

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : NELSON CURI E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO ALGRANTI E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A
ADV.(A/S) : JOAO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI
ADV.(A/S) : TAÍS BORJA GASPARIAN
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)
ADV.(A/S) : RONALDO LEMOS
AM. CURIAE. : ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S) : CAMILA MARQUES BARROSO
AM. CURIAE. : IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL
ADV.(A/S) : ANDERSON SCHREIBER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.
ADV.(A/S) : EDUARDO MENDONÇA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO PALAVRA ABERTA
ADV.(A/S) : OSCAR VILHENA VIEIRA
ADV.(A/S) : RAFAEL FREITAS MACHADO
AM. CURIAE. : PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDARIO E POLÍTICO
ADV.(A/S) : JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO
ADV.(A/S) : SIDNEY SA DAS NEVES
ADV.(A/S) : RAFAEL MOREIRA MOTA
AM. CURIAE. : YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA
ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS
ADV.(A/S) : ANDRE ZONARO GIACCHETTA
AM. CURIAE. : VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA)
ADV.(A/S) : ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA

RE 1010606 / RJ

ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS
AM. CURIAE. : INSTITUTO VLADIMIR HERZOG
ADV.(A/S) : ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO

EMENTA

Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido.

1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça.

2. Os precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento passaram ao largo do direito autônomo ao esmaecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados. A utilização de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, como **droit a l'oubli** ou **right to be let alone**, foi aplicada de forma discreta e muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade. Já na contemporaneidade, campo mais fértil ao trato do tema pelo advento da sociedade digital, o nominado direito ao esquecimento adquiriu roupagem diversa, sobretudo após o julgamento do chamado Caso González pelo Tribunal de Justiça Europeia, associando-se o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na **internet**.

3. Em que pese a existência de vertentes diversas que atribuem significados distintos à expressão direito ao esquecimento, é possível identificar elementos essenciais nas diversas invocações, a partir dos quais se torna possível nominar o direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais

RE 1010606 / RJ

ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.

4. O ordenamento jurídico brasileiro possui expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações, em circunstâncias que não configuram, todavia, a pretensão ao direito ao esquecimento. Elas se relacionam com o efeito temporal, mas não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado, de modo que eventuais notícias sobre esses sujeitos – publicadas ao tempo em que os dados e as informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento. Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu tempo, lícitamente obtidos e tratados. Isso porque a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito.

5. A previsão ou aplicação do direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. Um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Ele não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial.

6. O caso concreto se refere ao programa televisivo Linha Direta: Justiça, que, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou, dentre alguns casos verídicos que envolviam vítimas de violência contra a mulher, objetos de farta documentação social e jornalística, o caso de Aida Curi, cujos irmãos são autores da ação que deu origem ao presente recurso. Não cabe a aplicação do direito ao esquecimento a esse caso, tendo em vista que a exibição do referido programa não incorreu em afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares. Recurso extraordinário não provido.

8. Fixa-se a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição a ideia

RE 1010606 / RJ

de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, apreciando o tema nº 786 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário e indeferir o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida, nos termos do voto do Relator. Vencidos, parcialmente, os Ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes. Acordam, ademais, os Ministros, por maioria, em fixar a seguinte 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 das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível". Vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, o Ministro Marco Aurélio. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Sessão realizada por videoconferência - Resolução nº 672/2020/STF.

RE 1010606 / RJ

Brasília, 11 de fevereiro de 2021.

Ministro Dias Toffoli

Relator

03/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : NELSON CURI E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ROBERTO ALGRANTI E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A
ADV.(A/S) : JOAO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI
ADV.(A/S) : TAÍS BORJA GASPARIAN
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)
ADV.(A/S) : RONALDO LEMOS
AM. CURIAE. : ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S) : CAMILA MARQUES BARROSO
AM. CURIAE. : IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL
ADV.(A/S) : ANDERSON SCHREIBER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.
ADV.(A/S) : EDUARDO MENDONÇA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO PALAVRA ABERTA
ADV.(A/S) : OSCAR VILHENA VIEIRA
ADV.(A/S) : RAFAEL FREITAS MACHADO
AM. CURIAE. : PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDARIO E POLÍTICO
ADV.(A/S) : JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO
ADV.(A/S) : SIDNEY SA DAS NEVES
ADV.(A/S) : RAFAEL MOREIRA MOTA
AM. CURIAE. : YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA
ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS
ADV.(A/S) : ANDRE ZONARO GIACCHETTA
AM. CURIAE. : VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA)
ADV.(A/S) : ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA

RE 1010606 / RJ

ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS
AM. CURIAE. : INSTITUTO VLADIMIR HERZOG
ADV.(A/S) : ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Nelson Curi e outros insurgem-se contra acórdão prolatado pela Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual foi assim ementado:

“INDENIZATÓRIA. PROGRAMA ‘LINHA DIRETA JUSTIÇA.’ AUSÊNCIA DE DANO.

Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado ‘Linha Direta Justiça’.

1- Preliminar - o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas.

2-A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais.

Os fatos expostos no programa era do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, aos meios acadêmicos.

A Ré cumpriu com sua função de informar, alertar a abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.

O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas

RE 1010606 / RJ

gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.

Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator.”

Opostos dois embargos declaratórios pelos autores, ora recorrentes, nenhum deles foi acolhido.

Em face do referido acórdão estadual foram aviados recursos especial e extraordinário, aos quais, em sede de juízo prévio de admissibilidade, negou-se seguimento. Foram, então, interpostos agravos no intuito de destrancar os reclamos, que subiram às Cortes Superiores.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao agravo e negou provimento ao recurso especial, com a seguinte fundamentação:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURTI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO

RE 1010606 / RJ

CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.

4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna

RE 1010606 / RJ

elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexo causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se

RE 1010606 / RJ

a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias – assim também ao que alegam os próprios recorrentes –, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização.

10. Recurso especial não provido.”

Diante da negativa do STJ, vieram os autos ao Supremo Tribunal Federal, a fim de se apreciar o apelo extremo, interposto com fulcro na alínea **a** do permissivo e fundado na pretensa afronta aos arts. 1º, inciso III; 5º, **caput** e incisos III e X; e 220, § 1º, da Constituição da República.

De início, narram os recorrentes que sua irmã, Aída Curi, foi brutalmente estuprada, violentada e morta no ano de 1958, tendo a família sofrido intenso massacre dos órgãos de imprensa à época, em razão da cobertura ferrenha de cada passo das investigações e do processo criminal subsequente. Ocorre que, passados mais de 50 (cinquenta) anos, com a dor e o sofrimento já muito amenizados, a recorrida teria veiculado em rede nacional programa televisivo não só explorando a história de Aída Curi, como também utilizando a imagem real dela e dos recorrentes, a despeito da notificação enviada previamente por esses últimos, na qual se opunham à veiculação do caso.

Afirmam que lutam pelo reconhecimento de seu direito de esquecer tal tragédia, amparando-se, para tanto, no **direito ao esquecimento**, e que, ante o julgamento da ADPF nº 130, faz-se inadiável a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, de modo a fornecer contornos mais nítidos e precisos a ele, analisando-se uma vertente da proteção da dignidade da pessoa humana ainda não apreciada por esta

RE 1010606 / RJ

Corte, sobretudo porque vista, agora, da perspectiva da vítima.

Assinalam, ainda, os recorrentes que o simples fato de algo ser de conhecimento público e notório não extingue os direitos personalíssimos dos envolvidos. Além disso, eventual interesse público – o qual, **in casu**, seria inexistente –, não justificaria a exploração comercial do patrimônio personalíssimo.

Por último, os recorrentes tecem considerações acerca da alegada ilegalidade do programa televisivo e do conseqüente direito à indenização por danos materiais. Aduzem que o uso indevido de imagem gera o direito à indenização de seu titular e que, sendo incontroversa a utilização ilegal da imagem de Aída Curi, é de rigor se concluir pelo direito de sua família a ser indenizada pelos lucros obtidos.

Em contrarrazões, a recorrida, Globo Comunicação e Participações S/A, suscita preliminarmente (i) a ausência de repercussão geral; (ii) a impossibilidade de revisão de fatos e provas e conseqüente incidência da Súmula nº 279 do STF; (iii) a ausência de prequestionamento dos arts. 1º, inciso III; e 5º, **caput** e inciso III, da Carta Maior; (iv) a não ocorrência de violação frontal de dispositivo da Constituição da República no que concerne ao **direito ao esquecimento**; (v) a deficiência de fundamentação no tocante à suposta violação do art. 5º, **caput** e inciso III, do texto constitucional; (vi) e a aplicabilidade, **in casu**, da Súmula n.º 284/STF.

A respeito do programa Linha Direta: Justiça, esclarece a recorrida que

“só exibia matérias sobre casos já conhecidos do público, fartamente noticiados e discutidos pela sociedade. O programa não tinha por objetivo invadir a vida privada e a intimidade e quem quer que seja. Muito pelo contrário, seu conteúdo se limitava à abordagem de fatos já públicos e históricos, todos relacionados a crimes notórios e aos respectivos julgamentos dos acusados”(fl. 1106).

Ademais,

RE 1010606 / RJ

“[n]a hipótese dos autos, grande parte do programa foi composta de informações e imagens de arquivos, **constantes de matérias jornalísticas da época e de obras posteriormente publicadas sobre o caso, inclusive livros, como os que foram escritos pelo quarto recorrente, ‘Aída Curi, A Jovem Heroína de Copacabana’ e ‘Aída Curi: O Preço Foi a Própria Vida’**”(fl. 1108).

Argumenta que, em razão do caráter brutal e rumoroso do crime, o caso até hoje é amplamente discutido no país, uma vez que envolve questões as quais integram a realidade e o universo de interesses de toda a coletividade, tais como a violência contra as mulheres, a impunidade e a responsabilidade penal de menores. Alega, nesse sentido, que os fatos relacionados ao assassinato de Aída Curi são de interesse geral da coletividade, sendo um direito de todos o acesso à história da vítima, a fim de que essa seja conhecida e lembrada, possibilitando-se, assim, sua melhor compreensão, bem como sua não repetição.

Sustenta a recorrida que os direitos à intimidade e à imagem não se sobrepõem ao interesse coletivo de sociedade de ter acesso às informações sobre o fato histórico e que, além disso, a Lei Maior consagra a plena liberdade de expressão – o que exsurgiria, de forma clara, de seus arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, §§ 1º e 2º.

Quanto ao **direito ao esquecimento**, aduz a recorrida que o mesmo não encontra respaldo constitucional, nem mesmo como reflexo do genérico princípio da dignidade humana, sendo, ademais, completamente incompatível com a plena liberdade de informação assegurada pela Constituição Federal.

No que toca ao dano material, a recorrida aponta ser inexistente. Isso porque os recorrentes, em sua visão, não perderam ou deixaram de ganhar algo com a exibição do programa – e mesmo que tivessem sofrido o alegado dano, esse não ostentaria qualquer relação com o eventual lucro auferido pela TV Globo, razão pela qual tal critério afigura-se descabido para o arbitramento de hipotética indenização.

Após atenta análise dos autos, convencido de que a questão posta

RE 1010606 / RJ

em discussão nesta lide apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, reconheci a repercussão geral da matéria. Em sessão realizada por meio eletrônico, o Plenário confirmou esse entendimento, tendo a ementa sido redigida nos seguintes termos:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

O assunto foi inscrito como Tema nº 786 da Gestão da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte descrição: **aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.**

Ante a confirmação da transcendência do assunto por parte do Tribunal Pleno, dei provimento ao agravo para admitir o recurso extraordinário e determinei a abertura de vista ao Ministério Público.

A Procuradoria-Geral da República (PRG) manifestou-se pelo não provimento do recurso extraordinário, conforma mostra a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 786. DIREITO A ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA VÍTIMA OU POR SEUS FAMILIARES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROGRAMA TELEVISIVO.VEICULAÇÃO DE FATOS RELACIONADOS À MORTE DA IRMÃ DOS RECORRENTES NOS ANOS 1950.

RE 1010606 / RJ

1. Tese de Repercussão Geral – Tema 786: Não é possível, com base no denominado direito a esquecimento, ainda não reconhecido ou demarcado no âmbito civil por norma alguma do ordenamento jurídico brasileiro, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão por censura ou exigência de autorização prévia. Tampouco existe direito subjetivo a indenização pela só lembrança de fatos pretéritos.

2. Há vasta gama variáveis envolvidas com a aplicabilidade do direito a esquecimento, a demonstrar que dificilmente caberia disciplina jurisprudencial desse tema. É próprio de litígios individuais envolver peculiaridades do caso, e, para reconhecimento desse direito, cada situação precisa ser examinada especificamente, com pouco espaço para transcendência dos efeitos da coisa julgada, mesmo em processo de repercussão geral.

3. Consectário do direito a esquecimento é a vedação de acesso à informação não só por parte da sociedade em geral, mas também de estudiosos como sociólogos, historiadores e cientistas políticos. Impedir circulação e divulgação de informações elimina a possibilidade de que esses atores sociais tenham acesso a fatos que permitam à sociedade conhecer seu passado, revisitá-lo e sobre ele refletir.

4. É cabível acolher pretensão indenizatória quando divulgação de informação de terceiro resulte em violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da Constituição da República), sendo dispensável para tal finalidade reconhecimento de suposto direito a esquecimento.

5. É inviável acolher pretensão indenizatória, quando o acórdão recorrido conclui, com base no conjunto fático-probatório, por inoccorrência de violação a direitos fundamentais devido a veiculação, por emissora de televisão, de fatos relacionados à morte da irmã dos recorrentes, nos anos 1950.

6. Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário.”

RE 1010606 / RJ

Convoquei audiência pública, para ouvir o depoimento de autoridades e expertos sobre i) a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil e ii) a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando-se a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.

Manifestaram-se na audiência pública: o advogado dos recorrentes, Dr. **Roberto Algranti Filho**; em nome da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), o Professor Doutor **Gustavo Binenbojm**; a Professora Mestra **Taís Borja Gasparian**, pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo; em nome da Associação Nacional de Jornais (ANJ) e da Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER), o Professor Doutor **Daniel Sarmiento**; em nome da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, a Professora Doutora **Cíntia Rosa Pereira de Lima**; o Desembargador **José Carlos Costa Netto**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; o Professor Mestre **Renato Opice Blum**, pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER); o Professor Doutor **Anderson Schreiber**, em nome do Instituto Brasileiro de Direito Civi (IBDCIVIL); o Professor Doutor **Marcel Leonardi**, pela Google Brasil Internet Ltda; o Dr. **Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina**, pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); o Professor Doutor **Carlos Affonso Pereira de Souza**, em nome do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS RIO); o Professor Mestre **André Zonaro Giacchetta**, em nome da Yahoo! do Brasil Internet LTDA.; o conselheiro **Coriolano Aurélio de Camargo Santos**, pela Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil; o Dr. **Pablo de Camargo Cerdeira**, em nome do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro; o Dr. **Alexandre Pacheco da Silva**, pelo Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas; a Professora Mestra **Mariana Cunha e Melo de Almeida Rego**; e, por fim, o Subprocurador-Geral da República, **Dr. Odim Brandão**.

RE 1010606 / RJ

Após a realização da audiência pública, foram novamente os autos para a PGR, tendo retornado com razões adicionais àquelas inicialmente ofertadas. Em síntese, o Procurador-Geral da República apontou a necessidade de ponderação dos interesses em conflito, aduzindo que,

“ante a manifesta impossibilidade de estabelecer-se a prevalência, em abstrato, de quaisquer dos interesses em conflito, quais sejam, a inviolabilidade da imagem e o direito à privacidade – dos quais decorre a elaboração teórica do direito ao esquecimento –, de um lado, e a liberdade de expressão e de imprensa, bem como o direito à informação, de outro, a solução de eventuais controvérsias depende, fundamentalmente, do exame das peculiaridades de cada caso concreto, a fim de que se possa apurar se, na específica situação discutida, a divulgação de determinada informação extrapolou os limites da liberdade de expressão e violou o direito ao esquecimento”.

Eis a nova ementa do parecer do **parquet**:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 786. DIREITO AO ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA PRÓPRIA VÍTIMA OU PELOS SEUS FAMILIARES. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO. ABORDAGEM DE FATOS RELACIONADOS A CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. Proposta de tese de repercussão geral - Tema 786: “O direito ao esquecimento consiste em desdobramento do direito à privacidade, devendo ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão”. - Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário”.

É o relatório.

03/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhora Presidente, Senhoras Ministras, Senhores Ministros, Senhor Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques - no início da sessão, estava o Procurador-Geral -, Senhor Advogado-Geral, senhoras advogadas e senhores advogados, todos que nos acompanham, em especial a imprensa.

Este tema, sem dúvida nenhuma, é do maior interesse para toda a sociedade.

Antes de iniciar a leitura de meu voto, Senhora Presidente, permitam-me, os Colegas, fazer uma manifestação, na verdade, um registro fora dos autos. Primeiro, a questão da epidemia de feminicídio, um mal que assola a nossa sociedade; e o caso dos autos mostra o quão de raiz histórica tem esse tema. Faço o registro de que o feminicídio e a violência contra as mulheres são objetos de atenção do Poder Judiciário, inclusive, seu combate está entre as metas do Conselho Nacional de Justiça, dando-se prioridade aos julgamentos e às instruções para julgamento dos casos que envolvam violência contra a mulher. O Poder Judiciário está atento a essa epidemia e, dentro de seus limites legais, constitucionais e formais, tem dado a devida atenção a ela para que possamos superar esse triste registro de nossa cultura, de nossa sociedade.

O segundo registro, que tem tudo a ver com o primeiro, Senhora Presidente, é a falência do tribunal do júri. Evidentemente, falo por mim mesmo - não posso falar pelo Colegiado, falo por mim. Que fique claro que essa é uma opinião individual, que já externei em outros votos. Já externei, no Conselho Nacional de Justiça e no Congresso Nacional - inclusive em audiências públicas -, que teríamos que acabar com o instituto do tribunal do júri, porque ele é um instituto falido.

Vejam, o Atlas da Violência de 2020, do Ipea - instituto da maior

RE 1010606 / RJ

seriedade e de muito reconhecimento em nosso País -, apontou que, durante 2018, ocorreram 57.956 casos de homicídio no Brasil. Nenhuma guerra em nenhum local do mundo gera, em um ano, tantas mortes violentas.

Repito! Ano de 2018: 57.956 homicídios, o que corresponde a uma taxa de 27,8 mortes por 100 mil habitantes. Entre esses, vejam, 4.519 vítimas eram mulheres, o que representa uma taxa de 4,3 homicídio para cada 100 mil habitantes do sexo feminino - uma taxa extremamente alta.

Considerando essa escalada de violência, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, em fevereiro de 2019, o Grupo de Trabalho para Otimização de Julgamentos do Tribunal do Júri, levando em consideração a necessidade premente de se aprimorar a gestão dos processos de competência desse tribunal. Foi coordenador desse grupo o Ministro **Rogério Schietti**, do Superior Tribunal de Justiça, que produziu um excelente trabalho.

Na medida em que não compete ao Judiciário alterar a Constituição, compete-nos, por meio do Conselho Nacional de Justiça, fazer proposições de aprimoramento da gestão da Justiça, e foi o que fez esse grupo de trabalho. O importante relatório por ele produzido explicitou, com seus números alarmantes, a baixa efetividade do tribunal do júri no Brasil. Isso não é um problema apenas, senhoras e senhores advogados, Senhor Vice-Procurador-Geral da República, do juiz ou do Judiciário, é de todo o sistema de Justiça, a começar pela investigação dos casos de homicídio.

Contudo, no que diz respeito àqueles casos, que, em sua minoria, chegam à Justiça, a pesquisa revelou que, até novembro de 2018, tramitavam no País 186 mil processos de competência de tribunais do júri, dos quais apenas 43 mil tinham sentença de pronúncia já proferida.

Ao longo do período compreendido entre 2015 e 2018, foram realizadas 28.984 sessões de tribunais do júri, para uma média de mais de 50 mil assassinatos ou atentados contra à vida por ano em nosso País. Em uma somatória de quatro anos - 2015, 2016, 2017, 2018 -, houve menos de 30 mil sessões do júri. Nesse período, houve cerca de 200 mil homicídios.

RE 1010606 / RJ

Aqui, alerta mais uma vez, pedindo escusas aos Colegas, para a falência do instituto do júri, que não se presta para penalizar, para sancionar, o que gera esse sentimento de impunidade na sociedade.

Está feito esse registro fora dos autos, fora do julgamento deste caso de repercussão geral. Mas penso que sempre é um momento importante, em que toda a sociedade nos assiste, para reiterar a falência do tribunal do júri, na minha óptica e com dados concretos - não falo por achismo, falo com dados concretos. A sociedade e o Congresso Nacional devem refletir sim e o sistema de justiça deve refletir sim a respeito da falência do tribunal do júri para sancionar os crimes contra a vida.

Quanto ao caso dos autos, em primeiro lugar, peço escusas aos Colegas pela necessidade de tempo. Pleiteio aos eminentes Colegas, a partir de nossa Presidente, a paciência de Vossas Excelências por um tempo, diante da necessidade, nesse caso que se colocou para nós.

Um segundo ponto que gostaria de destacar é que meu voto, evidentemente, levará em conta o caso concreto, mas todas as premissas de meu voto e a conclusão última estarão de acordo com a objetividade que o tema ganha, uma vez aceita a repercussão geral e transformada a ação em uma ação com repercussão geral, cujo tema passa a ter densidade de natureza objetiva.

Esclareço. A solução de tese que proporei - evidentemente, respeitando a douta maioria, a qual poderá entender de maneira diferente - será apenas a de meu primeiro voto, uma primeira proposição, proferida em função do ônus de Relator. Desde logo, esclareço às Colegas e aos Colegas e a todos que nos acompanham que, ao final de minha exposição, farei uma proposta de tese que independe da plataforma midiática.

Por quê? Porque, aqui, o que vejo em discussão é se existe ou não, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, o direito ao esquecimento. É a esta pergunta que deve responder: se existe ou não direito ao esquecimento, independentemente da plataforma midiática a que se refira. Muito embora, no caso concreto, se trate de um programa televisivo, minha proposição final será para toda e qualquer plataforma

RE 1010606 / RJ

midiática.

Antes de adentrar no voto, em homenagem aos eminentes advogados que falaram da tribuna e ao Vice-Procurador-Geral da República - para além do elogio que comumente a eles se faz em razão das belas manifestações, e elas foram extremamente importantes para a elucidação do tema -, permitam-me todas e todos que falaram da tribuna fazer um breve resumo do destaque de cada fala, tamanha a importância que este Relator atribuiu às manifestações realizadas.

Início pelo advogado dos recorrentes, Dr. Roberto Algranti Filho. De imediato, cumprimento Vossa Excelência pela, digamos, competência, mas também pela ousadia, de trazer o tema do direito ao esquecimento a esta Corte.

Esse passo é extremamente importante para que possamos, como Corte Constitucional, pacificar esse tema. Independentemente do caso concreto, é evidente que a atuação do advogado - porque juiz não age de ofício, corte não age de ofício - é extremamente relevante, mais uma vez demonstrando que o constituinte foi muito sábio ao atribuir à advocacia *múnus público*. Trazer um tema como esse ao debate de da Suprema Corte é exercer o *múnus público* para a pacificação da sociedade, independentemente da solução que venha a ser dada à causa.

Sua Excelência, o advogado dos recorrentes, evidentemente, ficou mais atento ao caso dos autos, dizendo sobre o drama dos familiares, sobre a eventual ou não exploração comercial do drama que viveu a família, e destacou esses temas com propriedade. Também abordou teoricamente a questão do direito ao esquecimento.

Pela recorrida, falou o Professor Binenbojm. Desculpe-me, Professor, mas fiquei muito feliz em ouvir Vossa Excelência falar em contenção judicial, porque também sempre me manifesto sobre contenção judicial. Vindo da lavra de Vossa Excelência, isso me anima muito mais. Vossa Excelência sabe muito bem o que quero dizer. Não tem a ver com o caso concreto, mas com as brigas boas de ideias e conceitos jurídicos das escolas jurídicas.

Destaco da manifestação de Binenbojm que "não existe [palavras

RE 1010606 / RJ

dele] nem explicitamente, nem nas dobras da Constituição, [ou seja, nem implicitamente] o direito ao esquecimento". E, outra frase interessante: "não existe prescrição ao direito da informação".

Todos os **amici curiae** que falaram também trouxeram elementos extremamente importantes.

A Dra. Taís Gasparian, que falou pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI), disse que, para se reconhecer o direito ao esquecimento, teríamos que ter por pressuposto o princípio do segredo ou da sonegação de informação.

O Dr. Carlos Affonso Pereira de Souza, que falou pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS), falou a respeito do direito ao esquecimento, da preocupação com uma elasticidade conceitual desse direito, ou seja, qual seria a delimitação desse direito. Em minha leitura, sintetizou o problema com a seguinte questão: seria o direito ao esquecimento mais uma categoria emocional, e não uma categoria jurídica?

O Dr. Anderson Schreiber, que falou pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil, destacou que o direito ao esquecimento é um direito a favor da verdade. O Dr. Anderson defendeu o reconhecimento desse direito tal qual já o fez o STJ neste próprio caso. Destacou a importância de se reconhecer, em nosso ordenamento jurídico, a existência do direito ao esquecimento como um direito à própria verdade.

O Dr. Eduardo Mendonça, que falou pelo Google, destacou que o limite deve ser o conteúdo ilícito, ou seja, a questão não é de esquecimento ou de não esquecimento, mas, sim, de lícito ou ilícito. Um direito ao esquecimento sem parâmetros seria um direito à conveniência ou à não conveniência da informação.

O Professor Doutor Oscar Vilhena, que falou pelo Instituto Palavra Aberta, destacou que reconhecer o direito ao esquecimento seria permitir graves ameaças à democracia, que a Constituição Federal não autoriza o direito ao esquecimento e que o direito ao esquecimento é um falso direito, um pretenso direito.

O Dr. José Eduardo Martins Cardozo, que falou em favor do

RE 1010606 / RJ

reconhecimento do direito ao esquecimento pelo Instituto de Direito Partidário e Político, ao revés de outros que se manifestaram, disse exatamente o contrário do que disse Oscar Vilhena: que o direito ao esquecimento é inerente e fundamental aos Estados democráticos. O STJ já o reconheceu no caso Candelária, de conhecimento público e notório.

O Dr. André Giacchetta, que falou pela Verizon Media do Brasil Internet Ltda., atual denominação da Yahoo!, destacou que o fundamento no caso González, decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, na verdade, não foi o direito ao esquecimento. O fundamento foi a proteção aos dados pessoais. A legislação brasileira, no que diz respeito à LGPD, nesse ponto, teria optado por não reconhecer esse direito ou instituto. Reconhecer, ademais, o direito ao esquecimento de maneira autônoma seria reconhecer a possibilidade da criação de uma indústria de ações a respeito desse direito.

A Dr. Adriele Ayres Britto, que falou pelo Instituto Vladimir Herzog, fez praticamente uma reconvenção. Ela disse: não há o direito ao esquecimento e nós temos que reconhecer, sim, o direito à memória, à história factual, dada a realidade.

Por fim, o Vice-Procurador-Geral da República, que domina com habilidade as palavras, perguntou - destaque, em síntese, da fala de Sua Excelência -: qual a capacidade do Direito de mudar a história e a realidade? Aquilo que foi dito licitamente pode ser redito licitamente no futuro; aquilo que não podia ser dito no passado, no futuro, continua não podendo ser dito.

Com esse breve resumo daquilo que apreendi de cada uma das falas, homenageio a todas as senhoras e os senhores advogados que usaram da tribuna e homenageio o Vice-Procurador-Geral da República.

Passo agora, Senhora Presidente, a meu voto, destacando para todos que nos acompanham que - conforme adrede combinado entre nós, na antessala no início da sessão -, em razão do tempo e do cansaço - que a todos nos atinge com discussão tão aprofundada desse tema por parte das manifestações -, ficarei, neste momento, apenas na parte histórica do voto.

RE 1010606 / RJ

Evidente que, nessa perspectiva histórica, destaco casos que já foram objeto de manifestações de cortes internacionais e abordo questões relativas à doutrina. Isso não quer dizer que apenas esses casos a que faço menção sejam importantes e relevantes. São aqueles aos quais mais se faz referência, seja na doutrina, seja na jurisprudência, a respeito do tema. Com certeza, ao longo dos debates, ao longo dos votos dos eminentes Colegas, serão mencionados outros casos também importantes.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : NELSON CURI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ROBERTO ALGRANTI (15590/RJ) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A

ADV.(A/S) : JOAO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA (075342/RJ) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO -
ABRAJI

ADV.(A/S) : TAÍS BORJA GASPARIAN (74182/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE
JANEIRO (ITS RIO)

ADV.(A/S) : RONALDO LEMOS (166255/SP)

AM. CURIAE. : ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S) : CAMILA MARQUES BARROSO (0325988/SP)

AM. CURIAE. : IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S) : ANDERSON SCHREIBER (110183/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S) : EDUARDO MENDONÇA (130532/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO PALAVRA ABERTA

ADV.(A/S) : OSCAR VILHENA VIEIRA (112967/SP)

ADV.(A/S) : RAFAEL FREITAS MACHADO (20737/DF)

AM. CURIAE. : PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDARIO E POLÍTICO

ADV.(A/S) : JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO (54244/DF, 67219/SP)

ADV.(A/S) : SIDNEY SA DAS NEVES (19033/BA, 33683/DF)

ADV.(A/S) : RAFAEL MOREIRA MOTA (17162/DF)

AM. CURIAE. : YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA

ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS (62698/DF, 183747/RJ, 208205/SP)

ADV.(A/S) : ANDRE ZONARO GIACCHETTA (26452/DF, 148366/RJ,
147702/SP)

AM. CURIAE. : VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA (ATUAL
DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA)

ADV.(A/S) : ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (147702/SP)

ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS (208205/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO VLADIMIR HERZOG

ADV.(A/S) : ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO (23490/DF)

Decisão: Após o início do voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), o julgamento foi suspenso. Falaram: pelos recorrentes, o Dr. Roberto Algranti Filho; pela recorrida, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo - ABRAJI, a Dra. Taís Borja Gasparian; pelo *amicus curiae* Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), o Dr. Carlos Affonso Pereira de Souza; pelo *amicus curiae* IBDCIVIL - Instituto Brasileiro de Direito Civil, o Dr. Anderson

Schreiber; pelo *amicus curiae* Google Brasil Internet LTDA, o Dr. Eduardo Mendonça; pelo *amicus curiae* Instituto Palavra Aberta, o Dr. Oscar Vilhena Vieira; pelo *amicus curiae* PLURIS - Instituto de Direito Partidário e Político, o Dr. José Eduardo Martins Cardozo; pelo *amicus curiae* Verizon Media do Brasil Internet LTDA (atual denominação de Yahoo! do Brasil Internet LTDA), o Dr. André Zonato Giacchetta; pelo *amicus curiae* Instituto Vladimir Herzog, a Dra. Adriele Ayres Britto; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros, Vice-Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 03.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

04/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se, como relatado, de recurso extraordinário interposto 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 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,

RE 1010606 / RJ

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 a professora Maryline Boizard, à época do surgimento da expressão, sob a pena de Gerard Lyon-Caen, o direito ao esquecimento era analisado como “a prescrição de fatos que já não são relevantes”, motivo pelo qual se fez 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 professora 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.

RE 1010606 / RJ

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 haver “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

RE 1010606 / RJ

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 apontada como 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” (Apud PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento**. Tese de Doutorado em Direito – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/3/42648.pdf?sequence=1&i sAllowed=y>. Acesso em 9/10/20, p.142-143. Para mais informações sobre o tema no direito francês, consultar PINHEIRO, Denise; MARTINS NETO, João dos Passos. A desconstrução do direito ao esquecimento no direito brasileiro e a contribuição da jurisprudência francesa. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 15, p. 31-71, abr./jun. 2018).

RE 1010606 / RJ

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 desse caso fortaleceu os primeiros sinais da acolhida do direito ao esquecimento por parte importante da doutrina francesa. No entanto, ela 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**, o autor da obra (Kern), um resistente à ocupação nazista na França, foi processado pela amante do colaboracionista Chatelat (Madame Monanges) sob o argumento de que a obra violaria sua vida privada.

O julgado, que tem 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

RE 1010606 / RJ

<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 que, embora exista um dever de prudência do autor quanto ao relato dos fatos, não há atentado à vida privada em publicações lícitamente obtidas em 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 Jr. 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

RE 1010606 / RJ

autor” (Apud 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. No mesmo sentido: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito ao esquecimento e as suas fronteiras atuais no Brasil e na experiência estrangeira. In: FORGIONI, Paula A.; DEL NERO, Patrícia Aurélio; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. (Org.). **Direito Empresarial, Direito do Espaço Virtual e outros desafios do Direito: Homenagem ao Professor Newton de Lucca**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, v. 1, p. 947-960).

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 nas 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 identificação do denunciante (<https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?>

RE 1010606 / RJ

Command=ShowPrintText&Name=bv035202. Acesso em 18/1/21).

Como se nota, no **Caso Lebach**, embora a decisão tenha assegurado a proibição da exibição do documentário sobre fato criminoso relativamente ao qual a pena já fora cumprida, ela 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 Jr. 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, dentre 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.

RE 1010606 / RJ

A distinção entre os casos – explica Otavio Luiz Rodrigues Jr., 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 haviam 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-protecao-direito-esquecimento>. Acesso em 27/9/20. No mesmo sentido: RODRIGUES JR., 2018, p. 947-960).

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*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2020. 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,

RE 1010606 / RJ

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, 2020, p.40).

Àquele tempo, estava em voga o artigo de Louis Brandeis e Samuel Worren, *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 artigo como “o direito de viver em reclusão, sem estar sujeito a publicidade injustificada e indesejada” e “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

RE 1010606 / RJ

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-se 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 de seu pai, que enviava à imprensa boletins dos impressionantes feitos da criança, um prodígio em 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 pelo 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”, afirmou

“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

RE 1010606 / RJ

questionável e indefinível **status** de figura pública” (Apud **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 passado a viver, 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 esmaecimento 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

RE 1010606 / RJ

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 são 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”, contexto que leva o autor a propor, como reflexão, uma adaptação da frase de Warren e Brandeis:

“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

RE 1010606 / RJ

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). In 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, o 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 Seguridad Social Espanhola. Arguindo que se tratava de recuperação de crédito de longínqua data, pleiteava do **La Vanguardia**, em cujo sítio a

RE 1010606 / RJ

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 (TJUE).

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**

RE 1010606 / RJ

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 (janeiro de 2012), após citar outros meios destinados 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

RE 1010606 / RJ

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**

RE 1010606 / RJ

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

RE 1010606 / RJ

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

RE 1010606 / RJ

jurídico que já possuam regras específicas e parcelares ou que tenham configurado um sistema próprio de tratamento informacional, como leis mais recentes, a 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 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 em relação a 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 se evitarem 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**

RE 1010606 / RJ

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, 2013. Em sentido idêntico: RODRIGUES JR., 2018, p. 947-960).

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, 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,

RE 1010606 / RJ

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, confira identidade a esse direito distintiva em face de outros institutos jurídicos já consagrados (afinal, se seu conceito o tornar identificado a direitos já expressos no ordenamento pátrio, não há razão para que exista, 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 12.737/12); 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).

RE 1010606 / RJ

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, 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, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, em processo de **minha relatoria**, da matéria relativa à

RE 1010606 / RJ

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 1.037.396-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

RE 1010606 / RJ

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 pretense direito ao esquecimento. No cerne da alegação em favor de um direito ao esquecimento de fatos passados está a compreensão de que, não obstante se trate de fatos verdadeiros, **sua utilização temporalmente distante de 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 em 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 - manifestação oral pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto).

RE 1010606 / RJ

“[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 – manifestação oral 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 - manifestação oral pelo 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 manifestação oral 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

RE 1010606 / RJ

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

RE 1010606 / RJ

“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.

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

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

RE 1010606 / RJ

“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

RE 1010606 / RJ

ao momento em que foram 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 (elaborada 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 Bert-Jaap 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**

RE 1010606 / RJ

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:

RE 1010606 / RJ

<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. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 33-70, jan./mar. 2018).

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

RE 1010606 / RJ

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*), a 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 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. Op. cit., loc. cit).

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

RE 1010606 / RJ**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 8.078/90) 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 e/ou as informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento. Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem 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 a condição de uma publicação ou um dado nela contido de lícita para ilícita.**

Ademais, como já advertia Heráclito de Éfeso em cerca de 500 a.C.,

RE 1010606 / RJ

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 mantêm preservados e são, inclusive, objeto de estudo das ciências sociais, tanto quanto os 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 Procuradoria-Geral da República:

“[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

RE 1010606 / RJ

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 **Cezar 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 - do qual pode decorrer 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

RE 1010606 / RJ

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

RE 1010606 / RJ

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 Sérulo 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.

RE 1010606 / RJ

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, em 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 em relação aos arts. 20 e 21 do CC/02, realizada por esta Corte em interpretação dos

RE 1010606 / RJ

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 asseguram direitos fundamentais.

Nos autos do HC nº 82.424 (DJ de 19/3/04), conhecido como caso Ellwanger, esta 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. **Vide:**

“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

RE 1010606 / RJ

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->

RE 1010606 / RJ

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 afetivas ou cognitivas. 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, destaque, o perdão, a compaixão e mesmo o exame de consciência podem 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. Ao indivíduo se aplica, de igual modo, todos os direitos da personalidade acima expostos, estando, portanto, protegido contra eventual agressão a seus direitos fundamentais.

Demonstrado, desse modo, que os direitos fundamentais de personalidade encontram guarida constitucional e legal que não depende, em qualquer medida, do direito ao esquecimento nem a esse se associa, 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

RE 1010606 / RJ

pessoais na rede.

Não se pretende esgotar aqui a análise da proteção de dados estabelecida pela Lei Geral de Proteção de Dados, recentemente editada no Brasil, 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

RE 1010606 / RJ

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, op. cit.)

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 com os 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 quanto ao direito ao esquecimento na Lei Geral de Proteção de Dados. Isso não

RE 1010606 / RJ

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 descuro, 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 no 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, prevendo, nesse último inciso, o remédio constitucional do **habeas data**.

A meu ver, 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 os bancos de

RE 1010606 / RJ

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 compartilhou dados; a informação sobre a possibilidade de não 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

RE 1010606 / RJ

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 recomodação dos direitos atingidos pela avalanche das transformações.

O movimento ludista bem ilustra essa situação: os ludistas, 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

RE 1010606 / RJ

um lado, observa-se a ampliação da democracia informacional, pela oferta significativa do conhecimento e de informações; de outro, agigantase 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: Renovar, 2007. p.66)

E, ainda, como salienta Wertheim,

“[o]s 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**” (WERTHEIM, Jorge. *A sociedade da informação e seus desafios*. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf> . Acesso em 31/1/21).

RE 1010606 / RJ

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 (BISBAL TORRES, Marta. El mercado libre de las ideas de O. W. Holmes. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Políticos y

RE 1010606 / RJ

Constitucionales. Sept/dic 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, resoluta 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 inciso IV do art. 5º da CF/88 dispõe 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]

RE 1010606 / RJ

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

RE 1010606 / RJ

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 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 ou com ele partilhar os pensamentos.

A ponderação, assim, na pretensão ao direito ao esquecimento não

RE 1010606 / RJ

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 poderá ser privada 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 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 Sérulo 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 – sobretudo quando se tem em conta a plataforma digital (lamentavelmente tão utilizada para disseminação da desinformação e do ódio) – a ideia de

RE 1010606 / RJ

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 valores. 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,

“[s]e, 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.

RE 1010606 / RJ

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

RE 1010606 / RJ

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 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**

RE 1010606 / RJ

fundamentais”, para usar as palavras da Ministra **Cármem 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 **Cármem 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 aos países do continente, que passaram “as últimas décadas em busca da

RE 1010606 / RJ

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. [t]omar 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. [a]ssegurar 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. [p]romover 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 :

RE 1010606 / RJ

<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 primem 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 que a rede mundial de computadores 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,

“[e]nfatizando[-se] 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

RE 1010606 / RJ

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 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 prevista 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

RE 1010606 / RJ

manifestação de pensamento 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 essa 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

RE 1010606 / RJ

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 evitem os acessos ilegais, as condutas abusivas e a concentração do poder informacional. Mas não se protegem informações e dados pessoais 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 das 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:

RE 1010606 / RJ

Justiça, de episódio sobre o assassinato de Aida Curi, irmã dos ora recorrentes, ocorrido em 1958, com os desdobramentos do caso, as respectivas investigações policiais e sua apreciação 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

RE 1010606 / RJ

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 dispõem:

“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.

RE 1010606 / RJ

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, nem 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

RE 1010606 / RJ

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.

RE 1010606 / RJ

Casos como o de Aída Curi, Ângela Diniz, Daniella Perez, Sandra 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 do pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : NELSON CURI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ROBERTO ALGRANTI (15590/RJ) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A

ADV.(A/S) : JOAO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA (075342/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI

ADV.(A/S) : TAÍS BORJA GASPARIAN (74182/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)

ADV.(A/S) : RONALDO LEMOS (166255/SP)

AM. CURIAE. : ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S) : CAMILA MARQUES BARROSO (0325988/SP)

AM. CURIAE. : IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S) : ANDERSON SCHREIBER (110183/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S) : EDUARDO MENDONÇA (130532/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO PALAVRA ABERTA

ADV.(A/S) : OSCAR VILHENA VIEIRA (112967/SP)

ADV.(A/S) : RAFAEL FREITAS MACHADO (20737/DF)

AM. CURIAE. : PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDARIO E POLÍTICO

ADV.(A/S) : JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO (54244/DF, 67219/SP)

ADV.(A/S) : SIDNEY SA DAS NEVES (19033/BA, 33683/DF)

ADV.(A/S) : RAFAEL MOREIRA MOTA (17162/DF)

AM. CURIAE. : YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA

ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS (62698/DF, 183747/RJ, 208205/SP)

ADV.(A/S) : ANDRE ZONARO GIACCHETTA (26452/DF, 148366/RJ, 147702/SP)

AM. CURIAE. : VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA)

ADV.(A/S) : ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (147702/SP)

ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS (208205/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO VLADIMIR HERZOG

ADV.(A/S) : ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO (23490/DF)

Decisão: Após o início do voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), o julgamento foi suspenso. Falaram: pelos recorrentes, o Dr. Roberto Algranti Filho; pela recorrida, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo - ABRAJI, a Dra. Taís Borja Gasparian; pelo *amicus curiae* Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), o Dr. Carlos Affonso Pereira de Souza; pelo *amicus curiae* IBDCIVIL - Instituto Brasileiro de Direito Civil, o Dr. Anderson

Schreiber; pelo *amicus curiae* Google Brasil Internet LTDA, o Dr. Eduardo Mendonça; pelo *amicus curiae* Instituto Palavra Aberta, o Dr. Oscar Vilhena Vieira; pelo *amicus curiae* PLURIS - Instituto de Direito Partidário e Político, o Dr. José Eduardo Martins Cardozo; pelo *amicus curiae* Verizon Media do Brasil Internet LTDA (atual denominação de Yahoo! do Brasil Internet LTDA), o Dr. André Zonato Giacchetta; pelo *amicus curiae* Instituto Vladimir Herzog, a Dra. Adriele Ayres Britto; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros, Vice-Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 03.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, indeferia o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida e fixava a seguinte tese de repercussão geral (Tema 786): "É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível", o julgamento foi suspenso. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 04.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

10/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, interposto por Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi, em face de Globo Comunicação e Participações S/A, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

“INDENIZATÓRIA. PROGRAMA ‘LINHA DIRETA JUSTIÇA’. AUSÊNCIA DE DANO.

Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado ‘Linha Direta Justiça’.

1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas.

2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais.

Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos.

A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.

RE 1010606 / RJ

O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento do seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.

Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator.” (com meus grifos)

Em suas razões do apelo extremo, os recorrentes alegam violação aos arts. 1º, III, 5º, *caput*, III, IV, IX, X e XIV, e 220, § 1º, *in fine*, da Constituição Federal, sustentando, em suma, que:

“(…) propuseram esta ação ordinária contra a TV Globo, aduzindo o direito subjetivo a obterem indenizações pelo uso indevido do nome, imagem (real e fictícia) e história de sua falecida irmã, Aída Curi, além dos próprios. As indenizações requeridas se baseiam em danos materiais e morais, os primeiros para se ressarcirem do que a apelada lucrou com a exploração ilegal do patrimônio dos recorrentes, e em danos morais, estes pelo profundo sofrimento oriundo do revolvimento total de um evento dramático e lutuoso que o tempo havia desencantado.

Com efeito, no longínquo ano de 1958, a irmã dos recorrentes (Aída Curi) foi estuprada e arremessada viva de um alto edifício em Copacabana, por jovens de classe média, crime amplamente explorado pela mídia à época, de forma sensacionalista e em proporção tamanha que acabou por estigmatizar toda a família Curi.

Passadas muitas décadas, o tempo colaborou para os recorrentes finalmente se livrarem deste estigma fúnebre que havia se tornado um predicado inseparável de suas vidas, ajudando-os a diminuir o sofrimento que reflorescia ante a exploração midiática de seu drama àquela época.

RE 1010606 / RJ

Certo dia, os recorrentes começaram a ser procurados por pessoas ligadas à TV Globo, para serem entrevistados, pois seria veiculado um programa televisivo sobre o crime que levou sua irmã à morte.

Indignados, recusaram-se a dar entrevistas, e notificaram cartorariamente a recorrida, pedindo-lhe que não explorasse a dor familiar, e registrando que, se isto ocorresse, submeteriam esta ilegalidade ao Poder Judiciário, para fins indenizatórios.

O programa (Linha Direta Justiça) acabou sendo transmitido em rede nacional (talvez internacionalmente e em DVD), revoltando-os não só pela veiculação em si, mas, sobretudo, pelo desatendimento ao seu pedido e pela forma grosseira e chocante com que os fatos foram encenados, inclusive mediante a inclusão de cenas impactantes de radical e desnecessária violência.

Além disto, não bastasse o uso não-autorizado da história e vida da família Curi, a TV Globo utilizou-se de fotos verdadeiras de Aída e dos recorrentes, explorando comercialmente as suas imagens, enriquecendo indevidamente à custa alheia.

Outrossim, o programa televisivo não se mostrou ilícito somente pelos fatos acima, mas, sobretudo, pelo fato dele não representar um ato jornalístico (ou de imprensa). Na realidade, o programa consubstanciou um verdadeiro filme adaptado para a televisão (um teleteatro segundo o voto vencido em apelação), sem nenhuma natureza jornalística, e sem nenhuma relevância social, porquanto carente de requisito fundamental para a caracterização da atividade jornalística, que a contemporaneidade.

Diante desta conjuntura, os recorrentes propuseram a presente demanda, requerendo indenização no que tange ao lucro obtido pela recorrida através do uso da imagem, nome e história suas e de Aída Curi. Requereram, também, indenização por dano moral, porquanto o sofrimento apaziguado pelo tempo foi revolido pelo programa televisivo, e exacerbado ante a (desnecessária e cruel) veiculação das mais tristes cenas da vida dos apelantes.

No desenrolar do processo, apesar da injustificável e despótica sonegação de livros contábeis e documentos por parte da recorrida, foi elaborado um laudo pericial contábil, que concluiu, categoricamente, que a TV Globo lucrou (logo que já descontadas as despesas) com a

RE 1010606 / RJ

veiculação do programa sobre Aída Curi a quantia histórica de R\$ 1.102.998,46.

Feitos os memoriais, foi proferida a sentença de total improcedência, cuja fundamentação se lastreia em premissas jurídicas distorcidas sobre a garantia da liberdade de expressão (à qual se deu caráter absoluto e quase fundamentalista) e, especialmente, com base numa equivocada compreensão do programa televisivo questionado, desconsiderando a sua natureza exclusivamente comercial, sem nenhum cunho jornalístico.”

Os embargos de declaração opostos contra mencionado acórdão foram rejeitados.

O recurso especial não foi provido.

Com o trânsito em julgado do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal, onde foram inicialmente autuados como **ARE 833.248/RJ**.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não provimento do apelo extremo em parecer cuja ementa reproduzo abaixo:

“CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 786. DIREITO A ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA VÍTIMA OU POR SEUS FAMILIARES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROGRAMA TELEVISIVO. VEICULAÇÃO DE FATOS RELACIONADOS À MORTE DA IRMÃ DOS RECORRENTES NOS ANOS 1950.

1. Tese de Repercussão Geral Tema 786: Não é possível, com base no denominado direito a esquecimento, ainda não reconhecido ou demarcado no âmbito civil por norma alguma do ordenamento jurídico brasileiro, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão por censura ou exigência de autorização prévia. Tampouco existe direito subjetivo a indenização pela só lembrança de fatos pretéritos.

RE 1010606 / RJ

2. Há vasta gama [de] variáveis envolvidas com a aplicabilidade do direito a esquecimento, a demonstrar que dificilmente caberia disciplina jurisprudencial desse tema. É próprio de litígios individuais envolver peculiaridades do caso, e, para reconhecimento desse direito, cada situação precisa ser examinada especificamente, com pouco espaço para transcendência dos efeitos da coisa julgada, mesmo em processo de repercussão geral.

3. Consectário do direito a esquecimento é a vedação de acesso à informação não só por parte da sociedade em geral, mas também de estudiosos como sociólogos, historiadores e cientistas políticos. Impedir circulação e divulgação de informações elimina a possibilidade de que esses atores sociais tenham acesso a fatos que permitam à sociedade conhecer seu passado, revisitá-lo e sobre ele refletir.

4. É cabível acolher pretensão indenizatória quando divulgação de informação de terceiro resulte em violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da Constituição da República), sendo dispensável para tal finalidade reconhecimento de suposto direito a esquecimento.

5. É inviável acolher pretensão indenizatória, quando o acórdão recorrido conclui, com base no conjunto fático-probatório, por inocorrência de violação a direitos fundamentais devido a veiculação, por emissora de televisão, de fatos relacionados à morte da irmã dos recorrentes, nos anos 1950.

6. Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário.”

O Ministro Dias Toffoli, Relator, deu provimento ao agravo em recurso extraordinário, para admiti-lo, o que implicou a reatuação do processo como **RE 1.010.606/RJ**.

O ilustre Relator, objetivando colher elementos instrutórios para o feito, convocou audiência pública, a fim de “ouvir o depoimento de autoridades e expertos sobre i) a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil e ii) a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando-se a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação

RE 1010606 / RJ

com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade”.

Com nova vista dos autos, a Procuradoria-Geral da República ofertou parecer assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 786. DIREITO AO ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA PRÓPRIA VÍTIMA OU PELOS SEUS FAMILIARES. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO. ABORDAGEM DE FATOS RELACIONADOS A CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. Proposta de tese de repercussão geral Tema 786: ‘O direito ao esquecimento consiste em desdobramento do direito à privacidade, devendo ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão’.

– Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário.”

Na condição de *amici curiae*, foram admitidas as seguintes entidades:

- a) Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI;
- b) Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio);
- c) Artigo 19 Brasil;
- d) IBDCIVIL – Instituto Brasileiro de Direito Civil;
- e) Google Brasil Internet Ltda.;
- f) Instituto Palavra Aberta;
- g) Pluris – Instituto de Direito Partidário e Político;
- h) Yahoo! do Brasil Internet Ltda.;
- i) Verizon Media do Brasil Internet Ltda. (atual denominação de Yahoo! do Brasil Internet Ltda.); e
- j) Instituto Vladimir Herzog – IVH.

RE 1010606 / RJ

É o relatório. **Decido.**

O recurso deve ser admitido. Há, de fato, uma questão constitucional relevante agitada nos autos, que consiste em saber se o “direito ao esquecimento” decorre da Constituição brasileira, mais especialmente do direito à imagem e do direito à privacidade (CF, art. 5º, X).

Como ficou bastante claro no voto do Ministro Luís Felipe Salomão, Relator do Recurso Especial 1.335.153/RJ, interposto nestes autos e não provido pelo Superior Tribunal de Justiça, a questão discutida na apelação tangencia tanto aspectos de direito infraconstitucional quanto de direito constitucional, *verbis*:

“É inegável que o conflito aparente entre a liberdade de expressão/informação, ora materializada na liberdade de imprensa, e atributos individuais da pessoa humana – como intimidade, privacidade e honra – possui estatura constitucional (art. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, arts. 220 e 221 da Constituição Federal), não sendo raras as decisões apoiadas predominantemente no cotejo hermenêutico entre os valores constitucionais em confronto.

Porém, em contrapartida, é de alçada legal a exata delimitação dos valores que podem ser, eventualmente, violados nesse conflito, como a honra, a privacidade e a intimidade da pessoa, o que, em última análise, atribui à jurisdição infraconstitucional a incumbência de aferição da ilicitude de condutas potencialmente danosas e, de resto, da extensão do dano delas resultante.

Forma-se, a partir daí, um cenário perigoso ao jurisdicionado, que, em não raras vezes, tem subtraídas ambas as vias recursais, a do recurso especial e a do recurso extraordinário.”

O risco de negativa de jurisdição é efetivamente ponderável, dado que o tema situa-se numa área em que os dispositivos constitucionais pertinentes têm alto grau de abstração e apenas podem ser aplicáveis

RE 1010606 / RJ

às situações particulares mediante o uso de técnicas interpretativas que pressupõem alguma imersão nos fatos da causa e em dispositivos legais — ou na falta deles.

Como o tema constitucional foi admitido para debate no Plenário, assumida a repercussão geral da hipótese, não me parece conveniente que este Tribunal abstenha-se, a esta altura, de emitir juízo sobre o mérito da controvérsia constitucional. Isso sem embargo do fato de que, em muitos casos semelhantes, o Supremo tenha considerado insuscetíveis de repercussão geral controvérsias em torno do reconhecimento de dano moral por ofensas à imagem das pessoas. Exemplificativamente, nos seguintes precedentes:

“DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. MATÉRIA FÁTICA E INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Não há repercussão geral quando a controvérsia refere-se à indenização por dano moral decorrente de responsabilidade civil extracontratual.”

(ARE 945.271-RG/SP, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 15-06-2016 PUBLIC 16-06-2016)

“CONSUMIDOR. DANO MORAL. INADIMPLEMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. MATÉRIA FÁTICA E INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

(ARE 927.467-RG/RJ, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG 15-12-2015 PUBLIC 16-12-2015)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS

RE 1010606 / RJ

MORAIS. INCLUSÃO DE NOME EM SISTEMA DE ANÁLISE, AVALIAÇÃO E PONTUAÇÃO DE RISCO DE CRÉDITO, MANTIDO POR INSTITUIÇÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A controvérsia relativa à legitimidade dos sistemas de análise, avaliação e pontuação de risco de crédito a consumidor (denominados 'concentre scoring', 'credit scoring' ou 'credscore'), mantidos por instituição de proteção ao crédito, bem como a existência de danos indenizáveis por inserção do nome de consumidor nesses sistemas, é matéria disciplinada por normas infraconstitucionais, sendo apenas reflexa e indireta eventual ofensa a normas constitucionais.

2. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC."

(ARE 867.326-RG/SC, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 17-04-2015 PUBLIC 20-04-2015)

É que aqui temos uma situação realmente peculiar, na qual se discute o problema do chamado "direito ao esquecimento", que acabou sendo admitido como vigente no Brasil, ao menos como razão de decidir, no acórdão do STJ que julgou o recurso especial.

Esse reconhecimento, inclusive com a invocação incidental de dispositivos da Constituição Federal, torna conveniente a ativação da jurisdição constitucional, de modo que a Suprema Corte expresse claramente a sua posição sobre problema tão delicado como é o de avaliar-se a existência, ou não, do chamado "direito ao esquecimento" no ordenamento jurídico nacional.

De resto, o acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, expressamente apreciou a questão do "esquecimento", em face da liberdade de comunicação e expressão, à luz da Constituição Federal. **Está pré-questionado, portanto, o tema constitucional.**

RE 1010606 / RJ

Por essas razões, e atendidos os pressupostos formais pertinentes, conheço do recurso.

Passo ao exame do mérito, cujo cerne está na questão de saber se existe, ou não, um “direito ao esquecimento” ou “direito de ser esquecido” no ordenamento jurídico nacional.

A primeira coisa que verifico é já terem sido proferidos inúmeros julgados por tribunais brasileiros aplicando o denominado “direito ao esquecimento”. Portanto, nada melhor para a compreensão do fenômeno do que observá-lo em suas manifestações concretas. Para não me alongar muito, e considerando que o STJ tem sido a principal fonte jurisprudencial do tema, limito-me a catalogar resumidamente alguns dos julgados daquele tribunal que trataram do assunto:

a) No **REsp 1.875.382-AgRg/MG**, o STJ declarou que registros de folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados maus antecedentes, com base na “**teoria do direito ao esquecimento**”;

b) No **REsp 1.736.803/RJ**, o STJ firmou que a publicação de reportagem com conteúdo exclusivamente voltado à divulgação de fatos privados da vida contemporânea de pessoa previamente condenada por crime e de seus familiares revela abuso do direito de informar, previsto pelo art. 220, § 1º, da Constituição Federal, e viola o **direito à privacidade**, consolidado pelo art. 21 do Código Civil, por representar indevida interferência sobre a vida particular dos personagens retratados, dando ensejo ao pagamento de indenização. Foi mencionado o “direito ao esquecimento”, mas o STJ não viu em tal direito a eficácia necessária para proibir publicações futuras;

c) No **REsp 1.751.708-AgRg/SP**, o STJ, apesar de reconhecer que as condenações antigas não devem ser consideradas maus antecedentes, declarou que não se

RE 1010606 / RJ

compreende no “direito ao esquecimento” a faculdade de pedir a destruição dos registros públicos dessas condenações;

d) No **REsp 1.660.168/RJ**, o STJ declarou que, em circunstâncias excepcionalíssimas, o Poder Judiciário pode intervir para fazer cessar o vínculo criado nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardem relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo **decorso do tempo** (o “direito ao esquecimento” foi mencionado como um dos fundamentos);

e) No **REsp 1.593.873-AgInt/SP**, o STJ decidiu em sentido oposto ao da letra anterior, considerando que não cabe ao Judiciário interferir nos **sites de busca**, que não teriam responsabilidade pelo conteúdo das páginas da *internet*. Ou seja, deixou-se de aplicar o “direito ao esquecimento” por razões ligadas à própria **estrutura da internet**.

f) No **REsp 1.369.571/PE**, admitiu-se o esquecimento como um “**princípio da responsabilidade civil**”, para condenar uma empresa jornalística a indenizar um cidadão mencionado em notícia contemporânea, que o teria ligado falsamente a crime do período militar. O **direito ao esquecimento**, neste caso referido, à **anistia**, foi mencionado; e

g) No **REsp 1.334.097/RJ**, o STJ admitiu a condenação de emissora de televisão a indenizar o autor da ação por danos morais, em razão da exibição de programa sobre a “Chacina da Candelária”, com base no **direito ao esquecimento**, já que o autor fora **absolvido no processo criminal**.

O Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, por seu turno, chegou a expedir o **Enunciado nº 531**, com a seguinte redação: “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o ‘direito ao esquecimento’*”.

Pelos exemplos acima, e por outros que se colhem na casuística dos tribunais, pode-se verificar que o “direito ao esquecimento” tem sido aplicado no Brasil principalmente em três tipos de situação: 1º) para

RE 1010606 / RJ

impedir o uso de **registros criminais antigos** na exacerbação de penas ou medidas administrativas ligadas ao campo criminal; 2º) para condenar emissoras de TV a indenizar *ex post facto*, em razão da **veiculação de notícias** sobre pessoas a respeito das quais é mencionado o envolvimento, **geralmente como acusadas**, em crimes já prescritos, anistiados, com pena cumprida ou com absolvição transitada em julgado; e 3º) para **desindexar** o nome do interessado de alguma notícia antiga (geralmente falsa, mas não necessariamente), **em sites de busca**.

Só por aí já se nota a grande abrangência desse suposto “direito ao esquecimento”, que vai do penal ao cível, das emissoras de TV aos motores de busca da *internet*.

Analisando o quadro normativo brasileiro, facilmente se percebe que não há nenhuma norma infraconstitucional expressa ou tácita que garanta tão amplo direito. E, mesmo que se admita, por interpretação constitucional, que tal direito decorreria **diretamente** da Carta de 1988 (da dignidade humana, do direito à intimidade, à imagem e à privacidade), a verdade é que a heterogeneidade dos litígios e das soluções mostram que, para ser reconhecido, esse “direito” precisaria ser adequadamente institucionalizado, com indicação precisa dos **sujeitos ativo e passivo, do conteúdo, das formas de aquisição e dos procedimentos** para a sua realização. Nada disso existe.

Constata-se, também, a partir dos exemplos jurisprudenciais, que as soluções encontradas poderiam perfeitamente ter sido obtidas prescindindo-se da referência ao “direito ao esquecimento”. Bastaria mudar o ângulo de observação, da pessoa de quem se fala ou indexa para a pessoa/entidade que fala ou indexa. Assim, poder-se-ia falar em **abuso do direito de informar** (nos casos das emissoras de TV), **abuso do direito de punir** (nos casos dos registros criminais antigos), ou **abuso da livre iniciativa** (nos casos dos motores de busca). E o **abuso de direito** tem previsão legal de grande envergadura semântica – art. 187 do Código Civil.

RE 1010606 / RJ

Na verdade, o “direito ao esquecimento”, pelo visto, tem sido uma **solução heurística** encontrada pelos tribunais para resolver litígios aos quais os magistrados, apesar da falta de legislação ou até mesmo por isso, conseguem conectar-se, revivendo-os mentalmente por meio da “**fantasia empática**” (Max Weber. **Economia y Sociedad**, México: Fondo de Cultura Económica, 1969, I, pp. 6-7). Os exemplos do exterior, embora tenham sido importantes na cunhagem do *nomen juris* e no oferecimento de exemplos modelares, não seriam relevantes se os nossos magistrados não sentissem, também eles, a necessidade de uma resposta conveniente para as situações típicas de aplicação do “direito ao esquecimento”.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei nº 4.657/42, art. 4º) não apenas autoriza, como determina que o juiz busque alternativas hermenêuticas para casos não previstos em lei. Evidentemente, essa norma de sobredireito pressupõe que o juiz considere **não intencional** a omissão legislativa, de modo tal que uma situação que deveria estar regulada, não esteja assim. A percepção de que a omissão legislativa é involuntária envolve a **compreensão empática do litígio** e a projeção intelectual dos seus efeitos, considerando o desdobramento causal esperado a partir daquela compreensão.

O que se nota é que o STJ e outros tribunais vêm, na verdade, colmatando uma **omissão legislativa** que consideram existir. Ao resolver litígios em que a **passagem do tempo** possui uma clara **relevância não antevista pelo legislador**, os tribunais têm buscado instituir consequências jurídicas apropriadas para as espécies que têm em mãos. Esse trabalho hermenêutico, **quando realizado caso a caso**, é legítimo e faz parte do processo de acomodação do direito escrito aos contextos em que tem de ser aplicado.

No momento em que os tribunais, a partir de uma heurística particular, concebem, todavia, a existência de um **instituto jurídico geral**

RE 1010606 / RJ

e **abstrato**, tal como um “direito ao esquecimento”, então se tem um uso excessivo da metodologia decisória, porque, na verdade, isso pode induzir à **falsa compreensão** de que efetivamente existe um tal “direito” no Brasil. E isso não é apenas um problema de nomenclatura; pode haver repercussões práticas importantes, dada a forte simbologia que está embutida na ideia de dizer-se que existe um “direito ao esquecimento”, quando, de fato, há apenas uma **vaga ideia** sobre isso, aplicada a um punhado de casos concretos.

A liberdade de comunicação, por exemplo, pode ser tolhida se a jurisprudência criar um ambíguo “direito ao esquecimento”, cujos limites ninguém sabe exatamente quais são. Os *sites* de busca podem ser inundados de pedidos de desindexação, sob o argumento de que essa ou aquela situação já teria sido atingida pelo “direito ao esquecimento”. As digitalizações de jornais e documentos antigos, que ocorrem em muitas instituições, podem-se ver ameaçadas. Os entes públicos podem enfrentar dificuldades para gerir e trocar informações, visto que a todo momento podem ser confrontados com o esfíngico “direito ao esquecimento”.

Mesmo o legislador, se resolver voltar a sua atenção para essa questão, visando a instituir o “direito ao esquecimento” entre nós, ver-se-á diante de um problema muito complexo e matizado.

A expressão verbal desse direito, caso se queira conceber uma definição global, que abarque as diferentes manifestações em que a sua incidência tem sido cogitada, não será simples. Isso porque o assim chamado “direito ao esquecimento” ou “direito de ser esquecido” tem várias acepções. Em geral, pode-se dizer que é faculdade de opor-se à **ressuscitação, por difusão ou acesso estruturado, de informações sensíveis sobre pessoa natural**, quando houver transcorrido **intervalo de tempo suficiente para gerar descontextualização ou anacronia** entre o fato e a sua nova divulgação.

RE 1010606 / RJ

O legislador, no entanto, deverá ainda resolver muitas dúvidas, entre elas: o direito ao esquecimento é apenas a faculdade de pedir reparação após a divulgação/indexação ou é o direito à própria interdição da divulgação/indexação? Deve-se ou não estipular prazos para reclamar, em certas situações típicas? O direito ao esquecimento é renunciável? É prescritível? O tratamento da difusão (por jornal escrito, rádio ou TV) deve ser o mesmo do acesso estruturado (*sites* de busca na *internet*)? As informações sensíveis abrangem apenas as estigmatizantes ou quaisquer outras cuja publicidade contemporânea seja indesejada pelo titular do direito? O direito ao esquecimento se aplica à reconstituição artística ou científica de um fato? As informações sensíveis devem ser apagadas ou apenas permanecerem em repouso? Quem são os legitimados para invocar o direito ao esquecimento? Contra quem deve ser invocado? Deve haver uma pena pecuniária ou criminal para o violador do direito ao esquecimento, para além da indenização por eventuais danos? A reiteração da ofensa ao direito ao esquecimento deve ser mais rigorosamente punida?

Enfim, essas e muitas outras circunstâncias acidentais, com as respectivas soluções, teriam de ser prognosticadas em um texto que viesse a instituir o “direito ao esquecimento”. Apenas a atividade legiferante, com toda a liberdade de debate e deliberação que lhe é ínsita, tem legitimidade e capacidade técnica para projetar e executar semelhante missão.

Ademais, a **implementação** de uma lei que criasse o “direito ao esquecimento” poderia enfrentar algumas **dificuldades práticas** nada desprezíveis, de tal modo que seria necessária também a concepção de procedimentos específicos para concretizar a pretensão ao esquecimento nas muitas manifestações em que pode ela se expressar.

A mera constatação de que o tempo desvanece certas reivindicações, ou de que há paz no esquecimento, não tem a densidade necessária

RE 1010606 / RJ

para institucionalizar um direito subjetivo em termos gerais. É muito antigo e, até certo ponto, trivial o reconhecimento de que o tempo, como uma das dimensões do ser e do conhecer, produz efeitos transversais sobre convivência humana, sendo normalmente associado ao esquecimento e ao perdão. Já no Velho Testamento (Levítico 25:8-16), o ano do Jubileu, que se repetia a cada transcurso do período de 50 anos, era celebrado pelos antigos judeus como uma época de perdão de dívidas, de alforria de escravos, enfim, um ano de libertação do passado. Também é antiquíssima a associação do esquecimento à paz, como se vê, por exemplo, na Odisseia (IX, 82-104), quando Homero se refere aos lotófagos como um povo pacífico, porque permanentemente esquecidos do passado.

Entre uma noção elementar dessas, porém, e a composição textual de um direito subjetivo, vai longa distância. Os romanos, com sua prodigiosa capacidade de traduzir ideias abstratas em mecanismos jurídicos funcionais, criaram o instituto da prescrição na via pretoriana, especialmente para estabilizar situações de fato consolidadas (como a posse) pela passagem do tempo. Depois, Teodósio II institucionalizou esse mecanismo em uma lei geral. Se consultarmos hoje as normas de qualquer país ocidental sobre a prescrição, veremos quantas ricas nuances aquela simples ideia da obliteração paulatina de um direito pela passagem do tempo veio a adquirir, quando convertida em um mecanismo jurídico operativo: início da contagem, suspensão e interrupção da contagem do prazo, prazos diferenciados, imprescritibilidades, etc.

Com isso, quero dizer que, para transubstanciar verdades prosaicas em direitos subjetivos, nos estados contemporâneos, é preciso o envolvimento do legislador, tanto por razões de **legitimidade democrática** como por conta das **técnicas apropriadas** para antecipar e normatizar a imensa quantidade de sutilezas que frequentemente suscita esse tipo de procedimento e para antever as inúmeras articulações que as novas normas estabelecerão com outras partes do ordenamento jurídico.

RE 1010606 / RJ

O caso particular do “direito ao esquecimento” apresenta ainda uma dificuldade adicional. É que os registros de memórias estão sofrendo transformações disruptivas com as novas tecnologias. Se a escrita alfabética representou o primeiro passo para a formação e a preservação por longo tempo de um vasto conjunto de memórias, a ponto de ter-se atribuído o epíteto de pré-história a tudo aquilo que ocorreu antes dela, o registro fotográfico, cinematográfico ou audiovisual em meio digital, além do uso de mecanismos inteligentes capazes de ler e inter-relacionar esses registros, pode ser considerado o começo da pós-história, para usar a expressão de Vilém Flusser (FLUSSER, Vilém. Pós-história: vinte instantâneos e um modo de usar. São Paulo: Annablume, 2011).

A própria indexação da informação é um bom exemplo de como **não é fácil antecipar** as consequências de tecnologias que alteram o modo como o **ser humano se relaciona com os registros de informações**.

Walter Ong (ONG, Walter; HARTLEY, John. **Oralidad y escritura. Tecnologias de la palabra** (Spanish Edition). Fondo de Cultura Económica. Edição do Kindle, *passim*) explica que a ideia de um índice para consultar uma obra escrita não apareceu antes da invenção da prensa de tipos móveis.

Isso porque, na época dos manuscritos, não havia dois textos iguais; logo não teria como se organizar um índice geral. Foi com a prensa de tipos móveis que a escrita passou a constituir objetos escritos idênticos, os livros como hoje os conhecemos. Mas ali por volta do século XV ou XVI, a escrita ainda não estava totalmente dissociada da oralidade, e pensava-se num texto como algo para ser lido em voz alta e em grupo, de modo a simular uma conversa. Nas conversas, era recorrente empregar-se a expressão “*lugares-comuns*”, que vinha da oralidade antiga (da retórica grega), para designar expressões ou pensamentos que constantemente apareciam nos discursos. Então, quando os livros começaram a ser

RE 1010606 / RJ

impressos em escala, convinha estabelecer um mecanismo para levar os leitores aos lugares-comuns, por isso, cogitou-se de usar um indicador associado ao número da página, a essa altura perfeitamente idêntico nos vários exemplares. A palavra “*index*” é uma forma abreviada do original “*index locorum communium*”. O índice alfabético, assim, foi uma encruzilhada entre as culturas auditivas (orais) e as culturas visuais (da escrita em livros impressos). Qual a ideia por trás da indexação eletrônica senão essa de levar o usuário da *internet* aos “lugares-comuns” (*sites* de interesse) que ele deseja ver? Mas, ao mesmo tempo, quem poderia cogitar, há algumas décadas, que esses “lugares-comuns” seriam imagens das pessoas como elas são realmente nas suas vidas íntimas, notícias constrangedoras sobre fatos ocorridos no passado ou mesmo informações sobre ligações dessas pessoas com fatos específicos? E quem poderia imaginar um “índice inteligente”, dinâmico, que age por si mesmo e muda, segundo um mecanismo matemático intrincado, conforme a menção a algumas “palavras-chave”, para revolver e organizar de modo hierárquico centenas de milhões de “páginas” em poucos segundos?!?

Essa pequena reflexão, creio eu, é capaz de demonstrar **a enorme complexidade da disciplina do que deverá ser um “direito ao esquecimento”, devidamente institucionalizado.**

Estou, portanto, de acordo com o Relator quanto a não haver ainda, no Brasil, o chamado “direito ao esquecimento” como categoria jurídica individualizada e autônoma.

Investigo a questão agora sob a perspectiva da liberdade de informação e de comunicação. Bem, a liberdade de comunicação é ampla e, de fato, não pode ser limitada previamente, segundo a nossa Constituição (art. 5º, IX: “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”). Assim, não vislumbro nenhuma possibilidade de extrair-se do texto constitucional norma, seja sob que denominação for, que proíba a

RE 1010606 / RJ

veiculação da notícia em si ou que exija a autorização prévia dos envolvidos para ser veiculada.

Rememoro, neste ponto, a vigorosa mensagem emitida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.815/DF (Ministra Cármen Lúcia, j. em 10/06/2015), segundo a qual não é admissível a censura prévia no direito brasileiro, sob nenhum pretexto. Naquela ocasião, discutia-se o problema das biografias não autorizadas, e o Tribunal, embora tenha declarado a inviabilidade da censura prévia, deixou claro, por outro lado, que a liberdade de expressão ou de informação pode eventualmente ser exercida de forma abusiva e, por isso, pode gerar o direito de resposta e o dever de indenizar.

Creio que a problemática deste caso está nisto: houve **abuso do poder de informar**, apto a gerar o **dever de indenizar** previsto na Constituição (art. 5º, X)?

Os incisos IX e X do art. 5º da Constituição preceituam:

“Art. 5º (...)

*.....
IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;*

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; (...)”

Sendo o jornalismo o recorte e a amplificação de fatos de interesse, naturalmente ele pode chocar-se contra a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas — às vezes com legitimidade, às vezes, não. Encontrar o tênue limite que separa o **jornalismo legítimo**, que tanta importância tem para a democracia, do **abuso jornalístico**, é tarefa que demanda a verificação de **circunstâncias concretas** e do próprio **ethos jornalístico**. Logo, não é possível estipular-se *a priori* um “direito

RE 1010606 / RJ

ao esquecimento” contra a imprensa, tanto mais porque um fato pretérito pode voltar inesperadamente a ter relevância. Agora mesmo vivemos uma pandemia que, em alguns aspectos, recorda aquela do ano de 1918. Assim, uma reportagem que volte às notícias daquele ano e traga informações verídicas da época é perfeitamente legítima. A História não pode ser apagada.

É claro que, nesse caso que cogitei, é simples a percepção da legitimidade jornalística, tanto pela **distância temporal**, que praticamente elimina a possibilidade de que algum vivente atual se considere prejudicado pela notícia restituída ao cotidiano, como pelo fato de a pandemia ser um assunto de **óbvio interesse coletivo**. Mas fatos antigos da vida privada também podem vir a apresentar interesse jornalístico posterior, pelas mais diversas razões, especialmente em se tratando de pessoas com alguma projeção social ou cultural. Assim, uma pessoa pode ver divulgado um fato desabonador do seu passado, se ela, por exemplo, planeja lançar-se candidata a algum cargo público importante. Uma pessoa célebre que defenda certa causa social ou política pode ter recrudescido algum fato passado incompatível com a defesa dessa causa, etc.

Por outro lado, é preciso reconhecer que existe o **mau jornalismo**, que é aquele que abusa das prerrogativas para criar notícias falsas ou para **causar sensação à custa da intimidade alheia**. E, mesmo aqui, é preciso ter prudência para não tolher a atividade informativa, senão quando ela for claramente lesiva à intimidade ou à imagem de alguém, e não apenas detestável, porque, no afã de debelar a mentira e a vulgaridade, pode-se sufocar a verdade ou cercear a válida distração do público.

Toda colisão entre a liberdade de comunicação e a vida privada das pessoas deve-se resolver de maneira **tópica** e levando-se em conta, por um lado, os cânones do **bom jornalismo**, e, por outro, os sintomas

RE 1010606 / RJ

do **mau jornalismo**. Somente assim se compatibilizam as duas normas constitucionais acima citadas (CF, art. 5º, IX e X), que não são excludentes reciprocamente.

Na hipótese que temos sobre a mesa, a **moldura fática estabelecida nas instâncias ordinárias** indica que faltou ao órgão de comunicação maior responsabilidade. A começar pela circunstância de que a **vítima do crime não era uma pessoa pública**, senão que se tornou conhecida pelo infeliz acontecimento já referido muitas vezes desde 1958. O **tempo transcorrido** desde o fato e a ausência de qualquer elemento novo que trouxesse relevância a ele é também um fator que depõe contra a conveniência da ressurreição pública do crime — daí a invocação do suposto “direito ao esquecimento”. A **oposição expressa da família, anterior à exibição do programa**, também poderia ter sido considerada pela empresa de comunicação, embora não fosse um fator impeditivo. Mas, o mais flagrante excesso do programa veiculado, supostamente com fins jornalísticos, está em **encenar dramaticamente o crime, com o uso de imagens não autorizadas da vítima**, para causar sensação e alimentar uma curiosidade mórbida, **em prejuízo da imagem de uma pessoa vítima de crime sexual, morta há décadas**.

É neste ponto, no dano à imagem da falecida e dos seus familiares, por uma conduta **evidentemente fora do padrão do bom jornalismo**, que está o cerne do dever de indenizar. Não cogito de apagar os fatos nem de proibir a sua divulgação oportuna, respeitosa com a vítima, sempre que a conveniência do momento assim o justifique. O que é inaceitável é tripudiar sobre a memória da falecida, trazendo inopinadamente à tona velhas feridas, **sem nenhum propósito informativo, sem nenhuma justificativa nos fatos presentes**. A exposição do nome da vítima, nesse contexto, torna-se um verdadeiro *bullying*. Se o objetivo era entreter, que se usassem nomes fictícios, que se assumisse o caráter artístico da matéria em todas as suas conseqüências.

RE 1010606 / RJ

O interesse pelos temas menores ou mórbidos não é vedado ao jornalismo. Aliás, é-lhe conatural desde o Mundo Antigo. Conta-se que Cícero, nas suas longas estadas fora de Roma, recebia notícias de seu amigo Caelius, por meio de cartas, que era o “jornalismo” da época. Em dada carta, Caelius escreveu que não ocorrera nada de relevante, exceto se Cícero quisesse saber sobre ninharias como casamentos, divórcios e adultérios entre pessoas proeminentes. E é claro que ele queria...

O problema não está no assunto, está no que a divulgação pode gerar de dano, sem o correspondente interesse público que justifique a notícia e sem a observância dos **padrões éticos do bom jornalismo**.

Se, nos primórdios do jornalismo, como disse um editor, em 1690, nos Estados Unidos, toda “a responsabilidade pelo fabrico das notícias era de Deus ou do Diabo”, a verdade é que nos órgãos atuais de imprensa a necessidade de criar notícias todo dia para preencher os espaços é muito grande, como explica Nelson Traquina:

“Com o novo jornalismo, desenvolveu-se a ideia de que competia ao próprio jornal andar atrás da ‘notícia’; era preciso encher o jornal com notícias que poderiam interessar os leitores. Para responder à procura, a própria empresa jornalística teve que crescer, empregando mais pessoas para a produção de notícias. Assim, emergiu uma nova figura no jornalismo – o repórter. O repórter tornou-se uma ocupação integral no jornalismo.”

(**Nelson Traquina. Teoria do Jornalismo**: Porque as notícias são como são. Editora Insular. Posição 405. Edição do Kindle)

E é justamente nessa ânsia por fabricar notícias que o jornalismo pode, aqui e ali, ofender direitos individuais fora do abrigo que lhe confere a sua justa liberdade de informar. As tecnologias digitais facilitaram imensamente o trabalho de publicação e hoje praticamente todos podem tentar de algum modo escrever e divulgar “notícias”.

RE 1010606 / RJ

O resultado tem sido, entre outros, a explosão de notícias falsas (*fake news*) por superabundância de meios de expressão. Então, conquanto a censura nunca seja uma boa solução, isso mostra que existe **a necessidade de autocontenção** para que a liberdade de expressão viceje de maneira saudável, **especialmente entre os profissionais da comunicação**, até como forma de dignificar o seu trabalho.

Os Códigos de Ética afirmam que os jornalistas precisam apresentar **compaixão** para com aqueles que são atingidos pela cobertura jornalística, especialmente jovens delinquentes, **vítimas de crimes sexuais** e fontes inexperientes ou incapazes de dar o seu consentimento (nesse sentido, ver o Código de Ética da *Society of Professional Journalists*, disponível em: [SPJ Code of Ethics – Society of Professional Journalists](#)).

Aída Curi, não é demais mencionar, foi vítima de um crime sexual brutal. Se, no passado, as mulheres vítimas desse tipo de crime eram tratadas sem a menor consideração, muitas vezes até como culpadas pelo fato, o certo é que a elevação do próprio nível civilizatório felizmente impôs o abandono dessa forma de encarar os fatos de uns tempos para cá, e o jornalismo não pode mostrar-se alheio a isso. A divulgação de cenas de estupro passou recentemente a ser crime (Lei nº 13.718/2018). Todavia, para fins jornalísticos, admite-se a divulgação, **desde que vedada a identificação da vítima** – CP, art. 218-C, § 2º: “*Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos*”.

Certo, pode-se dizer que, no caso dos autos, a divulgação foi fictícia, e não de imagens reais — até porque não há imagens reais do crime —, e que não havia qualquer lei sobre a matéria à época. Ora, o que importa é que **o nome da vítima do crime sexual foi novamente trazido à tona, de forma despropositada, cruel e sem qualquer importância pública.**

RE 1010606 / RJ

Admitir a exibição de cenas assim leva a um paradoxo: **a vítima viva, que pode protestar e defender-se, por lei não deve ter o nome revelado, mas vítima morta, que não mais tem meios para defender a sua honra e imagem, pode ser exposta e ter o seu nome sempre repetido por gerações e gerações depois de seu falecimento.**

Ou a um segundo paradoxo, ainda mais chocante: se algum dos criminosos viesse à Justiça, segundo a jurisprudência citada no começo deste voto, poderia ser indenizado, visto que ou a pena foi cumprida, ou está prescrita, de modo que não pode mais o nome do condenado ser ligado publicamente aos fatos. E o nome da vítima pode???

Se a matéria era artística, e não jornalística, volto a insistir, que se trocassem os nomes dos envolvidos, de forma a evitar a **desnecessária exposição da vítima verdadeira.**

Nem se pode dizer que o programa teria utilidade social, por exemplo, de ajudar na captura dos culpados pelo crime. Ora, 50 anos depois da ocorrência dos fatos, qualquer crime estaria irremediavelmente prescrito no Brasil, de modo que não haveria mais como punir ninguém.

Também **não é certo dizer que o crime tem uma importância histórica.** Nenhum elemento particular desse crime indica ter ele uma relevância especial para a história do país ou mesmo do Rio de Janeiro. Trata-se de um **crime comum**, embora com notável crueldade. O **constante reavivamento da notícia, por si só, não torna um crime histórico**, mas apenas indica **midiatização reiterada**, com profundo desprezo pela memória da vítima.

Considero, assim, que a interpretação dada, pelo tribunal de origem, aos arts. 5º, IX e X, 220, § 1º, e 221, IV, da Constituição não está

RE 1010606 / RJ

de acordo com o seu real significado normativo, **admitida a moldura fática soberanamente estabelecida nas instâncias ordinárias.**

Houve dano moral na espécie, **que excepcionalmente reconheço nesta via extraordinária, em razão da repercussão geral proclamada pelo Tribunal e da necessidade de expressar o alcance dos arts. 5º, IX e X, 220, § 1º, e 221, IV, da Constituição, que não abrangem “direito de ser esquecido”,** mas protegem a imagem das pessoas, **em especial das vítimas de crimes sexuais,** contra publicações que as exponham desnecessariamente, fora dos padrões éticos do bom jornalismo.

Ademais, superada a admissibilidade do recurso, incide, na hipótese, a Súmula nº 456: “*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*”. Daí a justificativa para que o Tribunal possa reconhecer **o dever de reparar dano moral (*an debeat*)** nesta via extraordinária, porquanto isso decorre do art. 5º, X, da Constituição Federal. **Não é viável no recurso extraordinário, porém, fixar valores de dano moral (*quantum debeat*),** porque, para isso, seria necessário investigar **aspectos fáticos e infraconstitucionais** que têm relação com o caso.

A discussão, nesta via extraordinária, apenas pode versar sobre a existência, ou não, do **dano moral**, que está diretamente ligada ao direito fundamental à imagem e à privacidade e configura-se *in re ipsa*. Já a apuração de possível **dano material** pressuporia inviáveis discussões de ordem fática, pois o próprio tribunal de origem deixou claro que a matéria fática carecia de prova:

“Muito embora seja realmente evidente o caráter comercial da produção, que realmente não se enquadra como jornalística, é certo que não restou provado nestes autos que a veiculação deste episódio em específico tenha sido capaz de majorar os lucros da Ré, porque não provado que os anunciantes tenham sido

RE 1010606 / RJ

atraídos pela veiculação do programa, como, aliás, bem realçou o eminente Relator no voto vencedor.

Nesta trilha, sabendo-se que os danos materiais somente são indenizáveis mediante prova cabal de sua existência, afasta-se o direito dos Apelantes em obter indenização a este título." (com meus grifos)

Em tal contexto, pedindo vênua para divergir parcialmente do eminente Relator, **dou provimento, em parte, ao recurso**, apenas para **reconhecer o direito à indenização por dano moral aos autores**, a ser fixado na instância de origem, dada a natureza infraconstitucional e fática dos elementos necessários para a aferição do seu valor monetário.

Proponho a seguinte tese: *“Não é possível extrair-se diretamente da Constituição Federal de 1988 o chamado ‘direito ao esquecimento’. Eventuais danos materiais ou morais causados por abuso do direito de informar ou de indexar informações devem ser apurados ‘a posteriori’, à luz dos elementos empírico-probatórios do caso concreto, e tendo em conta o disposto nos arts. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, 220, § 1º, e 221, IV, da Constituição Federal”*.

É como voto.

10/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Boa tarde, Presidente. Cumprimento todos os Colegas: Ministra CÁRMEN, Ministra ROSA, Ministros. Um especial cumprimento ao nosso Decano, Ministro MARCO AURÉLIO, que já retornou são e salvo da pequena intervenção cirúrgica que sofreu. É sempre uma alegria tê-lo junto conosco no Plenário, Ministro MARCO AURÉLIO.

Cumprimento também o Vice-Procurador-Geral, Doutor Humberto Jacques, e todos os advogados que fizeram sustentações orais e contribuíram para que nós possamos, aqui no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, discutir esta questão importantíssima e todos os seus reflexos.

Faço também um cumprimento especial ao Ministro DIAS TOFFOLI. O voto de Sua Excelência permite, do meu ponto de vista, que eu possa resumir, em alguns tópicos principais, o meu posicionamento, uma vez que Sua Excelência detalhou não só todo o histórico da questão, mas as principais questões, os principais julgamentos, inclusive do Direito Internacional.

Sr. Presidente, estamos examinando, neste Recurso Extraordinário, o Tema 786 da repercussão geral, que foi descrito nos seguintes termos:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 1º, III, 5º, caput, III e X, e 220, § 1º, da Constituição Federal, a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, considerando a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.

Na origem, Nelson Curi e outros (fls. 5-26, Vol. 1) ajuizaram ação ordinária, em face de Globo Comunicações e Participações S/A.,

RE 1010606 / RJ

objetivando a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, pela veiculação, não autorizada, da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa “Linha Direta - Justiça”.

Narram que, no ano de 1958, Aída Curi foi vítima de tentativa de estupro, seguida de assassinato, lançada da cobertura de um prédio no bairro de Copacabana, na cidade do Rio de Janeiro. Referem que, na época do ocorrido, a imprensa explorou exaustivamente os fatos e o processo criminal que se seguiu, no qual foram condenados apenas dois acusados, pois o terceiro era menor inimputável.

Registram que tiveram sua juventude maculada, não só pela imensa dor e tristeza relacionadas ao evento trágico, mas também porque a notoriedade atribuída ao caso tornou seus nomes sinônimos de tragédia, tanto no círculo das suas relações pessoais, como também em toda a sociedade.

Ressaltam que, com o passar do tempo, o episódio foi esquecido pela imprensa, permitindo que a família Curi pudesse se livrar do estigma sinistro que os perseguiu por tantos anos.

Não obstante, informam que, em 12/8/2004, o programa “Linha Direta – Justiça”, transmitido pela ré – TV Globo -, trouxe à tona novamente o caso, expondo a história pessoal e a imagem (fotografias) da vítima e também de alguns dos autores.

Sustentam a ilicitude da conduta da emissora de televisão, que, apesar de prévia, expressa e extrajudicialmente notificada pelos autores para não veicular os fatos, mesmo assim o fez, auferindo benefícios econômicos de verbas publicitárias e da venda de produtos e do próprio programa, à custa do nome, imagem, vida e sofrimento alheios.

Salientam que a veiculação de uma reportagem somente se mostra legítima e vinculada à liberdade de imprensa quando há contemporaneidade entre os fatos e a sua divulgação, pois assim se permite informar a sociedade dos eventos, para que possa se proteger e se adaptar ao mundo que a cerca.

RE 1010606 / RJ

Asseveram que o assunto veiculado no programa televisivo da ré não tem mais qualquer relevância jornalística e social, na medida em que ocorreu há quase cinquenta anos (a ação foi proposta em 20/10/2004).

Aduzem, ainda, que o roteiro do programa incluiu a encenação da dinâmica dos fatos, com a reprodução de cenas impactantes, com violência desnecessária. Além disso, foi exibida a foto da vítima morta e ensanguentada, nos braços de um de seus irmãos, ora autor desta causa.

Com base nesses argumentos, os autores requerem a declaração da “ilicitude da desautorizada utilização, pela ré, da imagem, nome e história pessoal de Aída Curi (e de todos os seus atributos de personalidade), tal como da história pessoal e imagem dos próprios autores” (fl. 26, Vol. 1); e a condenação da ré a (i) pagar pela utilização da imagem, nome e história pessoal de Aída Curi e dos próprios requerentes; (ii) restituir todo o ganho econômico que auferiu ou venha auferir com o programa ‘Linha Direta’ sobre Aída Curi, inclusive por meio da internet; e (iii) pagar indenização a título de dano moral, proporcional à capacidade econômica da Rede Globo de Televisão.

A sentença (fls. 65-80, Vol. 9) julgou improcedentes os pedidos, sob o fundamento de que a matéria jornalística apenas retratou fatos que tiveram ampla divulgação na época em que ocorridos, sem nenhuma insinuação lesiva à honra ou a imagem da falecida Aída Curi. Além disso, consignou que crimes contra a mulher continuam acontecendo nos dias de hoje e, por isso, permanece o interesse social em conhecê-los.

Aduziu inexistir prova nos autos da utilização da imagem da vítima, pela ré, com o intuito de majorar os lucros auferidos com o programa.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou-lhe provimento, confirmando os argumentos aduzidos pelo juízo sentenciante. O acórdão foi sintetizado nos termos da seguinte ementa (fl. 73, Vol. 10):

“INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA”. AUSÊNCIA DE DANO.

Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da

RE 1010606 / RJ

imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado "Linha Direta Justiça".

1- Preliminar - o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas.

2- A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais.

Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos.

A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.

O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento do seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.

Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator."

Contra essa decisão, os autores opuseram, consecutivamente, dois embargos declaratórios, que foram desprovidos (fl. 96/106, Vol. 10).

RE 1010606 / RJ

Irresignados, interpuseram, simultaneamente, Recursos Especial (fls. 114, Vol. 10, fls. 1-44, Vol. 1) e o presente Recurso Extraordinário (fls. 44-71, Vol. 12).

No Superior Tribunal de Justiça, a Quarta Turma do STJ negou provimento ao Recurso Especial (fl. 48, Vol. 14). Transitado em julgado o acórdão, o processo foi remetido ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (fl. 144, Vol. 1).

No apelo extremo, interposto com base no art. 102, III, da Constituição Federal, os recorrentes alegam violação aos seguintes dispositivos constitucionais: arts. 1º, III, 5º, *caput*, III e X, e 220, § 1º.

Inicialmente, renovam os argumentos articulados na petição inicial, para invocar o direito ao esquecimento, reconhecido na seara penal para o criminoso que já cumpriu sua punição. Sustentam que tal direito deveria também ser assegurado à vítima, na esfera civil.

Afirmam que, na ADPF 130, o STF decidiu que a liberdade de imprensa é livre e incondicionada, mas deve sempre respeitar os direitos personalíssimos de terceiros.

Alegam, ainda, que:

(i) o acórdão recorrido “leva à conclusão no sentido de que a liberdade de expressão teria caráter absoluto e se sobrelevaria às garantias individuais” (fl. 56, Vol. 12);

(ii) foram comprovados nos autos o uso não autorizado e indevido da imagem da falecida irmã dos recorrentes e o valor dos lucros auferidos pela ré, da ordem de R\$ 1.101.998,46, conforme apurado em laudo pericial, obtidos com a veiculação do programa em questão;

(iii) o programa em foco tem natureza estritamente comercial, ausente o cunho jornalístico, haja vista não preencher o requisito da contemporaneidade, sem o qual não se configura o interesse social que justificaria a imunização do exercício da liberdade de expressão (fl. 58, Vol. 12). Além disso, apresentou

RE 1010606 / RJ

roteiro sensacionalista, com dramatização de cenas chocantes e desrespeitosas com a dor dos recorrentes;

(iv) eventual interesse público também não justificaria a exploração comercial do patrimônio personalíssimo dos recorrentes, cumprindo à emissora ressarcir-los pela utilização ilegal de seus direitos imateriais; e

(v) o acórdão recorrido ratificou a conduta ilícita da recorrida e permitiu a violação da vida privada, intimidade, honra, imagem e dignidade humana dos recorrentes.

Ao fim, pedem a reforma do acórdão recorrido, com o arbitramento de indenização por dano moral e a condenação da recorrida a pagar-lhes o valor fixado no laudo pericial contábil, sem prejuízo da indenização pelo uso da imagem, nome e história dos recorrentes, os quais devem abranger o período até o trânsito em julgado da decisão final no processo.

Em contrarrazões (fls. 32-60, Vol. 13), a Globo Comunicação e Participações S/A alega, em preliminar, ausência de repercussão geral da matéria, a necessidade de revisão de provas, ausência de prequestionamento dos dispositivos constitucionais tidos por violados, e insuficiência na fundamentação do recurso, o que faria incidir as Súmulas 279, 282, 284, e 356, todas do STF. Sustenta, ainda, a conformidade do acórdão recorrido com a jurisprudência desta CORTE e a inexistência de afronta direta à Constituição Federal.

Defende que o programa “Linha Direta Justiça” exhibe casos criminais célebres, que tiveram grande repercussão na sociedade e despertaram o interesse público – e que, por isso, fazem parte da história brasileira. Grifa que é comum, no Brasil e no exterior, a veiculação por meios de comunicação, escritos e falados, desse tipo de matéria, e que o programa não tinha por objetivo invadir a vida privada e a intimidade de ninguém, pois se limitava a abordar fatos públicos e históricos.

Realça que um dos próprios recorrentes publicou livros sobre a tragédia, estando fartamente disponíveis, no site de busca Google, várias

RE 1010606 / RJ

informações a respeito do crime em tela.

Argumenta que é plena a liberdade de expressão, nos termos da Carta da República e, tratando-se de fatos verdadeiros, notórios e de interesse público, não necessitava de autorização do recorrente para divulgá-los, pois o direito ao esquecimento seria incompatível com a liberdade de informação.

Por fim, postula o desprovimento do recurso e, caso fixada alguma indenização, deve ser pautada pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em 11/12/2014, o Plenário da CORTE SUPREMA reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional em acórdão assim ementado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

A Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI, o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro – ITS, a Artigo 19 Brasil, o Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL, a Google Brasil Internet Ltda., o Instituto Palavra Aberta, o Instituto Partidário e Político – PLURIS, a YAHOO! do Brasil Internet Ltda. foram admitidos no processo como *amici curiae* (Docs. 37/53/77/85/90).

O Relator do presente Recurso Extraordinário, Ilustre Min. DIAS TOFFOLI, convocou audiência pública para ouvir autoridades sobre a matéria sob exame, qual seja, “ *Aplicabilidade do direito ao esquecimento na*

RE 1010606 / RJ

esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares” (Doc. 42).

Realizada a audiência pública em 12 de junho de 2017, foram juntadas aos autos as transcrições das manifestações proferidas na ocasião (Doc. 94).

A Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, manifestou-se pelo desprovimento do Recurso Extraordinário, nos termos da seguinte ementa (Doc. 96):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 786. DIREITO AO ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA PRÓPRIA VÍTIMA OU PELOS SEUS FAMILIARES. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO. ABORDAGEM DE FATOS RELACIONADOS A CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. Proposta de tese de repercussão geral - Tema 786: “O direito ao esquecimento consiste em desdobramento do direito à privacidade, devendo ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão”.

- Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário.”

É o que havia a relatar.

Estão preenchidos os requisitos legais e constitucionais para a admissibilidade do recurso. Passo ao exame do mérito.

Em um rápido resumo, a controvérsia - com repercussão geral reconhecida, conforme dito anteriormente - consiste em examinar, à luz dos princípios constitucionais, dos direitos e garantias fundamentais, da liberdade de expressão, do direito à informação, em contraponto à própria proteção à dignidade da pessoa humana, à inviolabilidade da

RE 1010606 / RJ

honra, à intimidade, à vida privada, se, a partir da interpretação desse aparente conflito de normas fundamentais, existe ou não a possibilidade de a vítima ou seus familiares, como no caso em questão, invocarem a aplicação do assim denominado “direito ao esquecimento” na esfera civil.

Sua Excelência, o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, Relator, bem colocou que a discussão aqui é mais ampla e acaba sendo mais ampla em virtude da repercussão geral. O direito ao esquecimento, como um todo, não é só em relação à vítima, aos seus familiares, e também não apenas em relação à questão televisiva, mas em todas as plataformas, como salientou o eminente Ministro Relator em seu detalhado e profundo voto.

Assim me sinto confortável em ditar conclusões - sob a minha ótica, obviamente - interpretativas sobre inúmeros casos que foram trazidos nas sustentações orais, no voto do eminente Ministro Relator e principalmente nas sustentações orais com interpretações diversas de tribunais internacionais e cortes internacionais. Parece-me haver um único substrato desses julgamentos que pode nos auxiliar, aqui, na decisão sobre a existência ou não, e qual seria a abrangência, desse direito ao esquecimento.

Foram citados o clássico artigo “*The Right to Privacy*” dos juristas norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado em 1890 (WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*. Civilistica.com, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul./set, 2013); o caso Gabrielle Darley Melvin, julgado pelo Tribunal da Califórnia na década de 1930; o rumoroso “Caso Lebach” (BVerfGE 35, 202 - Caso Lebach I - *Soldatenmord von Lebach*, j. 5/6/1973), julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1969; o Caso Lebach II, também julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1999 (BVerfGE 348/98, j. 25.11.1999); o caso *Google Spain*, maio de 2014), julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

RE 1010606 / RJ

Poderíamos, ainda, trazer à colação importantes julgamentos mais recentes, como o importante caso *Mme Monanges versus Kern* na Corte de Cassação da França (Décision 89-12580, j. 20/11/1990); também do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 2019 (BvR 16/13., j. 6/11/2019), envolvendo o semanário “Der Spiegel”; decisão da Corte de Cassação da Bélgica sobre arquivos digitais, em 2016; decisão da Corte Superior da Inglaterra e do País de Gales - *Queen’s Bench Division*, em 2018, sobre crimes empresariais; julgamento da Suprema Corte da Holanda, analisando o artigo 10.2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Decisão 15.5499, j. 6/1/1995); em 2018, julgamento do Supremo Tribunal da Espanha, no caso, *Joan Antón Sánchez Carreté versus Google*; em 2016, julgamento da Corte Constitucional da Turquia (P.H. versus O.G. (C.15.0052.F), j. 24/8/2016); também em 2016, a Corte Constitucional da Colômbia analisou a questão relativa a plataformas da internet (T-725/2016, j. 16/12/2016).

Analisando todos esses casos, suas especificidades e fundamentações, torna-se necessário fazer algumas indagações, absolutamente necessárias e imprescindíveis para o presente julgamento:

(1) É possível apontar uma definição, no direito comparado, sobre o real significado e as consequências da adoção de um geral e abstrato “direito ao esquecimento”?

(2) O “direito ao esquecimento” significa a possibilidade de apagar a divulgação de fatos ocorridos no passado e narrados objetivamente no presente?

(3) O “direito ao esquecimento” permite transformar a realidade em virtude do transcurso do tempo, simplesmente apagando o acesso à memória coletiva de fatos concretos e reais que ocorreram?

(4) O “direito ao esquecimento” se aplica só às divulgações modernas de fatos pretéritos (como na presente

RE 1010606 / RJ

hipótese), ou também em relação às divulgações antigas e contemporâneas aos próprios fatos pretéritos? Explico. Eventuais livros, revistas, artigos escritos à época dos fatos também poderão ser retirados das bibliotecas pelo transcurso do tempo, em face da aplicação do “direito ao esquecimento”? Essa preocupação foi bem ressaltada pelo ilustre relator, Ministro DIAS TOFFOLI, ao afirmar a necessidade de a análise recair sobre todas as plataformas.

As respostas a essas indagações demonstram as dificuldades do caso trazido a julgamento perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Em que pesem as diversas e respeitáveis interpretações dadas, inclusive aquelas citadas nas sustentações orais e no brilhante voto do Ministro relator, não é possível vislumbrar, em nenhum dos importantes casos existentes no Direito Comparado, respostas claras, diretas e impositivas a todas essas questões, que demonstrem a existência de um reconhecimento amplo e genérico e uma efetiva aplicação do “*direito ao esquecimento*” pelo Direito Comparado.

Alguns julgados inclusive - isso foi citado da tribuna e no voto do eminente Ministro Relator - nem usam a terminologia direito ao esquecimento. Tratam do assunto, mas nem utilizam essa terminologia.

No clássico artigo “*The Right to Privacy*” (WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*. Civilistica.com, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul./set, 2013), os autores tratavam da invasão de privacidade sentida pelos cidadãos norte-americanos no final do século XIX com a invenção da fotografia e o crescimento do jornalismo sensacionalista, o que tornou a expressão “*right to be let alone*” (também conhecida como “*right to be forgotten*”) cunhada pelo magistrado norte-americano Thomas Cooley e que se tornou mundialmente difundida no segmento jurídico dedicado à questão do direito à privacidade. Mas o artigo salientava a necessidade de proteger a vida privada de pessoas públicas da intenção

RE 1010606 / RJ

única de satisfazer a curiosidade das pessoas comuns. Ou seja, apontavam a necessidade da verificação de um verdadeiro “*desvio de finalidade*”.

Invasão de privacidade dos norte-americanos, final do século XIX, com a invenção da fotografia e o crescimento do jornalismo sensacionalista. Imaginem se os estivessem autores vivos e, hoje, fossem analisar o jornalismo sensacionalista do século XXI. Eles perceberiam que, no final do século XIX, era um convento o jornalismo sensacionalista.

Apontavam claramente - basta a leitura detalhada do artigo - a necessidade de verificação do que eu poderia denominar como um verdadeiro desvio de finalidade do jornalismo sensacionalista. Seria pegar informações, deturpar informações, fazer uma fofoca realmente sem nenhum interesse público. Ou seja, havia a necessidade - e o artigo já colocava lá no final do século XIX - desse requisito do desvio de finalidade.

Na década de 30, no caso Gabrielle Darley Melvin, o Tribunal da Califórnia reconheceu o direito desta ser indenizada por danos morais em razão da reprodução de obra cinematográfica (“*The Red Kimono*”), que retratava sua vida passada, expondo seu nome e imagem reais. Gabrielle, após ter sido inocentada do crime de homicídio cometido quando ainda vivia em ambiente de prostituição, tentava recomeçar sua vida dentro dos padrões morais da sociedade de então. Nesse contexto, a Corte norte-americana entendeu que o filme violara a intimidade e privacidade daquela, por comprometer sua reputação, causando-lhe prejuízos extrapatrimoniais (MAGI, Manuella Rocha, Análise do direito fundamental ao esquecimento sob a ótica do Recurso Especial 1.334.097/RJ; 2014, p. 7 *apud* DOTTI, 1980, p. 90-91). Também aqui, foi necessária a análise do caso concreto para afastar narrativa deturpada e tendenciosa, com juízo de valor prejudicial à imagem e honra da pessoa ofendida.

RE 1010606 / RJ

Ou seja, o que a Corte da Califórnia reconheceu foi que o filme violou a intimidade e a privacidade por comprometer a sua reputação, porque ela iria se casar. Agora já estava casada. Houve uma narrativa deturpada e tendenciosa, reconheceu a Corte, com um juízo de valor prejudicial à imagem e à honra da pessoa ofendida. Vejam, não é possível daqui se retirar, com todo respeito aos posicionamentos em contrário, substrato para um amplo, geral e irrestrito direito ao esquecimento.

Em 1969, colhe-se da jurisprudência alemã o rumoroso “Caso Lebach” (BVerfGE 35, 202 - Caso Lebach I - *Soldatenmord von Lebach*, j. 5/6/1973), no qual três homens cometeram o crime de latrocínio, que ficou conhecido como o “assassinato dos soldados de Lebach”. Nesse caso, dois dos acusados foram condenados à prisão perpétua, e o terceiro a seis anos de reclusão, na condição de partícipe. Este último, ao deixar o cárcere, ingressou com ação inibitória, a fim de evitar que determinado canal de televisão reproduzisse o evento delituoso com a exposição de sua imagem. O Tribunal Constitucional alemão acolheu o pedido embasado, sobretudo, nos argumentos de ausência de contemporaneidade da notícia, o que afastaria a alegação de interesse público na informação, bem como no risco à ressocialização do requerente pela divulgação do episódio (SWCHAB, Jurgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Tradução de Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 488). Talvez tenha sido o caso que mais próximo chegou de fixar requisitos objetivos para o reconhecimento do “direito ao esquecimento”, pois somente se referiu ao “interesse público” e “contemporaneidade”.

Porém, em 1999, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao analisar o Caso Lebach II, decidiu que é vedado proibir a exibição de programa sobre crime notório após considerável transcurso do tempo, por não acarretar risco para a ressocialização dos autores do crime, prevalecendo a proteção da liberdade comunicativa e de radiodifusão (BVerfGE 348/98, j. 25.11.1999).

RE 1010606 / RJ

Examinando esses dois casos - Lebach I e Lebach II -, também vamos verificar que há necessidade de análise específica do caso a caso, a análise de eventual desvio de finalidade, deturpação, contemporaneidade, ausência total de interesse público. Não se dá aqui algo genérico.

No caso *Google Spain*, que envolveu um advogado espanhol e o jornal catalão *La Vanguardia*, acerca de antiga notícia veiculada pela internet a respeito de dívida deste advogado perante o fisco espanhol, o Tribunal de Justiça da União Europeia passou a permitir que cidadãos europeus requisitassem, extrajudicialmente, às empresas provedoras de motores de busca, tal como o Google, a remoção de links para as páginas que exponham seus dados pessoais, quando essas informações possam ser consideradas imprecisas, inadequadas ou irrelevantes, consagrando-se uma das facetas do direito ao esquecimento. A decisão não consagrou um genérico “direito ao esquecimento”, mas sim a necessidade de combater “*informações imprecisas, inadequadas ou irrelevantes*”. Não proibiu a notícia do crime, da dívida com o fisco, mas sim a transposição imediata de um link para outro quando essa transposição levasse a notícias imprecisas, inadequadas e irrelevantes, deixando clara, na decisão, a necessidade de se combater exatamente informações imprecisas, inadequadas ou irrelevantes.

No início da década de 1980, o semanário “Der Spiegel” publicou dois artigos sobre o julgamento criminal do recorrente, que havia sido condenado por assassinato. Os artigos estavam disponíveis desde 1999. Uma pesquisa pelo seu nome por meio de um mecanismo de busca *online* mostrava esses artigos entre os principais resultados. O recorrente argumentou que, tendo em vista o tempo decorrido desde os eventos, o seu direito de personalidade, conforme consagrado nos artigos 2 (1) e 1 (1) da Lei Fundamental alemã, dava-lhe o direito de solicitar que esses artigos não aparecessem como resultados de uma pesquisa *online* simples baseada em nomes. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

RE 1010606 / RJ

concordou com essa linha de argumentação (BvR 16/13., j. 6/11/2019). Não se utilizou o “direito ao esquecimento” para apagar os fatos passados, proibindo sua divulgação; mas sim, para afastar os exageros na divulgação.

A Corte Superior da Inglaterra e do País de Gales - *Queen’s Bench Division* decidiu, em 2018, no caso anteriormente citado, que algumas informações relacionadas ao cumprimento da condenação por crimes empresariais deveriam ser desindexadas quando se tratar de informações desatualizadas e sem interesse público. O mesmo não deveria ocorrer quando se tratar de informações relevantes para a avaliação da honestidade do condenado, sobretudo ante seu comportamento repreensível no ramo empresarial e a gravidade da conduta criminosa (NT1 & NT2 versus Google LLC. j. 13/4/2018). Novamente, não houve consagração genérica do “direito ao esquecimento”, mas sim o afastamento de informações desatualizadas.

Na Holanda, a Suprema Corte afirmou que o direito ao esquecimento (ou *right to be left in peace*) deve prevalecer sobre a liberdade de expressão e de imprensa quando não subsistir interesse público na informação e quando for necessário para proteção da honra, reputação e demais direitos da pessoa ofendida, nos termos do artigo 10.2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Decisão 15.5499, j. 6/1/1995), tendo, portanto, reconhecido a necessidade da *ausência de interesse público e direta ofensa à honra e reputação*.

Por sua vez, a Corte de Cassação da França, no caso *Mme Monanges versus Kern* registrou que inexistente direito ao esquecimento em relação a fatos de interesse público que foram revelados de maneira lícita (Décision 89-12580, j. 20/11/1990).

O Supremo Tribunal da Espanha, no caso, *Joan Antón Sánchez Carreté versus Google*, entendeu que somente informações prejudiciais

RE 1010606 / RJ

sobre fatos remotos em relação a cidadãos comuns devem ser retiradas de divulgação (j. 10/4/2018).

Na América do Sul, a Corte Constitucional da Colômbia entendeu que os direitos dos indivíduos, naturais ou legais, são violados quando um meio de comunicação mantém, em suas plataformas da Internet, e disponibiliza aos seus usuários informações ou notícias indefinidamente, sem atualizar o seu conteúdo nos eventos em que as circunstâncias factuais são esclarecidas posteriormente e o exijam (T- 725/2016, j. 16/12/2016). Ressalto, novamente, que a decisão apontou a necessidade de as informações estarem desatualizadas, sem apontar fatos posteriores que esclareceram a situação.

Isso é muito importante e é algo que no Brasil várias ações judiciais vêm determinando, porque sai que determinada pessoa foi denunciada por crime grave ou ação civil pública por improbidade e essa indexação fica o resto da vida - a pessoa denunciada, a pessoa processada por improbidade - e não há atualização de que foi absolvida, de que já se encerrou processo.

Foi isso que a Corte Constitucional Colombiana determinou. Não que se apagasse a informação, mas que se retirasse a desatualizada ou que houvesse necessidade de atualização, com apontamento dos fatos posteriores que pudessem esclarecer a situação, ou seja, atualização das informações.

Em nenhum dos casos, houve o expresse reconhecimento de um genérico e amplo “direito ao esquecimento” em relação a fatos reais e concretos, ocorridos no passado e recontados no presente de maneira séria, lícita, objetiva, fidedigna e respeitosa, independentemente da gravidade da situação, do sofrimento causado ou do lapso temporal percorrido.

RE 1010606 / RJ

Independentemente - e logicamente para vítima, familiares, sempre é muito triste e trágico - da gravidade da situação ou do sofrimento causado ou mesmo do lapso temporal transcorrido, desde que - repito, aquele substrato que disse que seria possível retirar de todos esses julgados - os fatos pretéritos tenham sido narrados no presente de maneira séria, lícita, objetiva, fidedigna e respeitosa, não é possível apagá-los como se nunca tivessem existido.

Todos esses julgamentos têm algo em comum, além da necessidade de compatibilidade interpretativa entre a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana, a intimidade e privacidade; a exigência de análise específica – caso a caso – de eventuais abusos nas divulgações, da necessidade de atualização dos dados, da importância dos fatos, do desvio de finalidade ou na exploração ilícita das informações.

A solução para essa equação me parece ser a aplicação do binômio constitucional consagrado no artigo 5º da Constituição Federal em relação à liberdade de expressão: LIBERDADE E RESPONSABILIDADE.

Historicamente, conforme destaquei na ADI 4451, de minha relatoria, a liberdade de discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão (GEORGE WILLIAMS. *Engineers is Dead, Long Live the Engineers in Constitutional Law. Second Series.* Ian D. Loveland: 2000, capítulo 15; RONALD DWORKIN, *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana.* Martins Fontes: 2006; HARRY KALVEN JR *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law. Second Series.* Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14), que tem por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva (Tribunal Constitucional Espanhol: S. 47/02, de 25 de febrero, FJ 3; 126/03, de 30 de junio, FJ 3; S. 20/02, de 28 de enero, FFJJ 5 y 6).

RE 1010606 / RJ

A Constituição protege a liberdade de expressão no seu duplo aspecto: o positivo, que é exatamente "*o poder de se manifestar como bem entender*", e o negativo, que proíbe a ilegítima intervenção do Estado, por meio de censura prévia.

A liberdade de expressão, em seu aspecto positivo, permite posterior responsabilidade cível e criminal pelo conteúdo difundido, além da previsão do direito de resposta.

Em todos os casos tratados como direito ao esquecimento, o que houve foi efetivamente a aplicação do binômio liberdade com responsabilidade. Eu tenho a liberdade de divulgar o fato, eu tenho a liberdade de contar novamente, de realizar uma nova narrativa de fatos pretéritos, seja por meio televisivo, como no caso em questão, seja escrevendo um livro, seja dando uma palestra. Eu tenho a liberdade, só que o binômio traz a responsabilidade. Se eu me excedi, se desvirtuei os fatos, se não atualizei, poderei ser responsabilizado cível e criminalmente.

No entanto, não há permissivo constitucional para restringir a liberdade de expressão no seu sentido negativo, ou seja, para limitar preventivamente o conteúdo do debate público em razão de uma conjectura sobre o efeito que certos conteúdos possam vir a ter junto ao público.

Ora, se um programa televisivo contando um fato pretérito pode vir a causar isso ou aquilo, então vamos impedi-lo? Não é possível. Isso é censura prévia. Se exagerou, se desvirtuou, há a responsabilidade posterior. É o duplo aspecto da consagração constitucional da liberdade de expressão. O positivo, eu me manifestei, eu divulgo o que eu bem entender, só que com responsabilidade, sob pena de poder ser acionado cível e criminalmente. Agora, não é possível, a Constituição não autoriza, no aspecto negativo, que o Estado, ilegítimamente, consagre uma

RE 1010606 / RJ

intervenção prévia, uma censura prévia. O reconhecimento de um genérico, abstrato e amplo direito ao esquecimento configuraria, a meu ver, censura prévia.

Como e quem seria o órgão responsável para estipular se aquelas informações são verídicas, se foram desvirtuadas, são exageradas, são degradantes? Nós teríamos um controle preventivo das informações a serem divulgadas? Isso, claramente, a meu ver, com todo respeito às posições em contrário, configuraria censura prévia. Não há permissivo constitucional que garanta isso.

O reconhecimento amplo e genérico do “*direito ao esquecimento*” traz presente o traço marcante da censura prévia, com seu caráter preventivo e abstrato, buscando interditar o conteúdo que se pretende futuramente expressar, atribuindo-lhe supostas repercussões adversas que justificariam a restrição, sem a análise caso a caso das circunstâncias e características próprias.

A liberdade de expressão somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões e análises, inclusive sobre fatos pretéritos, por mais sensíveis que sejam.

No célebre caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630-1 (1919), OLIVER HOLMES defendeu a liberdade de expressão por meio do *mercado livre das ideias* (*free marketplace of ideas*), em que se torna imprescindível o embate livre entre diferentes opiniões, afastando-se a existência de verdades absolutas e permitindo-se a discussão aberta das diferentes ideias, que poderão ser aceitas, rejeitadas, desacreditadas ou ignoradas; porém, jamais censuradas, selecionadas ou restringidas pelo Poder Público que deveria, segundo afirmou em divergência acompanhada pelo JUSTICE BRANDEIS, no caso *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927), “*renunciar a arrogância do acesso privilegiado à*

RE 1010606 / RJ

verdade".

Os fatos narrados no programa televisivo têm ou não têm contemporaneidade, atualidade, importância? A narrativa sobre esse brutal feminicídio tem importância histórica? A pessoa, à época, não era famosa, como salientou o eminente Ministro NUNES MARQUES, mas foi um crime de comoção nacional? Foi um crime de comoção nacional. Por mais sensíveis que sejam os fatos, esses fatos jamais poderão ser apagados da crônica jornalística, policial e da Justiça do País. Basta - e todos aqueles que acompanham a sessão - irmos em qualquer buscador da internet e colocar o nome do caso para ver quantos *links* aparecem narrando o caso.

Seria possível determinar que se apagassem esse e todos os demais casos antigos que tiveram comoção, ou deve-se verificar a seriedade da narrativa, a seriedade da divulgação, a ausência de desvio de finalidade, a ausência de deturpação, de tratamento desrespeitoso? A narrativa de um fato cruel nem sempre por si só é desrespeitosa - o fato é cruel em si. Então, deve ser analisado se, naquele fato cruel, além da crueldade ínsita ao fato, houve tratamento desrespeitoso. Houve deturpação da história ou não?

Mas isso deve ser analisado sempre posteriormente e sob a ótica do aspecto positivo da liberdade de expressão. Eu me manifesto como eu quero, eu produzi o programa televisivo que eu quis, mas liberdade com responsabilidade. Se eu me desviei da responsabilidade, eu devo ser condenado pelo Poder Judiciário após o devido processo legal. Assim funciona, a meu ver, no âmbito da democracia, a garantia constitucional da liberdade de expressão, que não se direciona somente à permissão de expressar as ideias e informações oficiais produzidas por órgãos estatais, ou chanceladas previamente por órgãos estatais, ou ainda a suposta verdade das majorias. Liberdade de expressão garante diferentes narrativas. Um mesmo crime ocorrido no passado pode ter diferentes narrativas, desde que os fatos concretos sejam mostrados de forma

RE 1010606 / RJ

correta, não há impedimento para a manutenção de sua divulgação.

Agora, a narrativa está dentro da própria liberdade de criação. Se essa narrativa se desvirtuar, se essa narrativa degradar, insultar, haverá responsabilidade, mas não se pode impedir, a meu ver, previamente. Todas as narrativas, todas as opiniões são possíveis em discussões livres numa democracia. Debater esses assuntos de interesse, de relevância, inclusive assuntos duros, fatos cruéis que ocorreram, de forma irrestrita, robusta e aberta faz parte da democracia.

Há programas atuais, em várias emissoras não tão sensacionalistas como esse programa anterior, documentários nos canais fechados, canais por assinatura, que, ao tratarem de feminicídios, lembram casos ocorridos. Como que você vai tratar de determinado caso, como você vai discutir a ideia, discutir o problema sem fazer uma análise histórica do desenvolvimento de determinado crime e o porquê disso?

Recentemente, um documentário mostrou por que o Brasil, fora alguns países islâmicos, é o que tem o maior grau percentual de homicídios de transexuais. Ora, para isso, foi necessário mostrar, narrar os casos, desde antigamente até agora, de forma séria e objetiva, sem qualquer ofensa. Isso faz parte, a meu ver, da liberdade de expressão. E não cabe ao Poder Público, inclusive ao Judiciário previamente, escolher ou ter ingerência nessas fontes de informação, nas ideias, nos métodos, na narrativa que será construída. Cabe, sim, posteriormente responsabilizar, se houver eventuais desvios ou abusos.

No âmbito da Democracia, a garantia constitucional da liberdade de expressão não se direciona somente à permissão de expressar as ideias e informações oficiais produzidas pelos órgãos estatais ou a suposta verdade das majorias, mas sim garante as diferentes manifestações e defende todas as opiniões ou interpretações conflitantes ou oposicionistas, que podem ser expressadas e devem ser respeitadas, não

RE 1010606 / RJ

porque necessariamente são válidas, mas porque são extremamente relevantes para a garantia do pluralismo democrático (cf. HARRY KALVEN JR. The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in *Constitutional Law*. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 435).

Todas as opiniões existentes são possíveis em discussões livres, uma vez que faz parte do princípio democrático “*debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta*” (*Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 310 (1940), quoted 376 U.S at 271-72).

A Democracia não existirá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.

No Estado Democrático de Direito, não cabe ao Poder Público previamente escolher ou ter ingerência nas fontes de informação, nas ideias ou nos métodos de divulgação de notícias ou no controle do juízo de valor das opiniões dos meios de comunicação e na formatação de programas jornalísticos a que tenham acesso seus cidadãos, por tratar-se de insuportável e ofensiva interferência no âmbito das liberdades individuais e políticas.

O funcionamento eficaz da democracia representativa exige absoluto respeito à ampla liberdade de expressão, possibilitando a liberdade de imprensa e de opinião, jornalística, de criação artística, a proliferação de informações, a circulação de ideias; garantindo-se, portanto, os diversos e antagônicos discursos – moralistas e obscenos, conservadores e progressistas, científicos, literários, jornalísticos ou humorísticos, pois, no dizer de HEGEL, é no espaço público de discussão que a verdade e a falsidade coabitam.

RE 1010606 / RJ

A plena proteção constitucional da exteriorização da opinião (aspecto positivo) não significa a impossibilidade posterior de análise e responsabilização por eventuais informações injuriosas, difamantes, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais, pois os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, mas não permite a censura prévia pelo Poder Público.

São inconstitucionais, portanto, quaisquer mecanismos tendentes a constranger ou inibir a liberdade de expressão a partir de censura prévia (*Smith vs. California*, 361 U.S. 147, 1949; *Speiser vs. Randall*, 357 U.S. 513, 1958), como na hipótese de um reconhecimento genérico e abstrato de um “direito ao esquecimento”, pois estaria interferindo prévia e diretamente na LIBERDADE JORNALÍSTICA – ao pretender definir o formato e conteúdo da programação e restringir a própria narrativa e criatividade, elemento componente da liberdade de expressão.

Então, a meu ver, são inconstitucionais quaisquer mecanismos, inclusive o reconhecimento abstrato, genérico, amplo de um direito ao esquecimento, tendentes a constranger ou a inibir a liberdade de expressão a partir de censura prévia, como ocorreria se reconhecêssemos, repito, de forma genérica e abstrata, um direito ao esquecimento. Passados dez anos, passados quinze anos, não se pode mais tocar nesse assunto.

Ora, a história não se apaga. Estaríamos interferindo - o Poder Judiciário estaria interferindo - breve e diretamente na liberdade jornalística ao pretender definir o formato, o conteúdo de um programa, restringir, proibir a própria narrativa.

Assim, Presidente, não reconheço, na Constituição Federal, a existência de um abstrato e genérico direito ao esquecimento em relação a

RE 1010606 / RJ

fatos reais e concretos ocorridos no passado e contados novamente ou recontados, narrados novamente, no presente, de maneira séria, lícita, objetiva, fidedigna e respeitosa. Independentemente da gravidade da situação, lamentavelmente, também, independentemente do sofrimento causado, ou do lapso temporal transcorrido.

Reconheço, sim, a existência de uma efetiva proteção à dignidade da pessoa humana, à sua intimidade, à sua vida privada, à sua honra em relação a fatos pessoais passados ou presentes - aqui não importa se são passados ou presentes -, se forem narrados, contados, divulgados de forma escrita, falada ou televisionada de maneira ilícita, deturpada, mentirosa desatualizada, exagerada, tendenciosa, demagógica, ou seja, de forma desrespeitosa à dignidade da pessoa humana, porque, aí, nós vamos estar reforçando a consagração do binômio liberdade e responsabilidade previsto constitucionalmente.

Exatamente com essa interpretação, entendo deva ser apreciado o caso concreto.

Narram que, no ano de 1958, Aída Curi foi vítima de tentativa de estupro, seguida de assassinato, lançada da cobertura de um prédio no bairro de Copacabana, na cidade do Rio de Janeiro. Referem que, na época do ocorrido, a imprensa explorou exaustivamente os fatos e o processo criminal que se seguiu, no qual foram condenados apenas dois acusados, pois o terceiro era menor inimputável.

À época, esse fato foi exaustivamente acompanhado, explorado pela mídia, todo o processo, ou seja, o fato que teve uma comoção nacional, inclusive, pela idade da vítima. Registraram a sua juventude, a tristeza, a dor do episódio, e, obviamente, para a família, sempre é doloroso ver.

Registram que tiveram sua juventude maculada, não só pela imensa dor e tristeza relacionadas do evento trágico, mas também porque a

RE 1010606 / RJ

notoriedade atribuída ao caso tornou seus nomes sinônimos de tragédia, tanto no círculo das suas relações pessoais, como também em toda a sociedade.

Ressaltam que, com o passar do tempo, o episódio foi esquecido pela imprensa, permitindo que a família Curi pudesse se livrar do estigma sinistro que os perseguiu por tantos anos.

Não obstante, informam que, em 12/8/2004, o programa “Linha Direta – Justiça”, transmitido pela ré – TV Globo -, trouxe à tona novamente o caso, expondo a história pessoal e a imagem (fotografias) da vítima e também de alguns dos autores.

Dessa maneira, no caso sob exame, tem-se que a TV Globo, quase 50 anos após o assassinato de Aída Curi, transmitiu documentário exibido no programa “Linha Direta – Justiça”, contendo detalhes do crime e do processo judicial, com a teatralização do delito e a exposição da imagem da vítima e de um de seus irmãos, ora recorrente.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou que ré *“cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso [...] para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.”* Assentou que esse dever de informar se sobrepõe ao direito ao esquecimento daqueles que desejam deixar o passado para trás.

Mas não posso aqui afirmar que essa história exibida no programa *Linha Direta Justiça*, em 12 de agosto de 2004, tenha se desviado das balizas, em que pese o sensacionalismo, até porque o programa era sensacionalista, dos parâmetros jornalísticos. Os fatos narrados são reais, concretos e ocorreram no passado. Foram recontados no presente, em que pese, repito, o sensacionalismo, de maneira séria, lícita e objetiva. Não houve, por parte da recorrida, uma narrativa ilícita, uma deturpação dos

RE 1010606 / RJ

fatos, uma narrativa mentirosa, desatualizada, exagerada. Não houve, portanto, desrespeito ao binômio liberdade e responsabilidade.

Dessa forma, Presidente, acompanho o eminente Ministro Relator, pedindo vênias à divergência inaugurada pelo Ministro NUNES MARQUES, no sentido do não provimento do recurso extraordinário.

Em relação à tese, também trarei um voto, mas aguardarei os debates e a conclusão do julgamento. Se eventualmente esse for o posicionamento vencedor, partindo da própria tese já exposta pelo eminente Ministro Relator, me posicionarei.

Agradeço, Presidente.

10/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Muito obrigado, Senhor Presidente. Cumprimento Vossa Excelência, as Senhoras Ministras, os Senhores Ministros, as Senhoras Advogadas, os Senhores Advogados, o Senhor Vice-Procurador-Geral da República, o Senhor Humberto Jacques, o Senhor Ministro Advogado-Geral da União, Professor José Levi. E reitero, aqui, Senhor Presidente, as saudações e os genuínos cumprimentos feitos às sustentações orais.

Como também, ao início, Senhor Presidente, expresso e reitero as manifestações merecidamente elogiosas ao erudito voto proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli, ao desatar, do ponto de vista da compreensão de Sua Excelência, essa sensível e relevante matéria.

Cumprimento também os eminentes Ministros que me antecederam, Ministro Nunes Marques e Ministro Alexandre de Moraes. Ambos, na questão central, acompanharam Sua Excelência o eminente Ministro-Relator.

A questão central, como se sabe e está na repercussão geral, é a de saber se é aplicável o direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

A resposta trazida à colação por Sua Excelência o Relator, no que foi acompanhado por ambos os Ministros que me precederam no ponto, é negativa no sentido de sustentar a inaplicabilidade.

Eu vou trazer à colação uma reflexão, Senhor Presidente, Senhores Ministros que, não apenas por dever de ofício, mas também por respeito, me permite registrar de início a Sua Excelência, eminente Ministro-Relator, a minha expressão de respeito e de vênias, eis que vou tomar a liberdade de dissentir da conclusão trazida à colação.

Princípio a discussão do mérito do presente recurso extraordinário subscrevendo o relatório do eminente Ministro-Relator e as demais circunstâncias rememoradas pelos ilustres Colegas que me antecederam.

10/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado do relatório do e. Ministro Dias Toffoli.

Rememoro, para fins argumentativos, que se trata de Recurso Extraordinário no qual se insurgem os requerentes, com fundamento no art. 102, inciso III, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que confirmou improcedência de ação indenizatória. Na ação original, os requerentes demandavam compensação pecuniária e reparação material, em desfavor da requerida, em razão do uso não autorizado da imagem de sua falecida irmã em programa televisivo denominado “Linha Direta Justiça”.

Os recorrentes, alegando contrariedade aos arts. 1º, III; 5º, *caput*, III e X; e 220, § 1º, da Constituição da República, requerem que sejam julgados procedentes todos os pedidos elencados na petição inicial, inclusive o de arbitramento de indenização por dano moral e de condenação da recorrida a pagar indenização no valor fixado no laudo pericial contábil, sem prejuízo da indenização pelo uso da imagem, nome e história dos recorrentes, mesmo se a exploração destes atributos da personalidade tiver ocorrido depois da sentença, até o trânsito em julgado. Requerem, ainda, que seja declarada a ilegalidade do programa televisivo sob comento, por afrontar a dignidade humana dos recorrentes, garantindo-lhes, expressamente, seu direito ao esquecimento no que tange ao assassinato de sua irmã.

Alegam os requerentes que o programa televisivo exibido pela recorrida revisitou eventos traumáticos ocorridos na década de 1950, explorando não apenas a dor se sua família, senão também imagens de sua irmã.

Aduzem que a dor causada pelo revolvimento dos fatos foi recrudescida pela abordagem feita pelo programa. Em lugar de um

RE 1010606 / RJ

tratamento jornalístico, teria sido empregado um viés cênico, sensacionalista e estritamente comercial, que explorou graficamente o conteúdo de violência do caso.

Os requerentes invocam, a partir de exemplos doutrinários e de jurisprudência nacional e estrangeira, um direito ao esquecimento, corolário da dignidade humana. Argumentam que possuem pretensão legítima de esquecer seu drama e de não o reviver em rede nacional televisiva. Tal direito decorreria logicamente das proteções constitucionais à moral, ao nome, à imagem e à dignidade humana.

Em suas contrarrazões, a requerida alega que programas como o ora discutido são comumente produzidos ao redor do mundo. Trata-se de série documental sobre casos criminais célebres, isto é, já conhecidos do público, fartamente discutidos no seio da sociedade.

Quanto aos fatos que concernem ao presente feito, alega que os materiais utilizados na composição do programa foram, em larga medida, extraídos de arquivos públicos e bancos de reportagens disponíveis em bibliotecas e na internet. Isto ajudaria a demonstrar a dimensão pública do caso e sua presença na história brasileira. Neste sentido, haveria o interesse jornalístico em realizar o programa, amparado pela liberdade de expressão consagrada nos artigos 5º, IV, IX, XIV; e 220, §§ 1º e 2º da CRFB/88.

Era o que se tinha a rememorar.

Princípio a discussão do mérito do presente Recurso Extraordinário assentando a premissa que, penso, deve guiar a análise da questão jurídica aqui posta. Não fere a integridade do direito o fato de que princípios eventualmente contrários, e não simplesmente opostos, como a liberdade de expressão e o direito ao esquecimento, convivam em um mesmo ordenamento constitucional. É mesmo essa condição de contrariedade e de concorrência que permite ao intérprete, diante da concretude do caso, a eles atribuir sentido.

Há, no entanto, ao menos duas dificuldades ao se tentar delinear os contornos normativos do direito ao esquecimento.

Em primeiro lugar, o referente do termo “direito ao esquecimento” é

RE 1010606 / RJ

essencialmente multifário. Trata-se, em verdade, de um conceito guarda-chuva que recolhe uma pluralidade de direitos singulares que, não necessariamente, se adunam. Neste sentido, é possível afirmar que o direito ao esquecimento compreende, mas não se reduz nem aos tradicionais direitos à privacidade e à honra, nem tampouco ao direito à proteção de dados. Ele decorre, em verdade, de uma leitura sistemática do conjunto destas liberdades fundamentais. Segundo a lição de Ingo W. Sarlet e Arthur M. Ferreira Neto, o direito ao esquecimento se encontra:

“mais atrelado a uma pretensão de autodeterminação do indivíduo relativamente às informações – sejam aquelas armazenadas em meio digital, sejam as conservadas por meio de outro suporte físico – sobre sua esfera pessoal que estejam colocadas à disposição de todos por tempo indeterminado, visando, com isso, não apenas a proteger a sua privacidade, mas especialmente a permitir que ele possa direcionar ou reconstruir sua imagem, tal como apresentada publicamente perante os demais membros da sociedade. Assim, é possível sustentar que o reconhecimento de um direito ao “esquecimento” encontra amparo mais robusto no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e no direito à autodeterminação informacional (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) àquele associado, do que propriamente nos direitos à privacidade e à intimidade e mesmo dos direitos à honra e à imagem, ademais de outros direitos da personalidade” (SARLET, Ingo W. e FERREIRA NETO, Arthur M. O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018).

Em importante estudo de direito comparado em que recuperam o tratamento dado ao tema por cortes belgas, holandesas, britânicas, francesas, alemãs, polonesas, argentinas, chilenas, mexicanas, colombianas, brasileiras e peruanas, Geert Van Calster, Alejandro

RE 1010606 / RJ

Gonzalez Arreaza e Elsemiek Apers traçaram um quadro compreensivo dos usos do conceito de “direito ao esquecimento”. Os autores concluem que, após o famoso caso *Google Spain vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o instituto se difundiu de forma desordenada, sendo empregado para a definição de casos muito diversos, que iam desde as ditas demandas de desindexação (retirada dos mecanismos de busca da internet), até os pedidos de não exibição de programas televisivos, ou apagamento de registros jornalísticos:

“Assim como a própria internet, o direito ao esquecimento tem tido uma aplicação inconsistente através das jurisdições. Diferentes sistemas legais tentam encontrar uma aplicação adequada ao direito ao esquecimento que leve também em consideração outras liberdades importantes. A importância das questões abarcadas pelo direito ao esquecimento é atestada, talvez, pelo fato de que muitos países entenderam ser necessário encontrar um equilíbrio entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão na “era da internet”. (...) Ademais, um tema central discutido particularmente nos casos latino-americanos, trata da preocupação de que o direito ao esquecimento seja usado – ou abusado – de forma a permitir que poderosos escondam casos de corrupção. Outra preocupação importante e relevante envolve a necessidade de que os países do continente mantenham sua “memória histórica” em relação a violações passadas de direitos humanos” (CALSTER, G.; GONZALEZ ARREAZA, A.; e APERS, E. Not just one, but many ‘Rights to be Forgotten’. *Internet Policy Review*, v. 7(2), 2018).

A segunda dificuldade que se enfrenta ao tentar definir os contornos do direito ao esquecimento passa pela rápida mutação do substrato material da sociedade ao qual ele se refere. Porque este direito está ligado às tecnologias de arquivamento disponíveis em determinado momento

RE 1010606 / RJ

histórico para certa sociedade, é de se esperar que a evolução do aparato técnico-científico implique não apenas saltos quantitativos, mas também qualitativos. Como demonstrou o arqueólogo francês André Leroi-Gourhan, toda técnica é um processo de exteriorização e, portanto, envolve uma “memória social em expansão” (LEROI-GOURHAN. **Le Geste et la Parole. Tome 2 : la mémoire et les rythmes**. Paris: Albin Michel, 1965).

Em outras palavras, as mutações tecnológicas dizem respeito a uma expansão da capacidade social de arquivamento e, portanto, de produção de memória. Com o advento da internet, nós nos confrontamos com a possibilidade virtual do arquivo total, ou da memória perfeita. Neste caso, a dinâmica de equilíbrio entre o lembrado e o esquecido, típica dos processos de seleção e reflexão que compõem as memórias individuais e coletivas, pode vir a dar lugar a variados fenômenos de patologia social (cf. MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. Princeton: PUP, 2009).

Diante deste contexto, é de se esperar que também o direito ao esquecimento, à medida que será chamado a dar solução a essas formações patológicas da memória perfeita, deverá, ele também, ter seus limites constantemente reinterpretados.

Ainda que não o nomeie expressamente, a Constituição da República, em seu texto, alberga os pilares do direito ao esquecimento, porquanto celebra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informativa — que fora reconhecido, por exemplo, no referendo das medidas cautelares nas ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390, e 6.393, todas de relatoria da e. Ministra Rosa Weber (art. 5º, XII, CRFB/88).

Anote-se que também esta Corte tem se valido, em decisões monocráticas ou no interior das turmas, da noção de “direito ao esquecimento”. A este respeito, confira-se HC 126.315 (Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes), HC 128080 (Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o Acórdão Min. Edson Fachin), Rcl 22328 (Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

RE 1010606 / RJ

No direito brasileiro, mister ressaltar que já houve, na IV Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, a aprovação do Enunciado n.º 531, de 2014, de acordo com o qual: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Assentada a premissa inicial de que o direito brasileiro alberga um direito ao esquecimento, passo à análise do caso concreto ora sob julgamento.

Evidencia-se, a partir do objeto litigioso apresentado, a concorrência entre princípios que reclamam prioridade na aplicação ao caso: o princípio da liberdade de expressão, especificado na liberdade de imprensa, e o princípio do direito ao esquecimento. Em última medida, quer-se saber se os requerentes têm o direito de impedir que o crime cometido contra sua irmã seja reapresentado e representado em programa de televisão, por causar-lhes grande dor o revolvimento dos fatos.

Desde o seminal acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Google Spain vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja*, parece ter se desenvolvido um consenso, na doutrina e na jurisprudência, de que a natureza do conflito principiológico envolvido em casos semelhantes necessita da aplicação da técnica de sopesamento. A literatura mostra, entretanto, que permaneceu aberta a questão de saber quais os critérios a serem adotados em juízo de proporcionalidade, e qual peso devem receber os princípios do direito ao esquecimento e da liberdade de informação.

Ao decidir o caso *Google Spain*, O Tribunal de Justiça da União Europeia se limitou a afirmar que o sopesamento “deve depender, contudo, nos casos específicos, tanto da natureza da informação em questão e sua sensibilidade para a vida privada do titular dos dados, quanto do interesse do público em possuir tal informação” (*Google Spain*, Caso C-131/12).

No Direito Europeu, um indício importante é fornecido pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento UE 2016/679),

RE 1010606 / RJ

que, em seu art. 17, delinea as hipóteses de exceção ao “Direito de Apagamento (Direito de Ser Esquecido)”. Essas hipóteses podem ser resumidas da seguinte maneira: exercício lícito da liberdade de expressão ou informação; interesse público na área de saúde; cumprimento de obrigação legal; defesa em processo judicial; arquivo de interesse público; ou investigações de natureza científica, histórica ou estatística.

Como fora apontado por diversos pesquisadores, este tipo de juízo de proporcionalidade incorre no risco de ter que definir a difícil linha demarcatória entre os interesses públicos e os interesses privados (cf. SINGLETON, Shaniqua. "Balancing a Right to Be Forgotten with a Right to Freedom of Expression in the Wake of Google Spain v. AEPD. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 44, n. 1, 2015).

Para além disso, sopesar o direito ao esquecimento em seu contraste com a liberdade de expressão e de informação significa, não raro, recorrer a algum sucedâneo do interesse da coletividade. Aos olhos de boa parte da doutrina, as balizas postas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia para tal raciocínio jurídico parecem ainda insuficientes. No caso *Tietosuojavaluutettu v. Satakunnan Markkinaporssi Oy*, julgado ainda em 2008, aquele tribunal assentou: “o interesse público aparece, em qualquer caso, quando a informação comunicada se relacionar a um debate público que verdadeiramente ocorre” (*Satakunnan Markkinaptrssi*, Caso C-73/07).

Refletindo sobre a literatura que se insurgiu criticamente contra o modelo de ponderação adotado no caso *Google Spain vs. AEPD*, Reinhard Singer e Benjamin Beck oferecem uma análise bastante relevante para compreender os contornos de um direito ao esquecimento nas ordens jurídicas locais. Na concepção dos autores, há não somente a possibilidade, mas verdadeiramente um dever de que os tribunais nacionais mobilizem suas próprias jurisprudências em eventuais ponderações sobre o direito ao esquecimento:

“Deve-se concordar com a crítica no sentido de que, ao que tudo indica, o TJUE busca a solução do conflito no relacionamento entre a pessoa afetada e a operadora da máquina de busca e, com isso, “reduz a complexidade do processo de ponderação”. Os

RE 1010606 / RJ

direitos fundamentais de comunicação das operadoras das máquinas de busca precisam ser incluídos no processo de ponderação. Para o conflito que venha a surgir em casos concretos entre liberdade de expressão e proteção da personalidade é preciso criar um equilíbrio tão harmonioso quanto possível – no jargão técnico dos jusconstitucionalistas alemães, uma “concordância prática”.

Por enquanto ainda é difícil, porém, avaliar se a sentença Google, como muitos temem, acabará levando a um deslocamento duradouro e unilateral dos pesos em detrimento da liberdade de opinião, pois são os tribunais nacionais que, em última análise, devem tomar a decisão ponderativa concreta, como o TJUE também enfatiza expressamente na sentença Google. Além disso, os enunciados do TJUE, por causa de sua abertura e seu alcance limitado em termos de conteúdo, oferecem aos tribunais nacionais uma considerável margem de interpretação e estruturação” (SINGER, Reinhard; BECK, Benjamin. O “direito ao esquecimento” na internet: significado, efeitos e avaliação da “sentença Google” do Tribunal Europeu de 13 de maio de 2014. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 19-46, jul./dez. 2018, grifei).

Foi o que também demonstrou a professora Karina Nunes Fritz, em recente análise de decisão do *Bundesgerichtshof*:

“Em suma, o Bundesgerichtshof concluiu que, embora a informação sobre o autor dissesse respeito a dados pessoais, inclusive dados sensíveis (saúde), a relevância social da notícia, aliada a sua baixa potencialidade lesiva, se sobrepõe ao direito ao esquecimento, afastando a pretensão de desindexar do resultado de buscas do Google links de notícias de jornais informando que a instituição enfrentou,

RE 1010606 / RJ

durante sua gestão, grave crise financeira e que o mesmo afastou-se da direção por problemas de saúde.

Embora reconhecendo a existência do direito ao esquecimento, o BGH negou-o no caso concreto após ponderação das diversas posições jusfundamentais em colisão. Antes de fragilizar o direito ao esquecimento, a decisão o reforça, acentuando sua natureza jusfundamental, que justifica a ponderação no caso concreto, até porque não há primazia apriorística nem da liberdade de expressão e informação, nem do direito à proteção de dados pessoais” (FRITZ, Karina Nunes. **Direito ao esquecimento não é absoluto, diz Bundesgerichtshof.** Disponível em: www.migalhas.uol.com.br/coluna/germanreport/336206/direito-ao-esquecimento-nao-e-absolutobundesgerichtshof. Acesso em 08/02/2021).

A ideia de um direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira, especialmente nas formulações teóricas que partem das linhas traçadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, não prescinde de uma análise pormenorizada do corpo de precedentes do Supremo Tribunal Federal. Deve-se considerar, sobretudo, a sólida jurisprudência em matéria de proteção à liberdade de informação que esta Corte construiu.

No julgamento da ADPF 130, este Supremo Tribunal Federal analisou a compatibilidade da Lei nº 5.250/1967, conhecida como Lei de Imprensa, com o Constituição Federal de 1988. O Tribunal não apenas reconheceu a não recepção da lei, senão também lançou as bases para a compreensão da relação entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Eis a ementa da decisão, de relatoria do e. Ministro Ayres Britto:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA.
ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME

RE 1010606 / RJ

CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES

RE 1010606 / RJ

PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO (ADPF 130, Rel. Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ Nr. 208 do dia 06/11/2009).

Em seu voto, o e. Ministro Ayres Britto avançou a tese segundo a qual o direito de informação não poderia sofrer nenhuma outra restrição além daquelas dispostas no texto constitucional. Como consequência, as ressalvas dos direitos da personalidade contidas no art. 220, §1º deveriam recair sobre um juízo de ponderação do poder judiciário, responsável por sopesar os conflitos de princípios diante das circunstâncias dos variados

RE 1010606 / RJ

casos concretos. Em outras palavras, ainda que se possa falar de uma “posição de preferência [*preferred position*]” da liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro, implicando alto ônus argumentativo para afastá-la (BARROSO, L. R. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004), o poder judiciário deverá determinar as balizas para, segundo as circunstâncias fáticas apresentadas, julgar a responsabilização civil e penal das pessoas naturais e jurídicas. É precisamente o que explica o Ministro Ayres Britto em passagem importante de seu voto na ADPF 130:

Na realidade, a própria Carta Política, depois de garantir o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe parâmetros - dentre os quais avulta, por sua inquestionável importância, o necessário respeito aos direitos da personalidade (CF, art. 5º, V e X) - cuja observância não pode ser desconsiderada pelos órgãos de comunicação social, tal como expressamente determina o texto constitucional (art. 220, § 1º), cabendo, ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto (ADPF 130, Rel. Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ Nr. 208 do dia 06/11/2009).

A doutrina dominante também refletiu essa posição:

“À vista de mais este julgado, o que se pode afirmar, em caráter de síntese e retomando a perspectiva adotada já na parte inicial deste item, é que doutrina e jurisprudência, notadamente o STF, embora adotem a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, admitem não se tratar de

RE 1010606 / RJ

direito absolutamente infenso a limites e restrições, desde que eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) e tenha por fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (que aqui opera simultaneamente como limite e limite aos limites de direitos fundamentais) e de direitos e bens jurídico-constitucionais individuais e coletivos fundamentais, observados os critérios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 514).

Parece-me importante enfatizar, diante do quadro normativo assim delineado, que eventuais juízos de proporcionalidade, em casos de conflito entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação, devem considerar a posição de preferência que a liberdade de expressão possui no sistema constitucional brasileiro, mas também devem preservar o núcleo essencial dos direitos da personalidade.

Entendo que uma leitura sistemática da Constituição da República e dos precedentes do Supremo Tribunal Federal exige que se proceda a verdadeira hermenêutica da suspeição diante de ponderações entre os interesses públicos e privados. Como apontei anteriormente, a literatura jurídica tem levantado dúvidas quanto à validade deste tipo de juízo nos casos de direito ao esquecimento.

Diante da posição preferencial da liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro, as limitações a sua extensão parecem seguir um modelo em que, sob determinadas condições, o direito ao esquecimento deve funcionar como trunfo. Independentemente do maior ou menor interesse que eventualmente tenham o indivíduo ou a sociedade, o juízo da corte deve recair sobre as condições de imanência ou transcendência da informação em relação à esfera individual.

Neste sentido, entendo que as circunstâncias do caso concreto

RE 1010606 / RJ

indicam que o conjunto de eventos do caso Aída Curi desborda a esfera individual dos requerentes. Para assim concluir, recorro a três premissas.

Em primeiro lugar, a informação veiculada faz parte de um amplo acervo público de notícias de jornais e revistas, e de trabalhos acadêmicos com finalidade puramente científica. Tratando-se, portanto, de materiais essencialmente públicos, e considerando-se que o programa “Linha Direta Justiça” deles se serviu, em larga medida, é razoável compreender que as expectativas de privacidade do requerente se veem diminuídas.

Em segundo lugar, o caso Aída Curi assume uma incontornável dimensão histórica. Por um lado, ele é o retrato de seu tempo, de suas contradições e de seus problemas. Por outro, ele conecta passado e futuro ao referir uma realidade de violência contra a mulher que, em muitos sentidos, ainda é tristemente a nossa. O interesse histórico e jornalístico é assim preservado. Em meu entender, o fato de que o recurso narrativo empregado pela requerida tenha sido o de reconstruir certas passagens através de dispositivos cênicos não comporta excesso no exercício da liberdade de expressão.

Em terceiro lugar, o relato produzido pela requerida não profana o núcleo essencial dos direitos da personalidade dos requerentes. Não tendo ficado caracterizado, nos autos, um dano substancial à memória da vítima e de seus familiares, entende-se que o programa exibido se manteve na seara própria de discussão pública do caso.

Por essas razões, entendo não estarem presentes as condições para que as pretensões dos requerentes ao direito ao esquecimento triunfem sobre a posição de preferência da liberdade de expressão.

Ante o exposto, voto pela parcial procedência da ação para reconhecer a existência de um direito ao esquecimento no ordenamento constitucional brasileiro, e negar, no caso concreto, que a pretensão dos requerentes triunfe sobre a posição de preferência da liberdade de expressão e do direito à informação.

Proponho a seguinte tese de repercussão geral: têm a liberdade de expressão e o direito à informação precedência sobre o direito ao esquecimento, independentemente do transcurso do tempo, cedendo a

RE 1010606 / RJ

essa primazia a pretensão de vítimas ou familiares, quando se verificar interesse transindividual, ou a natureza pública da informação, ou o alto grau de relevância histórica ou importância da memória, sendo aquele direito, nesses limites, compatível com a Constituição que alberga a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informacional (art. 5º, XII, CRFB/88).

É como voto.

10/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: NELSON CURI E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: ROBERTO ALGRANTI E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A
ADV.(A/S)	: JOAO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI
ADV.(A/S)	: TAÍS BORJA GASPARIAN
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)
ADV.(A/S)	: RONALDO LEMOS
AM. CURIAE.	: ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S)	: CAMILA MARQUES BARROSO
AM. CURIAE.	: IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL
ADV.(A/S)	: ANDERSON SCHREIBER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.
ADV.(A/S)	: EDUARDO MENDONÇA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO PALAVRA ABERTA
ADV.(A/S)	: OSCAR VILHENA VIEIRA
ADV.(A/S)	: RAFAEL FREITAS MACHADO
AM. CURIAE.	: PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDARIO E POLÍTICO
ADV.(A/S)	: JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO
ADV.(A/S)	: SIDNEY SA DAS NEVES
ADV.(A/S)	: RAFAEL MOREIRA MOTA
AM. CURIAE.	: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA
ADV.(A/S)	: CIRO TORRES FREITAS
ADV.(A/S)	: ANDRE ZONARO GIACCHETTA
AM. CURIAE.	: VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA)
ADV.(A/S)	: ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA

RE 1010606 / RJ

ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS
AM. CURIAE. : INSTITUTO VLADIMIR HERZOG
ADV.(A/S) : ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO

VOTO

“Nos antípodas dos exploradores de origens, situam-se os devotos do imediato.”
Marc Bloch

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Senhor Presidente, eminentes pares, Sr. Vice-Procurador Geral da República, Senhor Advogado-Geral da União, Senhoras e Senhores Advogados, recebam todos os meus cumprimentos, com destaque especial à beleza das sustentações orais e ao esplendoroso voto do eminente Relator, Ministro Dias Toffoli.

Trata-se de de **recurso extraordinário** interposto por NELSON CURI, ROBERTO CURI, WALDIR CURI E MAURÍCIO CURI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mantido em sede de embargos declaratórios, nos autos de **ação ordinária indenizatória ajuizada pelos ora recorrentes contra GLOBO Comunicação e Participações S.A., que mereceu juízo de improcedência em primeiro e segundo graus.**

Mais um tema de extrema sensibilidade em julgamento nesta Corte Constitucional, onde aportou via agravo (ARE 833248/RJ) a que dado provimento pelo Relator, Ministro Dias Toffoli, para assegurar trânsito ao recurso extraordinário, a que reconhecida a repercussão geral, com subsequente inclusão da questão constitucional no **Tema 786**, assim enunciado: “*Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera cível quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares*”.

Rememoro. Cuida-se, na origem, de **ação indenizatória** ajuizada em **22.10.2004** pelos irmãos de Aida Curi, vítima, em 1958, de crime trágico e brutal, com exaustiva repercussão na imprensa à época e cujos detalhes, já amplamente conhecidos e reproduzidos nos autos, reputo desnecessário novamente repetir neste momento.

RE 1010606 / RJ

A **sentença de improcedência** da ação foi **confirmada** pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, por maioria, em acórdão assim ementado:

“INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA”. AUSÊNCIA DE DANO.

Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direta Justiça”.

1- Preliminar - o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas.

2-A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a **obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais.**

Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos.

A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.

O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem

RE 1010606 / RJ

da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento do seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.

Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator." (destaquei)

No recurso especial interposto, sublinhou-se situar-se o cerne da controvérsia "*exatamente na ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados*". O **Superior Tribunal de Justiça** conheceu do **recurso especial** interposto pelos autores para, também por maioria, **negar-lhe provimento**. Eis a ementa:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões

RE 1010606 / RJ

essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, **o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados**, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. **Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento**, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.

4. Não obstante isso, **assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro**. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

5. Com efeito, **o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o**

RE 1010606 / RJ

desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

7. Não fosse por isso, **o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar.** Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. **A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil.** Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, **o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.**

9. Por outro lado, mostra-se **inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram**

RE 1010606 / RJ

que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias – assim também ao que alegam os próprios recorrentes –, **não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização.**

10. Recurso especial não provido.”

Discute-se, no recurso extraordinário interposto pelos autores, em suma, se, em face de invocado direito ao esquecimento, há de se reputar ilícita a veiculação não autorizada de programa televisivo de cunho histórico-jornalístico-documental no qual retratado crime trágico ocorrido há mais de cinquenta anos. Em síntese, requerem os autores **(i)** seja declarada a ilicitude da utilização não autorizada, pela ré, da imagem, do nome e da história pessoal de Aida Curi, bem como de todos os seus atributos de personalidade; **(ii)** seja a ré condenada a ressarcir os autores o valor correspondente a esse uso; **(iii)** seja a ré condenada a restituir aos autores, na forma do art. 884 do Código Civil, os valores auferidos com a veiculação do programa Linha Direta sobre Aida Curi (tanto a publicidade quanto qualquer outro retorno econômico obtido com o programa); **(iv)** seja a ré condenada a indenizar os autores por danos morais. O recurso extraordinário vem com lastro em afronta aos **arts. 1º, III, 5º, caput, III e X, e 220, § 1º, da Constituição da República.**

Em **11.12.2014**, o **Supremo Tribunal Federal** reconheceu a **repercussão geral** da questão alusiva ao **direito ao esquecimento**, no quadro da harmonização dos princípios constitucionais da **liberdade de expressão** e do **direito à informação** com a **proteção da dignidade da pessoa humana** e a **inviolabilidade da honra e da intimidade**.

O **parecer do Procurador-Geral da República** é pelo **não provimento** do recurso extraordinário.

2. De um modo geral, nos debates em torno do assim chamado **direito ao esquecimento**, o que costuma estar em jogo é “o direito de

RE 1010606 / RJ

pessoas naturais terem informações sobre elas apagada após um certo período de tempo ”¹, tendo o direito ao esquecimento (*right to be forgotten*), como dado conformador essencial, a **passagem do tempo** enquanto elemento apto a diluir o interesse público ou social eventualmente justificador do amplo e público conhecimento sobre informações relativas à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem de alguém.

A passagem do tempo, portanto, nessa perspectiva, surge como ponto nodal a qualificar e distinguir o direito ao esquecimento como dimensão específica dos direitos da personalidade.

Os caminhos percorridos pelo desenvolvimento tecnológico nas últimas décadas têm, frequentemente, tensionado a relação entre os direitos de personalidade e o direito à informação. Sobre os primeiros, a doutrina observa que :

“(...) com a tutela dos bens jurídicos da intimidade e da privacidade, está-se a proteger um direito de personalidade que deve ser considerado como densificação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à reserva do ser particular e da vida privada envolve uma série de bens específicos, como a intimidade da vida privada, que abrange a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual, o sigilo das cartas, memórias e outros escritos, a imagem, o domicílio e lugares adjacentes, a correspondência e outros meios de comunicação privada, os dados informatizáveis, os rendimentos patrimoniais, os lazeres, a individualidade privada, o direito de estar só, os caracteres de acesso privado do seu corpo, a saúde, a sensibilidade, as estruturas intelectiva e volitiva, enfim tudo aquilo que se refere somente à pessoa em si mesma.

Também tratado como direito à privacidade, o direito à

1 TERWANGNE, Cécile de. The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment. In PEREIRA, Ângela Guimarães; GHEZZI Alessia; VESNIC-ALUJEVIC, Lucia (Orgs.). The Ethics of Memory in a Digital Age: interrogating the right to be forgotten. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2014.

RE 1010606 / RJ

reserva obsta a devassa da vida privada e implica o reconhecimento de um espaço de privacidade onde os indivíduos possam estar à vontade, onde possam ser deixados em paz, 'ao abrigo da curiosidade dos outros, sejam eles simplesmente os vizinhos, ou sejam autoridades públicas ou os meios de comunicação social, ou sejam quaisquer outras pessoas'."²

3. Assim colocada, a *quaestio* submetida a julgamento, como diversas vezes apontado da tribuna, bem como enfatizado **no magnífico voto do eminente relator**, a quem parabênizo, guarda estreita proximidade com a apreciada por este Plenário ao julgamento da **ADI 4815 (Relatora Ministra Cármen Lúcia)**, em que esta Corte **declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 da Lei Federal nº 10.406/2002 (Código Civil)**, a fim de, compatibilizando a sua exegese com os **arts. 5º, IV, IX, XIV, 205, 206, II, 215, caput e § 3º, II, e 220 da Constituição da República**, reputar inexigível o consentimento da pessoa biografada e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares no caso de pessoas falecidas), para a publicação ou veiculação de obras de cunho biográfico, sejam elas obras literárias, audiovisuais ou fixadas qualquer outro suporte tecnológico. Procedeu-se, assim, ao dimensionamento da proteção ao direito de imagem em face das liberdades de expressão e de informação.

Quando daquele julgado, destaquei a relevante **função social desempenhada pela biografia**, como gênero literário, ao **instigar a sociedade à reflexão**, ensejando o incremento do conhecimento não apenas sobre o biografado – que em geral só o é porque a sua história de vida tem algo a dizer – mas também sobre ela própria, a sociedade. Hermione Lee, teórica literária, professora da Universidade de Oxford e renomada biógrafa, explica que

2 CABRAL, Marcelo Malizia. "A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação". In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz e FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.) Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012.

RE 1010606 / RJ

“A biografia sempre reflete, e oferece, uma versão de política social. (...) A popularidade de certos tipos de biografias em diferentes países, períodos, e culturas – biografias de santos ou de heróis navais, de líderes religiosos, de jogadores de futebol ou estrelas do rock – fornecem uma visão daquela sociedade. **O que aquela sociedade valora, com o que se importa**, quem são os seus homens e mulheres visíveis e invisíveis?”³

No caso em tela, não se tem, é certo, uma obra literária biográfica. Tem-se, contudo, uma **obra televisiva de cunho análogo, a documentar evento ocorrido no passado**. O centro temático do programa, também é verdade, não é a vida de alguém, e sim um fato específico, um evento, acontecimento perdido no tempo, ocorrido há tantos anos que à passagem do tempo se pretende emprestar a significância de torná-lo suscetível de tornar ilegítimo o interesse na produção da obra.

Mas, ênfase, embora fato ocorrido no passado, trata-se de fato que, sob diferentes roupagens e com novos personagens, se repete, se reitera, se renova a cada ano, a cada mês, a cada dia, a cada hora, em nossa sociedade, em um eclodir infundável de diferentes formas de violência brutal contra a mulher. Pertinente, assim, parafrasear a observação da biógrafa inglesa: **o que a sociedade brasileira valora? Com o que se importa?**

Não é preciso lembrar para que brutalidades tais não se repitam?

E, na mesma linha, pertinente a pergunta: por que, não sendo exigível autorização para uma biografia, seria necessária autorização para uma “videobiografia”?

As questões relativas ao **direito ao esquecimento** e às **biografias não autorizadas** convergem na medida em que ambas lidam com a necessidade que têm as sociedades de **saber sobre o seu passado e o seu presente**. Nesse sentido, as biografias configuram uma específica forma de expressão de um valor que, na presente discussão sobre o alegado **direito ao esquecimento**, se apresenta com novas roupagens –

3 LEE, Hermione. *Biography: a very short introduction*. Oxford University Press, 2009.

RE 1010606 / RJ

notadamente os usos propiciados pelas novas tecnologias da informação e da comunicação – e que assume feição mais abrangente na questão do **direito à memória coletiva**.

4. Entendo que, para falar de esquecimento, ou direito ao esquecimento, é necessário antes de tudo falar de memória, seu pressuposto.

Contar e recontar narrativas sobre o passado está relacionado à própria noção de identidade e coesão das sociedades humanas. Sem risco de errar, pode-se dizer que o interesse em histórias trágicas é um traço universal das sociedades humanas. Isso porque essas histórias nos colocam em contato, ainda que por meio de narrativas de ruptura, com valores fundacionais das sociedades humanas, com a tessitura da nossa identidade coletiva: a crença compartilhada em valores como a busca por justiça, a misericórdia, a indignação e a perplexidade em face da crueldade e da brutalidade.

Estudos sobre a inter-relação entre memória individual e memória coletiva revelam que “nossas lembranças permanecem coletivas, e elas nos são lembradas pelos outros, mesmo que se trate de acontecimentos nos quais só nós estivemos envolvidos”.⁴ Lembro aqui a lição do sociólogo francês Maurice Halbwachs, quando disse que

“Não é suficiente reconstituir peça por peça a imagem de um acontecimento do passado para se obter uma lembrança. É necessário que esta reconstrução se opere a partir de dados ou de noções comuns que se encontram tanto no nosso espírito como no dos outros, porque elas passam incessantemente desses para aquele e reciprocamente, o que só é possível se fizeram e continuam a fazer parte de uma mesma sociedade.”⁵

Uma sociedade sem memória é uma sociedade sem **imaginação**, e sem **história**. Há décadas não mais restritos à crônica dos acontecimentos

4 HALBWACHS, Maurice. *A Memória Coletiva*. São Paulo: Edições Vértice, 1990.

5 HALBWACHS, Maurice. *A Memória Coletiva*. São Paulo: Edições Vértice, 1990.

RE 1010606 / RJ

políticos, passaram a ser objetos de interesse dos **estudos em história**, as mentalidades, a cultura, a psiquê, o imaginário social, as ideologias, a vida cotidiana, tendo se desenvolvido, em anos recentes, a disciplina da **micro-história**, gênero historiográfico voltado à investigação de fatos específicos e bem delimitados no tempo e no espaço.

A memória também está na base da identidade – individual ou coletiva. Como pontuado por Ricoeur, “pessoas e sociedades são feitos de memória — e de lacunas de memória”⁶. Já o renomado historiador Eric Hobsbawm fala em uma “*função social do passado*”. Segundo ele, o passado emerge como referência do presente, seja como modelo do que se busca resgatar, seja como projeção do que se quer evitar. Ainda no final do século passado, escreveu ele:

“A destruição do passado — ou melhor, dos mecanismos sociais que vinculam nossa experiência pessoal à das gerações passadas — é um dos fenômenos mais característicos e lúgubres do final do século XX. Quase todos os jovens de hoje crescem numa espécie de presente contínuo, sem qualquer relação orgânica com o passado público da época em que vivem.”⁷

Ainda assim, o passado, seja ele coletivo ou particular, longínquo ou próximo, é tema constante de produtos culturais destinados ao grande público, a chamada cultura de massa: filmes, novelas, documentários e programas de televisão. Assim,

“A arte, seja a pictórica ou a literária, ao utilizar o mundo social como palco para suas obras, muitas vezes evoca aspectos desse passado em busca de verossimilhança, ou efeito de realidade. Segundo alguns estudiosos, a utilização do passado como fonte para a literatura ocorre ao menos desde o século XIX, simultaneamente ao estabelecimento da disciplina escolar

6 RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007.

7 HOBBSAWM, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

RE 1010606 / RJ

história.”⁸

5. Em contraste à memória humana, limitada e imperfeita, a Internet emerge como um organismo cuja memória é potencialmente total, absoluta. As discussões sobre o acesso à informação têm passado ao largo do caráter disruptivo desse aspecto, sugerem as autoras de denso estudo sobre o tema, ao observarem que:

“as consequências da enorme memória da Internet não têm recebido atenção adequada: ‘Tudo o que você já publicou na Internet pode voltar para te assombrar algum dia’. Assim, quaisquer vestígios deixados online também permaneceriam, mesmo que tentássemos ‘nos afastar’: como uma sombra, nossa vida conectada nos segue aonde quer que formos. Graças a seu efeito de eternidade, a Internet preserva memórias ruins, erros passados, escritos, fotos ou vídeos que gostaríamos de renegar mais tarde.”⁹

Além disso, quantidades cada vez maiores de dados relativos a indivíduos tem sido gerados e compartilhados, e, como se não bastasse, desenvolvimentos recentes como a inteligência artificial (*machine learning*), a computação quântica e a Internet das coisas prometem aumentar exponencialmente a produção e a manipulação de dados pessoais.

Não raros autores têm sugerido, inclusive, que algum modo de “esquecimento” deveria vir a ser inscrito, como uma funcionalidade, na própria arquitetura dos sistemas digitais que registram e armazenam dados pessoais: computadores, defendem tais vozes, deveriam ser

8 ROCHA, Helenice. A presença do passado na aula de história. In MAGALHÃES, Marcelo et al. (Org.). Ensino de história: usos do passado, memória e mídia. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

9 PEREIRA, Ângela Guimarães; GHEZZI Alessia; VESNIC-ALUJEVIC, Lucia. The Ethics of Memory in a Digital Age: interrogating the right to be forgotten. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2014.

RE 1010606 / RJ

projetados para esquecer,¹⁰ o que seria necessário para “superar a exploração e o uso pernicioso de dados que poderia até incorrer em abuso das liberdades civis”¹¹.

6. Fato é que, no século XXI, parte significativa da vida privada de grande número de brasileiros transcorre *online*, de modo que a cada dia a suposta distinção entre **real e virtual**, entre o mundo **desconectado** e o mundo **conectado**, a vida *online* e a vida *offline* torna-se cada vez mais desprovida de sentido prático. Computadores e *smartphones* são, hoje, janelas para a nossa intimidade.

Como pontuei no voto em que proferi ao julgamento da **ADI 5527**, em que questionada a constitucionalidade de dispositivos do Marco Civil da Internet:

“uma estante inteira de álbuns de fotografia da família se comprime em um único aplicativo. Em outro, permanecem registradas inclusive as últimas refeições. A porta giratória da agência bancária cedeu lugar à senha digitada na tela ou à impressão digital coletada detrás dela. No mesmo dispositivo, a porta de entrada para nosso diário, nossas leituras e músicas preferidas. As mensagens que respondemos e as que ainda nem visualizamos. Os textos lidos e os textos por ler. As conversas que tivemos, os planos futuros e os desejos íntimos, compartilhados com amigos na crença de que ninguém mais está a ouvi-los, lê-los ou vê-los. Os objetos antes guardados nas gavetas dos escritórios e prateleiras das salas de estar – nessa condição protegidos de invasão arbitrária – hoje converteram-se em impulsos eletromagnéticos que transitam, por cabos ou ondas, entre os circuitos eletrônicos dos celulares e sistemas de armazenamento chamado de **nuvem**, em metáfora que não deixa de conter uma certa poesia.

Os aparelhos de telefone móvel guardam muito mais da

10 Cfr.: PEREIRA, Ângela Guimarães; GHEZZI Alessia; VESNIC-ALUJEVIC, Lucia. The Ethics of Memory in a Digital Age: interrogating the right to be forgotten. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2014.

11 Idem.

RE 1010606 / RJ

vida privada e intimidade de seus proprietários do que as portas e paredes, gavetas e armários da residência de cada um deles, e a inviolabilidade do **domicílio** não temos dificuldade alguma em reconhecer.”

7. Nesse cenário, as condições em que se dá a manipulação de dados pessoais digitalizados, por agentes públicos ou privados, consiste em um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade.

É certo que a Constituição da República qualifica como **invioláveis**, na condição de direitos fundamentais da personalidade, a **intimidade**, a **vida privada**, a **honra** e a **imagem** das pessoas, conferindo-lhes especial proteção, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (**art. 5º, X**). *In verbis*:

“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;”

Tal como a liberdade de manifestação do pensamento – e seus desdobramentos como a liberdade de expressão intelectual, artística e científica e a liberdade de imprensa –, o assim chamado **direito à privacidade** (*right to privacy*) – e os seus consectários direito à intimidade, à honra e à imagem – também emana do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações.

Apesar da muita tinta despendida a respeito, o conceito de privacidade permanece, nas palavras de Richard Posner, elusivo (vago, impreciso) e mal definido.¹² No clássico artigo *The Right to Privacy*, escrito a quatro mãos por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, sugere-se a **relação de tal estado de coisas com o fato de as mudanças políticas, sociais e econômicas demandarem incessantemente o reconhecimento de novos direitos, impondo, de tempos em tempos, a redefinição da**

12 POSNER, Richard A. **The Right to Privacy**. Georgia Law Review. Vol. 12. N. 3, 1978.

RE 1010606 / RJ

exata natureza e extensão da proteção à privacidade do indivíduo.¹³

Na quadra atual, inegável que a privacidade, enquanto **direito a ser deixado em paz**, na expressão por eles cunhada, merece proteção adequada e efetiva do ordenamento jurídico. **Cumprindo indagar, porém, o escopo e a extensão desse direito específico.**

Privacidade não se confunde com isolamento. Já em 1624 anotava John Donne, o poeta, com precisão científica, que *“nenhum homem é uma ilha, completo em si mesmo; todo homem é um pedaço do continente, uma parte do todo”* (tradução livre). Proteção da privacidade em absoluto diz com direito a passar a vida sem ser contrariado, sem sentir desconforto social, sem ser incomodado.

Em uma abordagem contemporânea e integradora, pode-se dizer que o direito à privacidade visa a proteger *“a subjetividade emergente, dinâmica, dos esforços de atores comerciais e governamentais para tornar indivíduos e comunidades fixos, transparentes e previsíveis. Ela protege as práticas (...) através das quais a capacidade de auto determinação se desenvolve”*.¹⁴

Assim compreendida a privacidade, a conclusão inarredável é a de que, tanto quanto a ampla liberdade de expressão, **a proteção da privacidade também é uma característica estrutural indispensável das sociedades democráticas.**

E isso porque **tanto o reconhecimento de uma esfera de privacidade imune à ingerência quanto a garantia de salvo-conduto à palavra proferida surgiram, na história do constitucionalismo moderno, como fatores de limitação do poder das autoridades constituídas sobre os cidadãos.**

Se aos cidadãos não for assegurada uma esfera de intimidade privada, livre de ingerência externa, um lugar onde o pensamento independente e novo possa ser gestado com segurança, de que servirá a liberdade de expressão?

13 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Luis D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, Vol. IV, December 15, 1890.

14 COHEN, Julie. **What Privacy is For**. In Harvard Law Review. Maio, 2013, tradução livre.

RE 1010606 / RJ

O direito à privacidade tem como objeto, na feliz expressão de Warren e Brandeis, *“a privacidade da vida privada”*. O escopo da proteção são os assuntos pessoais, em relação aos quais não se vislumbra interesse público legítimo na sua revelação, e que o indivíduo prefere manter privados. Assim, em qualquer grau e em conexão a qualquer âmbito que a vida de alguém tenha cessado, previamente à publicação em questão, de ser privada, não mais fará jus, nessa extensão, a essa proteção. Tampouco é possível classificar fatos ou feitos como públicos ou privados per se. Os mesmos fatos podem ser estritamente privados ou adquirir conotação pública e interesse público legítimo, a depender de se tratar de uma pessoa privada ou pública. Há casos em que as vidas pública e privada de uma pessoa se confundem. *“É a invasão injustificada da privacidade individual que deve ser repreendida e, tanto quanto possível, prevenida”*¹⁵.

Não se presta o direito à privacidade – e, na medida em que se o reconheça, o direito ao esquecimento – à interdição da publicação de qualquer assunto que seja de interesse geral ou público, simplesmente, porque **as matérias de interesse público estão situadas fora do seu escopo**. Não se trata, pois, de afirmar uma suposta supremacia da liberdade de expressão sobre o direito à privacidade, e sim de delimitar os campos próprios a cada proteção.

Nesse contexto, pertinente a contribuição de Alan Westing à doutrina jurídica da privacidade no mundo contemporâneo, ao caracterizar a estrutura desse direito como controle sobre os usos da informação pessoal. Nesse sentido, a privacidade, afirma, *“é a pretensão de indivíduos, grupos ou instituições de determinarem para si quando, como e em que extensão a informação sobre eles será comunicada a outros”*¹⁶.

Tal concepção do direito à privacidade está alinhada com o reconhecimento do seu papel social na própria preservação da personalidade e no desenvolvimento da autonomia individual. A existência de uma esfera de privacidade permite, por exemplo, que determinados conflitos pessoais ou erros da juventude, desde que não

15 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Luis D. *Ibidem*.

16 WESTING, Alan. **Privacy and Freedom**, 1968.

RE 1010606 / RJ

tenham consequência significativa para a sociedade, não recebam projeção exacerbada sobre as possibilidades de vida de um indivíduo. A privacidade produz um ambiente seguro para que pensamentos, ideias e opiniões sejam compartilhados em círculos limitados e testados antes de serem publicamente expostos. Permite, dito de outro modo, o espaço de liberdade onde se processa a experimentação necessária ao progresso social.

A facilidade com que a privacidade será protegida ou exposta, no entanto, transforma-se na medida em que evoluem as tecnologias da informação e da comunicação. Nessas condições, não podem a hermenêutica constitucional e o desenvolvimento legislativo ficar alheios a essas mudanças no tempo, tendo em vista a manutenção do **equilíbrio entre proteção da privacidade e o direito de acesso à informação**.

Longe de ter seu significado usurpado, a Constituição escrita no mundo analógico há de ser **traduzida** para o mundo digital, de modo a preservar, neste, **os interesses, os direitos e as liberdades que originalmente preservava**. Desse modo, o sentido das palavras da Constituição, o alcance da proteção constitucional, busca-se, é preservado em face da mudança do contexto.

8. As informações, relacionadas à **identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural**, configuram **dados pessoais** e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (**art. 5º, caput**), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (**art. 5º, X e XII**). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional.

Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à **privacidade** e à **autodeterminação informativa** foram positivados, no **art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais)**, como **fundamentos** específicos da disciplina da **proteção de dados pessoais**, ao lado das liberdades de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (**art. 2º, III**) e da inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (**art. 2º, IV**). A **autodeterminação informativa**, como **dimensão**

RE 1010606 / RJ

da privacidade atinente ao controle do indivíduo sobre os próprios dados, foi reconhecida por esta Suprema Corte no julgamento de referendo à medida cautelar na **ADI 6387** (DJe 12.11.2020), sob a minha relatoria, assim ementada:

“EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA.* DEFERIMENTO. 1. **Decorências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.** 2. **Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais não de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos.** O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse

RE 1010606 / RJ

propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. 5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. 6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpra as exigências que exsurtem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros. 7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados

RE 1010606 / RJ

específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. 10. *Fumus boni juris* e *periculum in mora* demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. 11. Medida cautelar referendada.”

9. Na lide em julgamento, a pretensão de controle sobre informações pessoais contrapõe-se à pretensão de livre exercício da **liberdade de expressão**, da **liberdade de imprensa** e da **liberdade de informar**.

Quanto ao ponto, a Constituição é categórica: a ampla proteção por ela conferida às liberdades de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação independem da “forma, processo ou veículo” empregado, na dicção do **art. 220, caput**. Tratando-se da disseminação de informação de caráter jornalístico por veículo de comunicação social, a Constituição tem o cuidado de salientar, no art. 220, § 1º, que essa liberdade é plena, insuscetível de ser limitada sequer pela atuação do legislador.

Como espécie do gênero **liberdade de expressão do pensamento**, a **liberdade de imprensa** não admite restrição arbitrária. Diante da finalidade informativa, incide a proteção constitucional independentemente da linguagem (código) escolhida pelo emissor para promover a veiculação, que pode ser textual – escrita ou falada – ou não textual – simbólica, audiovisual, imagética ou **fotográfica** –, e independentemente de juízo sobre a sua qualidade intrínseca – se informativa, opinativa etc.

Daí a pertinência da rememoração das balizas lançadas ao julgamento da **arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF**, no qual esta Suprema Corte declarou não recepcionado pela Constituição da República “*todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº*

RE 1010606 / RJ

5.250, de 9 de fevereiro de 1967”.

Compreendo, aliás, que a tese jurídica fixada no julgamento da **ADPF 130** vai muito além da simples não-recepção da antiga Lei de Imprensa, estabelecendo **parâmetros amplos de orientação da atuação judicial relativamente às liberdades de informação, de expressão e de imprensa**. Nesse sentido, e para assegurar a efetividade de tais direitos, relembro que esta Suprema Corte tem proferido inúmeras decisões, em reclamações fundadas em alegação de afronta à autoridade da decisão na **ADPF 130**, ainda que, a rigor, não assentada a decisão reclamada em aplicação da norma declarada inconstitucional no paradigma invocado. Confirmam-se, nesse sentido: **Rcl 18.638-MC**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso; **Rcl 18.687-MC**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso; **Rcl 18.735**, Relator Ministro Gilmar Mendes; **Rcl 18.746-MC**, Relator Ministro Gilmar Mendes; **Rcl 18.566**, Relator Ministro Celso de Mello; **Rcl 18.290**, Relator Ministro Luiz Fux; **Rcl 16.434-MC**, Relatora Ministra Rosa Weber; **Rcl 18.186**, Ministra Cármen Lúcia.

Pertinente destacar, no ponto, as ponderações do eminente Ministro Celso de Mello, ao julgar procedente reclamação contra decisão judicial em que reconhecida a possibilidade de responsabilização civil de órgão de imprensa em decorrência da veiculação de críticas a pessoa pública, com fundamento, precisamente, em descumprimento da decisão proferida por esta Suprema Corte ao julgamento da **ADPF 130**:

“Com efeito, a exposição de fatos e a veiculação de conceitos, utilizadas como **elementos materializadores da prática concreta do direito de crítica, descaracterizam o animus injuriandi vel diffamandi**, legitimando, assim, em plenitude, o exercício dessa particular expressão da liberdade de imprensa.

Entendo relevante destacar, no ponto, que **essa matéria foi efetivamente debatida no julgamento da ADPF 130/DF, em que também se analisou a questão sob a perspectiva do direito de crítica – cuja prática se mostra apta a descaracterizar o animus injuriandi vel diffamandi** (CLÁUDIO LUIZ BUENO

RE 1010606 / RJ

DE GODOY, "A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade", p. 100/101, item n. 4.2.4, 2001, Atlas; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, "A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística", p. 88/89, 1997, Editora FTD; RENÉ ARIEL DOTTI, "Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação", p. 207/210, item n. 33, 1980, RT, v.g.) –, em ordem a reconhecer que **essa prerrogativa dos profissionais de imprensa revela-se particularmente expressiva, quando a crítica, exercida pelos *mass media* e pelos *social media* é justificada pela prevalência do interesse geral da coletividade, dirige-se a figuras notórias ou a pessoas públicas, independentemente de sua condição oficial.**" (Rcl 15.2143, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 05.6.2015, destaqueei)

Da ementa do acórdão paradigma (ADPF nº 130/DF), pelo qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a **incompatibilidade da Lei nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa) com a Constituição da República**, destaco os seguintes excertos:

"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O

RE 1010606 / RJ

CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A *POSTERIORI* DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A *POSTERIORI*, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. (...)

REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL,

RE 1010606 / RJ

ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. (...)

O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a **salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação;** b) **que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição.** (...) Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social

RE 1010606 / RJ

sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. (...) **Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica.** Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de **território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.**

MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). (...)

PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a **excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.** A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. (...)

RE 1010606 / RJ

RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. (...)

RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. **O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e “real alternativa à versão oficial dos fatos” (...)**

NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era “livre” (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de “plena” (§ 1º do art. 220). (...)” (ADPF 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 05.11.2009, destaquei)

A transcrição evidencia que, na interpretação empreendida por esta Suprema Corte, a imposição de restrições ao exercício das liberdades de expressão, opinião, manifestação do pensamento e imprensa que não se

RE 1010606 / RJ

tenham nos limites materiais, expressamente excepcionados, da própria Lei Fundamental, não se harmoniza com o regime constitucional vigente no país.

Rezam os arts. 5º, IV, IX, XIV, e 220 da Carta Política, *in verbis*:

“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:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

(...)

§ 6º - **A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.”** (destaquei)

RE 1010606 / RJ

Ao assegurar **ampla liberdade à manifestação do pensamento**, à criação, à **expressão e à informação, sob qualquer forma**, processo ou **veículo**, os arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220, *caput*, da Constituição Brasileira reverberam **um dos sustentáculos dos regimes democráticos**, cuja **imprescindibilidade** a experiência política internacional se encarregou de consagrar.

Como amplamente conhecido, na história do constitucionalismo moderno, surgiu com a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos a ideia de que **a existência de amplas interdições ao poder do Estado de interferir nas liberdades de expressão e de imprensa constitui premissa de comunidade política caracterizada pelo autogoverno e pela liberdade individual**. No dizer de Anthony Lewis, emérito professor da Escola de Direito de Harvard falecido em 2013, *“liberdade para dizer e escrever o que se quer é uma necessidade inescapável da democracia”*.

No Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão é a regra, admitida a sua **restrição somente em situações excepcionais** e nos termos da lei que, em qualquer caso, deverá observar os **limites materiais emanados da Constituição**.

Mostra-se **substantivamente incompatível** com o Estado Democrático de Direito a imposição de restrições às liberdades de manifestação do pensamento, expressão, informação e imprensa que traduzam **censura prévia**.

O **núcleo essencial e irredutível** do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento compreende não apenas os direitos de **informar e ser informado**, mas também os direitos de **ter e emitir opiniões** e de **fazer críticas**.

Em nada contribui para a dinâmica de uma sociedade democrática reduzir a expressão do pensamento a aspecto informativo pretensamente neutro e imparcial, ceifando-lhe as notas essenciais da opinião e da crítica. Não se compatibiliza com o regime constitucional das liberdades, nessa ordem de ideias, a interdição do uso de expressões negativas em manifestação opinativa que pretenda expressar desaprovação pessoal por determinado fato, situação, ou ocorrência.

RE 1010606 / RJ

No caso em exame, a sujeição da produção televisiva de cunho histórico-jornalístico à autorização dos familiares para o uso da imagem de pessoa falecida, envolvida nos acontecimentos tratados, aniquilaria a proteção às liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística e científica e de informação, golpeando-as em seu núcleo essencial. Tais liberdades, de um lado, e a autorização ou licença, de outro, são conceitos excludentes.

A Constituição veda não somente ao Poder Público, mas também ao particular, considerada a eficácia horizontal dos direitos e garantias individuais, a interferência nas liberdades de manifestação e de expressão mediante o emprego de artifícios institucionais, como a licença e a censura prévias, que atuem no sentido de delinear o seu conteúdo.

Vale lembrar a manifestação do então Chefe do Poder Judiciário da Inglaterra, *Lord Chief Justice Harry K. Woolf*, em 2002, no sentido de que os juízes

“não devem agir como censores ou árbitros do bom gosto. (...) O fato de a publicação adotar uma abordagem mais sensacionalista do que o tribunal consideraria aceitável não é relevante. (...) Os tribunais não devem ignorar o fato de que, se os jornais não publicarem informações em que o público está interessado, haverá menos jornais publicados, o que não atenderá ao interesse público.”

Assim como incompatível com o Estado Democrático de Direito instituído pela Carta de 1988 o arrogar-se, pelo Poder Judiciário, ou qualquer dos outros Poderes da República, do comando da linha editorial de qualquer veículo de imprensa, a publicação de obras de teor histórico, jornalístico ou documental em absoluto pode ficar na dependência da chancela das pessoas envolvidas nos fatos retratados. **A necessidade de autorização traduz censura prévia, em dissonância com as garantias albergadas nos arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220, §§ 2º e 6º, da Lei Maior, em indevida reintrodução do espírito autoritário expurgado pela Constituição vigente.**

RE 1010606 / RJ

10. Diante da feição objetiva assumida à apreciação do recurso extraordinário submetido ao regime da repercussão geral, impõe-se enfatizar aspectos da liberdade de expressão relativos às pessoas públicas, notadamente agentes públicos e políticos em geral, ainda que não seja o caso versado no RE.

É que, nesses casos, há **interesse público** *prima facie* em que seja assegurada a livre expressão relativamente a fatos da vida de **pessoas públicas**.

Os riscos envolvidos no exercício da livre expressão, em tal hipótese, não podem ser tais que apresentem permanente e elevado potencial de sacrifício pessoal como decorrência da exteriorização das manifestações do pensamento e apresentação de informações relacionadas a assuntos de interesse público, real ou aparente. Um sistema que sujeita o oferecimento de informações, ou a manifestação de opiniões e críticas ligadas a questões de interesse público, a riscos sobremodo elevados traduz efetivo modo apofático de censura prévia, na medida em que induz, pela intimidação e pelo medo, o silêncio das consciências. O ônus social é enorme e o prejuízo à cidadania, manifesto.

Em outras palavras, uma sociedade em que a imprensa está condicionada à **autocontenção**, por ser obrigada a avaliar o risco de sofrer represália antes de cada manifestação, não desfruta de uma imprensa livre, antes já a sujeitou a uma modalidade silenciosa de censura prévia. É que o efeito desestimulante da livre circulação de ideias independe da verdade das alegações contidas em uma publicação em particular.

De outra parte, deve-se observar que a censura rechaçada pela Constituição não se restringe à censura prévia. A utilização da estrutura judiciária com o objetivo de infligir pressão política ou impor ônus econômico sobre o livre exercício da atividade de imprensa traduz modalidade de silenciamento do pensamento, da opinião e da crítica, sendo vedada, como tal, pela Constituição da República.

A noção blackstoniana segundo a qual a liberdade de expressão limitar-se-ia a assegurar imunidade apenas contra restrições prévias pertence a um tempo anterior ao constitucionalismo republicano

RE 1010606 / RJ

moderno. A sujeição de toda autoridade estatal à soberania do povo impôs, historicamente, a expansão do escopo das liberdades de expressão e de imprensa. Em 1896 já era claro para Thomas Cooley:

“(...) a liberdade de imprensa poderia se converter em escárnio e delírio, e a expressão em si em provérbio, se, ao passo que cada homem tivesse liberdade para publicar o que quisesse, as autoridades públicas pudessem, não obstante, puni-lo por publicações inofensivas.”¹⁷

Da mesma forma, Madison, o federalista, observara que *“uma lei que infligisse penalidades às publicações escritas teria um efeito similar a uma lei autorizando restrições prévias à publicação”*. É por isso que a proteção assegurada pela cláusula constitucional da liberdade de imprensa não se limita a excluir a censura preventiva. Alcança a eventual restrição desse direito *“por meio de processos opressivos e de leis que ao mesmo tempo que reconhecessem a liberdade de tais publicações alargassem até muito além do razoável a esfera da responsabilidade”*¹⁸.

No caso dos ocupantes de cargos ou funções na estrutura do Estado, investidos de autoridade, é inevitável – e mesmo desejável, do ponto de vista do interesse público – que eles tenham o exercício das suas atividades escrutinado seja pela imprensa, seja pelos cidadãos, que podem exercer livremente os direitos de informação, opinião e crítica, seja no uso de papel e lápis, seja no uso das amplamente disseminadas ferramentas tecnológicas de comunicação em rede.

Quando em questão o exercício de função de interesse público, e não a vida privada ou a intimidade, a ponderação do interesse público na manifestação do pensamento conduz a um elevado grau de tolerância no tocante aos requerimentos de proteção do interesse individual. Mostram-se, aí, **vultuosamente mais largos os limites das liberdades de**

17 COOLEY, Thomas. *A Treatise on the Constitutional Limitations*. 7th Ed., Boston: Little, Brown and Company, 1903.

18 COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002

RE 1010606 / RJ

informação e de expressão e mais restritos os direitos da personalidade. Em tais casos não basta, à higidez dos limites à liberdade de manifestação do pensamento, que **(i)** estejam eles devidamente previstos em leis formalmente válidas e **(ii)** atendam a fins constitucionalmente legítimos. É necessário, ainda, que **(iii)** a pretendida interferência nas liberdades de expressão e de imprensa traduza, ao ser aplicada ao caso concreto, um **limite necessário à preservação de uma sociedade democrática e plural.** Com efeito,

“quando alguém ocupa um cargo público, então a margem que se abre é muito maior, porque o modo por que são desempenhados os seus deveres públicos se discute conjuntamente com as suas qualidades pessoais, o seu caráter e os seus hábitos, como pontos que interessam ao público. Todo cidadão pode falar livremente não só sobre o que sabe, mas também sobre aquilo que crê e suspeita, contanto que ao proceder assim somente tenha em vista o interesse público e não use de perfídia.”¹⁹

Nesse contexto, **o critério da proporcionalidade desautoriza a imposição de restrições à liberdade de expressão, ainda que teoricamente fundadas na proteção da honra ou da imagem pessoais, quando tiverem como efeito inibir o direito à informação sobre a conduta, presente ou pretérita, de ocupante de função de interesse público.**

É o que reconheceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2008, no julgamento do caso *Kimel v. Argentina*, 2008, em que condenada a República da Argentina a **(i)** anular as condenações civis e criminais que haviam sido impostas pelo Poder Judiciário daquele Estado contra um jornalista e historiador que publicara livro contendo afirmações supostamente atentatórias contra a honra de um Magistrado e **(ii)** reformar a legislação doméstica que permitiu tal condenação, declarada

19 COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002.

RE 1010606 / RJ

como em desconformidade com os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que asseguram a liberdade de expressão. *In verbis*:

“Com relação ao direito individual de ter a honra respeitada, é concedida maior proteção às opiniões sobre a qualificação de uma pessoa para ocupar cargos ou sobre as ações de funcionários públicos no desempenho de seus deveres, de tal modo que o debate em um sistema democrático seja encorajado. A Corte tem salientado que, numa sociedade democrática, as personalidades políticas e públicas estão mais expostas ao escrutínio e à crítica do público. Este limite diferente de proteção deve-se ao fato deles terem se exposto voluntariamente a um escrutínio mais rigoroso. Suas atividades vão além da esfera privada para entrar no reino do debate público. Este limite não é baseado na natureza do indivíduo, mas no interesse público inerente às ações que ele desempenha. (...)

O controle democrático exercido pela opinião pública incentiva a transparência das ações do Estado e promove a responsabilidade dos funcionários públicos no desempenho de suas funções. Daí, a maior tolerância às declarações e opiniões expressas pelos indivíduos no exercício de tal poder democrático. Estas são as exigências do pluralismo inerente a uma sociedade democrática, que exige o maior fluxo possível de informações e opiniões sobre questões de interesse público.

No domínio do debate político sobre questões de grande interesse público, não são protegidas apenas a expressão de afirmações bem vistas pela opinião pública e as que são consideradas inofensivas, mas também a expressão de afirmações que chocam, irritam ou perturbam funcionários públicos ou qualquer setor da sociedade. (...)

As declarações críticas feitas pelo Sr. Kimel estavam relacionadas a questões de interesse público, por serem relativas a um juiz na sua qualidade de oficial público, e corresponderam a opiniões. (...)

RE 1010606 / RJ

Como tal, uma opinião não pode se sujeitar a sanções, ainda mais quando se trata de um juízo de valor sobre as ações de um funcionário público no exercício das suas funções. (...)

Tendo em vista o acima exposto, a Corte conclui que, no presente caso, a violação do direito do Sr. Kimel à liberdade de pensamento e de expressão foi manifestamente desproporcional e excessiva em relação ao pretense prejuízo do direito a ser respeitado." (*Kimel v. Argentina*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2008)

Um sistema jurídico em que a imprensa é contida pela possibilidade de imposição de indenizações vultosas tem o efeito de desencorajar, em razão dos riscos legais envolvidos, a publicação de matérias a respeito de ocupantes de cargos públicos. Para que a imprensa seja livre, sem a qual, repita-se, não é livre e nem democrático o país inteiro, os riscos dessa especial e sensível atividade não podem ser elevados. Em se tratando de críticas dirigidas contra ocupantes de cargos públicos, *"permitir julgamentos por difamação devido a qualquer afirmação errônea (...) desencorajaria a imprensa e os cidadãos de expressar críticas, por medo de cometer um erro"*.²⁰

A imposição de restrições às liberdades de informação, de expressão e de manifestação do pensamento que, embora destinadas em princípio à proteção de finalidades constitucionalmente legítimas, de modo algum se mostrem necessárias ou adequadas no contexto de uma democracia plural, **não sobrevive, pois, ao teste da proporcionalidade.**

11. Não se está a afirmar, aqui, que a cláusula constitucional assecuratória de liberdade plena à atividade da imprensa e à manifestação do pensamento inviabilizam, em caráter absoluto, a responsabilização civil da empresa por efetivos danos morais eventualmente decorrentes da publicação de matérias jornalísticas.

Como bem salientou o eminente Ministro Cezar Peluso no julgamento da **Reclamação nº 9.428**, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgamento da **ADPF 130** de modo algum

20 LEWIS, Anthony. Liberdade para as ideias que odiamos. São Paulo: Aracati, 2011.

RE 1010606 / RJ

significa “juízo decisório de impossibilidade absoluta de proteção de direitos da personalidade – tais como intimidade, honra e imagem – por parte do Poder Judiciário, em caso de contraste teórico com a liberdade de imprensa”. Essa possibilidade, todavia, há de ser exercida consoante os limites definidos na Constituição da República, e à luz do precedente firmado ao julgamento da **ADPF 130**.

12. É válido anotar, que o **Índice Mundial de Liberdade de Imprensa**, elaborado anualmente pela organização não-governamental internacional Repórteres Sem Fronteiras, situou o Brasil, em 2020, na posição de nº 107 entre 180 países monitorados. Ao lado de outros fatores, a **prevalência de uma cultura em que é naturalizada a repressão judicial da atividade da imprensa** destaca-se como uma das razões desse resultado.

Gostamos de apontar causas exógenas para justificar o nosso relativo estado de atraso cultural, social e econômico em relação a outras nações, mas não vemos que **as próprias instituições que adotamos para regular a sociedade frequentemente são as responsáveis por moldar um ambiente social e político inóspito ao florescimento e desenvolvimento do conhecimento, das ciências e das artes**.

É sintomático que, no Brasil, jornalistas e historiadores renomados pela seriedade de seus trabalhos não raro venham a público expor os perigos a que se sujeitam por se dedicarem a informar o público, como o constante receio de ser alvo de ações judiciais.

13. Não bastassem as evidentes dificuldades decorrentes das sua tensão com as liberdades de informação e de manifestação do pensamento e de expressão artística, intelectual e científica, a potencialização do direito ao esquecimento **coloca em risco** também a prevalência do pleno exercício dos direitos culturais (**art. 215, caput, da CF**), bem como a promoção e o incentivo à educação com base na liberdade de aprender, ensinar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (**arts. 205 e 206, II, da CF**). Igualmente, conduz a sociedade brasileira por caminho diametralmente oposto ao da promoção e difusão de bens culturais, dever do poder público, a teor do **art. 215, § 3º, II, da CF**.

RE 1010606 / RJ

Além de **inconstitucional**, a exacerbação do direito ao esquecimento é exemplo do tipo de mentalidade que, revestida de verniz jurídico, direta ou indiretamente contribui para, no longo prazo, manter o país culturalmente pobre, a sociedade moralmente imatura e a nação economicamente subdesenvolvida.

14. Lembro o amplamente conhecido e igualmente triste assassinato da atriz norte-americana Sharon Tate, em 1969, que até hoje desperta o interesse público, em razão das circunstâncias singularmente brutais em que se deu, e continua sendo objeto de livros, documentários, obras cinematográficas e programas televisivos. Em 2019, aliás, película retratando o terrível episódio, *Era Uma Vez em Hollywood*, recebeu dois Oscars (tendo recebido 10 indicações), além de 3 Globos de Ouro (de 5 indicações).

Em nome do esquecimento não mais faremos filmes, livros ou programas de televisão retratando os horrores da Segunda Guerra Mundial? Ou é justamente mantendo viva a sua memória que honramos as vítimas?

O doloroso caso envolvendo a irmã dos autores integra, lamentavelmente, a história, o imaginário popular e a memória coletiva da sociedade brasileira, e não deve ser esquecido justamente para que não mais ocorram fatos como esse.

15. Se alguma forma de **direito ao esquecimento** pode ser deduzida dos marcos constitucional e legal vigentes, seu âmbito de proteção se estende tão somente a fatos insuscetíveis de gerar qualquer interesse público, do público ou social, atinentes tão somente à vida privada e cuja publicização gera prejuízos individuais sem nenhuma contrapartida ao interesse de outrem. Nessa medida, já encontram a devida disciplina normativa em diplomas como o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

16. A discussão em torno do direito ao esquecimento assume nuances particularmente sensíveis no ambiente da Internet, em particular em relação à tarefa desempenhada pelos mecanismos de buscas como Google, Bing, Yahoo e congêneres, situação em que se costuma falar em

RE 1010606 / RJ

direito à desindexação. Tais nuances não se fazem presentes no caso em discussão, de modo que talvez seja prematuro fixar uma tese sobre esse ponto.

A título de ilustração, porém, segundo o Relatório de Transparência publicado pelo Google, desde o julgamento do caso Gonzales, de 2014, aqui já referido pelo eminente Relator, o aludido mecanismo de busca já recebeu 1.005.651 solicitações para remoção de 3.944.278 URLs dos resultados das pesquisas sobre indivíduos com base na lei de privacidade da União Europeia. Desse total, 46,8% (1.594.798 URLs) foram efetivamente removidas, após avaliação concluir apontarem para informações ‘inadequadas, irrelevantes, não mais relevantes ou excessivas’.

17. De modo geral, penso que, se, de um lado, a **retórica do direito ao esquecimento** tem sido frequentemente apropriada como justificativa oportunista para **censura**, seja no ambiente da Internet seja em meios tradicionais de comunicação e informação, de outro, o conceito apreende, penso, sentidos e usos legítimos. Esses, no entanto, me parecem já suficientemente amparados, no momento atual, pela proteção constitucional à inviolabilidade da intimidade e pelo escopo da legislação de proteção de dados pessoais, pelo que não vejo, pelo menos atualmente, espaço para um alargamento jurisprudencial do conceito.

18. Feitas essas anotações, entendo devidamente observadas, no acórdão recorrido, as balizas fixadas nos **arts. 1º, III, 5º, IX, X e XIV, e 220, § 1º, da Constituição da República**. Acompanho o eminente relator, **negando provimento** ao recurso extraordinário.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : NELSON CURI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ROBERTO ALGRANTI (15590/RJ) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A

ADV.(A/S) : JOAO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA (075342/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI

ADV.(A/S) : TAÍS BORJA GASPARIAN (74182/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)

ADV.(A/S) : RONALDO LEMOS (166255/SP)

AM. CURIAE. : ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S) : CAMILA MARQUES BARROSO (0325988/SP)

AM. CURIAE. : IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S) : ANDERSON SCHREIBER (110183/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S) : EDUARDO MENDONÇA (130532/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO PALAVRA ABERTA

ADV.(A/S) : OSCAR VILHENA VIEIRA (112967/SP)

ADV.(A/S) : RAFAEL FREITAS MACHADO (20737/DF)

AM. CURIAE. : PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDARIO E POLÍTICO

ADV.(A/S) : JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO (54244/DF, 67219/SP)

ADV.(A/S) : SIDNEY SA DAS NEVES (19033/BA, 33683/DF)

ADV.(A/S) : RAFAEL MOREIRA MOTA (17162/DF)

AM. CURIAE. : YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA

ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS (62698/DF, 183747/RJ, 208205/SP)

ADV.(A/S) : ANDRE ZONARO GIACCHETTA (26452/DF, 148366/RJ, 147702/SP)

AM. CURIAE. : VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA)

ADV.(A/S) : ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (147702/SP)

ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS (208205/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO VLADIMIR HERZOG

ADV.(A/S) : ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO (23490/DF)

Decisão: Após o início do voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), o julgamento foi suspenso. Falaram: pelos recorrentes, o Dr. Roberto Algranti Filho; pela recorrida, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo - ABRAJI, a Dra. Taís Borja Gasparian; pelo *amicus curiae* Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), o Dr. Carlos Affonso Pereira de Souza; pelo *amicus curiae* IBDCIVIL - Instituto Brasileiro de Direito Civil, o Dr. Anderson

Schreiber; pelo *amicus curiae* Google Brasil Internet LTDA, o Dr. Eduardo Mendonça; pelo *amicus curiae* Instituto Palavra Aberta, o Dr. Oscar Vilhena Vieira; pelo *amicus curiae* PLURIS - Instituto de Direito Partidário e Político, o Dr. José Eduardo Martins Cardozo; pelo *amicus curiae* Verizon Media do Brasil Internet LTDA (atual denominação de Yahoo! do Brasil Internet LTDA), o Dr. André Zonato Giacchetta; pelo *amicus curiae* Instituto Vladimir Herzog, a Dra. Adriele Ayres Britto; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros, Vice-Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 03.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, indeferia o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida e fixava a seguinte tese de repercussão geral (Tema 786): "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", o julgamento foi suspenso. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 04.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: Após o voto do Ministro Nunes Marques, que divergia parcialmente do Ministro Dias Toffoli (Relator) e dava parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para reconhecer o direito à indenização por dano moral aos autores, a ser fixado na instância de origem, dada a natureza infraconstitucional e fática dos elementos necessários para a aferição do seu valor monetário; dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Rosa Weber, que acompanhavam o Relator para negar provimento ao recurso; e do voto do Ministro Edson Fachin, que julgava parcialmente procedente a ação para reconhecer a existência de um direito ao esquecimento no ordenamento constitucional brasileiro, e negar, no caso concreto, que a pretensão dos requerentes triunfe sobre a posição de preferência da liberdade de expressão e do direito à informação, o julgamento foi suspenso. Afirmou suspeição o Ministro Roberto

Barroso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 10.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, Senhores Ministros, faço cumprimento na pessoa do Ministro-Relator, Ministro Dias Toffoli, a quem, de pronto, parabeno pelo voto profundo e arguto, como sempre, Senhor Vice-Procurador da República, Doutor Humberto Jacques de Medeiros, Senhores Advogados, cumprimento a todos, trouxeram achegas e realces muito importantes sobre o que já tinha sido apresentado, com memoriais e pareceres, na própria Audiência Pública, Senhores Advogados outros que aqui estão. Cumprimento o Ministro José Levi, da Advocacia-Geral da União, em nome de quem cumprimento todos os Advogados Públicos.

Senhor Presidente, apenas para retomar do que partimos ontem. Os Ministros, a partir do voto do Ministro-Relator, já se pronunciaram a respeito do quadro processual, mas apenas para retomar rapidamente. Nesta ação, inicialmente ordinária, de indenização, os agora recorrentes relataram que teria havido, e houve, a exibição do programa "Linha Direta - Justiça", da TV Globo - agora recorrida - sobre fatos determinantes da vida e da morte de Aída Curi, irmã dos recorrentes, o que teria sido um ilícito. A exibição do programa não tinha sido autorizada pelos familiares, que, então, pediram a indenização, pretendendo que a ré, agora recorrida, pagasse "*aos autores o preço da utilização da imagem, nome e história pessoal de Aída Curi*".

Não tiveram êxito nas instâncias antecedentes, então vieram a este Supremo Tribunal Federal, afirmando serem titulares do direito ao esquecimento - instituto admitido em alguns sistemas jurídicos, acolhido em tribunais constitucionais como o da Alemanha -, citado expressamente na peça, em julgados esparsos de órgãos judiciais nacionais, também já aqui mencionado pelo Ministro-Relator e nos votos dos Ministros que me antecederam.

Os recorrentes alegaram, na peça recursal, que o reconhecimento desse pretensão direito seria "*nova fronteira que se abre no reforço da defesa da garantia da dignidade humana*". O Ministro-Relator então submeteu o tema específico do direito ao esquecimento, da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade, o que foi reconhecido pelo Tribunal. O ponto fundamental posto na presente questão, neste caso, que ensejou o reconhecimento de repercussão geral, foi essencialmente ou nuclearmente o reconhecimento ou não da existência de um direito ao esquecimento previsto no sistema constitucional brasileiro.

Reproduzo, Senhor Presidente, Senhores Ministros, em voto escrito de que farei juntada - e farei apenas alinhavando o que expus como fundamento do voto -, o julgado recorrido neste caso - também transcrito nos votos dos demais Ministros. É contra o acórdão, portanto, do Tribunal de Justiça que se voltam os ora recorrentes. Eles relatam que a irmã foi brutalmente assassinada, em 1958, e que, se não bastasse *"a dor provocada pelo crime em si, pela perda de familiar tão próximo de forma tão extrema, os recorrentes foram literalmente perseguidos pela imprensa, por toda a década que se seguiu, ficando eles e toda sua família cruelmente estigmatizado"*.

Pelo que explicaram que, mais de cinquenta anos depois, *"com suas vidas em novo rumo e com a dor apaziguada pelos efeitos curativos de tão longo tempo, a recorrida veiculou, em rede nacional, o programa televisivo explorando não só a história de sua irmã, como utilizando a imagem real dela e dos recorrentes."*

Afirmam:

"lutar pelo reconhecimento do seu direito de esquecer essa tragédia, invocam o direito do esquecimento, instituto já reconhecido e definido pela Suprema Corte alemã, em algumas doutrinas, e em alguns julgamentos isolados no Brasil."

O voto do Ministro-Relator - mais uma vez, Ministro Dias Toffoli, parabeno-o pela agudeza, profundidade e verticalidade do tratamento dado ao tema e ao caso - separou, portanto, o direito ao esquecimento - tema reconhecido como de repercussão geral - e, depois de analisado, fez a análise da incidência e se existiria o direito alegado pelos recorrentes.

Início, Presidente, fazendo uma nota que, talvez, fosse inteiramente desnecessária, mas que faço questão, até para deixar claro. Todos os

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

Ministros que já votaram - e tenho certeza que todos - respeitam os recorrentes por sua dor. Não apenas respeito integral como solidariedade por tudo que passaram e por todos que passam situações semelhantes. Respeito, ainda, na condição de jurisdicionados que exercem o legítimo direito constitucional de questionar o que não lhes pareceu ter sido devidamente solucionado no Poder Judiciário. Tal como o Ministro Dias Toffoli, até para deixar claro o que é caso e o que é tema, separei, inicialmente, no voto, o conteúdo - existência ou não do direito ao esquecimento -, sua conjugação com o direito à liberdade de expressão e direitos da personalidade. Introduzi um esboço histórico sobre a jurisprudência e sobre o tema, que deixo de mencionar, Presidente, porque já foi amplamente repetido aqui nos votos que me antecederam a partir do voto do Ministro-Relator, reafirmado, analisado - até mesmo com as advertências necessárias como fizeram alguns dos Ministros -, para deixar claro que o direito ao esquecimento, reconhecido em alguns casos em tribunais constitucionais, não foi sequer cuidado ou devidamente limitado em cada caso.

Nesse sentido, portanto, faço algumas observações, Presidente, sobre o direito ao esquecimento como posto, articulado, de forma específica, e sobre itens específicos do Ministro-Relator, que também teve a mesma articulação do meu voto.

Começo por dizer, Presidente, que, em algumas ocasiões - alguns dirão, em todos os processos judiciais -, o que se põe em discussão é sobre se a solução é justa ou não, nos termos do Direito vigente, e sobre como aplicar o Direito.

Em alguns processos, no entanto, o Poder Judiciário é convocado, a partir de um caso, a dizer qual é a ideia de justiça plasmada no sistema jurídico e dar as diretrizes para interpretação e aplicação de uma matéria. Este me parece ser um desses casos em que estamos não apenas para resolver um caso, em termos específicos, sobre repercussão geral, mas sobre qual é a ideia que prevalece no direito constitucional brasileiro vigente.

O Ministro-Relator circunscreveu o objeto deste recurso e do

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

cuidado por ele adotado e conceituou o direito ao esquecimento como *“pretensão apta a impedir a divulgação, em plataforma tradicional ou digital, de fatos e dados verídicos, ilicitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizadas ou destituído de interesse público relevante”*.

Vou-me ater exatamente ao conceito que o Ministro-Relator especificou em seu voto, Presidente, até para delinear bem qual é o ponto que estamos a tratar.

O Ministro Dias Toffoli afirmou expressamente não se aprofundar, neste processo, sobre a questão do domínio particular dos dados oferecidos, coletados e mantidos em sítios de internet de busca de guarda de dados. Afirmou que este tema é objeto específico de outro processo, que será devidamente analisado pelo Supremo. Também não avanço, portanto, neste tema.

O objeto especificado, neste caso, é o direito ao esquecimento, sua legitimidade nesse sentido: pretensão apta a impedir a divulgação em plataforma tradicional ou digital de fatos e dados verídicos, lícitamente obtidos e sobre os quais houve a passagem do tempo. Por isso o Ministro Dias Toffoli menciona essa indagação, em seu voto: existe o direito ao esquecimento?

Fundamentalmente, neste processo, parece-me, Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhores Advogados e Senhor Vice-Procurador-Geral da República, que estamos respondendo a uma pergunta que até transcende o Direito, mas que tem que ser circunscrito ao cuidado jurídico.

Somos, todos nós, protagonistas e coautores de nossa história. Somos donos da nossa história? Cada um constrói sua vida, ela é e torna-se impartilhável, segundo nosso querer ou segundo o desejo de alguém que tenha composto o cenário humano em cuja paisagem vivemos? A história de todos forma a memória coletiva e é direito de cada cidadão, de cada um de nós. A história de cada um de nós é direito de todos? Ou, em uma democracia, a história de cada um se compõe

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

segundo sistemas constitucionais que conferem e asseguram como necessários um conjunto de direitos a ser respeitado do ponto de vista jurídico, no plano do Direito? A privacidade da vida e na vida garante que cada pessoa se possa excluir, segundo sua vontade, de todos os olhares, mesmo aqueles que têm repercussão pública ou interesse público demonstrado?

Em um País de triste desmemória como o nosso, Presidente e Senhores Ministros, discutir e julgar o esquecimento, como direito fundamental, no sentido aqui adotado, de alguém poder impor silêncio ou até segredo de fato ou ato que poderia ser de interesse público, que é de relevância pública, pareceria - se existisse essa categoria no Direito, e não existe - um desaforo jurídico para minha geração, porque o Brasil é um país pelo qual a minha geração lutou pelo direito de lembrar.

Já que estamos falando de lembranças, em 1939, Ary Barroso compôs o que é considerado quase como um segundo hino - música mais gravada no Brasil e cantada por todos -, a Aquarela do Brasil. Ali, ele punha:

*"Brasil...
Abre a cortina do passado
Tira a mãe preta do cerrado
Põe o Rei Congo no congado
(...)
Brasil "*

Oitenta e dois anos depois, alguém me pede que feche a cortina do passado.

O que é o direito da coletividade - não de cada um, porque estamos a cuidar de lembranças - e da memória coletiva, lembrada ontem pela Ministra Rosa Weber?

Lutamos, no Brasil, pelo direito de lembrar, lembrar até para esquecer, para refazer a história, reconstruir, para não mais permitir, a partir do observado, sabido e experimentado, o que tenha sido cruel, desventuroso, humanamente impróprio. Não tenho dúvida - e nem poderia ter - de que o esquecimento pode ser e é, às vezes, uma forma de

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

superação individual de dores maiores que o viver nos impõe. Também não se pode desconhecer que pode ser, politicamente, instrumento de mentiras, falseamento de verdade e recriação de fatos - com a invisibilização e o silêncio sobre pessoas e ocorrências que poderiam mostrar, na gênese, as feridas, e até as conquistas de um povo, mas, principalmente, os equívocos de uma época, uma circunstância de graves repercussões sobre o presente.

Aprendi que pretérito perfeito se conjuga com o presente do indicativo, porque ninguém se cria todo dia, como se fosse uma novidade para a vida. Há uma continuidade, do ponto de vista pessoal e social. Silêncios, omissões, segredos, ainda de que de fatos passados, guardados em baú e não mostrados, com transparência, como deveriam ser, podem ser e são - e isso se tem demonstrado na história muitas vezes - instrumentos de práticas ditatoriais. A história oficial não é necessariamente a história sincera dos fatos e das instituições. Um dado omisso ou esquecido ensina mal, porque não educa, acoberta. Deslembrar não é sempre e para sempre um direito genérico e abstrato - conforme circunscreveu o Ministro Dias Toffoli aqui -, atribuído a alguém que teria, então, a chave da história.

Não vejo como a história de uma sociedade, de um povo, sobre assunto de relevância para a coletividade, possa ser posta como tema, na esfera exclusiva e sobranceira da vontade de uma pessoa, em nome da garantia de sua privacidade. Não desconheço - e o Ministro Fachin, ontem, demonstrou, com a proficiência que lhe é própria - a importância de verificar, de um lado, o direito de todos e, de outro, o direito de cada um. Uma sociedade que se edifique sobre desmemórias não se pode construir civilizada e democraticamente. O direito pelo qual a minha geração lutou é o de lembrar, admitindo-se o esquecimento como uma contingência, um recurso pessoal, um dado que se aproveita para assegurar a dignidade ou a cura de uma dor pessoal, mas sem ser forma de esconder ou escamotear que passou. O presente é construído com o saber do passado para se planejar o futuro.

Esquecer - e enfatizou bem, ontem, o Ministro Alexandre de Moraes - não é apagar, não é desfazer, é não lembrar, porque a lembrança é da

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

vida, mas cada um lida com essas lembranças como quer e pode. Esquecimento é uma porta cerrada, nas palavras do poeta que dizia: "*Descuidosa, a porta apenas cerrada pode te contar o conto que não queres saber*". O não saber não significa não existir; não lembrar não é apagar como se não tivesse tido existência o que existência teve. A deslembração também guarda histórias que, muitas, sequer se preferia esconder ou, pelo menos, silenciar. Faço uma referência elogiosa e respeitosa à indicação de casos e de jurisprudência estrangeira, que tanto ensinam - e assim é feita a vida, do saber e da experiência do outro, que pode também nos auxiliar para que andemos e sigamos em frente -, mas é preciso contextualizar que nós, no Brasil, somos um povo de minorias de direito - não numéricas, não de pessoas - silenciadas e invisibilizadas. Nós, mulheres, os negros, os índios, os gays e seus algozes de todos os matizes não comparecemos na história oficial. Não somos mostrados em nossas dores, em nossas tormentas, em nossos flagelos e também ficam escondidos aqueles que praticam essas condutas, os autores dessas feridas. Somos, no entanto, não mostrados, mas somos partes da história real.

O esquecimento suprime fatos, esconde circunstâncias históricas, serve a objetivos específicos. A amostragem também serve. Não ponho em questão que algumas resistências sejam compreensíveis, porque subjetivas, velam pelo sofrimento de alguém que busca furtar-se à dor, mas esses motivos, às vezes, servem ao acobertamento que dificulta o prosseguir histórico de um povo, com o aperfeiçoamento das ideias, dos costumes e das instituições.

Quem vai saber da escravidão, da violência contra a mulher, contra índios, contra gays, senão pelo relato e pela exibição de exemplos específicos para comprovar a existência de agressão, tortura, feminicídio? Casos que ponham abaixo ou pelo menos confrontem o discurso infame de que nada disso é verdade, mas choro de perdedor.

Lembro apenas, Presidente, para dar um exemplo, de que na Inconfidência Mineira, os fatos exibidos, mostrados, eram aqueles que não deveriam contrariar os interesses da Coroa portuguesa. Foram esquecidos e silenciados pessoas e fatos, para mostrar, por exemplo, que mulheres não deviam, de jeito nenhum, imiscuir-se na vida pública.

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

Hipólita Jacinta Teixeira de Melo, inconfidente, conjurada atuante, que teve graves consequências por sua atuação, os bens confiscados, não compareceu nunca ou quase nunca na história. É certo que há uma historiadora como Heloisa Starling e outros poucos, que ainda se debruçam sobre ela. Mas é dela a frase "*que era melhor morrer com honra do que viver com a desonra*". Contudo, não foi ela que puseram nas histórias. Puseram as musas, puseram aquelas que podiam ser cantadas, não as que atuaram.

Isso tudo é devidamente programado, projetado, há consequências. Toda dor contada - no caso que agora examinamos, trazido neste processo, que, mais uma vez, reitero, merece meu inteiro respeito e integral solidariedade - não pode ficar ao largo da discussão que os recorrentes trouxeram aos autos.

Alguém pode ter domínio de fato histórico que retrata não apenas seu próprio caso, mas a circunstância de um caso que mostra quadro sociopolítico maior do que a vida protagonizada?

Somos todos linhas vitais, humanas, que se formam na medida que dá corpo a uma história construída por todos. É de histórias comuns que a memória de um povo se constrói, e a partir delas se reconstrói.

Reconheço que alguém pode querer não se lembrar, mas pode proibir de saber e se lembrar? Pode impor a sociedade a se esquecer? Refiro-me ao esquecimento como categoria jurídica na forma buscada neste processo.

Creio que toda vida ultrapassa o vivente. Uma morte pode enterrar muito mais do que um corpo, pode carregar para o túmulo o retrato de um tempo ou de uma ocorrência histórica. Por isso, o Ministro-Relator vigorosamente enfatizou que era preciso verificar - Ministro Fachin também - se havia interesse público em determinada amostragem ou exibição, para que não se calasse a história nem se estancassem as instituições.

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

Parece-me que, na forma posta no voto do Ministro-Relator, de forma genérica e plena, não há no sistema jurídico brasileiro que se extrair o esquecimento como direito fundamental, limitador do direito à liberdade de expressão e, portanto, forma de coarctar outros direitos que cada um de nós e todos juntos temos à memória coletiva.

A memória, composta por todas as lembranças da gente, de um povo e de um tempo, é o patrimônio que faz com que haja o avanço histórico civilizatório e, nesse caso, compõe a memória coletiva.

O direito constitucional contemporâneo, por certo, não permite que, ao preço da dignidade de uma única pessoa, sobreponham-se todos os direitos. A dignidade de uma pessoa está na repetição de fatos mostrados, publicados, há mais de cinquenta ou sessenta anos?

Há documentos, acostados aos autos, nos quais se dá conta de que se deveria considerar como privacidade o resguardo ao direito ao esquecimento, por quem não fosse figura pública ou não tivesse uma vida pública. Isso chegou também em alguns memoriais.

A vida de uma pessoa não é avaliada apenas por ela, sem o seu contexto. Daí, a nota do Ministro Dias Toffoli, no sentido de que a demonstração do interesse público para formação da memória coletiva e para se avaliar a legitimidade de uma determinada exibição precisa ser considerada no caso concreto, não como reconhecimento de um direito genérico e abstrato ao esquecimento.

Fico imaginando a tarefa do historiador. Como contar uma época sem acesso e divulgação de processos, incluídos os judiciais, da época da escravatura? Como contar o papel exercido por pessoas comuns que fizeram a história deste País ou de qualquer país? O que fazer com uma chave histórica que pode mostrar uma época, um costume, se o direito ao esquecimento tiver a amplitude pretendida neste processo?

Por isso que o Ministro Dias Toffoli, a partir da indagação se existe direito ao esquecimento no direito brasileiro e na forma posta, respondeu negativamente. O que também respondo tal como o Ministro o fez.

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

Cada pessoa tem o direito apenas pessoal de deslembrar do que quer, não de impor ao outro que também se esqueça, de que nem saiba. O que não se tem, portanto, é o direito de impedir que os outros saibam e tenham acesso a fatos que compõem a história de uma sociedade.

Não vou fazer referência à concepção que se foi afirmando, consolidando, do direito ao esquecimento, Presidente, porque já foi feito, mas quero lembrar que, no Brasil, a Constituição da República de 1988 parece mostrar que o direito à lembrança, à memória, foi conquistado e adotado quase como uma candeia que conduzia a obra constituinte. É de Ulysses Guimarães o tão repetido discurso da tarde de 5 de outubro de 1988, no ato da promulgação: *“Como o caramujo, a Constituição guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio. A sociedade foi Rubens Paiva, não os facínoras que o mataram”*.

A Constituição brasileira é fruto de uma sociedade que quis se lembrar, por isso a Comissão da Verdade, por isso as comissões compostas para verificação de fatos e atos escondidos. Tudo a indicar que, como instituto jurídico, garantir o esquecimento como direito de alguém se opor e impedir a divulgação e a exibição de um fato, circunstância ou condição histórica, não me parece cabível no sistema constitucional. Sem lembranças, não há construções erguidas sobre o que se soube e se superou ou se aperfeiçoou ou até que sirvam como exemplo. Aqui lutamos pelo direito à lembrança, lembrança que se converte em elemento da memória coletiva e histórica. É com ela que se constrói ou reconstrói, com conhecimento dos fatos experimentados, o rumo histórico de um povo.

Não quero deixar de realçar, mais uma vez, que o esquecimento pode ser invocado como cuidado pessoal, evitando-se, por exemplo, a curiosidade malsã. O sistema jurídico o acolhe para dignificar e construir, por exemplo, com a prescrição, com a ação rescisória, com a revisão criminal, não para ocultar, segredar ou, principalmente, como ontem, com tanta ênfase, anotou o Ministro Alexandre de Moraes, para fazer de conta que se apagou o que aconteceu, até porque não se apaga o que aconteceu. Muito mais nos casos em que se apure e exiba o que já foi

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

mostrado, o que já tinha sido mostrado, publicado, discutido, licitamente obtido, para nova exposição. A dificuldade que se põe é assegurar o direito à memória e o que se apelida direito ao esquecimento. O equilíbrio, que ontem o Ministro Fachin enalteceu e trabalhou, entre pessoal e social há de ser buscado para não se estabelecer um elemento limitador de direitos e de princípios constitucionais fundamentais, como o direito à informação histórica, à história fidedigna dos fatos para a possibilidade de serem postos à interpretação e à condução de rumos das experiências sociopolíticas, tudo em benefício da dignidade humana.

Tudo há que se fundamentar no direito a que não se limite a exposição de fato para que não se institucionalize o direito ao segredo do passado ou, pior, à censura presente do passado. O esquecimento como direito se pode aproximar, inclusive, como temos visto no caso de biografias e autobiografias, a ser instrumento não de pedidos de reparação, mas de chantagens. Nós, que somos mais velhos, lembramos o que aconteceu no Brasil, na década de 1980, em que um grande autor, lançando sua biografia - portanto, autobiografia -, foi levado a um estado de desespero - um dos maiores autores de autobiografia no Brasil - por chantagem de pessoas que diziam que ele podia falar só dele em sua autobiografia. Ora, ninguém vive sozinho! Se levado às últimas consequências o direito ao esquecimento, vamos permitir, inclusive, que, ao contar a história de cada um de nós, não sejamos mais sequer possibilitados de narrar nossas próprias vidas.

Isso tudo para dizer que o que Ministro-Relator afirmou é o fato verídico, licitamente obtido, objeto do conhecimento, e é sobre ele que estamos a trabalhar, neste caso, ao falar desse direito ao esquecimento.

Eu sou tão velha que não sou nem do tempo do *fake*, Presidente. No meu tempo, dizia-se: "*Não sei se é fato ou se é fita.*" Agora, não sei se é fato, fita ou *fake*. Seja lá o que for, só vale para este processo o que é fato e verídico; não fato inventado. Aliás, em um País como o nosso, em que sei que pessoas contratam escritores para inventar um passado porque não gostam do passado dele, é claro que o direito ao esquecimento é um pouco mais complicado. De toda sorte, de *fake* não estamos falando, de fita não estamos falando; estamos falando de fato, porque o que não é fato

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

há de ser corrigido, e não esquecido. Ninguém se lembra do que não aconteceu - se bem que tudo é possível! Fico vendo pessoas, como disse, que criam passados. Aí, acho que o departamento não é jurídico; é psicológico. De todo jeito, o narrado que não corresponda a fato não está em nossa esfera de tratamento. Sobre o fato lícito, como disse o Ministro Dias Toffoli - lícito antes e ilícito agora ou ilícito antes e lícito agora -, não se quer, nem uma interpretação presentista destruidora, nem que não se possa mostrar aquilo que um dia foi lícito - por exemplo, no caso da escravatura - e que, agora, não queremos que seja - e não pode ser - não aquilo que foi lícito e que é ilícito agora - é disso, portanto, e só disso que estamos cuidando.

Aqui, Presidente, faço uma referência em meu voto ao direito à verdade histórica como princípio que me parece constitucional também nesta matéria, que é o princípio da solidariedade entre gerações. Este, a Constituição brasileira põe, no caso específico do direito ambiental, de maneira expressa, mas perpassa toda a ética constitucional do Brasil. Não é possível que a gente, em uma geração, negue à próxima geração - até por solidariedade e não como dimensão filosófica ou religiosa, mas como dimensão jurídica - o direito de saber qual é sua gênese, qual é sua história. Se garantimos - e o Supremo Tribunal já garantiu -, a cada pessoa, o direito de buscar, geneticamente, suas origens, por que não garantiríamos a gênese histórica de cada povo, demonstrando e permitindo que os fatos, ainda que graves, ainda que cegos, ainda que dolorosos, também sejam mostrados, para que a gente aprenda com as nossas feridas e resolva? Um "país de chagas sociais" tão grandes quanto temos no Brasil não se pode dar ao luxo de fazer de conta, porque ninguém vive de faz de conta.

Também estou seguindo o Ministro-Relator no conceito da passagem do tempo, que impeça ou que possa levar a uma descontextualização. Ponho-me inteiramente de acordo no sentido de que não se pode permitir que algo que tenha tido uma interpretação de acordo com o que prevalecia em determinado momento não possa ser mostrado, desde que devidamente contextualizado.

Neste sentido, portanto, a descontextualização, a meu ver, gera

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

mentiras, alterações daquilo que precisa ser devidamente interpretado e com o que se há de aprender. Mas, aí, para mim, o caso também não é de esquecimento. É um caso de apresentação indevida por ausência de todos os postos e pressupostos necessários. A informação buscada e mostrada em outro contexto que não se tenha passado, sem as devidas referências, pode provocar realmente o equívoco na interpretação e até uma transformação dos dados. Não me atenho, portanto, à questão, porque o que foi lícito em determinado momento pode ser ilícito hoje e precisa ser mostrado para não ser repetido - *vide* os casos que ocorrem nas ditaduras. O Ministro-Relator, inclusive, também fez referência a isso: nunca permitimos que tivesse que se fazer sombra onde precisa ser jogado luz. O que foi passado não pode ficar no almoxarifado das lembranças intocáveis, ainda que tenha sido lícito em determinado momento. É preciso que se ponha luz para que a gente verifique e que não se repita como lícito o que não pode ser ilícito do ponto de vista da principiologia constitucional.

O que não me parece possível, portanto - e acho que nisso estamos de acordo Ministro Dias Toffoli, eu e os que nos acompanharam -, é que não pode haver censura presente de fato passado. Nesse sentido, tenho - e foi também repetido muitas vezes ontem - que a censura no Brasil é proibida - ontem até se fez referência a censura prévia. A Constituição não qualifica a censura. Censura é proibida no Brasil. O art. 220, no seu § 2º, estabelece que "é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."

Censura é sempre indigesta, nenhuma censura presta, de nenhuma natureza. A censura desvirtua, a censura corrompe, a censura mente e faz com que a mentira prevaleça. A Constituição brasileira e este Supremo Tribunal Federal, várias vezes, reafirmaram a impossibilidade e a inaceitação de qualquer forma de censura. Quando falamos nisso, não distinguimos entre censura estatal e censura particular, do qual estamos falando. Uma pessoa pelo seu interesse particular estaria, portanto, afirmando que, como não autorizou, o caso não pode ser mostrado.

Não fizemos distinção entre censura estatal ou censura particular, censura do presente ou censura do passado, censura de qualquer

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

natureza. Toda censura é indigesta, censura não presta, não serve e, principalmente, não se compõe com o constitucionalismo contemporâneo.

Nesse sentido, o fundamento do Ministro Dias Toffoli, bem como dos Ministros que o acompanharam, está de acordo que não é permitido que alguém, em nome da privacidade, possa se opor à divulgação de um fato verídico e obtido pelos meios lícitos. Portanto, compreendo o interesse público devidamente demonstrado.

A expressão "*da liberdade assegurada, constitucional e internacionalmente, como conquista da civilização e da democracia*" não pode ser suprimida. A gente fala muito em liberdade de expressão, porém, na verdade, é preciso enfatizar mais e mais a liberdade. A expressão que o constitucionalismo contemporâneo assegura é a expressão como manifestação da liberdade. A expressão, como outros instrumentos, poderia até servir e serve como instrumento de agressão, como lesão, mas estamos falando de liberdade e de todas as formas de liberdade.

O Ministro Alexandre de Moraes ontem, lembro ainda, enfatizou que liberdade se compõe com responsabilidade, digo eu, até porque liberdade sem responsabilidade é arbítrio, é mandonismo. A liberdade responsável é inerente ao Direito e garantida pelo Direito.

Para mim, não pode haver nenhuma forma de censura estatal ou particular porque censura presente do passado é dinamite na ponte da história e da memória coletiva. Destroí tudo que veio antes, como se fôssemos realmente os senhores da história de um povo.

Nesse sentido o Ministro-Relator ainda fez referência - e faço referência até em razão de ter sido reiterado em outros votos - ao direito de, para usar uma expressão mais portuguesa, "pôr-se em sossego" - expressão até camoniana. Eu lembraria, como o Ministro Alexandre lembrou ontem, que Greta Garbo, ao dizer *I want to be alone*, como também lembrado pela Ministra Rosa, em seu belo voto, circunscreveu-se a um espaço particular, mas o que ela fez antes continua a ser mostrado até hoje, porque não se desfaz o que foi feito. O "pôr-se em sossego" não elimina toda e qualquer atuação que a pessoa tenha tido na vida.

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

A liberdade de apuração e de informação do relato e da exposição do que examinado e demonstrado veridicamente por meios lícitos, com interesse público determinante, não pode ser coartada pela vontade de uma pessoa, por maior que seja a dor de retirar o véu que cobre a lembrança mais amarga. A combinação dos direitos fundamentais de intimidade e liberdade de expressão está na observância dos elementos que devem ser apurados em caso de alegação ao direito de esquecimento, ou seja, a veracidade dos fatos, a licitude da obtenção dos dados a eles relativos e a demonstração de interesse público que permita sua divulgação em benefício da coletividade.

Portanto, analisei nesse sentido a máxima proteção aos direitos fundamentais, assim assegurada, combinada com a máxima efetividade dos direitos fundamentais de todos. O que se pôs e se mostrou neste caso tinha sido exibido, publicado, há mais de cinquenta anos, e imposto em toda a crueza de uma sociedade perversa, desumana, mas não pode ser escondido hoje das novas gerações. Nem todos iriam aos arquivos, mas o que ficou demonstrado e mostrado já ficou, o mais é a história.

Lembro, ainda uma vez, que não apenas o jornalista, que trabalha com a informação, mas que também o historiador, Ministro Toffoli, exerce a liberdade de expressão. Ele, muitas vezes, no Brasil, não é lembrado, mas tem sido alvo de ações judiciais pela menção feita a uma ou outra história.

Drummond, em celeberrimo poema sobre o historiador, dizia que o historiador:

*“Veio para ressuscitar o tempo
e escarpelar os mortos,
(...)
Veio para contar
o que não faz jus a ser glorificado
e se deposita, grânulo,
no poço vazio da memória.
É importuno,
sabe-se importuno e insiste,
rancoroso, fiel.”*

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

Garantida essa fidelidade, a privacidade, ao lidar com direito que já se fez público no sentido de fatos que já foram exibidos antes, não pode ser uma limitadora, a meu ver, da liberdade de expressão.

A prática, portanto, demonstrou, e, no casos dos autos, também, que aqui se teve um caso tristíssimo de fato pungente, doloroso, grave, que permeou notícias, jornais, mídias da época em que ocorreu, 1958, mas entrou para os chamados anais da história. Como apagá-lo da memória de todos? Como não permitir que os jovens saibam? Como ontem lembrado pela Ministra Rosa, não saber que, a cada nova morte mostrada de mulher, de menina, a gente precise aprender outra vez na tragédia do dia a dia.

Como excluir de exibição possível a mostrar o que se passou e que já deveríamos ter aprendido para evitar uma sociedade tão violenta? Como admitir, no sistema constitucional brasileiro, a censura presente do passado feito por particular?

Não me parece que a garantia de intimidade da privacidade possa ser excludente da liberdade de informação - direito de todos e de cada um. Não pode ser impeditiva à formação e consolidação do interesse público, por isso, não reconheço acolhido, no sistema constitucional brasileiro, na forma, volto a insistir, posta neste processo, genérica, plena e abstrata, em nome do qual se poderia impedir a divulgação de fato ou ato jurídico obtido licitamente com interesse público demonstrado.

Pelo que voto, Senhor Presidente, por negar provimento ao recurso extraordinário e pelo indeferimento do pedido de reparação de danos na forma do voto do Ministro-Relator.

É como voto, Senhor Presidente.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, "a", da CF, no qual se discute a temática correlata à indenização por danos morais e materiais, tendo como fundamento a aplicabilidade do direito ao esquecimento, na esfera civil, quando invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares, em decorrência da veiculação de programa televisivo, com abordagem de fatos relacionados a crime ocorrido há várias décadas.

Eis o teor do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual julgou o tema, em sede recursal, mantendo a decisão do Juízo de 1º grau, que julgou improcedente a demanda:

“INDENIZATÓRIA. PROGRAMA ‘LINHA DIRETA JUSTIÇA’. AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado ‘Linha Direta Justiça’. 1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas. 2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido

RE 1010606 / RJ

caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos. Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator". (eDOC 10, p. 73/87)

O fundamento do acórdão do TJRJ está firmado no sentido de que a Constituição da República *"garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais"*.

Decidiu, também, que *"a ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado"*.

No apelo extremo, os recorrentes recordam que sua irmã *"foi brutalmente estuprada e violentada no ano de 1958, tendo eles sofrido um intenso massacre dos órgãos de imprensa à época, posto que promovida uma cobertura ferrenha de cada passo das investigações e do processo criminal subsequente, transformando o crime num dos maiores eventos da imprensa nacional, de todos os tempos"*.

Referem que *"mais de cinquenta anos depois, com suas vidas em novo rumo e com a dor apaziguada pelos efeitos curativos de tão longo tempo, a recorrida veiculou em rede nacional um programa televisivo explorando não só a história de sua finada irmã, como utilizando a imagem real dela e dos recorrentes,*

RE 1010606 / RJ

a despeito da notificação por eles enviada, previamente, opondo-se a sua veiculação".

Expressam, também, que "lutam pelo reconhecimento do seu direito de esquecer esta tragédia; invocam o direito ao esquecimento, instituto já reconhecido e defendido pela Suprema Corte alemã, e em algumas doutrinas e alguns julgamentos isolados no Brasil".

Argumentam que "o direito ao esquecimento é um atributo indissociável da garantia da dignidade humana, com ela se confundindo".

Em contrarrazões, a recorrida aduz que o programa 'Linha Direta Justiça' "tinha por fim relatar fatos históricos, do interesse de toda a coletividade, relacionados a crimes de grande repercussão e seus respectivos julgamentos pelo Poder Judiciário, sendo, pois, um programa jornalístico, com natureza de documentário", além de que "os direitos à intimidade e imagem dos recorrentes e de sua falecida irmã certamente não se sobrepõem ao interesse coletivo da sociedade de ter acesso às informações sobre o fato histórico".

Defende que a CF "consagra a plena liberdade de expressão, o que exsurge claríssimo das disposições dos seus artigos 5º, IV, IX, XIV, e 220, §§ 1º e 2º", sem olvidar que "o defendido direito ao esquecimento é completamente incompatível com a plena liberdade de informação assegurada pela Constituição Federal".

Em razão da interposição simultânea de recursos especial e extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria, em acórdão a seguir ementado:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO ‘AIDA CURI’. VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO

RE 1010606 / RJ

CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aída Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aída Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas. 3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento - se assim desejarem -, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram. 4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor - condenado e já penalizado - deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos

RE 1010606 / RJ

ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima - por torpeza do destino - frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi.

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aída Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar

RE 1010606 / RJ

responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. 9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias - assim também ao que alegam os próprios recorrentes -, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização. 10. Recurso especial não provido". (REsp 1.335.153, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 10.9.2013)

Aportados os autos nesta Corte, a repercussão geral restou admitida no ARE 833.248 (tema 786), em acórdão assim ementado:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL". (ARE 833.248 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 20.2.2015)

O relator deu provimento ao agravo para determinar a subida do recurso extraordinário, que foi atuado sob o número atual (RE 1.010.606).

Houve a realização de audiência pública nesta Corte, no dia 12 de junho de 2017, "*para ouvir o depoimento de autoridades e experts sobre i) a*

RE 1010606 / RJ

possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil e ii) a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando-se a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade”.

Foram admitidos, como *amici curiae*, a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI); o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS); a Artigo 19 Brasil; o Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL); o Google Brasil Internet Ltda.; o Instituto Palavra Aberta; o Instituto de Direito Partidário e Político (PLURIS); e a Yahoo! do Brasil Internet Ltda.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo desprovimento do apelo extremo, em parecer a seguir ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 786. DIREITO AO ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA PRÓPRIA VÍTIMA OU PELOS SEUS FAMILIARES. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO. ABORDAGEM DE FATOS RELACIONADOS A CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. Proposta de tese de repercussão geral - Tema 786: ‘O direito ao esquecimento consiste em desdobramento do direito à privacidade, devendo ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão’.- Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário”.

(eDOC 96)

O debate consiste em saber se há a aplicabilidade do direito ao esquecimento em exposição da imagem e vida privada de vítima, por envolvimento em matéria jornalístico-televisiva que abordou crime ocorrido há décadas, havendo a necessidade de ponderação entre os

RE 1010606 / RJ

direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade de informação.

2) Suposto direito ao esquecimento

Não há, no direito brasileiro, disciplina normativa específica e direta abarcando o provável “direito ao esquecimento” (*the right to be let alone*, tradução livre - direito de ser deixado sozinho), sendo este nível de proteção decorrente de exegeses extraídas de outros países (em especial decisão inaugurada pela Alemanha em 1973), aliado à reinterpretação do arcabouço protetivo existente no nosso ordenamento jurídico.

Há também as variações mundiais ao termo, tais como “*right to be forgotten* (ou *to be left in peace* ou *to be left alone*), *search engine*, *delisting request*, *derecho al olvido*, *diritto all’oblio*”. (Boletim de Jurisprudência Internacional, *Direito ao esquecimento*. 5ª ed. Brasília: Biblioteca do STF, dezembro de 2018. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/bitstream/handle/123456789/1214/BJI%20-%205%20-%20DIREITO%20AO%20ESQUECIMENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 3.2.2021)

Na seara internacional, a primeira decisão de relevo que se tem noticiado adveio do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, em 1973, entendeu que a exibição de documentário sobre crime notório, por inexistir significativo e atual interesse público na informação, feriria o direito de personalidade do autor do delito, diante do transcurso de tempo desde os fatos, sem olvidar que comprometeria a ressocialização daquele (BVerfGE 35, 202, j. 5.6.1973 (*Lebach I - Soldatenmord von Lebach*)).

Em 1995, a Suprema Corte da Holanda reconheceu que o direito ao esquecimento deve-se sobressair sobre a liberdade de expressão e de imprensa quando não houver interesse público na informação, além de ser necessário para proteção da honra, reputação e demais direitos da pessoa ofendida de crime de calúnia, nos termos do artigo 10.2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Decisão 15.549). Eis o resumo daquele julgamento:

“As questões a serem resolvidas neste caso eram se três

RE 1010606 / RJ

artigos publicados em um jornal de circulação nacional eram difamatórios e se a ação intentada pelo ofendido era admissível, à luz do direito à liberdade de expressão. Os artigos sugeriam que V. havia assassinado um judeu que vivia escondido durante a Segunda Guerra Mundial. No entanto, um Tribunal Distrital absolveu V. de assassinato em 1944, e, em 1946, ele foi reabilitado quando foi estabelecido que ele agia no interesse da resistência ao opressor.

A Suprema Corte começou observando que a ação foi movida contra um jornalista e um jornal, de modo que, permitida, constituiria uma interferência na liberdade de expressão a que têm direito este jornalista e este jornal. Essa interferência era justificável, entretanto, conforme as condições estabelecidas no artigo 10.2 da CEDH, a saber, que a interferência deve ser prescrita por lei e necessária para a proteção da reputação ou dos direitos da pessoa ofendida, foi atendida.

Nesse caso, não era apenas a reputação dessa pessoa que estava em jogo, mas também – e principalmente – seu direito de não ser confrontado publicamente mais uma vez, mais de quarenta anos depois, com as ações que ele havia realizado no passado, na forma de acusações ofensivas e difamatórias. O Tribunal Constitucional considerou que a única forma de avaliar se a permissão do processo era necessária em uma sociedade democrática para a proteção da pessoa difamada era pesando os direitos fundamentais opostos entre si, levando em consideração todos os detalhes do caso.

A Corte Suprema decidiu que, neste caso, o direito a um nome e reputação imaculados e, acima de tudo, o direito a ser 'deixado em paz' prevalece sobre o direito de imprensa à liberdade de expressão. Uma das consequências do respeito ao particular é que uma pessoa que foi condenada por um crime não deve, em princípio, ser responsabilizada por seus atos depois de ter pagado a pena por eles. Isso implica que fazer uma denúncia dessa natureza depois de um período tão longo e dar a essa denúncia ampla publicidade só teria uma justificativa válida em circunstâncias especiais em que tal informação

RE 1010606 / RJ

serviria a um interesse público justificável. Portanto, para justificar a publicação em tal caso, devem existir razões imperiosas relacionadas ao interesse público, e é legítimo exigir que a denúncia seja baseada em pesquisa extremamente meticulosa". (Tradução livre do "Summary: The questions to be resolved in this case were whether three Articles that had been published in a national daily newspaper were defamatory, and whether the suit brought by the person offended was admissible, in the light of the right to freedom of expression. The Articles suggested that V. had murdered a Jewish person who was living in hiding during the Second World War. However, a District Court acquitted V. of murder in 1944, and in 1946 he was rehabilitated when it was established that he had been acting in the interests of the resistance to the oppressor. The Supreme Court began by observing that the suit had been brought against a journalist and a newspaper, so that allowing it would constitute interference with the freedom of expression to which this journalist and this newspaper are entitled. This interference was justifiable, however, as the conditions set out in Article 10.2 ECHR, namely that the interference must be prescribed by law and necessary for the protection of the reputation or rights of the person insulted, had been met. In this case, it was not only this person's reputation that was at stake, but also - and indeed primarily - his right not to be publicly confronted yet again, over forty years later, with the actions he had taken in the past, in the form of offensive and defamatory accusations. The Supreme Court held that the only way to assess whether allowing the suit was necessary in a democratic society for the protection of the defamed person was by weighing the opposing fundamental rights against each other, taking all the details of the case into account. The Supreme Court ruled that in this case the right to an unblemished name and reputation and above all the right to be 'left in peace' prevailed over the right of the press to freedom of expression. One of the consequences of respect for the private individual is that a person who has been convicted of an offence should not in principle be held to account for his actions after he has paid the penalty for them. This implies that making an accusation of this nature after such a long period of time and giving to this accusation wide publicity would

RE 1010606 / RJ

only have a valid justification in special circumstances in which such information would serve a justifiable public interest. Therefore, to justify publication in such a case, compelling reasons related to the public interest must exist, and it is legitimate to require that the accusation be based on extremely meticulous research". (Caso 15.549, Rechtspraak van de Week, 1995, Nederlandse Jurisprudentie, 1995, 422; CODICES Disponível em: [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/ned/ned-1995-1-001?f=templates\\$fn=document-frameset.htm\\$q=%5Bbrank%3A%5Bsum%3A%5Bborderedprox,3%3A%5Bstem%3Aright%5D%5Bstem%3Ato%5D%5Bstem%3Abe%5D%5Bstem%3Aleft%5D%5Bstem%3Ain%5D%5Bstem%3Apeace%5D%5D%5Bstem%3Aright%5D%5Bstem%3Ato%5D%5Bstem%3Abe%5D%5Bstem%3Aleft%5D%5Bstem%3Ain%5D%5Bstem%3Apeace%5D%5D%5D](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/ned/ned-1995-1-001?f=templates$fn=document-frameset.htm$q=%5Bbrank%3A%5Bsum%3A%5Bborderedprox,3%3A%5Bstem%3Aright%5D%5Bstem%3Ato%5D%5Bstem%3Abe%5D%5Bstem%3Aleft%5D%5Bstem%3Ain%5D%5Bstem%3Apeace%5D%5D%5Bstem%3Aright%5D%5Bstem%3Ato%5D%5Bstem%3Abe%5D%5Bstem%3Aleft%5D%5Bstem%3Ain%5D%5Bstem%3Apeace%5D%5D%5D$x=server$3.0#LPHit1) Acesso em: 3.2.2021, grifo nosso)

Já, em 1999, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que, por não acarretar risco para a ressocialização dos autores do crime – **diante da circunstância de que os “Tribunais inferiores de Sarre (Saarland) declararam de forma constitucionalmente inquestionável que o filme não permitia a identificação do queixoso”** (Tradução livre de: *“Die saarländischen Gerichte haben in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgeführt, daß der Film eine Identifizierung des Beschwerdeführers zu”*) –, não seria possível impedir a exibição de programa sobre crime notório após considerável transcurso do tempo, diante da preponderância da proteção da liberdade comunicativa e de radiodifusão. (BVerfGE 348/98, Caso *Lebach II*, j. 25.11.1999, Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/11/rk19991125_1bvr034898.html. Acesso em: 3.2.2021)

A Corte Constitucional Colombiana, em 2009, reconheceu a responsabilidade da mídia no que se refere à gestão, ao processamento e à disseminação de informações e, apesar de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais do destinatário da informação, decidiu que deveria

RE 1010606 / RJ

ser respeitada a privacidade, a honra, o bom nome e a dignidade da pessoa sobre quem se informa e de terceiros afetados pela notícia, principalmente se forem crianças. (Sentencia T – 439-09. j, 7.7.2009. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2009/T-439-09.rtf>. Acesso em 3.2.2021)

Por outro lado, em 2012, o Tribunal Constitucional da Áustria considerou constitucional a norma que permite a permanência pelo prazo de até 60 (sessenta) anos para que o registro permaneça em banco de dados de processos criminais. (Decisão G 7/12-11, j, 29.6.2012. Disponível em: http://e.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/143/g7_12_speicherfrist.pdf. Acesso em 3.2.2021)

Em 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu a temática sob o ângulo das ferramentas de pesquisa disponibilizadas na rede mundial de computadores, trazendo à tona outro viés informacional de âmbito nacional. Cuidava-se do caso do advogado espanhol Mario Costeja González, que, ao deixar de pagar dívidas com a seguridade social, teve seu imóvel onde morava em Barcelona levado a leilão, e tal fato foi noticiado, à época (1998), no jornal *La Vanguardia*. Posteriormente, o débito foi quitado, e a alienação judicial suspensa. A informação, no entanto, continuou disponível nas ferramentas de busca *on line* depois de mais de dez anos (2009). A partir daí, o causídico intentou junto à Agência espanhola de proteção de dados a desindexação de seu nome de tais ferramentas, obtendo êxito.

O Google inc. acionou González e a Agência espanhola nos tribunais espanhóis que resolveram encaminhar o caso ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia para aplicação de diretrizes da Comunidade Europeia, o qual entendeu que era possível requerer a remoção de resultados de busca, independentemente da manutenção do conteúdo no sítio eletrônico de origem, ao fundamento de que seria *“legítimo dificultar o acesso a material que, pelo decurso do tempo, tivesse se tornado inadequado, irrelevante ou excessivo”*.

O TJUE assentou seu entendimento, ainda, no sentido de que *“O processamento de dados realizado por operadores de mecanismos de busca pode*

RE 1010606 / RJ

afetar significativamente direitos fundamentais à privacidade e à proteção dos dados pessoais, sendo permitido que um indivíduo solicite aos operadores a remoção de links de pesquisa ligada ao seu nome”.

Eis o resumo do julgado:

“Dados pessoais — Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados — Diretiva 95/46/CE — Artigos 2.º, 4.º, 12.º e 14.º — Âmbito de aplicação material e territorial — Motores de busca na Internet — Tratamento de dados contidos em sítios *web* — Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados — Responsabilidade do operador do motor de busca — Estabelecimento no território de um Estado-Membro — Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Artigos 7.º e 8.º. (TJUE, C-131/12, j. 13.5.2014, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2257. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5429c0e0ec4af407681ecfaa82e59b9aa.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaNmNe0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=267411>. Acesso em 3.2.2021)

Em artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, Ingo Wolfgang Sarlet realizou uma criteriosa análise sobre tal julgamento:

“Num primeiro passo do julgamento, o TJUE reconheceu que os mecanismos de busca representam uma formatação de dados pessoais, pois o programa busca, armazena e organiza os dados, evidentemente não apenas dados pessoais, mas também dados pessoais. Além disso, os mecanismos de busca devem ser responsabilizados pela formatação dos dados, porquanto, segundo o tribunal, a seleção, análise, sistematização e difusão dos dados é feita pelo *google* e os dados são muito mais difundidos com do que sem mecanismos de busca. Por isso, avançou o TJUE, se aplica o direito de proteção de dados!!

RE 1010606 / RJ

O segundo núcleo problemático examinado na decisão diz com o direito de alguém de exigir a exclusão de referências ou links dos mecanismos de busca.

O problema jurídico concreto era o de verificar se a divulgação pelos mecanismos de busca seria ilícita apesar de lícita a divulgação pelo jornal e de assegurada a manutenção da informação na página online de origem. Assim, o conflito aferido não se deu propriamente entre a página *web* e a pessoa afetada, mas sim, entre os mecanismos de busca (Google) e a pessoa afetada.

Aspecto decisivo para a argumentação adotada pelo TJUE é de que a lista de resultados obtida pelos mecanismos de busca constitui um processo autônomo e com valor informacional próprio e de que tal situação deve ser valorada diferentemente da inserção de uma informação na página *online* de um determinado jornal. Especialmente relevante foi a circunstância de que no caso em julgamento se tratava apenas de restringir o acesso a informação, sem impedir, a pessoas físicas individuais, o acesso seletivo às informações.

Uma das principais críticas assacadas contra a decisão foi a de que embora tenha acertado (pelo menos segundo parte dos críticos) no resultado, o TJUE não considerou a constelação geral dos interesses (e direitos) envolvidos, multipolar e complexa, pois além dos interesses do google e da pessoa afeta em seus direitos de personalidade, ainda é preciso considerar os interesses da página de origem, das pessoas em geral que tem um legítimo interesse (e direito) no acesso às informações.

De todo modo, a situação é polêmica, especialmente quando considerado o direito fundamental de acesso à informação o direito à liberdade de expressão e a sua relevância para uma democracia que pretenda ostentar tal título. Que a decisão do TJUE está destinada a provocar não apenas reações críticas, mas também aplausos (como, aliás, já vem ocorrendo), resulta evidente. Independentemente de se emitir aqui um juízo positivo ou negativo, chama a atenção que os motores de busca como o Google não são um nicho imune a controle e sobre o

RE 1010606 / RJ

qual não recai nenhuma responsabilidade, como se de meros intermediários se tratasse, e nisso nos parece, salvo melhor juízo, que o TJUE acertou, o que está inclusive determinando ajustes não apenas na esfera das diretivas da União Europeia como também nas legislações internas dos Estados que a integram.

Até onde, contudo, deve ir a possibilidade de intervenção nesse ambiente, especialmente para efeito de se excluir acessos dos motores de busca ou mesmo cancelar a exclusão de dados de páginas on-line, mas também a veiculação de informações por outros meios (como nos casos apreciados pelo STJ), é algo que demanda extrema cautela e criteriosa avaliação, devendo, pelo menos como regra, prevalecer a liberdade de informação e o direito de acesso à informação. (...)" (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protexao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em 3.2.2021)

A Corte de Cassação da Bélgica decidiu, em 2016, que o processo de transformação de arquivos físicos em digitais corresponderia à nova publicação. Com base no direito ao esquecimento, entendeu que deveria ser retirada qualquer identificação do autor ao repassar para a mídia digital, de maneira que ele seja mencionado apenas como "X". [caso P.H. v. O.G. (C.15.0052.F) j. 29.4.2016. Disponível em: http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20160429-1. Acesso em 3.2.2021].

Em um breve relato sobre o julgamento, colhe-se que:

"I. Em novembro de 1994, um médico belga que dirigia sob os efeitos de bebida alcoólica causou um sério acidente de trânsito, resultando na morte de duas pessoas. À época, o jornal *Le Soir* noticiou o ocorrido, mencionando o nome completo do motorista. Em 2006, foi concedida ordem judicial para retirar de seu registro criminal, a condenação por dirigir embriagado (*décision de réhabilitation judiciaire*).

No ano de 2008, o jornal *Le Soir* disponibilizou

RE 1010606 / RJ

gratuitamente parte de seus arquivos on-line, incluindo a referida matéria de 1994, a qual era facilmente acessada mediante simples busca do nome do responsável pelo acidente na internet.

Reivindicando o direito ao esquecimento e alegando violação de sua privacidade, o motorista pediu ao editor-chefe do *Le Soir* para anonimizar o artigo digital, tendo sua solicitação negada. Assim, em 2010, recorreu aos tribunais belgas e, em 2013, a Corte de Apelação determinou que o jornal ocultasse o nome do solicitante da matéria jornalística sobre o fatídico acidente de trânsito, substituindo-o pela letra X.

Inconformado, o jornal recorreu dessa decisão, alegando que obstaculizar a divulgação de arquivos de registros históricos viola o direito à liberdade de expressão.

II. A Corte de Cassação da Bélgica manteve a determinação imposta ao jornal. A Corte recordou que o art. 10 da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) e o art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que protegem a liberdade de expressão, conferem aos órgãos da imprensa escrita o direito de digitalizar seus arquivos para disponibilizá-los ao público. Na mesma linha, acrescentou que a sociedade tem direito ao acesso à informação. No entanto, esses direitos não são absolutos e podem ser limitados por outros direitos fundamentais.

Segundo o Tribunal, é incontestável que o respeito à vida privada, previsto no artigo 8º da CEDH e no artigo 17 do PIDCP, abrange o direito a ser esquecido, permitindo que uma pessoa condenada por um crime se oponha, em certas circunstâncias, que seu passado seja recordado ao público em nova divulgação dos fatos. Isso justificaria a interferência no direito à liberdade de expressão e de imprensa.

A Corte julgou que a transformação de arquivos físicos em arquivos digitais disponibilizados na internet equivale a uma nova publicação. Acrescentou que o arquivamento digital de uma matéria, legalmente publicada à época dos fatos, não está isenta da aplicação do direito a ser esquecido. Isso porque a

RE 1010606 / RJ

manutenção do artigo on-line, muitos anos após os eventos que descreve (20 anos), é susceptível de causar ao interessado danos desproporcionados em comparação com os benefícios do estrito respeito à liberdade de expressão.

Assim, para resguardar o direito ao esquecimento, a Corte manteve a decisão inferior que obrigou o veículo de imprensa responsável pela publicação original e pela conversão em arquivos digitais a retirar a identificação nominal do autor no arquivo digital (de modo que ele seja mencionado apenas como X)". (*Boletim de Jurisprudência Internacional*, Direito ao esquecimento. 5ª ed. Brasília: Biblioteca do STF, dezembro de 2018. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/bitstream/handle/123456789/1214/BJI%20-%205%20-%20DIREITO%20AO%20ESQUECIMENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 3.2.2021)

Sobre essa mesma temática, em 2016, o Supremo Tribunal da Espanha entendeu que (*Sentencia* 210/2016, j. 16.3.2016):

“O tratamento de dados pessoais vinculados à concessão de indulto em um mecanismo de pesquisa geral da Internet deixa de ser lícito depois de decorrido um período de tempo razoável desde que o perdão foi concedido, se a parte afetada exercer seu direito de oposição. Equilíbrio entre direito à informação sobre a concessão de indultos e os direitos à honra, privacidade e proteção de dados pessoais do indultado”. (tradução livre de: “*El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto em un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado*”). Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTERÉS/TS>

RE 1010606 / RJ

%20Sala%20I%205%20abr%202016.pdf. Acesso em 3.2.2021)

Em 2018, a mesma Suprema Corte espanhola posicionou-se no sentido de que o suposto “direito ao esquecimento” abarca a proteção sobre informações prejudiciais que digam respeito a fatos remotos dos cidadãos comuns, devendo as personalidades públicas ser excluídas do âmbito de proteção daquele (caso *Joan Antón Sánchez Carreté v. Google*, j. 10.4.2018).

No ano retrasado, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou que o operador de ferramenta de busca, o qual atende solicitação de desindexação de uma pessoa, não está obrigado a desindexar todas as versões de ferramenta de pesquisa, mas apenas as que correspondem aos estados-membros (caso *Google LLC v. Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL)*. Case C-507-17, 24.9.2019).

Também em 2019, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso *Recht auf Vergessenwerden I* (tradução livre: direito de ser esquecido - I), aplicando o nível de proteção da Carta de Direitos fundamentais da União Europeia, entendeu que “O ordenamento jurídico deve proteger o indivíduo de ter que manter posicionamentos, manifestações e ações por tempo ilimitado na esfera pública”. (tradução livre do trecho: “*Die Rechtsordnung muss davor schützen, dass sich eine Person frühere Positionen, Äußerungen und Handlungen unbegrenzt vor der Öffentlichkeit vorhalten lassen muss*”, BvR 16/13, 6.11.2019)

No mesmo dia desse julgamento, o TCF alemão também decidiu outro caso, que envolvia transmissão de TV, que fora disponibilizada online em 2010, sob o título “*Demissão: as práticas sujas de empregadores*”, no qual a pessoa que buscava proteção jurídica havia sido identificada pelo nome e acusado de tratamento injusto de um funcionário, que havia sido demitido de sua empresa, mas que permanecia disponível para busca. Diferentemente do caso anterior, o cidadão prejudicado ingressou com uma ação judicial em face do operador do mecanismo de pesquisa (e não em face da emissora), que se recusou a remover a transmissão dos resultados da pesquisa. Considerou-se estar em jogo o direito do reclamante à vida privada e familiar (art. 7º da Carta dos Direitos

RE 1010606 / RJ

Fundamentais da União Europeia) e à proteção de dados pessoais (art. 8º); a liberdade do Google de conduzir negócios de acordo com a liberdade de imprensa (art. 16); e a liberdade de expressão da empresa de radiodifusão (art. 11) como um direito fundamental de terceiros diretamente afetado (direito à informação).

Diante desse cenário, aquele Tribunal entendeu que, sopesando os interesses envolvidos e **o curto intervalo de tempo desde a primeira publicação**, o direito do recorrente não poderia sobrepor-se aos outros direitos em questão e negou a exclusão (BvR 276/17, 6.11.2019)

Por fim, é importante lembrar que a União Europeia aprovou, em 15.4.2016, o Regulamento 2016/679 (Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD – dispensando legislação adicional nos Estados-membros), o qual entrou em vigor somente em 25.5.2018, tratando a matéria da seguinte forma:

“Artigo 17.º

Direito ao apagamento dos dados («direito a ser esquecido»)

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;

b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;

c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 2;

d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;

RE 1010606 / RJ

e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1.

2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n.º 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de carácter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.

3. Os n.ºs 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário:

a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação;

b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento;

c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9.º, n.º 3;

d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89.º, n.º 1, na medida em que o direito referido no n.º 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou

e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

(...)

Artigo 21.º.

RE 1010606 / RJ

Direito de oposição

1. O titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito com base no artigo 6.º, n.º 1, alínea e) ou f), ou no artigo 6.º, n.º 4, incluindo a definição de perfis com base nessas disposições. O responsável pelo tratamento cessa o tratamento dos dados pessoais, a não ser que apresente razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

2. Quando os dados pessoais forem tratados para efeitos de comercialização direta, o titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito para os efeitos da referida comercialização, o que abrange a definição de perfis na medida em que esteja relacionada com a comercialização direta.

3. Caso o titular dos dados se oponha ao tratamento para efeitos de comercialização direta, os dados pessoais deixam de ser tratados para esse fim.

4. O mais tardar no momento da primeira comunicação ao titular dos dados, o direito a que se referem os n.º 1 e 2 é explicitamente levado à atenção do titular dos dados e é apresentado de modo claro e distinto de quaisquer outras informações.

5. No contexto da utilização dos serviços da sociedade da informação, e sem prejuízo da Diretiva 2002/58/CE, o titular dos dados pode exercer o seu direito de oposição por meios automatizados, utilizando especificações técnicas.

6. Quando os dados pessoais forem tratados para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89.º, n.º 1, o titular dos dados tem o direito de se opor, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito, salvo

RE 1010606 / RJ

se o tratamento for necessário para a prossecução de atribuições de interesse público”. (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT#d1e3417-1-1>. Acesso em: 3.2.2021.

Vê-se, pois, que a Comunidade Europeia normatizou o “Direito ao apagamento dos dados”, como sinônimo do vocábulo “direito a ser esquecido”. Tal medida situa-se no plano de balizamento legislativo que privilegia, em determinadas situações, o tratamento ou “*apagamento dos seus dados pessoais*”.

Situado o tema no âmbito internacional, passo ao plano nacional.

A proteção à privacidade e à atividade de comunicação, independentemente de censura prévia está disposta no art. 5º da CF, a saber:

“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:

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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”.

Na seara infraconstitucional, o Código Civil ostentou as seguintes normas protetivas da intimidade, imagem e vida privada, com atributos dos direitos da personalidade, no Capítulo II do Título I do Livro I, *verbis in verbis*:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os

RE 1010606 / RJ

direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

(...)

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

(...)

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”.

Na sera penal, tive oportunidade de ser relator do primeiro caso sobre direito ao esquecimento, cuja tese foi acolhida nesta Corte,

RE 1010606 / RJ

envolvendo maus antecedentes por prazo superior a cinco anos. Naquela ocasião assentei:

“É que, em verdade, assiste ao indivíduo o direito ao esquecimento, ou direito de ser deixado em paz, alcunhado, no direito norte-americano de *the right to be let alone*.

O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Cito a ementa do julgado:

“Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. **5. Direito ao esquecimento.** 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida”. (HC 126.315, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 7.12.2015, grifo nosso)

É importante lembrar que, recentemente, a Lei 13.869/2019 (Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade) e a Lei 13.964/2020 (alcunhada como Lei do Pacote Anticrime, a qual alterou o Código de Processo Penal – introduziram importantes garantias de proteção à imagem de pessoa submetida à prisão, respectivamente, a saber:

RE 1010606 / RJ

“Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

III - (VETADO).

III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

(...)

Art. 28. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

CPP: “Art. 3º-F. **O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.**

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no **caput** deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão”. (grifo nosso)

Relembro, apenas a título de registro histórico, que esta Corte tem encontro marcado com a suspensão de diversos dispositivos da Lei 13.964/2020, envolvendo a instituição do Juiz das Garantias, sem que até

RE 1010606 / RJ

agora o Plenário tenha se manifestado sobre o referendo das medidas cautelares nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 3.2.2020.

O direito ao esquecimento (prefiro a nomenclatura “direito ao apagamento de dados”), a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e do direito à reabilitação (assegurados nos arts. 41, VIII, e 202 da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – e art. 93 do Código Penal) e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Voltando à seara cível, na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado 531, o qual sintetiza a tese e, em seguida, expõe o seu fundamento, respectivamente, *in litteris*:

“Enunciado 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

“Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”. (Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em 3.2.2021)

Para assegurar a tutela específica, seguiu-se na jornada seguinte (VII Jornada), a aprovação do Enunciado 576 e sua justificativa, a saber, sequencialmente:

RE 1010606 / RJ

“O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória”.

“É hora, pois, de reafirmar a existência do direito ao esquecimento. Esta é a posição conciliadora de Gustavo Tepedino (Opinião Doutrinária acerca da interpretação conforme a Constituição dos arts. 20 e 21 do CC, Organizações Globo, 15.06.2012, p. 25), ao afirmar que o direito ao esquecimento cede espaço ao interesse público inerente à publicação de biografias. Sobretudo, mais do que ser reconhecido, o caso concreto pode exigir que o direito ao esquecimento seja protegido por uma tutela judicial inibitória, conforme admitiu o STJ em dois precedentes (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ). Isso porque a violação do direito à honra não admite a *restitutio in integrum*. A compensação financeira apenas ameniza o abalo moral, e o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido também é incapaz de restaurar o bem jurídico violado, visto ser impossível restituir o status quo. Como afirma Marinoni, é dever do juiz encontrar, dentro de uma moldura, a técnica processual idônea à proteção do direito material, de modo a assegurar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88). Disso se conclui que não se pode sonegar a tutela judicial inibitória para resguardar direitos dessa natureza, pois nenhuma outra é capaz de assegurá-los de maneira tão eficiente”.

Considero importante registrar que tramitam, na Câmara dos Deputados, vários projetos de lei tentando normatizar o direito ao esquecimento, calhando citar apenas um como exemplo: de autoria do Deputado Augusto Carvalho, o PL 10.860/2018 intenta inserir no parágrafo único do art. 11 do Código Civil a exata redação do Enunciado 531, supracitado, da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

Eis o teor da justificativa apresentada pelo parlamentar:

RE 1010606 / RJ

“Em excelente artigo publicado no site JOTA, o Professor Titular de Direito Civil da UERJ, Anderson Schreiber, ao comentar a sessão pública realizada, no STF, no âmbito do Recurso Extraordinário 1010606, sintetizou as três posições sobre o tema:

‘1ª) Posição pró-informação: para os defensores desse entendimento simplesmente não existe um direito ao esquecimento. Foi a posição defendida por diversas entidades ligadas à comunicação. Seus representantes sustentaram que o direito ao esquecimento, além de não constar expressamente da legislação brasileira, não poderia ser extraído de qualquer direito fundamental, nem mesmo do direito à privacidade e à intimidade. Um direito ao esquecimento seria, ademais, contrário à memória de um povo e à própria História da sociedade. A liberdade de informação prevaleceria sempre e a priori, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América (ver *New York Times Co. vs. Sullivan*, entre outros). Os defensores desse posicionamento invocam, ainda, a jurisprudência mais recente do nosso Supremo Tribunal Federal, especialmente o célebre precedente das biografias não-autorizadas (ADI 4.815).

2ª) Posição pró-esquecimento: para os defensores dessa posição, o direito ao esquecimento não apenas existe, como deve preponderar sempre, como expressão do direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade. Na esteira da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana – valor supremo na ordem constitucional brasileira –, esses direitos prevaleceriam sobre a liberdade de informação acerca de fatos pretéritos, não-atuais. Entender o contrário seria rotular o indivíduo, aplicando ‘penas perpétuas’ por meio da mídia e da internet. O IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, cujo representante defendeu essa posição, chegou a propor um prazo de

RE 1010606 / RJ

cinco anos, contados do fim do cumprimento da pena, para que informações sobre condenações penais sejam 'apagadas' da imprensa e da internet. Os defensores da posição pró-esquecimento amparam-se na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2013, no célebre caso da Chacina da Candelária, no qual reconheceu aquela Corte um direito ao esquecimento que definiu como 'um direito de não ser lembrado contra sua vontade' (REsp 1.334.097/RJ). Aludem, ainda, à experiência europeia, que, em contraposição à experiência norte-americana, inclina-se pela prevalência do direito ao esquecimento, como se vê na decisão da Corte de Justiça da União Europeia, que, em 2014, determinou determinado motor de buscas na internet desvinculasse e o nome do cidadão europeu Mario Costeja González de antiga notícia sobre penhora de seu imóvel.

3^a) Posição intermediária: para os defensores dessa terceira corrente, a Constituição brasileira não permite hierarquização prévia e abstrata entre liberdade de informação e privacidade (da qual o direito ao esquecimento seria um desdobramento). Figurando ambos como direitos fundamentais, não haveria outra solução tecnicamente viável que não a aplicação do método de ponderação, com vistas à obtenção do menor sacrifício possível para cada um dos interesses em colisão. Esta foi a posição defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil –IBDCivil, que, à luz da hipótese concreta subjacente à audiência pública, qual seja, a veiculação de programas de TV com relato e/ou encenação de crimes reais envolvendo pessoas ainda vivas, chegou a propor parâmetros para a ponderação, como, por exemplo, o parâmetro da fama prévia, que impõe distinguir entre vítimas que possuem outras projeções sobre a esfera pública (retratação do suicídio de Getúlio Vargas ou do assassinato de JFK, em que tende a preponderar a liberdade de informações) e pessoas que somente têm

RE 1010606 / RJ

projeção pública como vítima daquele delito (em que tende a preponderar o direito da vítima de não ser reapresentada publicamente à sociedade como vítima de crime pretérito)'.

A proposição que ora apresentamos objetiva, apenas, incluir na tutela da dignidade da pessoa humana o direito ao esquecimento, utilizando como parâmetro a 'posição intermediária', citada no julgamento do Recurso Extraordinário 1010606, tendo em vista ser a mais adequada para o cenário brasileiro". (Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1686439&filename=PL+10860/2018. Acesso em 3.2.2021)

No Brasil, o primeiro julgado do Superior Tribunal de Justiça de que se tem notícia é datado de 2013 (decidido no mesmo dia do presente caso no STJ), sendo relatado pelo Min. Luís Felipe Salomão, cuja ementa descreve, *verbis in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATOS. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E

RE 1010606 / RJ

CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO. 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado. 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. 4. Um dos danos colaterais da 'modernidade líquida' tem sido a progressiva eliminação da 'divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana', de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os 'riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira' (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais

RE 1010606 / RJ

numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados. 5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas -, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática. 6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos. 7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores. 8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de

RE 1010606 / RJ

especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das 'coisas humanas'. 9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do 'bandido' vs. 'cidadão de bem'. 10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no

RE 1010606 / RJ

passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do 'direito ao esquecimento' pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia. 11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público - além de ser conceito de significação fluida - não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada. 12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado. 13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes. 14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram

RE 1010606 / RJ

absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos. 15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas. 16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. 17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável. 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado - com muita razão - um fato histórico,

RE 1010606 / RJ

que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. 19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida 'vergonha' nacional à parte. 20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. 21. Recurso especial não provido". (REsp 1.334.097, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 10.9.2013)

O caso tratava de um dos indiciados como coautores/partícipes de crimes de homicídio ocorridos, em 1993, no Rio de Janeiro, conhecidos como "Chacina da Candelária", que, ao final do processo, restou absolvido por negativa de autoria, à unanimidade dos membros do Tribunal do Júri. No mesmo programa televisivo que envolve o presente caso ("linha direta"), o acontecimento foi retratado na matéria jornalística e retomado o inocentado como um dos responsáveis no envolvimento da chacina. Ao final do processo indenizatório, restou mantida a condenação por danos morais.

RE 1010606 / RJ

Considero importante destacar, no entanto, que a posição do Superior Tribunal de Justiça tem sido vacilante no reconhecimento do direito ao esquecimento na desindexação em ferramentas de busca na internet, bastando conferir o teor da ementa do seguinte aresto:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. - Direito ao esquecimento como ‘o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado’. Precedentes. - Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido. - Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. - Recurso especial provido”. (STJ, AgInt no REsp 1.593.873, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 17.11.2016, grifo nosso)

Registre-se, desde logo, que não cabe aqui discutir a nomenclatura ou a existência de um direito individual de ser esquecido. Não é disso que se cuida. O cerne da questão está encoberto por questões conceituais ou periféricas, que, ao meu ver, só tumultuam a compreensão de tema tão sensível na sociedade moderna.

A questão ora em debate trata de suposta colisão entre direitos fundamentais, tais como direito de informar e de ser informado, em contraponto ao postulado da dignidade da pessoa humana e da proteção à honra, à vida privada e à imagem, sendo mais adequado tratar de soluções: tais como “apagamento de dados pessoais” (anonimização),

RE 1010606 / RJ

direito de resposta e/ou indenização, conforme passo a expor.

Aqui, é de bom alvitre pontuar que não se pode virar as costas para a comunidade internacional e afirmar que essa solução encontrada, em caso de conflito do direito informacional *versus* personalidade/intimidade, (“direito ao esquecimento”, “direito ao apagamento de dados pessoais”, “direito de ser deixado em paz”) e normatizada na União Europeia por meio do Regulamento 2016/679 (Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD), está completamente equivocada e, neste julgamento, ao negarmos qualquer aplicação desse balizamento, no cenário nacional, é que estaremos corretos.

Com todas as vênias, não podemos deturpar a visão do tema, quando se trata de direitos fundamentais! Não pode existir resposta aprioristicamente pronta quando se cuida de colisão entre eles!

O exercício da jurisdição constitucional por esta Corte deve dialogar e compreender as nuances daqueles julgamentos, em vez de simplesmente negá-los, tal como se todos os julgamentos e normas jurídicas que reconheceram esse nível de proteção estivessem na contramão da História. Advirto aos pensamentos em contrário para não caírem na armadilha dos mecanismos de defesa psicológicos da projeção ou da negação!

No caso em tela, está-se diante de dois direitos constitucionalmente assegurados: de um lado, o direito à intimidade, à vida privada e à imagem, tendo como complementação conferida pelo Código Civil e pelas demais legislações esparsas que contemplem nível protetivo; de outro, o direito à livre manifestação do pensamento, da liberdade jornalística e de comunicação, o que se perfaz um conflito de normas.

Trazendo uma leitura jurídico-filosófica da concepção pluralista acerca da ponderação de interpretações, quando se está diante de conflito entre princípios comparáveis entre si, registre-se o magistério de António Manuel Hespanha, *in verbis*:

“A técnica da ponderação parte do princípio de que existem na ordem jurídica – mesmo na de um Estado-Nação – princípios distintos, mas comparáveis entre si (comensuráveis),

RE 1010606 / RJ

todos com pretensões a uma vigência máxima (ou seja, pretendendo uma sua otimização). Esses princípios devem ser objeto de um juízo de mútua ponderação (*Abwägung, Ausgleich*).

As diferenças entre uma teoria e outra são muito pequenas, embora haja versões muito diferentes de cada uma delas. Quer a teoria da argumentação, quer as técnicas de ponderação, assumem que as regras da argumentação, quer as técnicas de ponderação, assumem que as regras da argumentação ou da ponderação são contextuais (locais, *problem oriented, case sensitive*). **Seja como for, isto não dispensa de critérios de valoração dos argumentos, ou de ponderação dos princípios. Isto é, 'escalas de medida' da força de cada argumento, ou de cada princípio.**

O que a concepção pluralista traz a mais é o facto de que estes critérios passam a ser contextuais num sentido suplementar. Já não se trata apenas de argumentar ou de ponderar argumentos ou princípios da ordem jurídica estadual, mas também os de várias ordens normativas suscetíveis de serem aplicadas ao caso. **Sendo muito provável que cada uma destas ordens jurídicas tenha lógicas específicas de avaliação dos argumentos.** O argumento do 'interesse público' é muito forte na ordem jurídica estadual, mas pode ser quase irrelevante na *lex mercatória* ou numa ordem jurídica setorial (do desporto, v.g.); a igualdade dos sexos **pode ter, em ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes.** Então, a ponderação dos argumentos há de ser feita **não** com base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente:

- assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores;
- assente numa tradição já estabelecida de concretização/interpretação;
- assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido;

RE 1010606 / RJ

· assente numa fixação obrigatória de sentido pelo legislador, por um precedente judicial ou por uma corrente judicial, por uma decisão judiciária hierarquicamente superior.

O fundamento da interpretação/concretização há de, antes, consistir num juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto. Ou seja, a interpretação boa há-de ser a que capitalize a experiência alargada de concretizações passadas e que estabilize duradouramente a resolução de conflitos naquele domínio, cumprindo, portanto, os objetivos do direito.

Isso tem consequências imediatas na interpretação das normas jurídicas. A mais importante de todas é a de que todos os elementos de contextualização da norma a interpretar devem ser tidos em conta, e não apenas aqueles a que se referia a doutrina clássica da interpretação (elementos gramatical, histórico, sistemático, racional, teleológico). **Assim, o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador:**

· expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;

· experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma;

· tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador;

· dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam". (HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013. p. 274/276, grifo nosso)

RE 1010606 / RJ

Desse modo, podem coexistir, em uma mesma nação, “(...) ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas [com] uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes”, cuja resolução conflituosa **não** se realiza com “base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores” ou “assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido”. (HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013. p. 320)

Defende o professor que, nesse caso, a interpretação deve ser permeada pelo “juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto”. (Idem, ibidem, p. 320)

Portanto, conclui Hespanha que “o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador”, contemplando: 1) “as expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;” 2) “as experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma;” 3) “a tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador;” e 4) “dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam”. (HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013, p. 320)

Pois bem.

De tudo o que se expôs acima, conjugando a construção jurisprudencial internacional, com sua aplicação no cenário nacional, de acordo com o arcabouço protetivo constitucional e legal existente, **está claro que a discussão que envolve o “direito ao apagamento de dados” (como corolário do art. 5º, X, da CF) não pode guardar correlação com a**

RE 1010606 / RJ

tentativa de apagar ou reescrever a própria história, mas trata-se da forma que esta é contada, qual seja: a finalidade e modo ou veículo utilizado para propagar a informação, com os reflexos éticos e jurídicos que circundam a divulgação de fatos que, por sua vez, remontam a circunstâncias do passado remoto ou distante que as pessoas preferem esquecer.

Nesse ponto, válido mencionar reflexão de Klaus Günther sobre a universalidade das normas morais e a ideia de que uma norma apenas pode ser considerada válida se suas consequências e seus efeitos colaterais puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, seguindo os interesses de cada um, individualmente. (GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004, p. 65).

Assim, embasando-se em reflexões semelhantes às de Richard M. Hare, Klaus Günther anota que:

“Com intuito de expor, como diríamos, a validade de um enunciado normativo, temos de refletir sobre o tipo de consequências que resultariam da sua aplicação a determinados fatos e se estamos dispostos a aceitar tais consequências. Os fatos com os quais, no contexto dessas reflexões, relacionamos uma proposta normativa podem, por isso, ser apenas hipotéticos. Mas, nesse caso, também não importa se eles fazem parte ou não da respectiva situação de aplicação. Isso não quer dizer que características especiais da situação de aplicação não possam ser relevantes na reflexão sobre se a norma ainda poderia ser aceita, mesmo quando, em outra situação, fossem levadas em consideração essas características. No entanto, devemos considerar esses fatos no contexto dessa reflexão, independentemente de fazerem parte da aplicação.

A seleção de fatos relevantes é determinada exclusivamente pela finalidade de se examinar a virtual universalização da norma. Nesse âmbito, não cabem reflexões, tais como se a norma proposta seria realmente a correta ou a adequada, nesta situação; se forem consideradas todas as

RE 1010606 / RJ

características da situação, acaso não deveria ter sido preferida (sic) uma outra norma, ou se, nessa situação, a proposta original de norma deveria ser codificada. No centro desse âmbito está exclusivamente a proposta normativa com o seu conteúdo semântico, conforme estiver definido pelos termos universais.” (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 47).

Desse modo, tendo em vista que a condição semântica de que uma norma não pode conter nomes próprios, também não pode o julgador, em caso específico, aplicar determinados valores que, em equivalentes situações, não o faria. É preciso avaliar em termos universais. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 60).

Com base nesse ponto de vista:

“(…) não é lícito perguntar se é correto aplicar uma norma em uma situação, como ela teria de ser aplicada, etc., mas apenas questionar as consequências que previsivelmente resultariam para os nossos interesses, caso ela fosse aplicada em cada uma das situações. Portanto, a validade se refere apenas à questão se, como regra, a norma está dentro dos nossos interesses comuns”. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 69)

É justamente essa reflexão que deveria ser considerada pela Corte: *“questionar as consequências que previsivelmente resultariam para os nossos interesses, caso [o apagamento de dados] fosse aplicad[o] em cada uma das situações. Portanto, a validade se refere apenas à questão se, como regra, a norma está dentro dos nossos interesses comuns”*.

A despeito da veracidade da informação prestada pelo jornal impresso ou virtual, meio televisivo, radiofônico ou qualquer conteúdo contido em sítio eletrônico (específico ou ferramenta de busca), extrai-se do comando constitucional do resguardo da intimidade, da vida privada

RE 1010606 / RJ

e da imagem, **que existe a possibilidade de discutir a forma, a abrangência e a finalidade da lembrança dos fatos pretéritos da existência de qualquer ser humano.**

O direito ao esquecimento (*the right to be let alone*, tradução livre – direito de ser deixado sozinho – prefiro denominá-lo de “apagamento de dados”) deve ser entendido como uma solução jurídica encontrada para não permitir que um fato ocorrido em determinado momento distante de sua vida (passado remoto ou longínquo), ainda que verídico, seja exposto indiscriminada e/ou vexatoriamente na atualidade, sob pena de indenização, direito de resposta ou outros mecanismos previstos no ordenamento jurídico.

É de bom alvitre salientar que, hodiernamente, entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei 13.709/2018), a qual dispõe em seus arts. 1º a 3º, *in verbis*:

“Art. 1º. Esta Lei 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.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios

Art. 2º. A disciplina da proteção de dados pessoais tem como 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

RE 1010606 / RJ

consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Art. 3º. Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

§ 1º. Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta.

§ 2º. Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do *caput* do art. 4º desta Lei”.

É bem verdade que a própria LGPD exclui de sua incidência o tratamento de dados pessoais para fins de trabalho jornalístico, acadêmico ou artístico, tal como previsto no art. 4º da referida lei, a saber:

“Art. 4º. Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II - realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos; ou

b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e

11 desta Lei;

III - realizado para fins exclusivos de:

RE 1010606 / RJ

- a) segurança pública;
- b) defesa nacional;
- c) segurança do Estado; ou
- d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

§ 1º. O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.

§ 2º. É vedado o tratamento dos dados a que se refere o inciso III do caput deste artigo por pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, que serão objeto de informe específico à autoridade nacional e que deverão observar a limitação imposta no § 4º deste artigo.

§ 3º. A autoridade nacional emitirá opiniões técnicas ou recomendações referentes às exceções previstas no inciso III do *caput* deste artigo e deverá solicitar aos responsáveis relatórios de impacto à proteção de dados pessoais.

§ 4º. Em nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser tratada por pessoa de direito privado, salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público". (grifo nosso)

Todavia, a despeito dessa expressa negativa de vigência circunscrita, calha mencionar que a lei acima citada (LGPD) refere-se ao **tratamento**

RE 1010606 / RJ

dos dados pessoais, enquanto, nesta demanda, discute-se o provável “direito ao esquecimento” no aspecto da **publicização** (aberto ao público em geral), **rememoração ou reescrita** de **correlação pessoal a fatos pretéritos longinquamente** correlacionados a passagens de determinada história retratada pelo acadêmico, pelo jornalista ou pelo autor de trabalho artístico, com conotação subjetiva pessoal tida como vexatória, humilhante ou discriminatória a alguém, o que pode ou não incluir dados pessoais, tais como nome, qualificação (endereço residencial e/ou profissional), e-mail, telefone etc.

Guardando um paralelo entre os direitos em questão: no suposto “direito ao esquecimento”, o objeto principal são os fatos e a provável conotação pessoal negativa que envolvem a divulgação, a pesquisa ou a obra, as quais podem conter acidentalmente dados pessoais acessórios. Na LGPD, os dados pessoais são o objeto da proteção normativa pelo seu tratamento e divulgação; e os fatos pretéritos, que porventura o acompanhem direta ou indiretamente, são mera informação acessória.

Veja-se o art. 5º, que apresenta os conceitos legais mais importantes:

“Art. 5º. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

(...)

XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo”.

RE 1010606 / RJ

Por sua vez, transcrevam-se as normas específicas sobre os requisitos para os tratamentos dos dados:

“Art. 7º. O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

(...)

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

(...)

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

(...)

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis”

Ou seja, mesmo os dados pessoais, incluindo os sensíveis, desde que sofram procedimento de anonimização, podem ser repassados para fins de realização de estudos por órgão de pesquisa.

Mutatis mutandis, não há nenhum empecilho a que os fatos pretéritos, ao serem rememorados com uma finalidade pública atual, também possam ser objeto de anonimização, guardando um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, na visão de Robert Alexy.

No que se refere à colisão entre direitos fundamentais, tive oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“Nas colisões entre direitos fundamentais diversos assume peculiar relevo a colisão entre a liberdade de opinião, de imprensa ou liberdade artística, de um lado, e o direito à honra, à privacidade e à intimidade, de outro.”

RE 1010606 / RJ

(...)

Questão embaraçosa refere-se ao direito ou bem que há de prevalecer no caso de colisão autêntica. Formulada de maneira explícita: **quais seriam as possibilidades de solução em caso de conflito entre a liberdade de opinião e de comunicação ou a liberdade de expressão artística (CF, art. 5º, IX) e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (CF, art. 5º, X)?** Ou, seria legítima a recusa de um pai em autorizar que se faça transfusão de sangue em um filho com base em convicção religiosa?

É possível que uma das fórmulas alvitradas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos fundamentais.

Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico. Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos fundamentais somente é admissível em casos especialíssimos.

Assim, afirma-se, no Direito alemão, que o postulado da dignidade humana (*Grundsatz der Menschenwürde*) integra os princípios fundamentais da ordem constitucional (*tragende Konstitutionsprinzipien*) que balizam todas as demais disposições constitucionais (LF, arts. 1º, I, e 79, III). A garantia de eternidade contida no art. 79, III, confere-lhe posição especial em face de outros preceitos constitucionais. Da mesma forma, tem-se como inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos.

Na tentativa de fixar uma regra geral, consagra Dürig a seguinte fórmula: valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (*Persongutwert geht vor Sachgutwert*).

RE 1010606 / RJ

Tal como apontado por Rufner, a tentativa de atribuir maior significado aos direitos individuais não submetidos à restrição legal expressa em relação àqueles outros, vinculados ao regime de reserva legal simples ou qualificada, revela-se absolutamente inadequada, por não apreender a natureza especial dos direitos individuais. A previsão de expressa restrição legal não contém um juízo de desvalor de determinado direito, traduzindo tão somente a ideia de que a sua limitação é necessária e evidente para a compatibilização com outros direitos ou valores constitucionalmente relevantes.

(...)

Uma das propostas de solução doutrinária recomenda a transferência de limitações impostas a determinado direito àquele insuscetível de restrição. Além de não se mostrar apta para a solução global do problema, uma vez que não cuida de eventual conflito entre direitos formalmente insuscetíveis de restrição, essa abordagem acaba por reduzir de forma substancial o significado das garantias jurídicas especialmente desenvolvidas para certos direitos considerados fundamentais.

Também não há de ser aceita a tentativa de limitar *a priori* o âmbito de proteção dos direitos fundamentais não submetidos a restrições legais. É que, além de retirar o significado dogmático da distinção entre direitos suscetíveis e insuscetíveis de restrição, essa concepção torna impreciso e indeterminado o âmbito de proteção desses direitos.

Outros afirmam que a colisão entre direitos individuais ou entre direitos individuais e bens tutelados constitucionalmente atua como uma restrição imanente que legitima a intervenção na esfera do direito não submetido expressamente a uma limitação, eliminando-se a possibilidade de conflito com recurso à concordância prática (colisão constitucional como justificativa de uma intervenção). Essa orientação tem a vantagem de não impor limitação *a priori* ao âmbito de proteção de determinado direito, cingindo-se a legitimar, constitucionalmente, eventual restrição. A interpretação sistemática atuará, assim, de forma corretiva, permitindo tanto

RE 1010606 / RJ

a justificação de novas restrições quanto a delimitação do âmbito de proteção de determinado direito.

Essa abordagem também revela aspectos ambíguos, na medida em que não explicita a função do princípio da reserva legal no caso de colisão de direitos individuais, deixando em aberto se as restrições decorrentes do conflito entre direitos individuais:

– mostram-se admissíveis apenas nos direitos não submetidos a restrições expressas ou também aos demais direitos individuais suscetíveis de restrição legal;

– podem ser identificadas apenas pelo legislador ou se também pela Administração e pelo Judiciário.

É certo que se, tecnicamente, o constituinte distinguiu os direitos submetidos a reserva legal expressa daqueles outros, não submetidos a esse regime. Esse fato decorreu de ter vislumbrado perigo de colisão nos primeiros e admitido que tal não se verificaria nos últimos. Isso não significa que, constatado o conflito, deva a questão permanecer irresolvida. Todavia, não se há de utilizar o pretexto de pretensa colisão para limitar direitos insuscetíveis, em princípio, de restrição. Por isso, a limitação decorrente de eventual colisão entre direitos constitucionais deve ser excepcional. A própria cláusula de imutabilidade de determinados princípios há de servir de baliza para evitar que, mediante esforço hermenêutico, se reduza, de forma drástica, o âmbito de proteção de determinados direitos.

A Corte Constitucional alemã reconheceu, expressamente, que, 'tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente a restrição legal expressa'.

Ressalte-se, porém, que o Tribunal não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou

RE 1010606 / RJ

significado. Até porque, como observado, dificilmente se logra estabelecer uma hierarquia precisa entre os diversos direitos fundamentais constitucionalmente contemplados.

Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática (*praktische Konkordanz*), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.

Uma tentativa de sistematização da jurisprudência mostra que ela se orienta pelo estabelecimento de uma 'ponderação de bens tendo em vista o caso concreto' (*Güterabwägung im konkreten Fall*), isto é, de uma ponderação que leve em conta todas as circunstâncias do caso em apreço (*Abwägung aller Umstände des Einzelfalles*), estabelecendo-se uma prevalência condicionada.

Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma 'lei de ponderação' segundo a qual, 'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes não de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção'.

(...)

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III).

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca

RE 1010606 / RJ

expressão desse princípio (inviolabilidade de pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade)". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 238/241, grifo nosso)

Indo diretamente ao cerne da questão, tem-se que o direito à liberdade de informação ou de comunicação não pode ferir a intimidade, a vida privada ou a imagem de qualquer pessoa, de forma indiscriminada **no tempo e na forma de publicização** (ferramentas de busca, produções acadêmico-literárias, programas jornalísticos etc.), **além de demandar que reste presente alguma finalidade pública, social ou histórica atual no revolvimento dos fatos antigos**, assegurando-se àquela o direito de ter a sua personalidade resguardada (nome, imagem e privacidade) e incluindo-se a possibilidade, *a posteriori*, de vindicar direito de resposta, reparação indenizatória ou qualquer outra tutela prevista no ordenamento jurídico.

É isso o que consta do art. 20 do Código Civil, *in litteris*:

“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**”. (grifo nosso)

Esta Corte teve a oportunidade de decidir o tema correlato à intimidade e à privacidade na ADI 4.815, culminando em dispensar a autorização do personagem biografado para publicação de obra literária ou audiovisual que envolva biografia. Eis a ementa daquele julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

RE 1010606 / RJ

ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). **GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA.** AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber

RE 1010606 / RJ

livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. **A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.** 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, 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)". (ADI 4.815, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2016, grifo nosso)

Nesse julgado, esta Corte entendeu que, para a “*coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o*

RE 1010606 / RJ

*balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias”, ao final, decidindo-se pela inexigibilidade de “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)”, **resguardando-se, porém, o direito de resposta e a reparação de danos.***

Ou seja, ao mesmo tempo em que permitiu a publicação de obras biográficas sem a necessidade de autorização do biografado ou de pessoas retratadas de forma coadjuvante, **também possibilitou a via resoluta do direito de resposta e da correspondente ação indenizatória.**

Diferentemente do citado caso das biografias não autorizadas, no qual se otimizou o direito à liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, resguardando-se a tutela reparatória indenizatória ou corretiva (direito de resposta), entendo que, no caso em questão, não é possível, aprioristicamente, relevar qual exatamente deve prevalecer, na linha prevalecente na Alemanha.

A Corte infraconstitucional alemã - *Bundesgerichtshof, BGH VI ZR 405/18*, p. 10s., apesar, de, no caso concreto, negar a aplicação do direito ao esquecimento, acabou por reforçar a existência do próprio direito. Em artigo doutrinário sobre o julgado, cito o magistério de Karina Nunes Fritz:

“A ação foi movida por ex-diretor de uma das maiores e mais importantes instituições de caridade da Alemanha, a *Arbeiter-Samaritaner-Bund* (Associação dos Trabalhadores Samaritanos), cuja regional, por ele dirigida, situada no estado de *Hessen*, contava à época com cerca de 500 funcionários e possuía mais de 35 mil associados.

Em 2011, a regional entrou em grave crise financeira, apresentando déficit de 1 milhão de euros, exigindo a intervenção da direção central. Pouco antes da intervenção, o autor da ação afastou-se da direção alegando problemas de

RE 1010606 / RJ

saúde, ficando afastado do posto até seu completo desligamento em abril de 2012. O fato fora relatado com a notícia sobre a crise financeira da associação em vários jornais, dentre os quais o *Frankfurter Neue Presse* e *Frankfurter Rundschau*.

Em 17/5/2015, o ex-diretor requereu ao Google que retirasse dos resultados de busca os links de diversas notícias envolvendo seu nome e estado de saúde. A empresa atendeu parcialmente ao pedido, mas não desindexou todos os resultados, razão pela qual ele moveu ação pleiteando a desvinculação sob alegação de violação ao direito de ser esquecido, previsto no art. 17 do RGPD.

(...)

A decisão do BGH

Em grau de recurso, o *Bundesgerichtshof* confirmou o entendimento das instâncias inferiores, reafirmando a existência do direito ao esquecimento - literalmente: direito a ser esquecido (*Recht auf Vergessenwerden*) - mas negando-o no caso concreto, posto que o direito ao esquecimento, como todo direito fundamental, não é absoluto e precisa ser ponderado concretamente junto com os demais direitos fundamentais em colisão.

(...)

Não surpreende que o BGH tenha negado o caráter absoluto do direito ao esquecimento, pois a Corte, da mesma forma, nega hierarquia *a priori* à liberdade de expressão e informação, bem como ao direito à proteção dos dados pessoais, pois todos, a despeito de sua natureza jusfundamental, precisam ser ponderados no caso concreto.

(...)

Em decisão tecnicamente fundamentada, o Tribunal de *Karlsruhe* reconheceu que o caso se inseria no âmbito normativo do Regulamento Geral de Proteção de Dados, mas negou o direito ao apagamento dos dados (elemento integrante do direito ao esquecimento em sentido amplo) devido ao interesse público da notícia.

RE 1010606 / RJ

(...)

b) Direito ao apagamento dos dados pessoais

Dessa forma, a pretensão do autor ao apagamento dos dados tem, em princípio, base legal no art. 17, inc. 1 do RGPD, que confere ao titular dos dados pessoais um direito ao apagamento (*Recht auf Löschung*), diante das hipóteses previstas na norma.

Segundo o BGH, o direito ao apagamento não se reduz ao simples deletar de dados, mas deve ser entendido normativamente como direito a ser esquecido (*Recht auf Vergessenwerden*), abrangendo o direito a de-listagem (*Auslistungsrecht*) de links dos resultados de busca 'independente da implementação técnica', ou seja, independente da forma técnica de como isso ocorrerá.

(...)

c) Direito ao apagamento não é absoluto

Porém, a Corte considerou não estarem preenchidos no caso concreto os pressupostos materiais do direito ao esquecimento, porque, ponderadas todas as circunstâncias relevantes do caso, o tratamento de dados feito pelo Google era necessário para o exercício da liberdade de expressão e informação, nos termos do art. 17, inc. 3 do RGPD, regra que excepciona o direito ao apagamento dos dados pessoais.

Segundo o art. 17, inc. 1 do Regulamento Geral de Proteção de Dados, o titular pode pedir o apagamento dos dados pessoais quando: (a) os dados deixam de ser necessários ao fim que autorizou a coleta ou tratamento; (b) o titular retira o consentimento dado; (c) o titular se opõe ao tratamento e inexistem interesses legítimos prevalentes a justificar o tratamento; (d) os dados pessoais foram tratados ilicitamente; (e) os dados têm de ser apagados para cumprimento de obrigação jurídica e (f) os dados foram colhidos por ocasião de oferta de serviços da sociedade de informação.

Porém, o art. 17, inc. 3, alínea a) do RGPD diz expressamente que os incisos anteriores não se aplicam se o tratamento dos dados pessoais for necessário, dentre outros

RE 1010606 / RJ

fins, para o exercício do direito à liberdade de expressão e informação. Isso se justifica, diz o Bundesgerichtshof, na medida em que o direito à proteção dos dados pessoais não é um direito ilimitado, mas precisa ser ponderado com outras posições jusfundamentais, com base no princípio da proporcionalidade, considerado sua função na sociedade.

d) Ampla ponderação das posições jusfundamentais

Essa ponderação dos direitos fundamentais em colisão deve ser feita considerando todas as circunstâncias relevantes do caso individual, tendo em conta, de um lado, a intensidade da restrição dos direitos fundamentais do titular dos dados e, de outro, os direitos fundamentais do operador do mecanismo de busca, dos usuários, do público em geral e ainda do autor do conteúdo. Tem-se aqui uma colisão de múltiplas posições jusfundamentais.

Com efeito, sob a ótica do autor da ação (ofendido), tem-se o direito fundamental à privacidade e à proteção dos dados pessoais, consagrados respectivamente nos arts. 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os quais protegem o titular contra a coleta e tratamento indevido de seus dados pessoais em respeito à vida privada e à autodeterminação informacional. E o direito ao respeito à vida privada (*Recht auf Achtung des Privatlebens*), alertou a Corte, '*não deve ser compreendido restritivamente e, principalmente, não se restringe a casos extremamente pessoais [leia-se: existenciais] ou especialmente sensíveis*'.

Sob a perspectiva do réu (Google), há de se ponderar o direito à liberdade de empresa, previsto no art. 16 da mesma Carta dos Direitos Fundamentais. A liberdade de empresa (*unternehmerische Freiheit*) assegura e garante a persecução de interesses econômicos por meio da oferta de produtos e serviços, compreendendo a liberdade do exercício de atividade econômica, a liberdade contratual e a livre concorrência, no que se compreende, obviamente, a atividade de busca na internet desenvolvida pelo réu. Esse direito fundamental, salientou o

RE 1010606 / RJ

BGH, tutela tanto pessoas naturais, quanto jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

O Tribunal salientou que, a rigor, não cabe aos operadores de mecanismos de busca invocar a liberdade de manifestação de expressão do art. 11 da Carta de Direitos Fundamentais a fim de legitimar suas atividades, pois tecnicamente a atividade por eles realizada não visa à propagação de determinada opinião, mas tão só disponibilizar um instrumento para o processamento de busca na web, ainda quando isso influencie fortemente, de facto, a formação da opinião dos usuários.

Além dos direitos fundamentais do lesado e do Google, o BGH entendeu ainda indispensável analisar o grau de restrição aos direitos fundamentais do provedor do conteúdo, afetado pela decisão de proibir o buscador de exibir conteúdos por ele disponibilizados na internet. Essa proibição pode representar uma restrição à liberdade de opinião do fornecedor do conteúdo, consagrada no art. 11 da Carta de Direitos Fundamentais, pois a decisão visa especificamente restringir a divulgação de opinião por causa de seu conteúdo.

Importante também trazer para ponderação os interesses dos usuários da internet e do público em geral de ter livre acesso a informação, tutelado pelo art. 11 da Carta de Direitos Fundamentais, considerando o relevante papel da imprensa em uma sociedade democrática. Por isso, o BGH frisou na decisão que o interesse do público à informação tem peso maior que os interesses econômicos do site de busca.

A Corte afirmou que o uso da internet - e a obtenção de informação pelo público - depende totalmente da existência de instrumentos de busca, tendo em vista a quantidade infindável de informações disponíveis na web. A internet não faz mais sentido sem mecanismos de busca, disse o BGH, pois eles permitem ao usuário encontrar informações - e dados pessoais - que de outra forma não seriam acessados.

Além disso, não se pode ignorar que os sites de busca têm participação decisiva no tratamento global de dados pessoais, pois eles tornam esses dados acessíveis a qualquer usuário por

RE 1010606 / RJ

meio de determinados critérios de busca, permitindo, em maior ou menor medida, uma visão sobre o perfil detalhado da pessoa.

Diante de tantos direitos fundamentais em conflito, concluiu o Tribunal que não se pode presumir a prioridade da proteção dos direitos da personalidade - e, conseqüentemente, do direito ao esquecimento - sobre os demais direitos fundamentais com ele colidentes.

(...)

e) No caso concreto: prevalência do interesse público na informação

Diante desses pressupostos, a Corte realizou a ponderação dos direitos fundamentais em jogo à luz de diversos critérios, como a relevância pública da informação, o transcurso do tempo, o impacto da matéria sobre a vida privada e o desenvolvimento do ofendido, a forma como os links eram exibidos no resultado de busca, etc.

De início, o BGH alertou que deixaria de analisar o critério da veracidade da informação, porque a questão não fora levantada pelas partes, com o que se podia admitir que as informações publicadas eram verídicas. Em seguida, o Tribunal analisou a relevância social da informação, vale dizer, o interesse público na informação. E aqui pesou o fato da lide girar em torno de matéria jornalística envolvendo importante associação beneficente da Alemanha.

Não se tratava de uma instituição qualquer, mas de regional da Liga Samaritana, que enfrentou grave problema financeiro durante a gestão do ofendido, provocando a demissão de funcionários e a redução das atividades filantrópicas, além de exigir longo processo de saneamento da entidade. E a população, na visão da Corte, tem interesse legítimo em se informar sobre o caso, mesmo passados sete anos do acontecido.

Em relação ao critério do decurso do tempo, elemento importante para a configuração do direito ao esquecimento, o Tribunal observou que ele pode impactar e modificar tanto a

RE 1010606 / RJ

relevância do interesse público, quanto a intensidade da restrição ao direito fundamental do titular dos dados pessoais. Por isso, o significado do decurso do tempo só pode ser medido no caso concreto, no âmbito do processo de ponderação dos direitos fundamentais em colisão e, nesse caso, o BGH considerou que, apesar do transcurso de sete anos, ainda persistia interesse legítimo do público no assunto.

Peso relevante tem principalmente o objeto e o impacto da informação na vida privada e no desenvolvimento da pessoa. Em regra, quanto mais a informação impactar e interferir negativamente na vida privada e no desenvolvimento do afetado, maior a necessidade de tutela de sua privacidade. O mesmo vale quando a informação diz respeito à esfera privada da pessoa. Quando, porém, ela diz respeito a aspectos da esfera social do envolvido, maior será tendencialmente o interesse público na permanente acessibilidade da informação.

No caso em tela, a informação dizia respeito prevalentemente à atividade profissional do autor à frente da instituição de caridade, justificando-se a menção expressa de seu nome enquanto diretor e (co)responsável pela difícil situação financeira pela Liga Samaritana, afirmou a Corte.

As informações não impactaram negativamente a vida privada e/ou as possibilidades de desenvolvimento do autor, pois as matérias jornalísticas apenas mencionavam o afastamento por problemas de saúde, explicando sua ausência durante o difícil período de saneamento da entidade. Dessa forma, antes de importunar, elas explicavam sua ausência durante a crise, evitando especulações em torno do assunto, afirmou o *Bundesgerichtshof*.

A legitimidade da informação não se altera com a menção de que o autor se afastara da instituição por problemas de saúde, pois a ausência e os motivos do afastamento do ex-diretor da Liga Samaritana durante a crise financeira são de grande interesse público, afirmou a Corte. Ademais, os jornais traziam informações inespecíficas sobre a doença, as quais não permitiam quaisquer conclusões acerca do tipo e da gravidade

RE 1010606 / RJ

da moléstia, não impactando negativamente na vida privada do autor, que não tem a pretensão de ser percebido na seara pública de acordo com suas aspirações pessoais, acentuou o Tribunal.

Last but not least, o BGH frisou que o transtorno da notícia para a pessoa não se mede abstratamente pelo simples fato de que há uma informação na web acessível por qualquer um de alguma forma, mas precisa ser analisado concretamente, verificando como a informação esta sendo de fato espalhada. No caso, somente com a busca combinada por nome e local podia-se ter acesso aos resultados impugnados pelo autor. A referência isolada a seu nome não levava diretamente aos links questionados, os quais apareciam abaixo de outros links no resultado de busca, relativizando seu potencial lesivo.

f) Síntese

Em suma, o *Bundesgerichtshof* concluiu que, embora a informação sobre o autor dissesse respeito a dados pessoais, inclusive dados sensíveis (saúde), a relevância social da notícia, aliada a sua baixa potencialidade lesiva, se sobrepõe ao direito ao esquecimento, afastando a pretensão de desindexar do resultado de buscas do Google links de notícias de jornais informando que a instituição enfrentou, durante sua gestão, grave crise financeira e que o mesmo afastou-se da direção por problemas de saúde.

Embora reconhecendo a existência do direito ao esquecimento, o BGH negou-o no caso concreto após ponderação das diversas posições jusfundamentais em colisão. Antes de fragilizar o direito ao esquecimento, a decisão o reforça, acentuando sua natureza jusfundamental, que justifica a ponderação no caso concreto, até porque não há primazia apriorística nem da liberdade de expressão e informação, nem do direito à proteção de dados pessoais. (...)”. (FRITZ. Karina Nunes. *Direito ao esquecimento não é absoluto, diz Bundesgerichtshof*. Revista eletrônica Migalhas. 11 de nov. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/german-report/336206/direito-ao-esquecimento-nao-e-absoluto--diz->

RE 1010606 / RJ

bundesgerichtshof. Acesso em 3.2.2021)

Nesses termos, o direito à intimidade, à vida privada à proteção à imagem, como atributos do direito de personalidade e da dignidade da pessoa humana, em oposição ao direito à liberdade de imprensa e de informação, deve considerar algumas balizas: o decurso do tempo entre o fato e a publicização; o interesse histórico, social e público atual na divulgação dos fatos e dados pessoais; o grau de acessibilidade da informação; e a possibilidade de divulgação anonimizada dos dados pessoais sem que se desnature a essência da divulgação.

Em resumo, deve ser permitida a divulgação jornalística, artística ou acadêmica de fato histórico distante no tempo, incluindo os dados pessoais, desde que estejam presentes o interesse histórico, social e público atual, observado o grau de acessibilidade, e possa ocorrer a desnaturação da informação em caso de anonimização do fato (ausência de identificação de determinada pessoa em quaisquer dos elementos que compõe a personalidade – nome e demais dados pessoais, além de voz ou imagem), de sorte que, não havendo essa desnaturação, no processo de anonimização, esta tornar-se-ia imperiosa, devendo, nesse caso, assegurar-se o direito de resposta e/ou indenização, na mesma linha da ADI 4.815 (biografias não autorizadas).

Com todas as vênias, penso que aqui a discussão deve assumir outro olhar dos debates já realizados neste julgamento, sob o prisma de analisar eventual preponderância do interesse público, social ou histórico **atual** em retratar ou reescrever fatos – ou interpretações destes – do passado remoto ou distante de outrem que, na maioria das vezes, se quer esquecer, incluindo a discussão sobre a forma, o meio e a abrangência da divulgação.

Assim sendo, *a posteriori*, deve-se perscrutar a finalidade de uso ou divulgação dos dados pessoais, analisando se, na divulgação do fato (remoto ou longínquo) – e das circunstâncias deste – restava presente interesse público, histórico ou social atual, que necessite ser lembrado ou mais bem esclarecido.

Além disso, a abrangência da acessibilidade da informação ao

RE 1010606 / RJ

público também deve ser ponderada à luz do caso concreto. Quanto menor for aquela, maior deverá ser a liberdade de informar; ao revés, quanto maior a acessibilidade do público, maior deverá ser o crivo da análise sobre a (des)necessidade de identificação dos envolvidos no fato.

Exatamente por essa razão (“*que o filme não permitia a identificação do queixoso*”), o Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1999, negou o pedido de impedir a exibição de programa sobre crime notório após considerável transcurso do tempo, diante da preponderância da proteção da liberdade comunicativa e de radiodifusão. (BVerfGE 348/98, Caso *Lebach II*, j. 25.11.1999, Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/11/rk19991125_1bvr034898.html. Acesso em: 3.2.2021)

Nesses termos, no que se refere ao modo ou à forma de divulgação, tenho que deve ser resguardada a intimidade e vida privada do envolvido em determinado fato pretérito **destituído** de interesse público, social ou jornalístico, aferido por justificativas atuais, pois a exposição do participante principal ou de coadjuvantes do fato com descrição dos atributos de sua personalidade, tais como nome e/ou qualificação (descrições que facilmente identifiquem o envolvido), vulnera os arts. 1º, III, c/c art. 5º, X, da CF e merece reparos, *a posteriori*, para evitar novas exposições negativas, vexatórias e/ou degradantes, nos termos do art. 20 do Código Civil.

Sendo assim, entendo que é possível compatibilizar o direito fundamental à privacidade e ao resguardo da imagem, além da dignidade da pessoa humana, com a liberdade de informação assegurada pela Constituição Federal, mormente ao assegurar que os fatos remotos ou distantes no tempo, que interessem à memória da sociedade, possam ser divulgados, desde que presentes o interesse público, histórico ou social atual(is) e observado o grau de acessibilidade da informação, de forma que, sem que ocorra a desnaturação da informação, seja possível anonimizar o fato ou qualquer outro elemento de identificação dos autores e das vítimas de delitos ou circunstâncias vexatórias, intimidatórias ou humilhantes, assegurando, assim, a adequada

RE 1010606 / RJ

proporcionalidade da concordância prática com o direito à liberdade de expressão e de comunicação, resguardando-se a via resoluta do direito de resposta ou indenização, *a posteriori*, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Parlamento.

3) Caso concreto

In casu, tal como apontado nas instâncias originárias, a reportagem parece indicar e repete, várias vezes, que a suposta ingenuidade da vítima teria sido uma das circunstâncias que teriam colaborado para o desenrolar dos acontecimentos, o que denota uma leitura humilhante e vexatória dos fatos para a família da vítima, cuja atitude não pode sequer ser vista ou interpretada como uma das concausas determinantes de crime tão bárbaro.

Tal fato está muito bem descrito no voto-vencido da Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro (eDOC 10, p. 80/87), o que não configura revolvimento do quadro fático probatório – vedado pela Súmula 279 desta Corte –, mas perfaz mera requalificação jurídica de acordo com o panorama fático-probatório descrito pelo acórdão recorrido (reenquadramento jurídico dos fatos), que é aceita pela jurisprudência do STF. A conferir os precedentes de ambas as Turmas e do Plenário:

“AÇÃO PENAL. Denúncia e condenação por tentativa de extorsão. Recurso do assistente da acusação. Provimento pelo STJ. Condenação por delito consumado. Admissibilidade. **Mera requalificação jurídica dos mesmos fatos reconhecidos na instância de origem. Nulidade inexistente.** Voto vencido. **Não é nulo acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, sem rever nem rediscutir os fatos da causa, lhes confere, nos exatos termos e limites proclamados na instância de origem, nova qualificação jurídica,** condenando o réu pelo delito de extorsão consumada, posto denunciado e condenado por tentativa. 2. AÇÃO PENAL. Defensor constituído. Contrarrazões a recurso de assistente da acusação. Não apresentação, apesar de

RE 1010606 / RJ

intimado. Cerceamento de defesa e nulidade processual. Inocorrência. HC indeferido. Interpretação do art. 5º, LIV e LV, da CF, art. 261 do CPC e da súmula 523. Voto vencido. Não constitui cerceamento de defesa, nem produz, por consequência, nulidade processual, o fato de, regularmente intimado, o defensor constituído do réu não apresentar contrarrazões a recurso interposto pelo assistente da acusação”. (HC 83.292, Redator do acórdão Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 23.4.2004, grifo nosso)

“CONSTITUCIONAL. FUNDAÇÃO PÚBLICA. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. ESTABILIDADE. ESTÁGIO PROBATÓRIO NÃO CUMPRIDO ATÉ O ADVENTO DA EC 19/98. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADO ÓBICE DAS SÚMULAS 279, 282 E 356 DO STF. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I O tema constitucional versado nos autos foi objeto de debate e decisão prévios pelo Tribunal de origem. Não incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. **II A decisão atacada não revolveu fatos e provas constantes nos autos, mas sim realizou o enquadramento jurídico dos fatos relatados na espécie, o que é possível nessa estreita via extraordinária.** III - Agravo regimental improvido”. (AI-AgR 802.046, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 25.11.2010, grifo nosso)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 279/STF. **Valoração, caracterização, classificação e requalificação de dados constantes nos autos, que não importem a necessidade de reabertura da fase instrutória, não se confundem com reexame de fatos e provas, vedado no julgamento de recurso extraordinário.** Agravo regimental ao qual se nega provimento”. (AI 677.843 ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 14.11.2011, grifo nosso)

“AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL.

RE 1010606 / RJ

ADMINISTRATIVO. FINANCEIRO SANCIONATÓRIO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE REVER A EXONERAÇÃO DO PAGAMENTO DE MULTA EM VIRTUDE DA NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SUPOSTA DECISÃO-AGRAVADA ULTRA-PETITA. INFRAÇÃO AO REGRAMENTO DAS OPERAÇÕES CAMBIAIS. COBERTURA CAMBIAL. DECRETO 23.258/1933. Segundo precedentes desta Suprema Corte, é cabível o controle jurisdicional da intensidade das punições pecuniárias aplicadas, à luz da vedação do uso de exação com efeito confiscatório, da razoabilidade e da proporcionalidade. **Requalificação do quadro fático-jurídico não se confunde com reexame de fatos e de provas. O erro de interpretação presente no acórdão-recorrido é incontroverso e não demanda reabertura da instrução probatória** (não recepção de legislação por vício de forma – necessidade de lei ou de lei complementar para dispor sobre aduana - ausente tal requisito da Constituição sob a qual a pena fora criada). Por outro lado, o caráter confiscatório, no sentido técnico, não foi expressamente reconhecido pelo Tribunal de origem. De fato, houve reconhecimento do caráter desproporcional ou irrazoável da punição, no caso concreto. A decisão que restabelece parcialmente o valor da multa pretendida, sem ultrapassar o limite imposto pelo pedido formulado pela então recorrente, não é ultra petita. Agravo regimental ao qual se nega provimento”. (RE 595.553 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 4.9.2012, grifo nosso)

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Deserção. Artigo 511 do Código de Processo Civil. **Revalorização da prova pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Reenquadramento jurídico dos fatos. Possibilidade.** Certidão cartorária. Negativa de fé pública. Não ocorrência. **1. A revalorização da prova e o reenquadramento jurídico dos fatos não se confundem com o revolvimento de suporte fático-probatório, sendo plenamente franqueados aos tribunais superiores. Precedentes do**

RE 1010606 / RJ

Supremo Tribunal Federal. 2. Não viola o art. 93, inciso XIV, da CF a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, a par do conteúdo de certidão cartorária, reconhece a deserção de recurso com base em interpretação de dispositivo do Código de Processo Civil. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 820.433 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 30.5.2016, grifo nosso)

No caso dos autos, extrai-se que era totalmente desinfluyente para a comunicação do desenrolar dos fatos o histórico de vida, além da exposição de fotos pessoais da vítima, sem contar a versão da suposta ingenuidade desta em aceitar subir à cobertura de um edifício na companhia de outra pessoa.

Nesse caso, ao meu ver, a matéria pode ter extrapolado o direito de informar e trouxe uma visão deturpada ao público, expondo indevida e vexatoriamente a vítima, em programa televisivo de cadeia nacional.

Sendo assim, a meu ver, com as vênias de estilo, é caso de dar parcial provimento ao apelo extremo, para registrar que viola o direito à intimidade, à vida privada e a proteção ao nome e à imagem como atributos do direito da personalidade, a exposição de fotos e histórico pessoal, mediante interpretação indevida e vexatória de fatos em reportagem televisiva que expõe e rememora fatos ocorridos em passado distante, determinando a devolução dos autos ao Tribunal de origem para apreciar o pedido de indenização por danos morais, sob tais premissas e nos termos do art. 20 do Código Civil.

4) Voto

Ante o exposto, pedindo vênias ao relator, voto pelo provimento, em parte, do recurso extraordinário, acompanhando na conclusão o Min. Nunes Marques, ao entendimento de que é moralmente indenizável a exposição humilhante e/ou vexatória de dados pessoais (imagem, nome e demais elementos de identificação) de pessoa (autor ou vítima) envolvida em fato ocorrido há décadas, em matéria televisiva de alcance nacional,

RE 1010606 / RJ

ainda que presente interesse histórico, social ou público atual, com fundamento no direito à intimidade, à vida privada e à proteção ao nome e à imagem, determinando a devolução do processo ao Tribunal *a quo* para que aprecie o pedido indenizatório por danos morais, nos termos do art. 20 do Código Civil.

Como proposta de tese, apresento a seguinte sugestão:

“1. Na hipótese de conflito entre normas de igual hierarquia constitucional (direito à liberdade de imprensa e de informação em oposição aos direitos da proteção à imagem, honra e vida privada, além da dignidade da pessoa humana), deve-se adotar a técnica da concordância prática, demandando análise pontual sobre qual direito fundamental deve prevalecer, para fins de direito de resposta e/ou indenização, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Parlamento; e

2. Devem ser considerados como fatores preponderantes desse balizamento: o decurso do tempo entre o fato e a publicização; a existência de interesse histórico, social e público atual; o grau de acessibilidade ao público; e a possibilidade de divulgação anonimizada dos fatos sem que se desnature a essência da informação”.

É como voto.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não estive presente, justificadamente, nas sessões de 3 e 4 do corrente mês, já que me submeti, ante acidente doméstico – diga-se, a fim de não se imaginar alguma doença –, a cirurgia para recomposição dos ligamentos do ombro, mas me declaro habilitado a votar neste caso.

E lembraria – não sei se participou desse seminário o ministro Luís Roberto Barroso – que fizemos, no Instituto de Altos Estudos do UniCEUB, seminário versando esse tema, ou seja, o direito ao esquecimento.

A ação foi ajuizada buscando-se indenização. E devemos assentar, de início, uma premissa: indenização pressupõe a prática de ato ilícito. É o que decorre do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, no que revela invioláveis a intimidade e a privacidade.

Vivemos ares democráticos. Daí, a meu ver, o insucesso do pedido, nesta ação, no Juízo e no Órgão revisor, no Tribunal de Justiça. Insucesso considerado o disposto no artigo 220 da Constituição Federal, inserido em capítulo importantíssimo, que sinaliza a preservação de direitos fundamentais: o Capítulo “Comunicação social”.

O que nos vem desse artigo? Que a manifestação do pensamento, a criação e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão nenhuma restrição, observado o previsto na Constituição.

O que houve? Em programa televisivo – programa que não costumo, em virtude da sobrecarga de processos, acompanhar –, o *Linha Direta Justiça*, retratou-se o lamentável episódio da década de 1950, em que houve a morte de Aída Curi. E retratou-se, evidentemente, de forma jornalística, talvez ressaltando determinados aspectos ligados à espécie.

Disse a ministra Cármen Lúcia que o Brasil deve contar com memória e deve fazê-lo considerados fatos positivos e negativos, não apenas aquilo que agrada, em termos de visualização, à sociedade. E foi o que ocorreu nesse programa.

Em situação como essa, em que apenas se observou o direito de

RE 1010606 / RJ

informar – e de informar às novas gerações –, não cabe simplesmente passar a borracha e partir-se para verdadeiro obscurantismo, partir-se para retrocesso em termos de ares democráticos.

Tenho até mesmo ressaltado em pronunciamentos – sei que essa óptica talvez não mereça endosso da maioria dos Colegas – que o sigilo, uma vez quebrado na origem, chegando a matéria ao veículo de comunicação, não prevalece. O veículo de comunicação tem o dever de retratar o que ocorreu, o que verificado, o fato que lhe chegou às mãos.

Desprovejo o recurso interposto, entendendo que as duas decisões proferidas – repito – pelo Juízo e pelo Órgão revisor não merecem censura, em termos da conclusão de que não houve ato ilícito. E não vamos rever, no julgamento de recurso extraordinário, os fatos; não vamos reanalisar o programa para, fora da moldura do acórdão impugnado mediante o extraordinário, chegar ao acolhimento do pedido formalizado nas razões.

Desprovejo o recurso.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Eu também, Ministro Marco Aurélio, em razão da abertura do Ano Legislativo, não assisti às sustentações orais. Mas também, mais ou menos na mesma posição de Vossa Excelência, procurei me inteirar do feito. E tive até a boa vontade de alguns servidores, que me sintetizaram as razões aqui expostas.

Então, devo também ressaltar que a posição do Presidente, num momento como este, numa questão polêmica, é realmente uma situação mais confortável do que a dos demais Colegas, porque já pude ouvir todas as teses aqui sustentadas, sem prejuízo de ter me inteirado das sustentações orais brilhantes, que foram aqui feitas pelos eminentes professores de Direito, com alguns dos quais eu tenho até convivência na comunidade acadêmica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Queria parabenizá-los pelas sustentações que foram aqui proferidas.

Mas não poderia deixar de saudar o eminente Ministro, meu estimado amigo Dias Toffoli, pela profundidade do voto que trouxe em relação a um tema tão instigante, como sói ser o tema relativo ao direito ao esquecimento. Seu voto foi realmente primoroso - depois, tive oportunidade de lê-lo.

Também, até por uma questão de justiça com o meu sentimento, eu li e reli tudo quanto aqui se apresentou, como pareceres dos próprios expositores, advogados. Li, reli e tresli, mas confesso que ontem, depois do voto do Ministro Nunes Marques, que considerei uma pérola de voto, voltei a rever todos os aspectos da causa. Fiquei também muito impressionado com todos os argumentos trazidos pelo Ministro Nunes Marques.

Então, nós temos aqui argumentos profundos do Ministro Dias Toffoli, que esgotou o tema, e os argumentos trazidos numa divergência hercúlea pelo Ministro Nunes Marques, também bastante contundentes,

RE 1010606 / RJ

que caracterizam a dificuldade da nossa tarefa de julgar.

Feitas essas homenagens justas, eu gostaria de destacar o fato em si. Eu sou do Estado do Rio de Janeiro e esse fato passou a compor a história de Copacabana, porque, no dia 14 de julho de 1958, aproximadamente às 9h, no Edifício Rio Nobre, na Avenida Atlântica, Copacabana, a jovem Aída Curi, então, com 18 anos de idade, sofreu abuso sexual por parte de dois rapazes, auxiliados pelo porteiro.

As condenações foram pífias. O porteiro sumiu, um dos partícipes era menor, e o outro sofreu uma condenação absurdamente incompatível com a gravidade do fato. Mas a verdade é que esse fato tomou conta do cenário nacional como um fato relevantíssimo, no tocante à criminalidade contra a mulher, o abuso sexual contra a mulher, o assédio contra a mulher, de tal sorte que, na minha juventude, convidado para realizar um júri simulado, procurei ler uma das obras magníficas do Advogado Romeiro Neto, que funcionou exatamente neste caso, denominada *Defesas penais*. Então, vejam os Senhores, o fato adquiriu uma relevância tão notória que passou a constar de inúmeros livros, inclusive para a instrução acadêmica e pedagógica dos alunos de Direito.

Esta é uma questão que, no meu modo de ver, cria um *distinguishing*, porque há fatos que são notórios e importantes para a história de um país e há fatos que são irrelevantes. Por exemplo, se, eventualmente, hoje, um grande empresário foi morador de rua, utilizou-se de drogas e pretende ser reconhecido como grande empresário, é um indiferente público e social relembrar que ele foi um morador de rua e cheirou cola. Isso só traria, digamos assim, uma imagem que o denegriria perante a comunidade dos empresários, da qual ele passou a participar. Mas esse caso Aída Curi, não. Esse caso Aída Curi assumiu uma relevância histórica, uma relevância tão histórica que passou a constar de inúmeros livros, e o que a memória me traz de mais vivo é esse livro do saudoso Advogado Romeiro Neto.

Sem prejuízo e pedindo vênias às opiniões em contrário, só no tocante à questão científica e acadêmica, eu gostaria de apenas relembrar, porque evidentemente os Colegas têm isso muito aceso na memória, que, após os

RE 1010606 / RJ

estudos seminais do Professor Ronald Dworkin sobre *Freedom's law*, depois, digamos assim, aprimorado pelo Professor Alexy, o ordenamento jurídico passou a ser composto com normas subdivididas em princípios e regras. Onde há regra constitucional, não incide o princípio, mas, na lacuna, os princípios constitucionais, que hoje integram o ordenamento jurídico e têm força normativa, são aplicáveis. Com relação a este aspecto de natureza acadêmica, eu gostaria de destacar que a própria Constituição, após a previsão de todos os direitos fundamentais, expõe que:

"§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros" - ou seja não excluem outros direitos e garantias - "decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados" - pela Constituição."

Então, no meu modo de ver, com a devida vênia, é inegável que o direito ao esquecimento é uma decorrência lógica da tutela da dignidade da pessoa humana. Se ele vai ser aplicado num caso ou noutro, isso é outra questão. Mas o direito ao esquecimento está enraizado no núcleo essencial de tutela da pessoa humana.

E entendo, inclusive, sob esse ângulo da dignidade da pessoa humana, que, se, por exemplo, Ronaldo, Cássio e o porteiro, que participaram desse evento, fossem os autores desta ação, evidentemente não teriam direito ao esquecimento, porque essa tutela da suposta dignidade estaria sendo invocada, no meu modo de ver, de forma absolutamente equivocada.

Mas o direito ao esquecimento pode vir a ser aplicado em casos outros. Verifiquem, por exemplo, o seguinte: aqui vários Colegas citaram o exemplo do julgamento do Tribunal Europeu, citaram o exemplo do julgamento do caso Lebach. Esses casos citados visam proteger e garantir a ressocialização dessas pessoas, são casos que visam a ressocialização dessas pessoas. Não são casos em que se apagou da memória, são casos em que se atendeu, numa ponderação de interesses, o interesse prevalente da ressocialização do soldado que foi acusado de matar outros soldados alemães, e outros casos em que uma pessoa, por exemplo, neste

RE 1010606 / RJ

caso do Tribunal Europeu, o cidadão sofrera uma execução, sofrera arresto de bens.

Qual é o interesse público? Qual é o interesse social de se divulgar isso? Para quê? Então aí se aplica, sim, no meu modo de ver, de forma escorreita, como aplicaram o Tribunal Europeu e o Tribunal Alemão, a tutela, a possibilidade de ressocialização da pessoa como consectário do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana.

Então, no meu modo de ver, sob determinado ângulo, é sim possível que haja, digamos assim, um direito consectário da dignidade da pessoa humana que se cognominou direito ao esquecimento. Não sei se é o melhor nome, mas achei interessante, porque hoje nós falamos em direito à busca da felicidade. Por que não dizer que há um direito ao esquecimento como uma forma de não gerar infelicidade? Eu confesso que não tenho muitas razões críticas em relação ao *nomen iuris* que se deu ao direito ao esquecimento.

Por outro lado, anoto aqui, por tudo que ouvi - daí a facilidade, porque eu pude anotar dos votos de todos os Colegas -, que, comparando o fato do arresto de bens de um cidadão devedor, que constava ainda no noticiário e nas buscas digitais, e o crime cometido contra Aída Curi são fatos completamente diferentes.

Não interessa à história do Brasil saber quem são os devedores que tiveram bens arrestados. Agora, interessa à história do Brasil, inclusive sob o ângulo pedagógico, como destacou o Ministro Dias Toffoli, esse episódio de feminicídio, demonstrando a cultura brasileira sobre o tratamento do homem em relação à mulher. Nós assistimos recentemente que, no caso da pandemia, aumentou muitíssimo o número de feminicídios. Então, esse caso, além de histórico, é um caso pedagógico. É um caso que se encaixa no direito que a população tem de conhecer fatos históricos, fatos célebres, no caso aqui, crimes célebres, que são retratados diuturnamente.

E o problema da contemporaneidade é um problema que não nos deve iludir porque, na verdade, o valor da reportagem está exatamente no resgate histórico desse crime para o efeito pedagógico, demonstrar que

RE 1010606 / RJ

o Brasil caminha a passos largos para eliminar esses fatos e esses episódios, e também um caráter didático. Esse caso consta de livros de Direito, consta de livros de Sociologia, consta de livros de História, de livros de Antropologia. Quem quiser resgatar esse caso pode ir à Biblioteca Nacional. Há livros, jornais e revistas que ainda mantêm viva a história desse lamentável caso da Aída Curi.

Vários dos eminentes Colegas destacaram aqui que realmente nós estamos em caso típico de ponderação de interesses, de ponderação de valores: o direito ao esquecimento e o acesso integral e livre à informação, que é um dos pilares da democracia, um dos pilares do regime republicano, máxime em uma época em que nós estamos lutando contra as *fake news*. Então, a informação é exatamente um instrumento muito eficiente no combate às notícias falsas.

Evidentemente, na ponderação entre o direito ao esquecimento de um fato importantíssimo para a realidade social brasileira e o direito à informação, como agora o Ministro Marco Aurélio destacou no seu voto, há de gozar do que se denomina, no sistema anglo-saxônico, de *preferred position*, o direito à informação, o direito à liberdade de pensamento, o direito à liberdade de imprensa, que são valores que superam exatamente o direito ao esquecimento neste caso concreto. Neste caso concreto, é importante que se tenha conhecimento de que, na história da criminologia brasileira, não só para os estudantes de Direito Penal, para os estudantes de Direito, mas para os estudantes de diversas ciências, houve, há cinquenta anos, um caso de feminicídio muito grave.

Até por justiça, é preciso dizer que as violências físicas foram muito maiores, porque não se consumou o ato sexual. Aída Curi morreu estatelada numa calçada, casta e virgem. Então, na verdade, a punição se deu pela violência física praticada contra ela, constatada nos autos, e por ela ter sido, evidentemente, jogada da janela para não denunciar esse conluio criminoso travado entre aqueles jovens e o porteiro do prédio.

Encontra-se efetivamente em toda a doutrina, e aqui foi muito bem explorada essa questão, foi trazida no voto do Ministro Nunes Marques, mas eu li as sustentações orais dos eminentes professores que aqui estão e

RE 1010606 / RJ

que se dedicam ao tema – o Professor Anderson Schreiber, é um especialista nesse tema. Procurei ouvir todas as sustentações e verifico que hoje é inegável que a doutrina consagra o direito ao esquecimento. No caminhar dos anos, nós vamos chegar à conclusão de que esse direito é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, que hoje ilumina o universo jurídico e é o centro de gravidade do Direito. Só que aqui nós estamos diante de confronto entre valores constitucionais e, neste confronto entre valores constitucionais, ainda que eles não sejam antinômicos, é preciso, nesta ponderação de valores, à luz dos critérios constitucionais, eleger um deles para prevalecer no caso concreto.

Eu anoto inclusive aqui, pelo que ouvi dos votos e fui anotando, que o próprio Marco Legal da Internet traz um dispositivo regulando todo o acesso ao meio digital, e nós vamos chegar a um ponto da justiça cem por cento digital, em que se assegura exatamente o resgate histórico de casos que ocorreram em nosso País. Há uma redação que eu anotei, que é muito interessante, que está no art. 2º, reiterada nos art. 3º e 4º, do Marco Civil da Internet:

"Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão (...)"

E quando nós falamos em liberdade de expressão, *a fortiori*, nós estamos falando em liberdade de imprensa e estamos falando também em interdição à censura, como bem destacou o Ministro Alexandre de Moraes na abertura do seu voto. É uma interdição à censura.

Ora, há fatos que são efêmeros, mas há fatos que são históricos, há crimes célebres que passam a integrar a cultura enciclopédica de um país. E, como muito bem destacado pelo Ministro Dias Toffoli, é preciso que determinados fatos não sejam obstados da sua divulgação em nome do direito ao esquecimento.

E não quero cometer aqui uma irritualidade. Não me lembro qual foi o eminente Colega que citou, mas o direito ao esquecimento foi muito bem destacado pelo Professor Elie Wiesel, quando recebeu o Prêmio Nobel da Paz. Ele afirmou, no seu discurso de premiação, que o Holocausto só ocorreu por força do direito, não do direito ao

RE 1010606 / RJ

esquecimento, mas por força do esquecimento, por força da indiferença, daí ter denominado o seu discurso de *Os perigos da indiferença*. Então, o direito ao esquecimento pode conduzir à indiferença de um caso extremamente relevante, mercê de ter de compor a história de um país.

Eu chego mesmo a afirmar que esse fato já assumiu o domínio público. Ora, se esse fato assumiu o domínio público, está em livros, revistas, jornais, livros didáticos, livros práticos de Direito, se efetivamente esse fato notório já está sob o domínio público, como é que nós vamos conciliar um fato que está no domínio público vedando a sua veiculação se a Constituição Federal, nos direitos fundamentais, é textual no sentido de que é uma garantia individual o acesso à informação? E no art. 220, quando trata da comunicação social, a Constituição Federal é clara:

“Art. 220 (...)

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística (...).”

O que era o *Linha Direta*? O *Linha Direta* era um programa de cunho jornalístico.

Agora, recentemente, a Netflix lançou um documentário dos crimes mais famosos cometidos no Estado de São Paulo e que foram apurados com eficiência pela Polícia de São Paulo exatamente numa época, se não me engano, alguns deles, em que o Ministro Alexandre de Moraes era Secretário de Segurança. E eu cheguei a ligar para Sua Excelência, porque a nossa vida, às vezes, impõe-nos uma reclusão, e um grande momento de usufruir dessa reclusão é assistindo a essas séries que hoje são veiculadas. Uma das grandes séries hoje é exatamente sobre os maiores crimes ocorridos e a apuração da Polícia. E eu cheguei mesmo a ligar para o Ministro Alexandre de Moraes para me mostrar entusiasta da atividade policial, com a perfeição que ela alcançou hoje para descortinar crimes que antigamente não eram descobertos.

Então, digamos assim, parafraseando o Ministro Edson Fachin, nós estamos aqui numa ponderação de valores. E, nesta ponderação de valores, em razão de a liberdade de imprensa e a liberdade de informação

RE 1010606 / RJ

gozarem de uma posição preferencial no ordenamento constitucional brasileiro, não vejo como se possa interditar a veiculação desse fato, por mais dramático que tenha sido para a família. Acredito que, cinquenta anos depois, a rememoração desse fato não é mais dramática do que a que ocorreu contemporaneamente a ele, quer dizer, em data próxima, em meses, em anos próximos a esse bárbaro assassinato de Aída Curi.

De sorte que, concluindo e pedindo vênias aos Colegas, porque a Presidência deve ser minimalista também nos seus votos, principalmente quando vogal - procurei sintetizar a minha compreensão consoante o voto de todos os Colegas, inclusive à luz também da divergência que foi aberta pelo Ministro Nunes Marques, um voto belíssimo -, cheguei à conclusão de que o direito ao esquecimento não pode reescrever o passado e nem obstaculizar o acesso à memória, o direito de informação e a liberdade de imprensa, porque este é o estágio atual da jurisprudência da Suprema Corte, principalmente depois do memorável acórdão da Ministra Cármen Lúcia com relação às biografias não autorizadas, quando Vossa Excelência usou uma expressão coloquial muito interessante sobre o "*cala a boca, que não existe mais*". E este estágio atual a que chegou a jurisprudência da Suprema Corte é um estágio que não pode retroceder, porque é um estágio em que hoje são concedidas as liberdades públicas que, na época da minha juventude, eram suprimidas do povo brasileiro.

Então, com essa abordagem mais genérica, mas me valendo do voto de cada um dos eminentes Colegas, e também, de certa forma, estando de acordo com aqueles que sustentam o direito ao esquecimento em determinados casos, não em fatos que viraram casos célebres na história do Brasil, peço vênias à divergência, que já foi aqui por mim destacada, para acompanhar a maioria no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário nos termos do erudito e magnífico voto de Sua Excelência o Ministro Dias Toffoli, Relator deste Recurso Extraordinário 1.010.606.

É como voto.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público e senhores advogados, cinge-se a controvérsia à existência do direito ao esquecimento na esfera civil quando invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

O direito ao esquecimento, de caráter excepcional, pode ser extraído da Constituição Federal de 1988 como corolário da dignidade humana, mas revela um valor que se contrapõe ao rol das liberdades constitucionais, máxime a liberdade de expressão e de imprensa, manifestação do pensamento e acesso à informação, a que a sólida jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assegura proteção constitucional reforçada (*preferred position*).

O juízo de ponderação avalia a *relevância atual* do interesse público na divulgação desses *atos pretéritos*, de modo que o direito ao esquecimento pode ser compreendido como “*pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas, de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado*” (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao "esquecimento" na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019).

Tradicionalmente, o direito ao esquecimento se relaciona aos chamados *crimes célebres*, que ocuparam as páginas dos noticiários policiais da época em que ocorreram e que muito tempo depois, tornaram a ser explorados pela mídia impressa ou televisiva. É o caso concreto

RE 1010606 / RJ

versado nos autos, que justificou o enquadramento da controvérsia sob o Tema 786 da Repercussão Geral – “Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera cível quando for invocado pela própria vítima ou por seus familiares”.

**Espaço reservado ao direito ao esquecimento:
a proteção à dignidade da vítima e seus familiares**

O direito ao esquecimento não pode reescrever o passado, nem obstaculizar o acesso à memória, o direito de se informar ou a liberdade de imprensa. No entanto, como admite Daniel Sarmiento, em parecer acostado aos autos, “*é possível reconhecer um campo residual para o “direito ao esquecimento” – embora esta denominação não seja lá muito adequada - como uma manifestação específica do direito à proteção de dados pessoais, em casos que não envolvam interesse público*”.

Os casos excepcionais em que a ponderação pende para a proteção individual são aqueles em que, para além de o tempo ter enfraquecido a relevância social dos fatos e de não se tratar de eventos célebres, quando então a exposição desnecessária pode afetar o núcleo mais essencial da dignidade do sujeito, em que **a busca da felicidade pressupõe a reconstrução da identidade**, a partir da superação de uma memória traumática relegada a um passado distante.

No **caso Lebach (BVerfGE 35)**, *leading case* de restrição à divulgação jornalística de crime célebre, discutia-se a exposição televisiva, com menção expressa a nomes e fotografias, do documentário “O Assassinato dos Soldados de Lebach”, que aborda crime no qual foram assassinados quatro soldados do grupo de guarda do depósito de munição do Exército, próximo a Lebach, enquanto dormiam, e se lhes subtraiu armas com as quais se pensava realizar outros atos delitivos. A divulgação ocorreria às vésperas da soltura, após o cumprimento da pena, de um dos partícipes, que se insurgiu contra a exposição televisiva na qual era mencionado expressamente e apareciam fotografias, porque poria em perigo a sua

RE 1010606 / RJ

ressocialização.

O caso Lebach se tornou paradigmático pela metodologia de ponderação realizada pelo Tribunal Constitucional Alemão, que constatou que, no caso de “*repetição de uma informação sobre um delito grave, que não responde já a interesses atuais de informação*” e “*que põe em perigo a ressocialização do autor*”, tem precedência a proteção da personalidade frente a liberdade de informação, o que, no caso, implica a proibição dessa informação. O enunciado de precedência se divide em quatro condições (**repetição, interesse atual na informação, fato delituoso grave, perigo para ressocialização**): “*uma informação televisiva repetitiva (s1), que não responde a um interesse atual de informação (s2) sobre um fato delitivo grave (s3) e que põe em risco a ressocialização do ator (s4) está jusfundamentalmente proibida.*” Robert Alexy, ao tratar do caso, destaca a importância de se decidir diante das circunstâncias do caso, o que permite a identificação de algumas balizas. (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales 1993. p. 98).

O direito de não ser reavivada à memória coletiva fatos estigmatizantes foi suscitado, presentes determinadas circunstâncias, por condenados que cumpriram pena (Caso Lebach) e absolvidos que se envolveram em processo-crime (Candelária). O direito ao esquecimento, no entanto, enquanto limite à veiculação por meios de comunicação de fatos históricos, **oscila ao sabor de uma certa culpabilidade ou reprovabilidade social**. É de extrema relevância, portanto, que, no caso Aida Curi, pugna-se pelos direitos de personalidade da *vítima* e de seus familiares.

Tratando-se de vítimas de crimes e seus familiares, com mais razão ainda, deve ser reconhecido, como direito de não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram feridas inesquecíveis. É que, como aponta a PGR, em sua manifestação, “*caso*

RE 1010606 / RJ

contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram”.

Quanto à proteção de terceiros, a **Corte Constitucional da Colômbia** asseverou a necessidade de que jornalistas e meios de comunicação desenvolvam maior sensibilidade sobre os tópicos tratados, tomando cuidado para, ao publicar uma notícia, não ferir a honra, o bom nome ou a dignidade daquele sobre quem se informa, nem de terceiros que podem ser afetados pela notícia. Em especial, destacou que uma categoria óbvia que justifica a limitação da liberdade de expressão é o direito dos outros (*Sentencia T – 439-09*).

No caso concreto, uma cidadã colombiana havia concedido entrevista, em 1996, para um programa de televisão sobre movimentos de guerrilha ocorridos no país. Para proteger sua privacidade, solicitou ao jornalista que distorcesse sua voz e rosto, o que foi devidamente atendido. Doze anos depois, suas declarações foram incluídas no documentário "*Colombia Vive - 25 años de resistencia*", transmitido pela *Caracol Televisión S.A.*, sem qualquer distorção de áudio ou de imagem, o que provocou grave rejeição social e diversos prejuízos à testemunha. Em complemento, a sentença aduz, *in verbis*:

“LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E PASSAGEM DE TEMPO - O significado de um fato ou ação pode variar ao longo do tempo

A passagem do tempo no âmbito da liberdade de informação tem ocupado a doutrina na medida em que tais difusões podem prejudicar a vida presente das pessoas envolvidas”. (T-2.008.189. Acción de Tutela instaurada por *María* en contra de *Caracol Televisión S.A.* y *Publicaciones Semana S.A.* Julgado em 07-07-2009)

Em sentido semelhante, Anderson Schreiber aponta, em parecer

RE 1010606 / RJ

acostado aos autos pelo IBDCivil, que a colisão entre liberdade de informação e direito ao esquecimento somente pode se resolver por uma aplicação técnica do método da ponderação, sem que seja possível estabelecer em abstrato qual dos direitos deve prevalecer. Sugere, então, que, sob o prisma da necessidade de proteção ao direito ao esquecimento, sejam considerados os seguintes aspectos, *in verbis*:

31. Na hipótese que se examina, cumpre responder às seguintes indagações:

a. Sob o prisma da liberdade de informação:

a.2. O modo como o relato e/ou encenação pública do crime ocorreu era necessário ao (*rectius*: razoavelmente exigível para o) atingimento da finalidade informativa, documental e histórica? Mais especificamente:

a.2.1. Para relatar e/ou encenar o crime, em toda sua dimensão histórica e informativa, era necessário identificar nominal ou visualmente a vítima ou seus familiares?

a.2.2. Para relatar e/ou encenar o crime, em toda sua dimensão histórica e informativa, era necessário detalhar aspectos do episódio esperadamente sensíveis, como excessos de violência, caráter sexual do delito ou repercussão emocional do crime sobre a vítima ou seus familiares?

a.2.3. Para relatar e/ou encenar o crime, em toda sua dimensão histórica e informativa, era necessário retratar cenas mórbidas (cenas de cadáveres, retratos de enterros, lápides etc.)?

b. Sob o prisma do direito ao esquecimento:

b.2. Trata-se de um crime cujo relato e/ou encenação pública afetam necessariamente (ou razoavelmente) o modo como os envolvidos são identificados pela sociedade? Mais especificamente:

b.2.1. Trata-se de crime que invade a esfera íntima da vítima ou seus familiares, pela natureza (crimes sexuais, por exemplo) ou intensidade (requintes de violência)?

b.2.2. Trata-se de vítima ou familiares que possuem outras

RE 1010606 / RJ

projeções sobre a esfera pública ou, ao contrário, de pessoas que somente tem projeção pública pelo envolvimento no crime?

b.2.3. Trata-se de crime vinculado a sentimento de impunidade ou revolta em relação à solução estatal, capaz de ainda afetar a vítima ou seus familiares?

A ponderação de direitos realizada pela jurisprudência nacional e estrangeira quanto ao exercício da liberdade de expressão na mídia, ante a divulgação de fatos pretéritos desabonadores, considera alguns parâmetros, para além daqueles que já informam a liberdade de imprensa, tais como: (a) critério da repercussão histórica do fato; (b) critério abalo à identidade pessoal dos envolvidos; (c) critério da detalhada identificação dos envolvidos; (d) critério da ausência de fama prévia dos envolvidos; (e) critério da impunidade dos responsáveis; (f) a contemporaneidade da notícia, (g) a vedação à crítica com o intuito difamatório, (h) a indissociabilidade da vítima com o fato narrado, (i) a importância do fato para a história, (j) o interesse público na divulgação da notícia; e (l) a forma como o fato foi narrado, em especial se houve retratação de aspectos sensíveis, reprodução de cenas mórbidas ou de atos de violência sexual. Muitos caminhos são, então, possíveis.

O **Tribunal de Justiça da União Europeia**, no Processo C-131/12 (Google Spain e Google Inc vs AEPD – Agência Espanhola de Proteção de Dados), determinou a retirada de dados pessoais do cidadão espanhol González do índice de buscas *Google Search* e a impossibilidade de acesso futuro a tais dados. No caso, as pesquisas realizadas no buscador pelo nome do cidadão retornavam como resultado *links* para duas páginas do Jornal *La Vanguardia*, com a notícia, publicada há mais de 10 anos, de realização de arresto e hasta pública, decorrentes de pendências com o órgão de Seguridade Social. Observa-se que esse fato pretérito atingia a honorabilidade do devedor, sem nenhum caráter histórico e sem nenhuma repercussão social.

O Tribunal Europeu, ao fundamentar o direito de que a informação

RE 1010606 / RJ

deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados, consignou algumas premissas: (i) esse direito não se estende a **pessoa pública**; (ii) é irrelevante que o conteúdo tenha sido originalmente publicado ou inserido por terceiros; que o nome ou outras informações pessoais tenham (ou não) sido prévia ou simultaneamente apagados dessas páginas; e que a publicação nas referidas páginas seja lícita; (iii) o direito independe de a inclusão dessa informação causar **efetivo prejuízo**; e (iv) o **operador do motor de busca é considerado responsável pelo tratamento de dados pessoais** de pessoas singulares, o que suscita aplicação da legislação de proteção da privacidade de dados.

No Brasil, o **Marco Civil da Internet** sinaliza, em seu art. 2º, com reiteração nos arts. 3º e 4º, que *“a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão”*. Mais específico, porém, é o procedimento cuidadoso para a remoção forçada de conteúdo, consentâneo com o objetivo declarado de *“assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”*, tanto que o artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 exige decisão judicial que especifique inequivocamente o material a ser removido, sob pena de nulidade.

O **caráter de atualidade da informação** que se pretende divulgar foi pontificado pela corte constitucional como fator determinante para eventual precedência pontual da liberdade de informar. Embora a divulgação pretérita de nomes e informações não encontre proteção no direito ao esquecimento, *“a divulgação desnecessária de dados pessoais, em especial quando se trata de informações sobre familiares, inclusive crianças e adolescentes, expondo-os a toda sorte de constrangimentos, pode implicar eventual sanção”* (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* 2019).

É que não raro a matéria jornalística se limita a descrever hábitos rotineiros da vítima, utilizando o delito como subterfúgio para expor o cotidiano da família, inclusive crianças e adolescentes. Em outros casos, o programa veiculado, de questionável cunho jornalístico, explora de forma

RE 1010606 / RJ

sensacionalista o lamentável fato ocorrido há várias décadas com **objetivo meramente comercial**, de que exsurgem inegáveis danos morais à vítima e sua família.

Quanto à imprescindibilidade de se expor os **dados pessoais dos terceiros envolvidos**, é possível apontar também para a diferença entre crimes célebres e crimes históricos. Sobre o ponto, merece destaque as considerações do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.335.153: *“Especificamente no que concerne ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, a doutrina não vacila em dar prevalência, em regra, ao último, ressalvando-se – como aqui se ressaltou –, a hipótese de crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável”* (REsp 1.335.153, relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJe 10.09.2013).

Outro exemplo de critério relevante para avaliar a preponderância da liberdade de informação consiste na **fama prévia**. Deve-se verificar se se trata de vítima ou familiares que possuem outras projeções sobre a esfera pública ou de pessoas cuja projeção pública decorre do envolvimento no crime. A proteção à vítima do assassinato de JFK evidentemente não é a mesma de Aída Curi e seus familiares, pessoas que não tinham qualquer projeção pública antes do crime.

Ainda que, diante de evidente interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de delito notório, seja incabível a tese do direito ao esquecimento para o fim de proibir qualquer veiculação futura de matérias jornalísticas relacionadas a fatos que se tornaram públicos, sob pena de configuração de censura prévia, a exploração midiática de dados pessoais da vítima ou de seus familiares constitui violação do direito de retorno ao convívio social.

Assim, a publicação de reportagem com conteúdo voltado primordialmente à divulgação de fatos privados da vida contemporânea

RE 1010606 / RJ

de vítima e de seus familiares revela abuso do direito de informar, previsto pelo artigo 220, § 1º da Constituição Federal, e viola o direito à privacidade, consolidado pelo artigo 21 do Código Civil, por representar indevida interferência sobre a vida particular dos personagens retratados, dando ensejo ao pagamento de indenização.

A ponderação já consagrada quanto à liberdade de imprensa

A Constituição da República garante o direito de acesso à informação, no qual se compreende o direito de informar, de se informar e de ser informado, tendo por corolário o direito a obter e divulgar informação sobre dados, qualidades, fatos, de interesse da coletividade, ainda que sejam assuntos particulares, porém com expressão ou de efeitos coletivos (art. 5º, XIV), *verbis*: “*é assegurado a todos o acesso à informação*”.

O direito de informar, assim como o de ser informado, relaciona-se mais diretamente com conteúdo jornalístico ou literário, sendo facetas ativa e passiva dessa liberdade de imprensa. O **direito de informar** refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que livremente poderá receber dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, que possam interferir no direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a cogitações legítimas. Já o **direito de ser informado** concerne àquele que recebe o teor da comunicação, tornando-se ator no processo de liberdade crítica e responsável por suas opiniões e, a partir delas, por suas ações.

Por sua vez, o **direito de se informar** relaciona-se à liberdade de buscar a informação em fonte não censurada e sobre qualquer tema de interesse do cidadão, abrangendo, ainda, a liberdade de pesquisa acadêmica e investigação científica. O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, estabelece, em seu artigo 13, 1, que “[t]oda pessoa tem direito à

RE 1010606 / RJ

liberdade de pensamento e de expressão” e que “[e]sse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”. É essa a dimensão do acesso à informação que mais reflete os limites do direito ao esquecimento em buscadores da Internet na novel sociedade tecnológica de informação.

É curioso notar que o ordenamento jurídico brasileiro já limita expressamente a cinco anos o prazo máximo para manutenção do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito. O prestígio do esquecimento pelo legislador ordinário decorre do reconhecimento de que a restrição imposta ao direito de personalidade - no caso, o bom nome - deve se submeter a limites de razoabilidade temporal, diante dos efeitos erosivos do tempo sobre a utilidade da informação gravosa agora desatualizada.

O direito à informação, protegido pela liberdade de imprensa e, mais genericamente, pela liberdade de expressão, configura a mais forte arma para **formação de uma democracia sólida**. A teoria democrática preconiza que o direito à livre formação de opinião e à manifestação compõem a dignidade do cidadão e o habilitam a construção da sociedade justa. São pressupostos para a democracia pela deliberação coletiva, tal qual prega a ética do discurso de Habermas. E aqui se enquadra o caráter exemplar do caso trágico na cultura da violência doméstica.

Oren Fiss, professor da Yale Law School e expoente do tema *free speech* e estruturas sociais, destaca que o propósito do acesso à informação é, antes de uma autoatualização individual, *“a preservação da democracia e o direito de um povo, como um povo, decidir que tipo de vida deseja viver”*, como *“um meio ou instrumento de autodeterminação coletiva.”* (FISS, Owen M., "Free Speech and Social Structure *Iowa Law Review* 71. p. 1410).

RE 1010606 / RJ

A proteção jurídica do esquecimento, em que pese sirva ao intitulado direito à busca da felicidade, obstaculiza o direito à memória, de eminente relevância na **formação da identidade política do país**. O lema *para que jamais se esqueça e para que não se repita* é o que mantém viva a memória do Holocausto e conjura o perigo da indiferença a que se refere o Nobel da Paz, Professor Elie Wiesel.

O relevante risco que decorre do esquecimento é *“uma forma de manipulação psicológica em que uma pessoa ou um grupo secretamente semeia sementes de dúvida em um indivíduo ou grupo alvo, fazendo-os questionar sua própria memória, percepção ou julgamento, muitas vezes evocando neles dissonância cognitiva e outras mudanças, incluindo baixa autoestima”*. O *Gaslighting*, sem tradução para o português, é um fenômeno que tem obtido expressiva projeção. Em tempos extremos de *fake news*, a preservação da memória se apresenta como mecanismo de preservação das conquistas civilizatórias.

A análise do *valor histórico da informação* é feita em retrospectiva, de modo que o novo contexto pode auxiliar a distinguir, não de antemão mas fundamentadamente, os dados que se tornaram *irrelevantes* e podem ser descartados, afastando alegações de subjetividade.

Por oportuno, vale mencionar a ADI 4815, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inexigível a **autorização prévia para a publicação de biografias**. Ao dar interpretação conforme a Constituição da República aos artigos 20 e 21 do Código Civil, a Corte prestigiou os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais. Confira-se a respectiva ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N.

RE 1010606 / RJ

10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVOLABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. (...) 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. **O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado.** O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. **Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.** 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. (...) 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa

RE 1010606 / RJ

biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, 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)". (ADI 4815, Relator CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJe 01-02-2016)

Como destaquei em meu voto, na medida em que cresce a notoriedade dos fatos, reduz-se a esfera de privacidade das pessoas. A notoriedade do fato e dos sujeitos, adquirida pela comunhão de sentimentos públicos, transmude o fato em evento histórico que revela a suma importância de informar e ser informado e, conseqüentemente, reflete-se na proteção intensa à liberdade de informação e de imprensa, como cânones fundamentais do Estado Democrático de Direito.

In casu, discute-se o direito à indenização, postulado pela família da vítima, quanto a crime de grande repercussão social, que ocorrera há mais de cinquenta anos e fora reportado por programa televisivo de jornalismo investigativo. As peculiaridades do caso concreto descortinam relevantes critérios de ponderação, a exemplo do elemento temporal, do propósito da divulgação, da relevância e interesse coletivo na divulgação, da notoriedade e veracidade dos fatos, aspectos que também constituem balizas da liberdade de imprensa em outros precedentes desta Corte e de outros tribunais nacionais. O foco da controvérsia, portanto, *não se refere à possibilidade de se questionar a publicação de conteúdo falso ou impreciso*, ou ainda a emissão de opiniões que, pela forma de exteriorização, possam ser consideradas ofensivas aos direitos da personalidade.

A divulgação do crime bárbaro, à época da sua consumação, restou

RE 1010606 / RJ

plenamente lícita e amparada na liberdade de informação, diante da relevância do interesse social na informação enquanto o fato se fazia atual. O direito ao esquecimento impõe que se reavalie **se a divulgação atual de um fato pretérito se mantém relevante socialmente** ou se o decurso do prazo desborda do interesse público que então lhe emprestava fundamento.

Ainda que tais questões possam ser suscitadas em conjunto com o chamado direito ao esquecimento, esse último tem um objeto próprio: é invocado na tentativa de justificar a supressão de informações verdadeiras, cuja divulgação foi ou teria sido considerada perfeitamente válida à época dos acontecimentos. Em outras palavras, não se trata de apagar material que seja considerado ilícito por seu próprio teor, mas de especular se **o decurso do tempo faria surgir uma pretensão ao ocultamento de fatos**, que, embora causem grave desconforto ou humilhação ao titular do direito, já se tornaram notórios.

Em discussão estão, especialmente, a produção de documentários de valor histórico e a veiculação das retrospectivas jornalísticas. O fundamento é o de um interesse atemporal e da natural curiosidade que despertam no grande público. Os crimes célebres vão além da natural curiosidade, tornando-se instrumentos de estudos jurídicos, sociológicos e antropológicos. Deveras, o caso in foco foi encartado em periódicos, revistas e livros que podem hodiernamente ser acessados.

Enfim, o direito ao esquecimento não pode reescrever o passado, nem obstaculizar o acesso à memória, o direito de se informar e a liberdade de imprensa. Esse é o estágio atual dos julgados da Corte, guardiã das liberdades outrora suprimidas.

Ex positis, propunha-se o desprovimento do recurso extraordinário.

É como voto.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

PROPOSTA (TESE)

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhor Presidente, cumprimento todos os eminentes Colegas. Já vai longe o momento em que terminei minha fala, ainda na semana passada, mas estou honrado e sou grato pelas menções feitas a meu voto. Também cumprimento todos os Colegas por seus votos, especialmente os divergentes, que sempre reafirmam a necessidade do olhar plural e do debate enriquecedor sobre tema tão importante.

Senhor Presidente, já na semana passada, li a tese e a enviei aos Colegas. A proposta de tese que apresentei e ratifico no momento atual é a seguinte:

“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 civil.

Essa é a proposta de tese, em dois parágrafos, Senhor Presidente.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência, os eminentes Pares e o eminente Ministro Dias Toffoli, Relator.

Gostaria apenas de registrar, nesse momento de discussão e votação, que, em linha geral, tenho, mesmo vencido, acompanhado a tese quando entendo que ela espelha a percepção majoritária do Plenário.

No caso presente, com a devida vênia, há uma miríade de fundamentos distintos nos votos. Se revermos as diversas fundamentações, como o voto eruditamente proferido por Vossa Excelência, no qual não se nega a existência do direito ao esquecimento, há uma miríade de posições.

Por essa razão, peço toda vênia ao eminente Ministro-Relator para, neste caso, não subscrever a tese proposta.

É como voto quanto à tese.

11/02/2021**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO****DEBATE**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ministro Dias Toffoli, eu sempre verifiquei que Vossa Excelência é sensível às opiniões e não se opõe a alguns ajustes. Mas como o caso é muito complexo, realmente, para Vossa Excelência ter agora a memória de tudo quanto foi aqui inserido nos votos dos Colegas, para sintetizar a sua tese, pode ser, talvez, um pouco complexo nós ficarmos discutindo essa questão.

Eu, por exemplo, acompanhei Vossa Excelência, mas entendi que há o direito ao esquecimento, ressalvados os fatos que adquirem relevância histórica. Então, por exemplo, não é qualquer fato que pode ser eventualmente publicado. Se, por exemplo, uma pessoa contraiu uma doença, que é algo que está encartado na privacidade daquela pessoa, e que esse fato não tem relevância social nem política, não precisa ser divulgado. A síntese de Vossa Excelência não contempla essa exceção, porque não é abuso, não haverá excesso; há uma realidade, a pessoa está doente. Mas até que ponto o direito à reserva, o direito à privacidade viabiliza que se divulgue que uma pessoa está doente? Isso não vai ter nenhuma repercussão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhor Presidente, acompanhei os votos dos Colegas. E meu entendimento, pelos votos dos Colegas, é que há seis votos claros no sentido da não existência ou da não previsão do direito ao esquecimento na Constituição ou na legislação.

As exceções, o segundo parágrafo de minha proposta de tese deixa bem claro que já estão previstas na Constituição e na lei e são decorrentes do direito da personalidade em geral: proteção à honra, à imagem e à privacidade. Isso será verificado caso a caso.

Eu acho que seria muito importante, depois de quatro sessões de debates, que nós encerrássemos o julgamento hoje, com a fixação da tese. Ainda temos meia hora de sessão. Eu ratifico a tese formulada e a

RE 1010606 / RJ

mantenho na íntegra tal como foi apresentada. É evidente que sempre algum Colega pode divergir, como já o fez o Ministro **Edson Fachin**, pode até pedir vista do processo para analisar a tese, mas eu sou contrário à ideia de suspensão para discussão posterior. Eu sugeriria a Vossa Excelência colher individualmente os votos, diante da divergência surgida com a posição do Ministro Luiz **Edson Fachin**.

Ratifico a tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Obrigado, Ministro Dias Toffoli. Nós vamos submeter a sua tese.

Eu gostaria de conceder a palavra a alguns Colegas que pediram para se pronunciar.

Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência quer fazer uso da palavra?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - O Ministro Marco Aurélio pediu antes, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Desculpe-me, Ministro Marco Aurélio, não tinha atentado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, penso que o caso não é propício à edição de tese. E a proposta formulada pelo Relator contempla mais exceções do que regras, por isso penso não caber a edição de tese.

Acompanho, no particular, o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência tem a palavra.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, quero me colocar ao lado do que disse o Ministro Dias Toffoli.

Nós discutimos, em quatro sessões, efetivamente duas questões importantes: primeiro, se existe, ou não, o direito ao esquecimento de forma abstrata - e a maioria dos votos, pelo menos até aqui, afastou a existência do direito ao esquecimento -; e o segundo ponto, que inclusive Vossa Excelência concordou agora, é que, mediante a ausência de interesse público, a ausência de informações atualizadas, mediante

RE 1010606 / RJ

degradação, informações falsas, se existe a possibilidade de retirar um programa do ar, se existe a possibilidade de se retirar uma matéria e nunca censurar previamente.

Então, com todo o respeito às posições em contrário, chegamos agora sem uma edição de tese em relação ao direito ao esquecimento, na verdade seria afastar a repercussão geral e julgar esse caso específico.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, eu concordo com a tese, desde que seja realmente uma tese, considerado o que apreciado.

Qual foi a conclusão do Plenário? Não se harmoniza com a ordem jurídica o direito ao esquecimento. E vamos parar, então, aqui. Fico nessa tese. E, evidentemente, casos futuros serão apreciados em processos subjetivos e aí sopesadas as questões envolvidas.

O Supremo - penso - bateu o martelo nesse sentido, de não se harmonizar com a Constituição Federal o direito ao esquecimento. Se a tese for essa, sufrago a proposta.

O SENHOR LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ministro Dias Toffoli, Vossa Excelência quer ter a palavra?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Presidente, sem embargo de a tese eventualmente vir a ser alterada, como muitos Colegas, ao longo de seus votos, manifestaram-se sobre a tese que eu já havia proposto, eu aguardaria até o final para ver como fica a posição do colegiado.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO**DEBATE**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ministro Dias Toffoli, eu sempre verifiquei que Vossa Excelência é sensível às opiniões e não se opõe a alguns ajustes. Mas como o caso é muito complexo, realmente, para Vossa Excelência ter agora a memória de tudo quanto foi aqui inserido nos votos dos Colegas, para sintetizar a sua tese, pode ser, talvez, um pouco complexo nós ficarmos discutindo essa questão.

Eu, por exemplo, acompanhei Vossa Excelência, mas entendi que há o direito ao esquecimento, ressalvados os fatos que adquirem relevância histórica. Então, por exemplo, não é qualquer fato que pode ser eventualmente publicado. Se, por exemplo, uma pessoa contraiu uma doença, que é algo que está encartado na privacidade daquela pessoa, e que esse fato não tem relevância social nem política, não precisa ser divulgado. A síntese de Vossa Excelência não contempla essa exceção, porque não é abuso, não haverá excesso; há uma realidade, a pessoa está doente. Mas até que ponto o direito à reserva, o direito à privacidade viabiliza que se divulgue que uma pessoa está doente? Isso não vai ter nenhuma repercussão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhor Presidente, acompanhei os votos dos Colegas. E meu entendimento, pelos votos dos Colegas, é que há seis votos claros no sentido da não existência ou da não previsão do direito ao esquecimento na Constituição ou na legislação.

As exceções, o segundo parágrafo de minha proposta de tese deixa bem claro que já estão previstas na Constituição e na lei e são decorrentes do direito da personalidade em geral: proteção à honra, à imagem e à privacidade. Isso será verificado caso a caso.

Eu acho que seria muito importante, depois de quatro sessões de debates, que nós encerrássemos o julgamento hoje, com a fixação da tese. Ainda temos meia hora de sessão. Eu ratifico a tese formulada e a

RE 1010606 / RJ

mantenho na íntegra tal como foi apresentada. É evidente que sempre algum Colega pode divergir, como já o fez o Ministro **Edson Fachin**, pode até pedir vista do processo para analisar a tese, mas eu sou contrário à ideia de suspensão para discussão posterior. Eu sugeriria a Vossa Excelência colher individualmente os votos, diante da divergência surgida com a posição do Ministro Luiz **Edson Fachin**.

Ratifico a tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Obrigado, Ministro Dias Toffoli. Nós vamos submeter a sua tese.

Eu gostaria de conceder a palavra a alguns Colegas que pediram para se pronunciar.

Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência quer fazer uso da palavra?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - O Ministro Marco Aurélio pediu antes, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Desculpe-me, Ministro Marco Aurélio, não tinha atentado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, penso que o caso não é propício à edição de tese. E a proposta formulada pelo Relator contempla mais exceções do que regras, por isso penso não caber a edição de tese.

Acompanho, no particular, o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência tem a palavra.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, quero me colocar ao lado do que disse o Ministro Dias Toffoli.

Nós discutimos, em quatro sessões, efetivamente duas questões importantes: primeiro, se existe, ou não, o direito ao esquecimento de forma abstrata - e a maioria dos votos, pelo menos até aqui, afastou a existência do direito ao esquecimento -; e o segundo ponto, que inclusive Vossa Excelência concordou agora, é que, mediante a ausência de interesse público, a ausência de informações atualizadas, mediante

RE 1010606 / RJ

degradação, informações falsas, se existe a possibilidade de retirar um programa do ar, se existe a possibilidade de se retirar uma matéria e nunca censurar previamente.

Então, com todo o respeito às posições em contrário, chegarmos agora sem uma edição de tese em relação ao direito ao esquecimento, na verdade seria afastar a repercussão geral e julgar esse caso específico.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, eu concordo com a tese, desde que seja realmente uma tese, considerado o que apreciado.

Qual foi a conclusão do Plenário? Não se harmoniza com a ordem jurídica o direito ao esquecimento. E vamos parar, então, aqui. Fico nessa tese. E, evidentemente, casos futuros serão apreciados em processos subjetivos e aí sopesadas as questões envolvidas.

O Supremo - penso - bateu o martelo nesse sentido, de não se harmonizar com a Constituição Federal o direito ao esquecimento. Se a tese for essa, sufrago a proposta.

O SENHOR LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ministro Dias Toffoli, Vossa Excelência quer ter a palavra?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Presidente, sem embargo de a tese eventualmente vir a ser alterada, como muitos Colegas, ao longo de seus votos, manifestaram-se sobre a tese que eu já havia proposto, eu aguardaria até o final para ver como fica a posição do colegiado.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

VOTO S/ PROPOSTA

A Senhora Ministra Rosa Weber: Presidente, estou de acordo com a tese proposta pelo Ministro Dias Toffoli, porque ele, nela, enuncia a incompatibilidade da ideia de um direito ao esquecimento com a Constituição. Logo após, explicita - e esse foi um traço marcante do voto de Sua Excelência - o que está sendo, no caso, entendido como direito ao esquecimento: o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Depois, ressalva a hipótese de excessos.

Com todas as vênias, embora também, digamos assim, posicionando-me favoravelmente à tese do Ministro Marco Aurélio, acompanho, em função de meu voto, a tese proposta pelo eminente Relator.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -

Presidente, acompanho o eminente Relator. Apresentei divergência em relação a sua posição, mas entendo que traduz o que foi decidido.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ante as ressalvas contidas na proposta, desconhece-se dado importantíssimo: a imprensa não pode comer barriga. Ela não é órgão investigativo, para saber se um dado que lhe chega é verídico ou não. Descabe mitigar e admitir o direito ao esquecimento a partir de veicular-se algo que posteriormente se mostre ilícito.

A imprensa tem, como disse, observado o disposto no artigo 220 da Constituição Federal, o direito-dever de informar, de estampar o que lhe haja chegado. Não cabe colocar verdadeira espada de Dâmocles sobre a cabeça da imprensa, somente placitando o que ela tiver investigado e concluído, como está na proposta, verídico ou obtido licitamente.

Vou repetir: se a imprensa for compelida a isso, não informa à sociedade brasileira, porque vai ter de parar, vai chegar a um *stand-by*, para contratar investigadores e, então, um laudo a respeito do fato que lhe chegou às mãos.

Creio que temos de parar apenas na tese. O que se buscou, a rigor, considerada a inicial, foi o reconhecimento do direito a se esquecer o episódio, o lamentável episódio.

A tese ou bem pacífica a matéria ou não pacífica. Ela não pode ser editada para confundir ainda mais o que se tem no cenário. Por isso entendo que ou bem ficamos na primeira parte da proposta, revelando ser incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, ou não editamos tese, porque não refletirá propriamente uma tese, mas dados relativos aos votos proferidos, dados concretos. E não é isso que se objetiva quando se pensa na edição de uma tese. A tese enunciada pelo Supremo visa pacificar a matéria e, como está redigida, não pacífica matéria alguma.

Foi o que disse. As exceções são em maior número do que o que se entende como regra, do que é a síntese, em si, do julgamento. Abstratamente a tese é única: não há direito ao esquecimento. Agora, evidentemente, caso a caso, apreciar-se-á a situação e se decidirá a

RE 1010606 / RJ

respeito.

Penso, repito, que o caso não é propício a se descer a minúcias na edição da tese. Tem-se, como tese propriamente dita, apenas esta visão: não se harmoniza com a ordem jurídica, com a Constituição Federal de 1988, o direito ao esquecimento.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Não obstante eu tenha consagrado e tenha enxergado o direito ao esquecimento, em razão da decorrência dos princípios consagrados constitucionalmente - vou fazer juntada de voto -, entendo que o Presidente está aqui para somar e não para dividir. Eu me curvo, pois, à colegialidade e vou também chancelar a tese do Ministro Dias Toffoli que, com essas abordagens que foram feitas, também não deixa ao desabrigo a possibilidade de se rediscutir, num caso específico, se é relevância social ou interesse público o direito ao esquecimento.

Então, também vou chancelar a tese do Ministro Dias Toffoli, em nome da colegialidade.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, fico vencido na primeira parte, alusiva a ter-se caso à feição para o Tribunal editar tese. Suplantada essa visão, sufrago a primeira parte da proposta do Relator, no sentido de que "é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos". Paro aqui, considerada até a dispersão de fundamentos nos votos proferidos. Evidentemente, quem estiver atuando no setor jurídico consultará esses votos para uma conclusão a respeito.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : NELSON CURI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : ROBERTO ALGRANTI (15590/RJ) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A

ADV.(A/S) : JOAO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA (075342/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI

ADV.(A/S) : TAÍS BORJA GASPARIAN (74182/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)

ADV.(A/S) : RONALDO LEMOS (166255/SP)

AM. CURIAE. : ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S) : CAMILA MARQUES BARROSO (0325988/SP)

AM. CURIAE. : IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S) : ANDERSON SCHREIBER (110183/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S) : EDUARDO MENDONÇA (130532/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO PALAVRA ABERTA

ADV.(A/S) : OSCAR VILHENA VIEIRA (112967/SP)

ADV.(A/S) : RAFAEL FREITAS MACHADO (20737/DF)

AM. CURIAE. : PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDARIO E POLÍTICO

ADV.(A/S) : JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO (54244/DF, 67219/SP)

ADV.(A/S) : SIDNEY SA DAS NEVES (19033/BA, 33683/DF)

ADV.(A/S) : RAFAEL MOREIRA MOTA (17162/DF)

AM. CURIAE. : YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA

ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS (62698/DF, 183747/RJ, 208205/SP)

ADV.(A/S) : ANDRE ZONARO GIACCHETTA (26452/DF, 148366/RJ, 147702/SP)

AM. CURIAE. : VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA)

ADV.(A/S) : ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (147702/SP)

ADV.(A/S) : CIRO TORRES FREITAS (208205/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO VLADIMIR HERZOG

ADV.(A/S) : ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO (23490/DF)

Decisão: Após o início do voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), o julgamento foi suspenso. Falaram: pelos recorrentes, o Dr. Roberto Algranti Filho; pela recorrida, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo - ABRAJI, a Dra. Taís Borja Gasparian; pelo *amicus curiae* Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), o Dr. Carlos Affonso Pereira de Souza; pelo *amicus curiae* IBDCIVIL - Instituto Brasileiro de Direito Civil, o Dr. Anderson

Schreiber; pelo *amicus curiae* Google Brasil Internet LTDA, o Dr. Eduardo Mendonça; pelo *amicus curiae* Instituto Palavra Aberta, o Dr. Oscar Vilhena Vieira; pelo *amicus curiae* PLURIS - Instituto de Direito Partidário e Político, o Dr. José Eduardo Martins Cardozo; pelo *amicus curiae* Verizon Media do Brasil Internet LTDA (atual denominação de Yahoo! do Brasil Internet LTDA), o Dr. André Zonato Giacchetta; pelo *amicus curiae* Instituto Vladimir Herzog, a Dra. Adriele Ayres Britto; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros, Vice-Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 03.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, indeferia o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida e fixava a seguinte tese de repercussão geral (Tema 786): "É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível", o julgamento foi suspenso. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 04.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: Após o voto do Ministro Nunes Marques, que divergia parcialmente do Ministro Dias Toffoli (Relator) e dava parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para reconhecer o direito à indenização por dano moral aos autores, a ser fixado na instância de origem, dada a natureza infraconstitucional e fática dos elementos necessários para a aferição do seu valor monetário; dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Rosa Weber, que acompanhavam o Relator para negar provimento ao recurso; e do voto do Ministro Edson Fachin, que julgava parcialmente procedente a ação para reconhecer a existência de um direito ao esquecimento no ordenamento constitucional brasileiro, e negar, no caso concreto, que a pretensão dos requerentes triunfe sobre a posição de preferência da liberdade de expressão e do direito à informação, o julgamento foi suspenso. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 10.02.2021

(Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 786 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e indeferiu o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida, nos termos do voto do Relator, vencidos parcialmente os Ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte 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", vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, o Ministro Marco Aurélio. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 11.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário