pretender o ocultamento de elementos pessoais constantes de informações verdadeiras em publicações lícitas, ela finda por conduzir notícias fidedignas à incompletude**, privando os seus destinatários de conhecer, na integralidade, os elementos do contexto informado.

VI. O NECESSÁRIO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

Nos termos do princípio da unidade, a Constituição é um “sistema unitário de normas e procedimentos”, devendo o intérprete “harmonizar os espaços de tensão entre as normas de natureza constitucional” (CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Algumas Notas sobre colisão de direitos fundamentais**. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 235-236).

Agrada-me particularmente na abordagem deste tema – e sobretudo quando se tem em conta a plataforma digital (lamentavelmente tão utilizada para disseminação da desinformação e do ódio) – a ideia de harmonização dos princípios constitucionais.

Os valores em exame (liberdade de expressão e privacidade/proteção de dados) são especialmente caros à ordem jurídica, especialmente na sociedade de informação e requerem sempre a concordância prática de seus comandos.

Mas é preciso conhecer os critérios de precedência nessa ponderação.

Nos autos da ADI nº 4.815 esta Corte realizou semelhante ponderação de interesses. Debateu-se, como destacou a Relatora, Ministra Cármen Lúcia,

“o conteúdo e [a] extensão do exercício do direito constitucional à expressão livre do pensamento, da atividade intelectual, artística e de comunicação dos biógrafos, editores e entidades públicas e privadas veiculadoras de obras biográficas, garantindo-se a liberdade de informar e de ser informado, de um lado, e, do outro, o direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade dos biografados, de seus familiares e de pessoas que com eles conviveram”.

Não obstante a peculiaridade atinente aos sujeitos envolvidos e as distintas argumentações utilizadas em defesa da privacidade, **o julgado é altamente relevante para a análise dos valores postos sob apreciação nos presentes autos, uma vez que biografias necessariamente contêm informações e dados pessoais dos indivíduos. Desse modo, a apreciação realizada naqueles autos em tudo interessa ao debate do presente tema.**

Conforme consignei em meu voto no referido julgado:

Se, de um lado, a biografia constitui um relato sobre a trajetória de uma pessoa, acabando por, inevitavelmente, adentrar aspectos da vida privada desta; de outro, constitui gênero literário de importante valor histórico e cultural, sendo, a um só tempo, fonte de informação e forma de expressão artística, literária e histórica.

Ocorre que a interpretação a partir da qual se conclui pela

necessidade, de forma geral e abstrata, de autorização do biografado para a publicação de biografias atribui absoluta precedência aos direitos à vida privada, à imagem e à honra, em detrimento da liberdade de expressão, de manifestação de pensamento e do direito à informação, razão pela qual concluo pela sua incompatibilidade com a Constituição de 1988.

Outrossim, devemos considerar os efeitos deletérios que restrição de tal abrangência poderia causar à produção biográfica no Brasil, e, conseqüentemente, à formação da nossa memória social.

Segundo Lindjane dos Santos Pereira (**A biografia no âmbito do jornalismo literário**. Análise comparativa das biografias Olga, de Fernando Morais e Anayde Beiriz, paixão e morte na Revolução de 30, de José Joffily. Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2007), a biografia integra o grupo das chamadas “narrativas de memória” – ao lado das autobiografias, confissões e das memórias propriamente ditas – ou seja, “narrativas que são construídas através da memória e que se tornam “locais” de memória”. Sendo assim, tais obras sempre envolvem um resgate do passado, o qual deve ocorrer da forma mais fidedigna possível.

Com efeito, a reconstituição do passado realizada na biografia traz consigo não só o resgate de histórias individuais, mas também, e necessariamente, de elementos do contexto histórico, social e cultural em que inserido o biografado. Em muitos casos, fatos da vida do biografado estão tão imbricados a fatos determinantes para a história do país que o trabalho biográfico realizado pelo autor/pesquisador revela-se uma grande contribuição para a escrita da história. Outrossim, relatos sobre vidas privadas têm o condão de revelar hábitos e comportamentos próprios de determinado tempo e lugar, de modo que as biografias funcionam como registros das práticas sociais através do tempo e do espaço.

Por tais razões, é inegável o valor histórico e cultural dessas obras, que exercem papel fundamental na construção da memória de dada sociedade. Assim, **a narrativa biográfica, que**

busca escrever a história de uma vida, acaba por se confundir com a própria escrita da História.

Em seu voto, a eminente Relatora muito bem destacou a posição de proeminência da liberdade de expressão, mesmo na atualidade, por seu caráter propulsor dos demais direitos fundamentais. Foram suas palavras:

“A atualidade apresenta desafios novos quanto ao exercício desse direito. A multiplicidade dos meios de transmissão da palavra e de qualquer forma de expressão sobre o outro amplia as definições tradicionalmente cogitadas nos ordenamentos jurídicos e impõe novas formas de pensar o direito de expressar o pensamento sem o esvaziamento de outros direitos, como o da intimidade e da privacidade.

Em toda a história da humanidade, entretanto, o fio condutor de lutas de direitos fundamentais é exatamente a liberdade de expressão.

Quem, por direito, não é senhor do seu dizer não se pode dizer senhor de qualquer direito.”

No mesmo sentido, o Ministro **Roberto Barroso** fez questão de destacar que “a liberdade de expressão, na democracia brasileira, deve ser tratada como uma liberdade preferencial”, o que, esclareceu, “não significa hierarquizá-la em relação a outros direitos fundamentais”. E acrescentou:

“[D]izer-se que a liberdade de expressão é um direito ou uma liberdade preferencial significa, em primeiro lugar e acima de tudo, uma transferência de ônus argumentativo. Quem desejar afastar a liberdade de expressão é que tem que ser capaz de demonstrar as suas razões, porque, **prima facie**, em princípio, é ela, a liberdade de expressão, que deve prevalecer.”

Não obstante seja **“o fio condutor de lutas de direitos**

fundamentais”, para usar as palavras da Ministra **Cármen Lúcia** e “um direito ou liberdade preferencial”, conforme a percutiente intervenção do Ministro **Roberto Barroso**, a liberdade de expressão é constantemente submetida a provas.

Em comentário à dualidade que cerca no Brasil o direito à liberdade de pensamento, representada entre o desafio constante para efetivá-lo e as conquistas incessantes em direção a sua promoção, apontou precisamente a Ministra **Cármen Lúcia** que “liberdade não é direito acabado. É peleja sem fim”. Ao que completou se cuidar “de processo sociopolítico, respeitante à história da coletividade”.

Novamente, na mesma linha de pensamento, o Ministro **Roberto Barroso** rememorou que “a história da liberdade de expressão no Brasil é uma história extremamente acidentada” e que “diferentemente da Alemanha, talvez diferentemente da França ou da Europa em geral, é que, aqui entre nós, a história é tão acidentada e o histórico da liberdade de expressão tão sofrido que ela precisa ser afirmada e reafirmada”.

Sem embargo da precedência da liberdade de expressão e da necessidade de se manter vigilância constante para a fazer valer, o cotejo dessa liberdade com outros valores constitucionais deve sempre tender à harmonização, de modo a que se consagre o resguardo da intimidade do indivíduo sem se sacrificar a livre comunicação.

Tanto quanto possível, portanto, deve-se priorizar: o complemento da informação, em vez de sua exclusão; a retificação de um dado, em vez de sua ocultação; o direito de resposta, em lugar da proibição ao posicionamento, o impulso ao desenvolvimento moral da sociedade, em substituição ao fomento às neblinas históricas ou sociais. Máxime em sistemas jurídicos com acanhada tradição democrática, essa ordem de precedência deve ser observada.

Em artigo elaborado após o julgamento do caso González, o Diretor da Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais na Argentina, Eduardo Bertoni, externou sua compreensão de que, dada a história recente da América Latina, o direito ao esquecimento seria uma afronta a seus países, que passou “as últimas décadas em busca da verdade sobre o

que ocorreu durante os anos sombrios das ditaduras militares” (BERTONI, Eduardo. The right to be forgotten: an insult to Latin America History. **The Huffington Post**, Nova York, 24 nov. 2014. Disponível em: https://www.huffpost.com/entry/the-right-to-be-forgotten_b_5870664. Acesso em: 31/1/21).

Conquanto mais intensa em ordenamentos historicamente mais suscetíveis a riscos à liberdade de expressão, a preocupação com a sensibilidade que envolve, na atualidade, a concretização dessa ordem de liberdade tem tomado proporções globais.

Na “Declaração conjunta do vigésimo aniversário: desafios para a liberdade de expressão na próxima década”(2019), a **Relatoria Especial para Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos** vocalizou diversas preocupações com a criação de ambiente que possibilite o exercício da liberdade de expressão, “especialmente no caso do ambiente digital, mas não unicamente nesse”. Nos termos da declaração, os Estados devem, entre outras ações:

“a. Tomar medidas imediatas e significativas para proteger a segurança dos jornalistas e outras pessoas que sejam atacadas por exercer seu direito à liberdade de expressão e para eliminar a impunidade de ditos ataques.

b. Assegurar a proteção da liberdade de expressão dos marcos legais internos, regulatórios e regulamentários respeitando as normas internacionais, **incluindo a limitação das restrições penais à liberdade de expressão para não dissuadir o debate público sobre assuntos de interesse público.**

c. Promover a diversidade dos meios, mediante o apoio e à expressão de grupos marginalizados que estejam em risco de discriminação; o desenvolvimento de regras quanto à transparência da propriedade dos meios e a infraestrutura das telecomunicações; a adoção e a implementação de regras eficazes sobre o acesso à informação, e a definição cuidadosa de restrições de conteúdo segundo o direito internacional dos direitos humanos.” (Disponível em :)

<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=1146&lID=4>. Acesso em 25/9/20)

Do que consta do documento, destaco, por serem relevantes para estes autos,

(i) a constatação dos graves ataques à liberdade de expressão, seja aos que buscam exercer seu direito à liberdade de expressão, seja aos jornalistas (com alto índice de impunidade a ditos ataques);

(ii) o apelo a que os marcos legais internos prime pela limitação das restrições penais à liberdade de expressão, de modo a “não dissuadir o debate público sobre assuntos de interesse público”; e

(iii) a associação entre “definição cuidadosa de restrições de conteúdo” ao “direito internacional dos direitos humanos”.

Destaco, ainda, da declaração conjunta, a recomendação para que se criem e mantenham serviços de internet livres, abertos e inclusivos, de modo a que a rede seja “espaço livre, acessível e aberto para todas as partes interessadas”, devendo os Estados e demais atores:

a. reconhecer o direito ao acesso e uso da internet como um direito humano e uma condição essencial para o exercício do direito à liberdade de expressão;

b. proteger, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos, a liberdade de expressão na legislação que possa impactar os conteúdos online.

A preocupação já havia sido externada em 2018 pela **Declaración Conjunta sobre la Independencia Y la Diversidad de los Medios de Comunicación en la Era Digital**, na qual se apontou especificamente a preocupação com a desindexação de conteúdo por razões de privacidade:

“Enfatizando que embora as tecnologias digitais sejam essenciais para facilitar a liberdade de expressão e o acesso à informação, elas também deram origem a novas ameaças, como formas intrusivas de vigilância do Estado, desindexação de conteúdo por motivos de privacidade, desafios como o localização e visibilidade das informações e notícias veiculadas

pelos meios de comunicação, bem como a lacuna de informação nos e entre os países.” (Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1100&lID=2> . Acesso em 25/9/20. Tradução livre).

Apontou, além disso, o documento, quanto ao que nominou ameaças tecnológicas, que

“[a] remoção ou desindexação de conteúdo **online** de acordo com o denominado ‘direito ao esquecimento’ levanta preocupações significativas em relação à liberdade de expressão. Se tais medidas estiverem previstas no ordenamento jurídico, os Estados devem assegurar que sejam previstas por lei em termos claros e específicos, que sejam aplicadas apenas nos casos em que o peticionário demonstre a existência de danos substanciais à sua privacidade que superem quaisquer interesse com a liberdade de expressão, que estejam sujeitos às devidas garantias do devido processo e sejam aplicados de uma forma que, tanto do ponto de vista processual como substantivo, respeite plenamente o direito à liberdade de expressão” (Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1100&lID=2> . Acesso em 25/9/20. Tradução livre).

A preocupação constante da declaração e apontada como uma ameaça tecnológica sintetiza o que ao longo deste voto fiz consignar: **a previsão ou aplicação de um direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão**. A existência de um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial.

Parece-me que, admitir um direito ao esquecimento, seria uma restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação de pensamento dos autores e ao direito que todo cidadão

tem de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social. Ademais, tal possibilidade equivaleria a atribuir, de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de unidade da Constituição.

Nesse sentido, também prevê o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

“ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. **Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:**

a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”

Entendo, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de previsões constitucionais e legais voltadas à proteção da personalidade, aí inserida a proteção aos dados pessoais, com repertório, jurídico suficiente a que esta norma fundamental se efetive em consagração à dignidade humana.

Em todas essas situações legalmente definidas, é cabível a restrição, em alguma medida, à liberdade de expressão, sempre que afetados outros direitos fundamentais, mas não como decorrência de um pretense e prévio direito de ver dissociados fatos ou dados por

alegada descontextualização das informações em que inseridos, por força da passagem do tempo.

Não há dúvidas de que é preciso buscar a proteção dos direitos da personalidade, pela via da responsabilização diante do abuso no exercício da liberdade de expressão e pela ampliação da segurança na coleta e no tratamento dos dados, a fim de se evitar os acessos ilegais, as condutas abusivas e a concentração do poder informacional. Mas não se protege informações e dados pessoais, porém, com obscurantismo.

VII - PROPOSTA DE TESE:

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 as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

VIII. DO CASO DOS AUTOS:

Os recorrentes insurgem-se contra acórdão mediante o qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve, por maioria, a decisão de indeferimento da ação indenizatória por eles movida com o objetivo de obter reparação pecuniária por supostos danos morais, materiais e à imagem decorrentes da exibição, por parte da recorrida, no programa televisivo “Linha Direta: Justiça”, de episódio sobre o assassinato de Aída Curi, irmã dos ora

RE 1010606 / RJ

recorrentes, ocorrido em 1958, com seus desdobramentos, as respectivas investigações policiais e a apreciação do caso levada a cabo pelo Poder Judiciário.

Alegam, nas razões do recurso extraordinário, afronta aos arts. 1º, inciso III; 5º, **caput** e incisos III e X, e 220, § 1º, da Constituição Federal. Pretendem obter o reconhecimento do direito ao esquecimento da tragédia familiar pela qual passaram.

Sustentam, ademais, sua pretensão na garantia constitucional da dignidade da pessoa humana e no resguardo da inviolabilidade da personalidade, dos direitos à imagem, à honra, à vida privada e à intimidade, os quais teriam sido atingidos, segundo aduzem os recorrentes, pelo exercício ilícito e abusivo da liberdade de expressão e de imprensa por parte da recorrida.

Conforme destaquei ao longo deste voto, não reputo existente no ordenamento jurídico brasileiro proteção constitucional ao direito ao esquecimento.

Desse modo, tenho que se afigura ilegítima a invocação pelos recorrentes de suposto “direito ao esquecimento” para obstar a divulgação dos fatos que, embora constituam uma tragédia familiar, infelizmente, são verídicos, compõem o rol dos casos notórios de violência 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 sua (re)divulgação – ainda que sob nova roupagem jornalística –, sob pena de se restringir, desarrazoadamente, o exercício pela ora recorrida do direito à liberdade de expressão, de informação e de imprensa.

De outra perspectiva, dissociada da pretensão de esquecimento, também não vislumbro abuso na forma adotada para a comunicação. Como salientei ao longo deste voto, tenho que a veracidade da informação e a licitude da obtenção e do tratamento dos dados pessoais importam significativamente na análise da legalidade de sua utilização. E, no caso concreto, os fatos narrados no programa, lamentavelmente, são verídicos, sendo as imagens reais usadas na exibição fruto de obtenção

legítima pela recorrida ao tempo dos acontecimentos.

O programa, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou episódios de outras vítimas de violência contra a mulher (como Ângela Diniz), cumprindo um papel jornalístico não apenas de informar, mas também de promover questionamentos jurídico-sociais importantes, máxime quando considerado que debates sobre a violência contra a mulher têm fomentado a edição de normas mais rigorosas para os casos como o versado nestes autos.

Também, em grande medida pela mesma razão, não vislumbro inconstitucionalidade pelo ângulo da violação dos direitos da personalidade, uma vez que não houve divulgação desonrosa à imagem ou ao nome da vítima falecida, tampouco de seus familiares.

Há que se ter, por certo, um adicional cuidado no exame do resguardo dos direitos da personalidade das vítimas de crimes (e, nesse ponto, incluo seus familiares, tão duramente atingidos pelas consequências do delito), sobretudo no que tange aos crimes bárbaros que ainda assolam nossa sociedade.

Todavia, no caso, não identifico, por qualquer ângulo, abuso na forma de expressão utilizada pela recorrida.

Quanto aos direitos à imagem e à vida privada, a proteção constitucional é regulamentada especialmente pelos arts. 20 e 21 do CC/02, que dispõe:

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

É importante recordar que o dispositivo em tela, nos autos da ADI nº 4.815, recebeu

“interpretação conforme à Constituição sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, **declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)**”.

No caso dos autos, conquanto não se trate, propriamente, de biografia audiovisual, mas de programa jornalístico com reconstituição dos fatos por encenação de atores, que, portanto, mescla documentação de uma época com a apresentação da história de vida da vítima, compreendo aqui aplicável a mesma **ratio** do julgado.

Ademais, todos os crimes são de interesse da sociedade, mas há aqueles em que, por seu contexto de brutalidade, tornam-se objeto de documentação social e jornalística, sendo sua descrição e seus contornos alvo de farto registro. Tais registros (em fotos, livros, reportagens da época e testemunhos) não são, em princípio, violadores da honra ou da imagem dos envolvidos, mesmo no que toca à vítima.

Eventual lucro, ademais, na divulgação dos fatos não deve ser entendido, por si, como violador dos direitos de personalidade. Essa é a atividade comercial precípua da recorrida e a obtenção de recursos por meio dela não é, em si, condenável ou lhe impõe ordem de indenização, pois nos termos do art. 188, I, do CC/02, “não constituem atos ilícitos os praticados (...) no exercício regular de um direito reconhecido”.

De certo que, para a família da vítima, uma exibição encenada do crime será sempre dolorosa, mas não há afronta à imagem, lícitamente obtida, por sua exibição em formato de novela ou documentário. A estigmatização, assim, que afirmam os recorrentes sentir desde a ocorrência do crime não pode ser imputada à exibição do programa, que não inovou quanto aos fatos.

Por certo que os contornos de exibição, por conterem elementos de dramaturgia (o que, como já dito, não é ilícito), podem atingir a sensibilidade de todos os telespectadores – e, de modo muito particular, a dos familiares da vítima. Essa dor, todavia, não se deve à recorrida, sendo em verdade reflexo do ato criminoso, que permanecerá, como profunda cicatriz na família de Aída Curi.

Retomando o caso concreto, reputo ausente afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares, que decorra da exibição do programa televisivo “Linha Direta: Justiça”.

Verifica-se, assim, que a decisão adotada pelo Tribunal de origem no caso coaduna-se com o entendimento ora apresentado.

Por fim, destaco que o referido programa apresenta uma análise da sociedade da época e indica o desfecho judicial do caso, finalizando com o seguinte questionamento quanto ao respeito às mulheres: 50 anos depois do crime contra Aída Curi, as mulheres são mais ou menos respeitadas?

A pergunta não poderia ser mais atual. Passados mais de 60 anos do assassinato de Aída Curi, as mulheres em nosso país são mais ou menos respeitadas?

Na sessão de ontem, iniciei meu voto apontando os graves números do feminicídio no país e destacando o compromisso do Judiciário, dentro de seu âmbito de competências, com a condução de medidas eficazes ao combate dessa forma de violência tão lamentavelmente materializada em nossa sociedade. Violência que se apresenta, ademais, como o desfecho de múltiplas, e por vezes silenciosas, formas de desrespeito cotidiano à mulher.

Casos como o de Aída Curi, Ângela Diniz, Daniella Perez, Sandra

RE 1010606 / RJ

Gomide, Eloá Pimentel, Marielle Franco e, mais recentemente, da juíza Viviane Vieira, entre tantos outros, não podem e não devem ser esquecidos.

ANTE O EXPOSTO, VOTO PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E PELO INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS FORMULADO CONTRA A RECORRIDA.

Em revisão