Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.7, 2023
ISSN 2178-6925

DIREITO AO ESQUECIMENTO E A (IN)COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

RIGHT TO BE FORGOTTEN AND (IN)COMPATIBILITY WITH THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Thaís Teixeira Moreira

Graduanda em Direito. Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil.

E-mail: teixeirathais775@gmail.com

Fábio Tavares

Orientador. Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil.

E-mail: fabyotavares@hotmail.com

Resumo

O direito ao esquecimento, para os civilistas, é um direito fundamental, além de fazer parte dos direitos da personalidade e tutelado pela dignidade da pessoa humana. Ele consiste na proteção do indivíduo a fatos vexatórios considerados danosos à sua privacidade e honra. É o direito de esquecer e ser esquecido. Todavia, com o avanço da era da informação, em que o direito à liberdade de expressão e a livre informação estão tendo maior preponderância, muito tem se discutido se o direito ao esquecimento é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro (ABRÃO, 2020). A divergência chegou ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro no julgamento do Recurso Extraordinário n° 1.010.606, em que os Ministros decidiram pela incompatibilidade à Constituição Federal.

Palavras-chave: esquecimento; direito fundamental; colisão entre direitos de liberdade; incompatibilidade; ordenamento jurídico brasileiro.

Abstract

The right to be forgotten, for civilists, is a fundamental right, in addition to being part of personality rights and protected by the dignity of the human person. It consists of protecting individuals from vexatious facts considered harmful to their privacy and honor. It is the right to forget and be forgotten. However, with the advancement of the information age, in which the right to freedom of expression and free information are becoming more prevalent, much has been discussed whether the right to be forgotten is compatible with the Brazilian legal system (ABRÃO, 2020). The divergence reached the Brazilian Federal Supreme Court in the judgment of Extraordinary Appeal No. 1,010,606, in which the Ministers decided for the incompatibility of the Federal Constitution.

Keywords: forgetfulness; fundamental right; collision between freedom rights; incompatibility; Brazilian legal system.

1. Introdução

O direito ao esquecimento é um direito fundamental que visa proteger a privacidade e a dignidade das pessoas, permitindo que elas tenham controle sobre as informações pessoais que são divulgadas publicamente (ABRÃO, 2020). Esse direito se baseia na ideia de que o passado não deve ser um fardo eterno, e que as pessoas têm o direito de seguir em frente sem que erros ou informações antigas as persigam indefinidamente (ABRÃO, 2020).

Trata-se de um tema cada vez mais presente nos debates jurídicos e na sociedade em geral. Devido aos avanços da era da informação, se tem discutido se existe uma compatibilidade entre o direito ao esquecimento e o direito à liberdade de expressão, outro direito fundamental, amplamente protegido pela Constituição Federal Brasileira de 1988 (ABRÃO, 2020).

Muitos juristas defendem que o direito à liberdade de expressão e de livre informação deve ter uma maior preponderância em relação ao direito ao esquecimento. Todavia, há quem defenda a importância do direito ao esquecimento, devendo ser aplicado analisando o caso concreto (ABRÃO, 2020).

A divergência chegou ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 1.010.60 em 2021, que posicionou pela incompatibilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, entendendo que esse direito não pode ser utilizado para limitar a liberdade de expressão e de informação (STF, 2021).

Anteriormente, em 2013, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do caso conhecido como “Chacina da Candelária”, reconheceu a existência do direito ao esquecimento no caso em questão, uma vez que as notícias que envolviam o crime estavam sendo divulgadas de forma contínua, o que poderia causar danos à dignidade do absolvido pelo crime e de seus familiares (STJ, 2021).

Diante disso, o presente artigo visa demonstrar a compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro, fazendo um paralelo com decisões importantes sobre o tema no Brasil e na Europa. Tem como objetivo, também, definir o direito ao esquecimento como direito fundamental tutelado pela

dignidade humana, não podendo ser excluído devido ao direito à liberdade de expressão e à livre informação (ABRÃO, 2020).

O tema central desta pesquisa se justifica pela importância na percepção de que o direito ao esquecimento é um direito fundamental tutelado pela dignidade humana, devendo ser recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a fim de proteger a intimidade diante da era da informação.

O primeiro capítulo tratará sobre a origem do direito ao esquecimento que partiu da necessidade de proteção do indivíduo perante o risco à privacidade e a autonomia individual, surgindo, então, as primeiras decisões sobre este direito.

O segundo capítulo, por sua vez, aborda-se-a o direito ao esquecimento na Europa e as decisões que a tornaram pioneira na positivação deste direito.

O terceiro capítulo terá como escopo a aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro e sua previsão na Constituição Federal, no Código Civil, no enunciado n° 576 da VII Jornada de Direito Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei do Marco Civil da Internet. Será tratado, também, sobre o posicionamento atual dos Tribunais Superiores no julgamento do Recurso Especial n° 1.334.097/RJ e do Recurso Extraordinário n° 1.010.606.

Por último, no quarto capítulo, será tratado sobre os elementos essenciais para a utilização do direito ao esquecimento nos casos concretos, ou seja, os requisitos necessários a serem visualizados no julgamento de um caso.

Para tanto, foram realizadas diversas pesquisas bibliográficas nacionais e internacionais em relação ao tema, consultas nas legislações brasileiras, além de pesquisas jurisprudenciais para entendimento do instituto do direito ao esquecimento e como ele é aplicado no Brasil.

2. A origem do Direito ao Esquecimento

Por um lado, há o medo de ser esquecido, ser apagado da memória. Por outro lado, há a vontade de esquecer e ser esquecido. Todavia, esta vontade de seguir em frente, de ser "deixado em paz", está cada vez mais difícil de ser realizada diante de uma sociedade da informação, onde cada acontecimento está na mídia, sendo disseminado na internet. Além disso, há decisões dos Tribunais preponderando o direito de liberdade de expressão e da livre informação sobre o direito ao esquecimento.

Segundo a escritora Renata Lourenço Pereira Abrão:

> "A concretização da vontade de esquecer e ser esquecido, porém, não é algo fácil, em especial diante de uma sociedade altamente conectada, usufrutuária das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC), em que infinitas informações são facilmente manipuladas, divulgadas e compartilhadas." (ABRÃO, 2020, p. 17)

A referida autora afirma, também, que vivemos em um risco à privacidade e autonomia individual, devido a primazia do interesse público ao interesse privado e da transformação do interesse público numa "espécie de teatro de variedades dedicado ao entretenimento ligeiro, a chamada sociedade do espetáculo" (ABRÃO, 2020).

Sobre isso, Mario Vargas Llosa em sua obra "a civilização do espetáculo: uma radiografia do tempo nosso tempo e da nossa cultura", afirma que há uma mercantilização da informação "a civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores vigentes é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é paixão universal" (VARGAS, 2013, p. 22).

Diante desse cenário, para proteger o indivíduo, surge a figura do direito ao esquecimento, da necessidade de excluir determinada informação que associe o nome ou a imagem de certa pessoa a fatos pretéritos, as quais queira esquecer, não sendo lembrado eternamente pela sociedade (ABRÃO, 2020).

Apesar de ser um direito que está em grande discussão na atualidade, há várias décadas ele aparece em decisões judiciais.

A primeira noção de direito ao esquecimento e de privacidade surgiu no final do século XIX, com a publicação do artigo intitulado "Right to Privacy", inaugurando o debate “o direito de ser deixado em paz”, na revista Harvard Law Review, escrita pelos advogados Louis Brandeis e Samuel Warren. Sendo considerado um dos trabalhos pioneiros que discutem a privacidade como um direito fundamental. Brandeis e Warren argumentaram que o avanço das tecnologias e da imprensa estava ameaçando a privacidade das pessoas (OLIVEIRA, 2023).

Posteriormente, em 1918 na Califórnia, ocorreu o caso conhecido como Melvin vs. Reid, em que foi julgado o caso de Gabrielle Darley pleiteando reparação por sua antiga vida de prostituição ter sido retratada em um filme. O Tribunal Norte Americano da Califórnia, julgou a favor de Darley, alegando que ela não deveria ser lembrada por erros do passado (CURY, 2021).

Apesar desses casos que ocorreram anteriormente, o termo direito ao esquecimento só foi utilizado pela primeira vez em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1958, que reconheceu o direito de uma mulher de ter seu nome retirado de notícias antigas sobre um crime que havia cometido quando jovem.

A partir daí, o direito ao esquecimento passou a ser debatido em diversos países europeus, sendo posteriormente reconhecido em outras jurisdições ao redor do mundo, inclusive em decisões brasileiras, o que será tratado posteriormente.

3. O Direito ao Esquecimento na Europa

A Europa é a pioneira em se tratando de positivação do direito ao esquecimento, possuindo uma regulamentação própria, diferentemente do resto do mundo, “trata-se do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia e do modelo europeu de controle de dados [...]” (BATISTA FILHO, 2022).

Segundo Luiz Carlos Batista Filho, a Suprema Corte Europeia, foi o primeiro tribunal que aplicou “a teoria pura e clara sobre o direito ao esquecimento”, no julgamento do caso Google Spain *versus* Mario Costeja González.

Mario Costeja González, entrou com ação contra o Google Spain, pois ao fazer uma busca em seu nome, era possível encontrar um anúncio referente a uma hasta pública de leilão de um de seus imóveis, decorrentes de uma execução fiscal. Todavia, ele já havia solucionado o problema no passado, quitou a dívida e seu imóvel não foi leiloado. O processo foi remetido ao Tribunal de Justiça Europeu, na qual julgou procedente a ação, devendo o Google não mais indexar o nome do autor nas informações referente ao leilão de seu imóvel “em virtude de o fato ter ocorrido há bastante tempo e a notícia não possuir mais utilidade pública, interesse econômico, histórico ou memória social” (BATISTA FILHO, p. 201).

4. O Direito ao Esquecimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Apesar do direito ao esquecimento não está expressamente previsto na Constituição Federal, foi aprovado na VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (2013) o enunciado n° 531 que dispõe que o direito ao esquecimento está incluído na tutela da dignidade da pessoa humana prevista no art. 1°, III, da Constituição Federal de 1988, “assegurando a possibilidade de discussão sobre a utilização de dados pretéritos acerca do indivíduo" (CHALA, 2021, p.32).

Posteriormente, o enunciado n° 576 da VII Jornada de Direito Civil também tratou sobre o tema “de forma a ressaltar que o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória” (CHALA, 2021, p.32).

Tratando o direito ao esquecimento como direito para resguardar a intimidade e privacidade, percebe-se, pela análise do art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, o qual declara a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (BRASIL, 1988).

Tal análise é defendida pela escritora Renata Lourenço Pereira Abrão:

> “O direito em comento tem fundamentação constitucional, o que se conclui a partir da leitura do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1998, o qual prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da

> imagem das pessoas, assegurando-se indenização pelos danos morais ou materiais decorrentes de sua violação". (ABRÃO, 2020, p. 32)

A referida escritora defende, também, que a positivação do direito ao esquecimento se confirma em diversos ordenamentos, como o remédio constitucional *habeas data,* o art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, na Lei 12965/2014, o que será tratado posteriormente, e a Lei Geral de Proteção de Dados.

Se tratando do rol meramente exemplificativo dos direitos de personalidade previstos no Código Civil de 2002, Sérgio Branco defende a previsão explícita em sua obra "Memória e esquecimento na internet" (2017, p. 163):

> "O fato do direito ao esquecimento não constar da lista de direitos de personalidade previstos no Código Civil não é um obstáculo à sua existência. Afinal, a melhor doutrina entende que os direitos de personalidade são protegidos de maneira mais ampla e completa pela cláusula geral de guarda da dignidade da pessoa humana, de modo que toda a emanação da personalidade deve ser resguardada, independentemente de expressa previsão legal".

A escritora Maria Celina Bodin de Moraes (2013, p.31) segue na mesma linha de entendimento afirmando que não se pode existir um rol taxativo de direitos da personalidade, pois "deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa, que com o progredir da sociedade, passam a exigir uma consideração positiva".

Todavia, apesar das previsões implícitas na Constituição Federal, nas legislações e nos posicionamentos dos civilistas, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito ao esquecimento é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 A previsão do direito ao esquecimento na Lei 12965/14 - Marco Civil da Internet

O direito ao esquecimento está cada vez mais difícil de ser efetivado diante de uma sociedade de informação, onde cada acontecimento está nas redes sociais e sites de buscas, podendo ser acessados em qualquer lugar do mundo. Não temos como escapar do passado, e o direito à liberdade de expressão acaba entrando em confronto com o direito subjetivo de proteção da imagem. Como afirma Sérgio Branco:

> "[...] as evidências do passado, conforme têm sido expostas atualmente, acabam por promover mais um *round* do clássico conflito Jurídico, que vêm há décadas sendo delineado e discutido entre liberdade de expressão e os direitos de personalidade, notadamente imagem e privacidade". (BRANCO, 2017, p. 147)

Segundo Mayer-Schonberger, "por causa da tecnologia digital a as redes globais, contudo, esse balanço mudou. Hoje, com a ajuda da difusão tecnológica, esquecer tem se tornado a exceção, e lembrar, a regra".

Devido ao avanço tecnológico e a necessidade de regularizar o uso da internet no Brasil, foi elaborada a Lei 12965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, com objetivo de positivar direitos e deveres no meio digital. Segundo Júlia Costa de Oliveira Coelho, há quem considere que os arts. 7º, X e 19 da referida lei, positivou expressamente o direito ao esquecimento:

> "Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
>
> [...]
>
> X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;"
>
> "Proferida a ordem judicial para bloqueio de determinado conteúdo, o provedor de internet será responsabilizado pelos danos causados ao ofendido se não cumprir a determinação judicial de retirada do ar da publicação ofensiva. É o que pode ser claramente observado do texto legal, em seu art. 19." (BATISTA FILHO, 2022, p. 46)

Para Sérgio Branco, se trata apenas de "previsões de proteção de dados pessoais derivadas da concepção contemporânea do direito à privacidade" (BRANCO, 2017, p. 182).

5. O Direito ao Esquecimento segundo os Tribunais Superiores

No Brasil, dois principais casos envolveram o direito ao esquecimento nos Tribunais Superiores: o julgamento do caso "Chacina da Candelária" pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n° 1.334.097/RJ e o julgamento do caso Aida Curi pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n° 1.010.606/RJ.

5.1 O Julgamento do caso “Chacina da Candelária" pelo Superior Tribunal de Justiça - Resp n° 1.334.097/RJ

A Chacina da Candelária foi um dos episódios mais violentos da história do Rio de Janeiro. Ocorreu em 23 de julho de 1993, quando um grupo de homens armados abriu fogo contra um grupo de crianças e adolescentes que dormiam na praça da Igreja da Candelária, no centro da cidade. Oito pessoas morreram, adultos e menores, e deixaram diversos feridos (SABA, 2020, p.68).

Os acusados foram levados a Júri Popular e um deles foi absolvido. Após o julgamento, o absolvido foi procurado pela emissora de televisão Rede Globo, sendo convidado a dar entrevista ao programa “Linha Direta”. Tendo recusado o convite, “expressou o desinteresse em ver a imagem exposta em rede nacional” (PORTO, 2015, p. 109). Todavia, em 2006 a matéria foi transmitida, colacionando o nome do absolvido aos fatos e os motivos de sua absolvição. Tal fato deu origem a uma ação, alegando ter sido “reavivada na sociedade um sentimento de ódio social, ferindo com isso, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos também a seus familiares”, sendo obrigado a vender seus pertences e deixar a sua moradia, pois ele e seus familiares estavam sendo ameaçados (PORTO, 2015, p.110).

Em 1ª instância, o magistrado julgou improcedente a ação, com fundamento no interesse público. Em 2ª instância, o Tribunal de Justiça julgou procedente o Recurso de Apelação e condenou a emissora a pagar R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais ao Requerente. Em sede de Recurso Especial 1334097/RJ a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão do Tribunal de Justiça reconhecendo o direito ao esquecimento. Segundo o Ministro Luis Felipe Salomão:

> "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, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida vergonha nacional à parte" (STJ - REsp: 1334097 RJ 2012/0144910-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/11/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022)

A emissora de televisão Rede Globo entrou com Recurso Extraordinário, porém o processo ficou anos sobrestado, aguardando decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Aida Curí (RE 1.010.606, Tema 786 da repercussão geral), pois também

envolvia o direito ao esquecimento “Nele, o STF definiu que não há direito ao esquecimento capaz de impedir a divulgação de fatos antigos, mas ressalvou a possibilidade de punição de abusos da liberdade de informação.” (STJ, 2021)

Após a decisão do STF, a quarta câmara do STJ reexaminou a decisão e manteve seu entendimento. O Relator Ministro Luis Felipe Salomão disse que não há motivos para retratação, não estando em choque com o entendimento do STF, pois segundo ele:

> "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". (STJ - REsp: 1334097 RJ 2012/0144910-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/11/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022)

Portanto, para o Superior Tribunal de Justiça, o caso não envolve apenas um descontentamento do sujeito com a matéria, mas também um uso irresponsável e abuso do direito de informação e de liberdade de imprensa.

5.2 O direito ao esquecimento sob a ótica do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do Recurso Extraordinário n° 1.010.606/RJ

Em 1958 Aida Curí, estudante de 18 anos, foi assassinada por três jovens que a atiraram de um edifício na Avenida Atlântica, na cidade do Rio de Janeiro. O caso teve grande repercussão no país, causando muita comoção. O principal acusado, Ronaldo Guilherme de Souza, foi condenado à pena de oito anos de reclusão pelo crime de homicídio e tentativa de estupro (SZANIAWKSKI, 2021).

Em 2008, o programa de televisão "Linha Direta" exibiu uma reportagem sobre o caso, divulgaram fotos e cenas do evento. Diante disso, os irmãos de Aida entraram com ação judicial pedindo danos morais contra a emissora de televisão Rede Globo. Alegaram que a reportagem era inoportuna, que os familiares se sentiram mal por recordarem a triste história que aconteceu há 50 anos e sustentaram a tese de que o ocorrido já não fazia mais parte do interesse público devido ao transcurso do tempo (SZANIAWKSKI, 2021).

Em 1ª instância, o Magistrado julgou improcedente a ação, alegando que havia interesse público a esta informação. Os requerentes recorreram da sentença, todavia o Tribunal de Justiça confirmou a sentença recorrida, com fundamento que a emissora de televisão Rede Globo estava no exercício do direito à liberdade de expressão e de informação. Foram interpostos Recurso Especial e o STJ julgou improcedente afirmando que o crime era "indissociável do nome da vítima, motivo esse de não assistir razão aos autores da ação", devendo prevalecer a liberdade de imprensa e de expressão (SZANIAWKSKI, 2021).

Interposto Recurso Extraordinário, em 2021 o STF concluiu o julgamento do Tema nº 786 da Repercussão Geral, com a fixação da seguinte tese:

> "É incompatível com a Constituição Federal 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". (STF - RE: 1010606 RJ, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021)

O voto do Relator Ministro Dias Toffoli, resumidamente, teve os seguintes fundamentos: (1) o interesse social em relação ao caso, pois se trata de feminicídio. Em seu voto, o Ministro faz um apontamento sobre o crescente aumento do crime contra as mulheres; (2) não existe previsão no direito ao esquecimento no ordenamento jurídico, sendo incompatível com a Constituição Federal; (3) o direito de informação não prescreve; (4) o cumprimento de uma pena não cria direito à exclusão das matérias relacionadas ao crime, "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" (STF - RE: 1010606 RJ, p. 376); (4) a Constituição possui outros mecanismos de limite à liberdade de expressão e de informação, como a proteção do domicílio e a inviolabilidade do sigilo da correspondência; (5) eventuais excessos de liberdade de expressão devem ser analisados caso a caso.

Otávio Luiz Rodrigues Jr., doutor em Direito Civil, contrário a tese de que não existe direito ao esquecimento no Brasil, segundo ele, a existência é inegável:

> "[...] o relator nega a existência de um direito com um suporte fático capaz de conglobar todos os elementos que a doutrina usualmente costuma reconhecer no direito ao esquecimento. Isso é, evidentemente, algo diverso de se afirmar que "não existe" o direito ao esquecimento. Como categoria doutrinária e, em alguns países, jurisprudencial ou legal, ele tem existência inegável". (RODRIGUES JUNIOR, 2021)

O Ministro Luiz Fux, apesar de ter votado pela improcedência do Recurso Extraordinário, pois em relação ao caso os fatos são de grande interesse público, ele foi a favor da aplicabilidade do direito ao esquecimento em outros casos. Segundo ele:

> "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 da tutela da pessoa humana." (STF - RE: 1010606 RJ, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021)

O Ministro Edson Fachin votou pelo reconhecimento do direito ao esquecimento na Constituição Federal, sob o argumento que apesar da liberdade de expressão e direito ao esquecimento serem contrários, é possível que ambos os direitos convivam em um mesmo ordenamento jurídico. Segundo ele, os pilares do direito ao esquecimento estão positivados na Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CF) e o direito à privacidade (art. 5, X, da CF). Também argumentou que diversas decisões judiciais já se valeram do "direito ao esquecimento", sendo até mesmo tema do enunciado n° 531 da IV Jornada de Direito Civil (STF, 2021).

Diante disso, ao falar que o direito ao esquecimento é incompatível com ordenamento jurídico brasileiro, não está sendo levado em consideração a sua utilização em outros casos concretos, mas apenas a análise em um caso específico, em que o interesse público e a liberdade de expressão devem se sobressair. Segundo o § 2° do art. 5° da Constituição Federal:

> **"§ 2º** Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." (grifo nosso)

É incontestável que o direito ao esquecimento deriva da dignidade da pessoa humana. Não será aplicado em todos os casos, mas em outros será essencial para tutela da pessoa humana (MINISTRO LUIZ FUX, STF, 2021).

6 Elementos essenciais do Direito ao Esquecimento

Segundo Luis Fernando Marrey Moncau, para que o direito ao esquecimento seja aferido é necessário que ele proteja o indivíduo independentemente da existência de outras proteções legais, ou seja, "que tal direito socorra o indivíduo por fundamentos ou circunstâncias que lhe sejam próprios".

Para isso, o referido autor dispõe que a doutrina delineou os contornos para aplicação do direito ao esquecimento no caso concreto, que devem ser observados pelo julgador quando houver conflito entre direito ao esquecimento e a liberdade de expressão e de informação, quais sejam: "a passagem do tempo (incluindo aqui as ideias de atualidade e interesse público); a necessidade que a informação seja verdadeira ou que tenha sido publicada licitamente no passado (informação pública ou acessível); e a existência de um dano, ao menos potencial" (MONCAU, 2020).

A passagem do tempo constitui elemento central do direito ao esquecimento. De acordo com o Ministro Dias Toffoli no julgamento do Recurso Extraordinário 1010606 RJ:

> "[...] 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 divulga em momento significativamente díspar da ocorrência dos fatos, induzindo a uma percepção fragmentada sobre a pessoa do envolvido." (STF - RE: 1010606 RJ, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021)

Viviane Nóbrega Maldonado destaca que a relevância pública de um fato pretérito "pode desaparecer como próprio transcurso do tempo", ou seja, um determinado acontecimento pode perder a relevância com o passar dos anos. Essa ideia parte do pressuposto da ponderação de princípios entre direito da personalidade x interesse público.

Em relação ao elemento temporal, Luis Martius Holanda Bezerra Junior em sua obra "Direito ao Esquecimento", dispõe que:

> "Revolver o passado, de modo a reavivar fatos desagradáveis ou constrangedores, ou mesmo perpetuar informações gravosas e que afetem diretamente a vida privada das pessoas, deve ser uma conduta havida como excepcional, e que somente pode encontrar justificativa em algum significado

> relevante atual que se pretenda transmitir, a partir da menção indispensável a um fato remoto.” (BEZERRA JUNIOR, 2018)

Portanto, se em um caso concreto não há interesse público, mesmo que anteriormente possuía, mas com o transcurso do tempo “perdeu-se” o interesse da sociedade em determinado fato, e respeitados os outros requisitos a seguir, pode valer-se do direito ao esquecimento.

O requisito que a informação seja verdadeira ou que tenha sido publicada licitamente no passado é necessário, pois caso a informação seja falsa, devem ser utilizados outros mecanismos, como “o direito de resposta ou o dever de o meio de comunicação atualizar a informação com dados mais novos ou mais precisos” (BRANCO, 2017, p. 220).

Também é necessário, além da veracidade da informação que se busca esquecer, “que ela tenha sido publicada no passado e que tenha sido novamente disseminada ou encontre-se permanentemente acessível” (MONCAU, 2020).

Por último, é preciso que a disseminação da informação tenha um caráter danoso para algum indivíduo, pelo menos em potencial, e que esses efeitos sejam injustificáveis (MONCAU, 2020). Sérgio Branco afirma que “o direito ao esquecimento não pode ser requerido por mero capricho, mas sim porque a conservação daquela informação acarreta um risco de dano a seu titular”, caso não haja ameaça de dano, não se pode invocar o direito ao esquecimento (BRANCO, 2017, p. 221).

Esses elementos são cumulativos, se no caso concreto não possuir algum deles, não há direito ao esquecimento. Como por exemplo, Sérgio Branco em seu livro “Memória e esquecimento na Internet” publicado em 2017, anterior ao julgamento do STF, possui entendimento de que não se configura o direito ao esquecimento no caso Aida Curí, pois deve prevalecer o interesse público, sendo necessário que a reportagem faça referência ao nome da vítima.

Além destes critérios, é necessário que não se confunda o direito ao esquecimento com a vontade de voltar ao anonimato. O direito ao esquecimento é o repúdio a algum fato vexatório do passado, não a “vontade de não ter mais os holofotes da fama voltados para si” (BRANCO, 2017, p. 222).

7. Considerações Finais

Diante do exposto, pode-se concluir que o direito ao esquecimento é um tema complexo e em constante debate no ordenamento jurídico brasileiro e em outros países. Ele busca proteger o indivíduo de fatos vexatórios de seu passado, o direito de não ser lembrado desses acontecimentos. Para isso é necessário um equilíbrio no direito à privacidade e dignidade das pessoas com o direito à liberdade de expressão e de informação.

Embora o direito ao esquecimento não esteja expressamente previsto no rol dos direitos da personalidade no Código Civil e nos direitos fundamentais da Constituição Federal Brasileira, existem argumentos que o fundamentam, como a tutela da dignidade da pessoa humana e a proteção da intimidade e vida privada, sendo que os direitos da personalidade são protegidos de forma mais ampla e complexa, não devendo o rol ser considerado taxativo.

Na Europa, o direito ao esquecimento foi pioneiramente positivado e regulamentado, sendo reconhecido como um direito fundamental. Decisões importantes, como o caso Google Spain versus Mario Costeja González, estabeleceram critérios para aplicação desse direito, levando em consideração a relevância pública, o interesse econômico, histórico ou social das informações.

No Brasil, embora não haja um consenso sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento, o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela incompatibilidade desse direito com o ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, foi analisado apenas um caso para chegar à conclusão da incompatibilidade do referido direito, não levando em consideração que é possível sua aferição em outras hipóteses, pois o direito ao esquecimento não anula o direito à liberdade de expressão e o direito à informação, mas sim limita que tais direitos sejam invocados de maneira abusiva, ferindo os direitos individuais, sendo reconhecido na Jornada VI e VII de Direito Civil como uma extensão da tutela da dignidade da pessoa humana.

É importante destacar que cada caso deve ser analisado individualmente, considerando seus aspectos específicos, para determinar se o direito ao esquecimento deve ser aplicado ou não. A proteção da privacidade e dignidade das

pessoas deve ser ponderada em relação à relevância pública das informações em questão.

Em suma, o direito ao esquecimento é um tema relevante no contexto atual da sociedade da informação. Embora ainda não haja uma definição clara e consensual sobre seu alcance e limites, é fundamental continuar o debate e a reflexão sobre como conciliar a proteção da privacidade com o direito à liberdade de expressão e de informação, a fim de garantir um equilíbrio adequado entre esses direitos fundamentais.

Referências

ABRÃO, Renata Loureiro Pereira. **Direito ao Esquecimento - Privacidade, intimidade, vida privada X liberdade de imprensa, livre acesso à informação**. [livro eletrônico] /Renata Lourenço Pereira Abrão. - 1. ed. - Belo Horizonte: Editora Expert, 2020, p. 13.

BATISTA FILHO, Luiz Carlos. **Direito ao esquecimento: um estudo com comparativo internacional e sobre a evolução do tema**. São Paulo: Editora Dialética, 2022, p. 46.

BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. **Direito ao esquecimento: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p 38.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: **uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial LTDA, 2017, p. 182.

BRASIL, Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ. Tema 786 - Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 11 fev. 2021. Disponível em:<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1334097/RJ. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 nov. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1365914227/inteiro-teor-1365914256>. Acesso em: 25 abr. 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei 12.964/14, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 16 abr. 2023.

CARDOSO, Oscar Valente. **O julgamento do direito ao esquecimento**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6458, 7 mar. 2021. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/88779. Acesso em: 7 mai. 2023.

CHALA, Bárbara Guerra. **Direito ao esquecimento na sociedade da informação: critérios para justificação à luz do teste da proporcionalidade**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p.32.

COELHO, Júlia Costa de Oliveira. **Direito ao esquecimento e seus mecanismos de tutela na internet**. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 24.

CURY, Renato José. Direito ao esquecimento. Migalhas, 2021. Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/depeso/340373/direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 04 abr. 2023.

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: 10 mai. 2023.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 3.

MONCAU, Luiz. **Direito ao Esquecimento: Entre a Liberdade de Expressão, a Privacidade e a Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1201075293/2-os-fundamentos-de-um-direito-ao-esquecimento-direito-ao-esquecimento-entre-a-liberdade-de-expressao-a-privacidade-e-a-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 10 mai. 2023.

OLIVEIRA, Bianka Borner. Conteúdo Jurídico, 2023. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/61057/o-direito-ao-esquecimento-na-era-da-internet-uma-anlise-comparativa-entre-brasil-e-unio-europeia>. Acesso em: 10 abr. 2023.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia. **Direito ao esquecimento: memória, vida privada e espaço público**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília, DF, v.19, p. 109 e 110, nov. 2015. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/85/81>. Acesso em: 25 abr. 2023.

Quarta Turma volta a discutir violação à honra em programa sobre Chacina da Candelária após decisão do STF sobre direito ao esquecimento. STF, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05082021-Quarta-Turma-volta-a-discutir-violacao-a-honra-em-programa-sobre-Chacina-da-Candelaria-apos-decisao-do-STF-sobre.aspx>. Acesso em: 20 abri. 2023.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Esquecimento de um direito ou o preço da coerência retrospectiva? Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-25/direito-comparado-esquecimento-direito-ou-preco-coerencia-retrospectiva-parte>. Acesso em: 18 mai. 2023.

SABA, Leonardo. **Dos direitos da personalidade ao direito ao esquecimento: um panorama histórico evolutivo**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 68.

SZANIAWSKI, Elimar. O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aída Curi. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/direito-civil-atual-supremo-tribunal-federal-julgamento-aida-curi>. Disponível em: 17 abr. 2023.

VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p.22.