

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

Maria Luiza Lima de Araújo

**A SUPRESSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À
PRIVACIDADE, À HONRA E À IMAGEM DAS PESSOAS A PARTIR
DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO TEMA 786 DO STF**

Santa Maria, RS
2023

Maria Luiza Lima de Araújo

**A SUPRESSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À
PRIVACIDADE, À HONRA E À IMAGEM DAS PESSOAS A PARTIR DO
ENTENDIMENTO FIRMADO NO TEMA 786 DO STF**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Maria (UFSM, RS),
como requisito parcial para obtenção do
grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Hoffmam

Santa Maria, RS, Brasil
2023

Maria Luiza Lima de Araújo

**A SUPRESSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À
PRIVACIDADE, À HONRA E À IMAGEM DAS PESSOAS A PARTIR DO
ENTENDIMENTO FIRMADO NO TEMA 786 DO STF**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Maria (UFSM, RS),
como requisito parcial para obtenção do
grau de **Bacharel em Direito**.

Aprovado em ___ de novembro de 2023.

Fernando Hoffmam, Dr. (UFSM)

João Pedro Seefeldt Pessoa, Me. (UFSM)

Luiza Ferreira Odorissi, Dra. (UFSM)

Santa Maria, RS, Brasil
2023

Dedico este trabalho a todos vínculos fraternos formados durante a minha graduação, os quais, cada um em sua singularidade, foram essenciais para que eu me mantivesse firme e em contato comigo mesma o bastante para dar sentido ao cotidiano. Ainda, e não menos importante, dedico às minhas irmãzinhas Isadora e Patrícia, que estão do meu lado já há dez anos e me trouxeram familiaridade, leveza e amor nesse percurso. Sou infinitamente grata a vocês.

RESUMO

TÍTULO: A SUPRESSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À PRIVACIDADE, À HONRA E À IMAGEM DAS PESSOAS A PARTIR DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO TEMA 786 DO STF

AUTOR: Maria Luiza Lima de Araújo
ORIENTADOR: Dr. Fernando Hoffmam

O presente trabalho é uma investigação em torno do quanto o princípio constitucional de proteção à privacidade, à honra e à imagem das pessoas foi suprimido a partir do entendimento firmado no Tema 786 do STF, fixado em 2021 quando foi julgado o Caso Aída Curi. Nesse contexto, teve como proposta principal analisar a supressão dos princípios relacionados à proteção à intimidade da pessoa, investigação que foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial. Foi dado destaque, de início, à teoria de ponderação de princípios de Robert Alexy e também à linha de Ronald Dworkin, o que embasou a proposta final do trabalho de analisar a repercussão do Tema 786 no que tange às ações judiciais que evocam o direito ao esquecimento e eventual supressão dos princípios relativos à proteção da intimidade.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Tema 786 do STF. Proteção à privacidade, à honra e à imagem das pessoas. Caso Aída Curi. Supressão de princípios constitucionais.

ABSTRACT

TÍTULO

AUTHOR: Maria Luiza Lima de Araújo
ADVISOR: Dr. Fernando Hoffmam

The present work is an investigation into how much the constitutional principle of protecting people's privacy, honor and image was suppressed based on the understanding established in Theme 786 of the STF, established in 2021 when the Aída Curi's Case was judged. In this context, its main proposal was to analyze the suppression of principles related to protection against person intimidation, an investigation that was carried out through bibliographical research and jurisprudential analysis. Initially, emphasis was given to Robert Alexy's theory of balancing principles and also do Ronald Dworkin's line, which supported the final proposal of the work to analyze the repercussion of Theme 786 with regard to legal actions that evoke the *right to be forgotten* and possible suppression of principles relating to protection against intimidation.

Keywords: Right to be forgotten. Topic 786 of the STF. Protection of people's privacy, honor and image. Aída Curi's case. Suppression of constitutional principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO: PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E CONTEXTUALIZAÇÕES	11
2.1 O EMBATE TRAVADO EM TORNO DOS PRINCÍPIOS QUE ENVOLVEM O DIREITO AO ESQUECIMENTO E COMO A PONDERAÇÃO É FEITA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	11
2.2 A PROTEÇÃO À IMAGEM E À VIDA PRIVADA DAS PESSOAS EM MEIO AOS NOVOS VEÍCULOS E COMUNICAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES: UM PANORAMA HISTÓRICO.....	24
3 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO “DIREITO AO ESQUECIMENTO”	32
3.1 RAZÕES PARA A INCONSTITUCIONALIDADE E POSSIBILIDADES PARA ANÁLISE DO CASO CONCRETO EM EVENTUAIS EXCESSOS.....	32
3.2 AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO TEMA 786 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA AQUELES QUE ENTENDEM QUE ESTÃO SENDO ATINGIDOS INDEVIDA E EXCESSIVAMENTE PELA DIVULGAÇÃO DE ACONTECIMENTOS OU FATOS PASSADOS.....	41
4 CONCLUSÃO	48
5 REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

Em 11 de fevereiro de 2021, a Corte do Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 1.010.606, que tinha por objeto um pedido por indenização em matéria de danos morais em face da Rede Globo, devido à reconstrução de um crime ocorrido na década de 1950 – caso Aída Curi – pelo programa Linha Direta. Os familiares da vítima, que se sentiram expostos indevida e excessivamente após a tragédia ser lembrada a nível nacional, pleitearam com base no direito ao esquecimento.

Sabe-se que o direito ao esquecimento é um instituto amparado pela proteção à dignidade da pessoa humana, com fulcro constitucional e do Código Civil, além de amplamente discutido pela doutrina. O que se destaca, corriqueiramente, é o aparente embate travado entre dois princípios fundamentais – de um lado, a proteção à privacidade, à honra e à imagem das pessoas, bem como à intimidade, num todo; e de outro, a proteção à liberdade de expressão, de informação e de imprensa.

A jurisdição brasileira não carece de julgados notórios em torno do direito ao esquecimento. Alguns que merecem destaque são o da Chacina da Candelária, o pleito de Xuxa Meneghel contra o Google, a demanda de uma ex-musa de time de futebol que não mais gostaria de ser associada a este título e, é claro, o caso Aída Curi, que chegou ao STF.

Tratando-se da colisão entre princípios ou direitos fundamentais, a solução que os tribunais normalmente adotam se dá por meio da ponderação entre os mesmos – amparados pela teoria de Robert Alexy, jurista alemão cuja teoria resulta na “lei do sopesamento”, na qual um princípio deverá recuar proporcionalmente em detrimento do outro na medida de sua menor importância, ditada pelo caso concreto.

O presente trabalho, nesse sentido, inicia tratando do embate principiológico fomentado pelo direito ao esquecimento, introduzindo a teoria de Alexy e também as críticas a ela; bem como a teoria de Ronald Dworkin – para o qual não haveria uma divisão tão nítida entre os princípios fundamentais, devendo ser feita uma análise sistemática dos mesmos e, ainda, observada a tarefa de reconstrução institucional que compete ao meio jurídico.

Para tanto, será feita ampla revisão bibliográfica, com embasamento em notórios doutrinadores do Direito Constitucional Brasileiro, bem como artigos e

trabalhos científicos concernentes ao direito ao esquecimento e à proteção aos direitos de personalidade, em geral.

Ainda, será feito um breve apanhado histórico em torno da evolução dos meios de comunicação e o impacto que ela teve na proteção dos direitos da personalidade e à intimidade das pessoas, ressaltando-se a importância de tais proteções para o funcionamento de uma sociedade democrática com respeito aos direitos e às garantias individuais.

Em seguida, o presente estudo dará conta de analisar os principais argumentos trazidos pela Corte do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 1.010.606, do qual decorreu seu Tema 786 (Repercussão Geral) que veio no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do direito ao esquecimento em sua forma mais ampla e genérica, determinando que a aplicabilidade das proteções previstas pelo instituto deveria ser analisada casuisticamente.

Do mesmo modo, os argumentos serão relacionados com a base doutrinária trazida no capítulo anterior, correlacionando os argumentos contra e a favor do provimento do Recurso pleiteado com as teorias de Alexy e Dworkin, além da historicidade brasileira e avanço dos meios comunicativos. Também serão analisadas as principais críticas acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a real efetividade da Repercussão Geral firmada no que tange à sua aplicação casuística.

Por fim, buscará ser feita uma mensuração em torno do quanto o princípio de proteção à privacidade, à honra e à imagem das pessoas foi suprimido devido ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal – ou se isso, efetivamente, ocorreu; além de investigar quais as eventuais consequências para aqueles que se sentiram indevida e excessivamente atingidos pela divulgação de fatos e acontecimentos passados e que viriam a reivindicar suas demandas com amparo no direito ao esquecimento, após reconhecida a Repercussão Geral do Tema 786. Nesse viés, responde-se à pergunta que ensejou a elaboração do presente trabalho.

É a partir de tal problemática anunciada que será objetivada a introdução de conceitos importantes em torno do instituto, com o fito de que possam ser dimensionadas eventuais consequências da repercussão geral firmada pelo STF. Ainda, por meio do breve panorama histórico acerca da proteção dos direitos à privacidade no decorrer das décadas, será discorrido mais profundamente sobre os

debates suscitados em temas afins, tendo como apoio amplo referencial teórico da doutrina.

Para tanto, adotou-se o método de dedutivo de abordagem, por meio dos procedimentos bibliográfico e monográfico – centrado no julgado do RE 1.010.606, fazendo-se uma pesquisa bibliográfica e documental (com amparo nas legislações e jurisprudências brasileiras, dentre outros documentos de similar natureza).

Nesse viés, o trabalho dará conta de fornecer uma análise em torno de quais seriam os reais embates travados para que seja reconhecido o direito ao esquecimento, entendendo que os princípios que lhe envolvem estão amparados, igualmente, na proteção à dignidade da pessoa humana; bem como qual é a influência da história política recente do Brasil em casos afins.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO: PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E CONTEXTUALIZAÇÕES

No ano de 2021, o Supremo Tribunal Federal, por meio de seu Tema 786 (Repercussão Geral) determinou que é incompatível com o texto constituinte o dito “direito ao esquecimento”, entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social análogos ou digitais.

Assim, entendeu-se que eventuais abusos ou excessos deveriam ser analisados nos casos concretos, tendo em conta os parâmetros constitucionais, declarando a inconstitucionalidade do instituto do direito ao esquecimento na sua forma mais ampla e genérica.

Dessa maneira, e tendo em conta o embate travado entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais (de um lado, a liberdade de informação, de expressão e de imprensa; e de outro, a proteção à privacidade, à honra e à imagem das pessoas, bem como à dignidade), estando ambos respaldados na premissa de assegurar a dignidade da pessoa humana, o presente capítulo irá discorrer em torno do embate entre princípios/direitos fundamentais suscitado pelo instituto.

Ainda, serão trazidos alguns exemplos de jurisprudências notáveis, ocorridas no exterior ou em território brasileiro, bem como um breve panorama histórico em torno da evolução dos meios de comunicação e como isso afetou a proteção à privacidade e à intimidade das pessoas.

2.1 O EMBATE TRAVADO EM TORNO DOS PRINCÍPIOS QUE ENVOLVEM O DIREITO AO ESQUECIMENTO E COMO A PONDERAÇÃO É FEITA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O direito ao esquecimento, instituto jurídico pautado na proteção à dignidade da pessoa humana – com fulcro no art. 1º, III da Carta Magna (e posteriormente amparado, de forma mais específica, pelos direitos da personalidade) caracteriza-se por suscitar um embate entre direitos fundamentais para que seja aplicado – ou não – em cada caso concreto, meio da ponderação de princípios e direitos.

Como é comumente conhecido no exterior, o “*right to be left alone*”, ou, na tradução literal “direito de ser deixado sozinho” ou “direito de ser deixado em paz”, ocasiona uma verdadeira tensão entre o direito à intimidade e privacidade e o direito à liberdade de expressão e informação (Garcia; Paula, 2021).

No rol dos direitos fundamentais, art. 5º da Constituição Federal Brasileira, consta, em seu inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material decorrente de sua violação”. De outra forma, e combinados os incisos IX e XIV, tem-se que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, bem como que “é assegurado a todos o acesso à informação (...)”, respectivamente.

Ora, observa-se que, num cenário em que se torna de interesse dos veículos de informação expor notícia ou fato que envolva a intimidade e privacidade de outrem, caso venha a ser judicializada a questão, caberá ao magistrado ponderar acerca de qual dos direitos fundamentais previstos merecerá maior resguardo no caso em tela.

Destaca-se que, como já citado, o direito ao esquecimento é pautado na proteção à dignidade da pessoa humana, assim como, da mesma forma, o direito à liberdade de expressão e de informação também é nela baseado e por ela limitado.

Nas palavras do jurista Stefano Rodotà, acerca do direito à intimidade ser decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] intimidade e respeito, permite que nos aproximemos do tema da dignidade abordando os seus diversos ângulos. A intimidade nos dá ideia de algo inviolável e inalienável. O respeito nos dá a ideia da relação de cada um com os demais. A dignidade conjuga estes dois dados, um individual e outro social, e contribui para definir a posição de cada um na sociedade (RODOTÁ, p. 234, 2008).

Tem-se que a reivindicação por “ser esquecido” ou “ser deixado em paz” possui atrelamento inescusável à proteção à dignidade da pessoa humana, considerando que muitas vezes lembranças e recordações podem trazer constrangimento ou sentimentos de desvalor.

Nesse sentido, percebe-se que não se pode reduzir o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana apenas a termos materiais e juridicamente mais evidentes, mas, de outra forma, deve-se levar em conta o valor emocional de possuir sua intimidade preservada (Pires; Freitas, 2013).

Havendo colisão entre direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência adotam alguns critérios, tais como o cronológico, o hierárquico e o da especialidade para delimitar qual será adotado no caso concreto. Segundo Régis Ardenghi, quando se trata do embate direito à informação *versus* direito à privacidade, normalmente utiliza-se do critério hierárquico, favorecendo o direito à informação.

Entretanto, não havendo razão plausível para que o direito à informação seja exercido, a arbitrariedade de tal ocorrência torna-o inaceitável. Nesse sentido, é evidenciada a necessidade de um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais. Igualmente essenciais para os preceitos mais básicos da Carta Magna, percebe-se que a busca por um tratamento não discriminatório, por exemplo, pode ferir tanto a plena liberdade de expressão quanto a intimidade privada.

Sendo assim, pode-se aduzir que, conforme evidenciado nas decisões recentes de tribunais, a liberdade de imprensa, de expressão ou de informação não é considerada um direito absoluto, exceto em um único aspecto – a de não estar submetida a censura prévia. Qualquer retaliação ou responsabilidade judicial decorrerá depois do ato de expressão, sempre considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando o encorajamento do “abuso” do direito de informar (Ardenghi, 2012).

Sobre a ponderação de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais, ressalta o Enunciado 274 do Conselho da Justiça Federal, aprovado da IV Jornada de Direito Civil:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Maria Helena Diniz, ao tratar da efetividade do direito ao esquecimento, afirma que ambos devem sofrer limitações, pois, se o respeito à dignidade da pessoa humana ampara o instituto do direito ao esquecimento, também é respaldo para o princípio da liberdade de expressão (Diniz, 2017).

Assim, é o entendimento da autora:

Diante do conflito entre o direito a ser esquecido e a liberdade de informação, caberá ao órgão julgante, analisar, com prudência objetiva, cada caso *sub judice*, atendo-se, utilizando o critério da ponderação, aos arts. 4º e 5º da LINDB e ao art. 8º do CPC/2015, que o conduzirão à aplicação do princípio do respeito à dignidade humana (CF, art. 1º, III), que

se justifica pelo princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput) e pelo mais alto princípio de justiça *suum cuique tribuere*. Nessa colisão o magistrado deverá, na lição de Roseline Lettersson, ainda, no caso concreto, sopesar o custo-benefício dos diferentes direitos da personalidade conflitantes, averiguando se há preponderância do interesse da mídia ou da pretensão ao esquecimento (DINIZ, 2017, p. 26).

Ainda, ressaltada a importância do disposto no art. 8º do Código de Processo Civil Brasileiro, o qual destaca que “o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Somado a isso, leva-se em consideração os princípios gerais de direito – vide art. 1º, III da CF, com o fito de ser atingida uma interpretação corretivo-equitativa. Maria Helena frisa que, no que concerne à interpretação corretivo-equitativa, não é conferido ao magistrado margem para arbitrariedade, mas, por outro lado, lhe é atribuído poder discricionário para ponderar em torno dos princípios de acordo com a lógica do razoável (Diniz, 2017).

Acerca do conflito entre princípios que, a depender do caso concreto, colidem entre si, Robert Alexy faz uma distinção acerca de como deve ser tratada essa situação, em comparação a eventuais colisões entre dispositivos normativos. Nesse sentido, o autor esclarece que, enquanto o conflito entre normas é solucionado através da introdução de uma cláusula de exceção ou declaração da invalidade de uma das normas; a contraposição de princípios é resolvida por meio completamente diverso, ou seja: um dos princípios, necessariamente, deverá ceder (Alexy, 2008).

Nas palavras do autor:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. (ALEXY, 2008, p. 93).

O recuo de um princípio em favor de outro acontece justamente porque, se isoladamente considerados, levariam a contraditórios juízos concretos do dever-ser jurídico, o que também ocorre com a colisão entre duas normas, contudo, o que distingue uma ocorrência de outra é a forma de solução do conflito (Alexy, 2008).

No que tange ao entendimento de Robert Alexy, cabe destacar que o procedimento efetuado para que seja realizada a ponderação, no caso de colisão entre princípios, se dá em três etapas. Inicialmente, por meio da adequação e da necessidade, trata-se de esclarecer as possibilidades fáticas para que seja realizada a ponderação; enquanto a última, denominada “proporcionalidade em sentido estrito”, é incumbida de efetuar a “lei do sopesamento”, a qual determina que o grau de não-satisfação de um princípio será proporcional à importância da satisfação do outro, havendo colisão (Streck, 2017).

Lênio Streck, contudo, tem uma visão crítica acerca de como a teoria alexiana é aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, defendendo inclusive, que a ponderação voltaria-se a uma “discricionariedade amparada pela ilusão de um suporte metodológico”. Nas palavras do autor:

A ponderação apenas tem uma função explicitativa das possibilidades jurídicas nas quais o intérprete pode se valer para resolver um caso de “colisão entre princípios”, mas não fornece uma carga prescritiva para apontar qual a posição seria mais adequada, como equivocadamente tem sido trabalhado pela dogmática jurídica no Brasil (STRECK, 2017, p. 158)

Os princípios, portanto, possuem força normativa *prima facie*, levando em conta que emanam força temporária, passível de ser suprimida em razão do antagonismo com um princípio contrário, no caso concreto. Contudo, embora alguns princípios possuam a força *prima facie*, ela não possui caráter definitivo em todos os princípios, estando ausente em alguns deles.

Tal distinção ocorre porque alguns princípios dizem respeito a diferentes aspectos, como, por exemplo, os princípios que regulam âmbitos diferentes do funcionamento estatal – o que torna-os complementares um do outro, e não necessariamente concorrentes. Não se pode, portanto, considerar que todos os princípios são passíveis de se tornarem opostos um ao outro, a depender do caso concreto.

Deve-se, por outro lado, assumir o caráter complementar da existência de alguns deles, como é evidenciado no ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, no rol dos direitos fundamentais da nossa Constituição. A ponderação de princípios não é, portanto, uma regra, e nem deve ser tomada como o modo mais representativo da eficácia deles (Ávila, 2015).

Nas palavras do jurista Humberto Ávila, acerca da ponderação:

Tal constatação se deve ao fato de que os princípios, embora possam ser iguais com relação a algumas propriedades, devem ser diferenciados

com referência a outras. Nem todos os princípios são aplicados de maneira concorrente com outros e nem todos podem ser “calibrados” de tal modo a receber um “peso” maior ou menor diante do caso concreto. Essa incapacidade de afastamento decorre da diferente natureza de alguns princípios (ÁVILA, 2015, p. 153).

A colisão de direitos fundamentais ou de princípios constitucionais não é suscitada apenas em decorrência do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. O conflito pode, da mesma forma, ocorrer quando se trata de embate entre os direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade. Conforme Gilmar Mendes, é considerado inadmissível que a poligamia seja admitida com base no fundamento na liberdade de religião, não se tratando de autêntica colisão de princípios.

A autêntica colisão de princípios, na visão do ministro, é dada especialmente quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de *proteção* de outro direito individual. Nesse sentido, caberia ao legislador traçar limites adequados, que sirvam para garantir que atividades eventualmente conflitantes possam ser executadas pacificamente (Mendes, 2012).

Ao tratar da citada “questão autêntica de colisão de princípios”, Gilmar Mendes traz para a análise justamente o contraponto evidenciado no direito ao esquecimento:

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 artística (CF, art. 5º, IX) e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (CF, art. 5º, X)? (Mendes, 2012, p. 87).

Traçando um comparativo entre a jurisdição brasileira e alemã, o autor tece apontamentos acerca do “caso Lebach”, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 5 de junho de 1973. O referido caso tratava-se de um pedido de liminar, por um dos envolvidos no que ficou conhecido como “assassinato de soldados Lebach” contra a divulgação de filme acerca do fato, sob o argumento de que, além da lesão aos direitos da personalidade, a divulgação do filme dificultaria a ressocialização do pleiteante.

Tanto o tribunal ordinário quando o Tribunal Superior de Klobenz não acolheram o pedido de liminar, aduzindo que o requerente teria se tornado uma “personalidade da história recente”, e que o filme teria o aspecto de um documentário, protegido pelos preceitos de liberdade de informação e de imprensa.

Contudo, chegando à Corte Constitucional, decidiu-se em favor da proibição da divulgação do filme, até que fosse decidido o processo principal. Conforme a Corte, a divulgação de notícias sobre o fato seria ilegítima caso pudesse provocar danos graves ou adicionais ao autor, ou dificultar sua reintegração na sociedade.

Ainda, foi argumentado que, ao contrário da literalidade legislativa, o direito à imagem não seria restrito à própria imagem, mas abrangeria também as representações dos envolvidos no fato com a utilização de atores, o que previsivelmente aconteceria no filme (Mendes, 2012).

Ingo Wolfgang Sarlet menciona três formas de limitação aos direitos fundamentais, quais sejam, por expressa disposição constitucional, por norma legal promulgada com fundamento na Constituição e a “terceira possibilidade”, aquela em que um direito fundamental pode ser restringido em razão de sua colisão com outro (Sarlet, 2018).

Acerca da colisão entre princípios ou direitos fundamentais, o autor frisa que não é possível que o legislador consiga prever e regular todas as eventualidades, e acrescenta:

Em outras palavras, direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais, de tal sorte que há mesmo quem tenha chegado a sustentar a existência de uma verdadeira “reserva geral imanente de ponderação” [...] De qualquer modo, o que importa é que tais hipóteses exigem cautela redobrada por parte dos Poderes Públicos (Sarlet, 2018, p. 412).

Sarlet ainda reconhece como uma hipótese clássica o embate travado entre a proteção à liberdade de expressão e o direito à intimidade, à honra e a imagem, ambos os quais não estão sujeitos à reserva legal, o que amplia a possibilidade de colisão. Frisa, no entanto, que eventuais limitações aos direitos fundamentais só serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com o texto constituinte.

Em relação ao controle material, é fundamental ater-se ao *núcleo essencial* dos direitos, bem como observar as exigências concernentes à proporcionalidade e à razoabilidade. Ao contrário de outras Constituições, como a portuguesa e a alemã, a Constituição Brasileira não indica, expressamente, quais seriam os limites dos direitos fundamentais, embora sejam objeto de longa análise doutrinária e jurisprudencial.

Os limites de tais direitos, conforme apontado pelo autor, seriam precisamente delimitados pela proporcionalidade e pela razoabilidade, bem como pela garantia do dito “núcleo essencial” (Sarlet, 2018).

O direito ao esquecimento teve sua primeira referência no ordenamento jurídico por meio da VI Jornada de Direito Civil, celebrada em março de 2013, por meio do Enunciado n. 531. Embora o enunciado trate diretamente da esfera criminal, é observado que a pretensão seria de dar respaldo, ainda, aos direitos da personalidade previstos no Código Civil (Carello, 2017).

Diz o Enunciado n. 531:

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.

Na jurisprudência brasileira, foi observado que, durante longo período de tempo, enquanto outros países – especialmente os europeus – já tratavam do direito ao esquecimento dentro da esfera do mundo virtual e digital, ainda se tinha uma predominância de casos vinculados a programas televisivos (Fachin; Fontes, 2023).

Contudo, grande parte da doutrina adota a tese de que o direito ao esquecimento é uma espécie do gênero do direito de personalidade ou, mais especificamente, do direito à intimidade.

Dessa forma, não deve ser analisado restritivamente em relação ao âmbito televisivo. Precedentes do instituto já existiam na jurisprudência brasileira, se for tomada como base a proteção comum à personalidade e à intimidade, tais como a prescrição, o perdão judicial e a anistia. Entendia-se, desde então, que não se pode questionar, pleitear ou debater, indefinidamente e com ausência de propósito relevante à sociedade ou à justiça, um fato que envolve a esfera privada das pessoas (Araújo, 2017).

Além disso, cabe mencionar que um dos pilares da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a autodeterminação informativa, serve, da mesma forma, como pilar argumentativo para que seja demandado o direito a ser esquecido. Constante no art. 2º, II da referida lei, é considerado um dos fundamentos

De acordo com Sarlet, no que concerne à autodeterminação informativa e o princípio da dignidade da pessoa humana, trata-se de uma relação:

[...] dúplice, pois se manifesta, tanto pela sua vinculação com a noção de autonomia, quanto com a do livre desenvolvimento da personalidade e de direitos especiais de personalidade conexos, de tal sorte que a proteção dos dados pessoais envolve também a salvaguarda da possibilidade concreta de tal desenvolvimento, para o qual a garantia de uma esfera privada e íntima é indispensável (Sarlet, [s.d.], p.50)

O Superior Tribunal de Justiça, duas vezes, reconheceu expressamente a existência e a importância do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico, por meio do REsp 1.334.097 (Chacina da Candelária) e o REsp 1.335.153 (caso Aída Curi).

No caso da Chacina da Candelária, um acusado, posteriormente absolvido, teve seu direito ao esquecimento admitido após ter sido retratado como coautor do crime num programa de grande repercussão nacional. Aduziu que, ao ser retratado como uma pessoa odiosa pelo programa, a revolta da população foi novamente incitada contra ele, apesar de já absolvido na justiça criminal (Araújo, 2017).

Já o primeiro julgado a tratar do direito ao esquecimento no Brasil, o caso Aída Curi, teve tratamento diferente por parte da corte do Superior Tribunal de Justiça. Os familiares da vítima pleitearam ação de danos morais contra programa televisivo, alegando que a lembrança do crime teria sido indevidamente revisitada, ocasionando dor e constrangimento à família o STJ decidiu, por maioria, que não caberia a indenização, pois o crime é considerado “fato histórico” e o tempo seria encarregado de amenizar os efeitos sobre a família. Contudo, deu destaque e reconheceu a existência do direito ao esquecimento (Araújo, 2017).

Outro caso notório foi julgado em 2015, pelos desembargadores da Décima Câmara Cível do TJRS. A requerente, que foi eleita “Musa do Grêmio” no ano de 2008, demandava que imagens relativas ao período fossem retiradas das pesquisas do Google, aduzindo que ser associada ao título de “musa” estaria prejudicando sua carreira profissional.

O posicionamento preponderante, ao ser julgado o caso, foi de que não seria vexatório para a pleiteante ser reconhecida como “musa”, o que, por outro lado, talvez até lhe auxiliasse publicamente, uma vez que não se trata de título depreciativo (Carello, 2017).

Na sociedade atual, com os avanços tecnológicos e alastramento das redes sociais, é percebida uma superexposição da imagem, motivo pelo qual os debates em torno do direito ao esquecimento e demais tutelas à intimidade e à vida privada ganharam força. Para além da jurisprudência brasileira, vale mencionar que inclusive

Organismos Internacionais fomentam discussões acerca do instituto em relação à internet e à vida virtual.

Destaca-se que a manutenção das liberdades de imprensa e informação ganharam maior primazia pela jurisprudência brasileira após findado o período da ditadura militar e a revogação da Lei da Imprensa, remanescente do regime, julgada pelo STF em 2009. Ainda, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, o Supremo afastou a exigência de autorização prévia para a publicação de biografias, com fulcro nos artigos 20 e 21 do Código Civil (capítulo dos direitos da personalidade) (Limongi, 2016).

É inegável o quanto a imprensa, desde as mencionadas decisões que vieram no sentido de reformar a legislação do regime militar que era repressiva à liberdade de imprensa e de comunicação, cresceu e tornou-se influente para tratar de pautas sociais e, inclusive, servir como vetor para linchamento de pessoas públicas. No que concerne a tal fenômeno, Gilmar Mendes considera:

O poder da imprensa é hoje quase incomensurável. Se a liberdade de imprensa nasceu e se desenvolveu, como antes analisado, como um direito em face do Estado, uma garantia constitucional de proteção de esferas de liberdade individual e social contra o poder político, hodiernamente talvez represente a imprensa um poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal (Mendes, 2010, p. 30).

Dentre as legislações costumeiramente evocadas para embasar decisões judiciais no sentido de proteção ao direito ao esquecimento, destacam-se os artigos 93 do Código Penal e 748 do Código de Processo Penal, que tratam do intuito ressocializador do processo penal brasileiro.

Conforme disposto no artigo 48 do CPP “a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitada por juiz criminal”. No mais, a proteção às informações concernentes aos registros criminais de condenados também são tuteladas por meio do artigo 202 da Lei de Execuções Penais, o qual prevê que tais informações deverão servir, restritivamente, para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Fora do âmbito criminal, merecem menção os artigos 143 e 144 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que inibem a divulgação de dados acerca de menores infratores (Furtado, 2020).

Após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.010.606 pelo STF, determinou-se, no Tema 786 (Repercussão Geral), que o instituto do direito ao esquecimento, na sua forma mais ampla e genérica, seria incompatível com o texto constituinte, devendo suas premissas serem delimitadas de acordo com as demandas do caso concreto.

No RE, foi discutido, levando em conta os arts. 1º, III e 5º, caput, III e X, 220, § 1º da Constituição, a possibilidade de vítimas ou familiares pleitearem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, harmonizando os princípios constitucionais entram em colisão para atender ao que é demandado pelo direito ao esquecimento. Ademais, parte da doutrina opina que a ausência de expressa previsão normativa torna mais arriscado o cerceamento demasiado das liberdades de expressão e de informação.

Destaca-se, dentro do julgado do STF, a tese proposta pelo ministro Edson Fachin, o qual deu maior distinção para o princípio da liberdade de expressão, sem negar a possibilidade de que tal princípio possa coexistir pacificamente com o direito ao esquecimento, na eventualidade de o último se sobressair ao primeiro.

No mais, evidenciou que o instituto apenas não prevaleceu no julgado do Recurso Extraordinário 1.010.606 porque foram encontradas hipóteses de “interesse transindividual, ou a natureza pública da informação, ou o alto grau de relevância histórica ou importância da memória” (Nascimento, 2023).

Pode-se extrair que, em relação ao referido julgado, houve uma busca por encontrar a equidade na colisão entre os preceitos constitucionais, o que, na visão de Habermas, não torna a proporcionalidade legítima. Habermas, nesse sentido, aproxima-se do que é elaborado por Ronald Dworkin em seu livro “Uma questão de princípio”, ou seja, faz um paralelo com o entendimento de que a palavra “proporcionalidade” é usada para referir-se à necessidade de coerência e integridade em qualquer decisão, o que não pode ser precisamente mensurado de forma a produzir um direcionamento concreto para casos futuros, tratando-se de uma técnica necessariamente permeada por lacunas (Streck, 2017).

No mais, cabe destacar que o Brasil é o único país a positivar a ponderação como método de resolução de conflitos, por meio do art. 489, § 2º do CPC, que dispõe:

Art. 489, § 2º: No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões

que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Ainda sobre a teoria de Alexy, o professor Francisco José Borges Motta destaca que, ao permitir que exista a possibilidade de ponderar em torno de possibilidades jurídicas, admite-se uma separação – ou um dualismo – entre fato e Direito, tratando-se, de um lado, de uma proposição abstrata *versus* o caso prático.

Na visão do autor, o processo compreensivo ou interpretativo antecede a escolha de qualquer método, sendo que fórmula nenhuma pode desobrigar o intérprete de interpretar. Sendo assim, nenhuma teoria da argumentação (como a de Alexy) poderia, efetivamente, substituir a autoridade da *tradição* no Direito, que é evidenciada e reconstruída, por meio de seus princípios, caso a caso (Motta, 2012).

Traçando uma comparação entre Alexy e Dworkin, tem-se que Dworkin reconhece que a prática do direito é, primeiramente, interpretativa, antes mesmo de ser argumentativa, como proposto na teoria de argumentação relativa à ponderação de princípios de Alexy. Nessa linha, existem aspectos irreversíveis e perenes na cadeia jurídica, sendo que um argumento só pode ser considerado “jurídico” se ele também é, inicialmente, “interpretado” como integrante da cadeia do Direito (Motta, 2012).

Mas e como realizar a aplicação de um princípio, no caso de haver a colisão com outro, tendo como base a teoria de Dworkin? Motta (2012) esclarece:

[...] “aplica-se” um princípio argumentando em favor dele. Ou melhor, argumentando em favor dos direitos (seja da sua garantia, seja da sua concretização). E essa argumentação, diga-se, deverá ser guiada levando-se em conta a tarefa de reconstrução da história institucional do direito (preferencial, fundamental) a que se visa resguardar (Motta, 2012, p. 159).

Portanto, quando se afirma que a noção de direito não é enfraquecida ao priorizar-se o “mais importante” em detrimento do que tem menos importância, reconhece-se que há mais de Alexy do que de Dworkin na afirmação, justamente porque, aos juristas que seguem o entendimento de Dworkin, não há uma distinção tão delimitada entre normas e princípios.

Não havendo distinção perfeitamente clara, visto que há um “sentido” inerente a cada norma, em relação à integridade do direito, e esse sentido é reconhecido como o princípio de cada norma. E é justamente esse “sentido” inerente a cada norma, em relação à integridade do direito, que determina a coerência da norma. A

busca pelo princípio da proporcionalidade, então, viria com o intuito de buscar a coerência e a integridade de qualquer decisão (Motta, 2012).

Apesar das diferenças existentes entre os entendimentos de Alexy e Dworkin, tendo em conta que o primeiro defende a teoria da argumentação jurídica em torno do sopesamento de princípios; enquanto o segundo dá foco à necessidade de que a busca pela proporcionalidade seja vista como, em si, a busca pela coerência com o que se entende como “jurídico” e considerada a função institucional de reconstrução histórica do Direito; também é imprescindível que se reconheça a importância de Alexy para a efetividade e limite nas normas constitucionais. O jurista aborda, inclusive, da Constituição Brasileira, quando expõe:

“Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não-vinculativas, portanto, como meras disposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível (Alexy, p. 69)

Conforme já referido anteriormente, cabe aduzir que existe um encargo institucional de reconstrução da história que está no seio do Direito, o que se torna mais evidente, principalmente, quando há embate entre preceitos que, até então, estavam coexistindo pacificamente. O magistrado, ao analisar o caso concreto e decidir a partir do mesmo, deverá apontar pelo caminho que pareça mais juridicamente coerente, entendendo o ordenamento como um todo e buscando materializar o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, e seguindo a linha de Lênio Streck, que tem como base o amplo referencial de Dworkin, as normas jurídicas não são inteiramente desvinculadas dos princípios que regeram sua elaboração. Não se pode falar, portanto, de uma separação precisa.

Feitos os apontamentos sobre as principais correntes doutrinárias acerca de como agir em caso de colisão entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais, o presente trabalho irá tratar, a seguir, do princípio da proteção à imagem e à vida privada das pessoas, amparando-se em uma revisão bibliográfica que traga um panorama histórico em torno do mesmo, com o fito de criar um melhor parâmetro para delimitar qual foi a forma de tratamento dada a ele por meio do Tema 786 do STF.

2.2 A PROTEÇÃO À IMAGEM E À VIDA PRIVADA DAS PESSOAS EM MEIO AOS NOVOS VEÍCULOS E COMUNICAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES: UM PANORAMA HISTÓRICO

Por meio da Constituição Federal de 1988, o direito à imagem obteve o status de direito autônomo. Dessa forma, a tutela legal que foi dada ao direito à imagem se tornou independente de outras ofensas eventualmente cometidas contra outros direitos de personalidade.

Previsto no rol dos direitos fundamentais (art. 5º da CF), a proteção à imagem está amparada pelos incisos V – a proteção à imagem-atributo –, X – a proteção da imagem propriamente dita – e XXVIII, alínea “a” – a proteção da imagem relativa ao criador da obra. Anteriormente à Constituição de 1988, a proteção à imagem dava-se, restritivamente, no âmbito da defesa dos direitos personalíssimos (Neto, 2004).

São caracteres inerentes ao direito à imagem:

São os seguintes os principais caracteres: direito subjetivo de caráter privado e absoluto; direito personalíssimo, mas dotado também de conteúdo patrimonial, quando, por meio de seu exercício, possa gerar bens com valor econômico e, portanto, indenização quando violados; direito inalienável, irrenunciável e, em geral, inapropriável; intransmissibilidade mortis causa, com observação de que a legitimidade para a tutela indenizatória, em se tratando de morto ou de ausente, pode ser exercida pelo cônjuge, ascendentes ou descendentes; por derradeiro, imprescritibilidade (Neto, 2004, p. 18).

A intimidade da pessoa diferencia-se de sua vida privada (sentido mais amplo). Tem-se que a intimidade está dentro da vida privada da pessoa, e diz respeito ao seu modo de ser, à sua identidade, facilmente confundível com a própria vida privada. Enquanto isso, a vida privada é todo o conjunto de informações que somente a pessoa pode decidir se irá divulgá-las ou não (Monteschio; Monteschio, 2019).

Pode-se falar em três concepções do direito à privacidade amplamente referenciadas na doutrina, quais sejam (i) o direito de ser deixado só, (ii) o direito de ter controle sobre a circulação dos dados pessoais e (iii) o direito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial. Ainda, a privacidade também inclui o direito de *não* saber, discussão que ganhou força com os avanços tecnológicos e midiáticos das últimas décadas, destacadamente. Modificada a forma de conceber a privacidade, percebe-se que sua proteção manifesta-se, também, como um poder

negativo, porquanto engloba o direito de excluir da própria esfera privada um determinado gênero de informações indesejadas. Nessa linha, o direito de *não* saber decorre da proteção do direito à intimidade (Mulholland, 2012).

É imperioso, portanto, o reconhecimento ao direito de não saber. Diante das exigências modernas, e havendo amparo afirmado à liberdade, deve, do mesmo modo, haver amparo à capacidade de escolher que é dela decorrente. Assim sendo, se há proteção à liberdade de escolha, conseqüentemente há proteção ao direito de não saber de algo. Para tratar do assunto, passou-se a usar o termo “autodeterminação informativa” para denominar a capacidade do indivíduo de dispor de suas próprias informações (Gomes, 2014).

O processo de captar e difundir uma imagem, nos últimos anos, tem experienciado assombroso avanço tecnológico, o que veio a possibilitar maior disseminação entre pessoas geograficamente distantes. Ainda, com a maior acessibilidade a dispositivos digitais, tais como celulares e tablets, o número de integrantes de redes sociais ou virtuais aumentou exponencialmente.

Contudo, tal modificação social, relativamente benéfica, teve seu efeito agridoce: trouxe consigo mais oportunidades de violação da imagem de outras pessoas, bem como suas exposições íntimas e pessoais, o que podem causar prejuízos não apenas no que tange a eventuais oportunidades profissionais, mas também à própria essência emocional das pessoas, favorecendo o adoecimento mental de tantas e, inclusive, com acentuado número de suicídios após exposições virtuais muito degradantes (Monteschio; Monteschio, 2019).

Acerca da exposição da imagem, Regina Sahm faz o seguinte comentário:

A comercialização da imagem não altera a substância do corpo, não altera a capacidade de sobrevivência cedida, sempre retorna íntegra ao titular diferentemente da cessão da intimidade, que, uma vez revelada, perde em parte sua integridade.

Nem por isso é absoluto o direito à disposição da imagem no sentido de alienação. A qualquer momento, desde que respeitado direito de terceiro, é ressalvado o direito ao arrependimento (Sahm, 2002).

O dano à imagem diferencia-se do dano material e moral. É cabível falar, de outra forma, de uma cumulação entre dano moral, material e à imagem concentrados no mesmo fato. Ademais, e tendo em conta que o art. 5º, X da Constituição não estabelece limitações à indenização por dano moral, nem prevê norma regulamentadora para tal, admite-se que é ilimitado (Nery Junior; Nery, 2012).

Tratando da proteção à imagem, e também da proteção aos dados pessoais em geral, cabe dimensionar o quanto tais informações se tornaram mais suscetíveis a serem rapidamente disseminadas, conforme os avanços tecnológicos potencializaram as possibilidades de comunicação entre pessoas distantes.

O alcance das informações, desde o advento e popularização dos jornais, até o rádio, a televisão e o cinema e, finalmente, a internet, tornou-se cada vez mais irrestrito e instantâneo. Com o aperfeiçoamento da prensa móvel, contribuição de Johannes Gutemberg, iniciou-se a disseminação de informações “de muitos para muitos”, fenômeno que intensificou-se gigantescamente com a popularização do meio virtual (Menezes, 2018).

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, acerca da necessidade da proteção à intimidade, especialmente no que concerne à saúde mental:

[...] o direito à privacidade está ligado à exigência do indivíduo encontrar-se protegido na sua solidão, na sua paz e equilíbrio, sendo a reclusão periódica uma necessidade da vida moderna, até mesmo como elemento de saúde mental; além disso, a privacidade é condição para o correto desenvolvimento da personalidade (Fernandes, 2017, p. 487).

Mas, se por um lado se busca tratar do respeito à privacidade e à intimidade das pessoas, também é necessário dar um destaque especial à delicadeza da situação em torno da proteção à liberdade de expressão e de informação, no contexto brasileiro.

Especifica-se “no contexto brasileiro” pois, como é de conhecimento comum, há pouco mais de três décadas, o Brasil ainda se encontrava em regime ditatorial, período durante o qual a liberdade de expressão, de imprensa e de informação foram intensamente suprimidas. Acerca dos impactos que esse período histórico ocasionou nas legislações e jurisprudências supervenientes, Gisela Istamati aduz (sobre o direito à liberdade de expressão):

[...] ocorre uma supervalorização dessa garantia constitucional e uma proteção especial a essa liberdade pelo STF, o qual delega um status de direito absoluto, embora afirme veementemente que não existem direitos absolutos no ordenamento jurídico (Istamati, 2008, p. 73)

O uso das redes sociais, após o advento e popularização da internet, transformou grandemente a forma de obter, tratar e divulgar dados, o que afetou, de modo diretamente proporcional, a proteção à privacidade da pessoa humana. Pode-se dizer que, atualmente, dificilmente alguém poderá alcançar verdadeiro controle de suas informações e registros pessoais após publicá-los na internet. A facilidade com a qual podem ser feitos *prints* de tela, que geram ocasionam

encaminhamentos permanentemente registrados entre os indivíduos é, tomando como parâmetro a velocidade por meio da qual os meios de comunicação evoluíram desde o jornal, impressionante.

Dessa maneira, hoje é possível afirmar que a capacidade de controle, retificação e eliminação das informações é inversamente proporcional à rapidez com a qual elas circulam (Teffé; Moraes, 2017). Desse modo, cabe frisar que em 23 de abril de 2014, através da Lei nº 12.965, foi regulado, no Brasil o “Marco Civil da Internet”, por meio do qual foram estabelecidos princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários, além das diretrizes necessárias para que o Estado possa intervir, caso necessário, e sempre visando a proteção aos direitos fundamentais e à ordem democrática (Mazzuoli, 2015).

Os direitos comunicativos, entendidos como aqueles relativos ao conjunto de formas de expressão ou recebimento de comunicações, englobam a capacidade de qualquer cidadão de expressar suas ideias e opiniões, em matéria científica, artística ou religiosa, por meio de qualquer veículo de comunicação, individualmente ou em grupos, e abrange, ainda, os direitos daqueles que receberam o que foi comunicado e como a informação os afetou.

É justamente no que concerne ao efeito que a comunicação causa em quem a recebeu que passou-se a garantir tutela jurídica às pessoas que sofreram com eventuais impactos negativos, especialmente no que toca a gritantes violações aos direitos fundamentais. Assim, em 13 de maio de 2014, pouco depois do Marco Civil da Internet ser regulado no Brasil, o Tribunal de Justiça da União Europeia definiu, de forma inédita, o instituto do “direito ao esquecimento” na Internet como um direito fundamental para a UE.

Em síntese, seria um direito fundamental inerente a todos os cidadãos da União Europeia, limitando os direitos comunicativos e especialmente de busca na internet (em atenção ao caso concreto, no qual foi pleiteada a retirada de dados pessoais dos resultados de busca) em nome da defesa do princípio da dignidade da pessoa humana (Mazzuoli, 2015).

Durante o mesmo período em que iniciaram os debates que, posteriormente, acarretaram na regulamentação do Marco Civil da Internet, o direito ao esquecimento já estava sendo discutido no Brasil. Foi por meio da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em março de 2013, que

anunciou-se que “A tutela da dignidade humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento”, por meio do Enunciado 531.

Também merece destaque a justificativa do Enunciado, na qual se expôs que “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”.

Um caso emblemático ocorrido no Brasil, e que decorre da mesma problemática em torno dos resultados de busca na internet, envolveu a atriz e cantora Xuxa Meneghel, no ano de 2012. Por meio do REsp nº 1.316.921/RJ, o julgado foi feito à luz do anteriormente citado, proveniente do TJUE, sendo um caso clássico de reivindicação pelo “direito ao esquecimento”, embora o termo não tenha sido usado pelas partes. A artista demandou que fossem retirados os resultados, fossem eles sites ou imagens, provenientes das pesquisas “xuxa pedófila” ou qualquer outro termo que viesse a associar o nome da autora, parcial ou integralmente, com ou sem erro de grafia, a uma prática criminosa. O interesse da atriz adveio do fato de que, em 1982, quando tinha 17 anos, foi par romântico de um menino com idade ainda inferior à dela, na obra audiovisual “Amor Estranho Amor” (Frajhof, 2019).

Em primeira instância, foi deferida liminar em favor da restrição de imagens indicadas pela artista, contudo, sem a exclusão dos links, conforme a autora havia demandado. O Google contestou a decisão, levando o caso até o Superior Tribunal de Justiça, ao qual incumbiria definir quais os limites da responsabilidade dos provedores de pesquisa pelo conteúdo gerado por usuários comuns, uma vez que a quantidade de resultados obtidos, após a pesquisa, não se devia a esforço do Google, e sim à grande exposição e popularidade do filme, motivo pelo qual muitos utilizadores comuns da internet geraram conteúdo acerca dele (Frajhof, 2019).

Nas palavras de Isabella Frajhof, tal foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

No âmbito do STJ, reconheceu-se a existência de uma relação de consumo entre usuário e provedor, ainda que o serviço prestado fosse gratuito, pois o Google faria uso dos dados dos usuários para definir a venda de espaços

publicitários e as preferências na ordem da listagem dos resultados de busca. Os provedores de pesquisa foram classificados como um gênero do provedor de conteúdo, uma vez que os mesmos “não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados” (STJ, 2012, p. 10). Portanto, descartando a teoria da responsabilidade objetiva dos provedores, e a teoria do risco da atividade (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), reputou-se que seria ilegítima a responsabilização dos provedores pelo conteúdo que constasse na lista de resultado de uma busca realizada (Frajhof, 2019, p. 128).

Assim, o STJ entendeu que não cabe ao provedor de busca (nesse caso, o Google) controlar previamente quais conteúdos seriam ilícitos ou ofensivos a determinada pessoa, visto que trata-se de uma análise subjetiva e não automatizável. Dessa forma, caberia à parte ofendida por determinado conteúdo dirigir-se ao responsável pelo conteúdo e providenciar sua remoção. Contudo, foi reconhecido que os sistemas dos provedores de pesquisa são capazes de cumprir com comandos objetivos, tal como o requerido por Xuxa acerca de impedir o surgimento de resultados de pesquisas que contassem como critério de busca o termo “Xuxa pedófila” (Frajhof, 2019).

Embora a restrição prévia de resultados de pesquisa em torno de determinados termos, como “Xuxa pedófila”, em meio virtual, ainda seja amplamente debatida, é seguro afirmar que o direito ao esquecimento não busca a tutela jurídica da censura propriamente dita. Assim pensam Sandra Martini e Laís Bergstein:

Em outros contextos, nota-se que o direito ao esquecimento é também associado à noção de censura, argumento que também não deve subsistir. Isso porque não se trata de buscar atualizar minuto a minuto o passado, ou reescrever as notícias em busca do poder, à moda do *Ministério da Verdade* de Orwell. O direito ao esquecimento relaciona-se à esperança do jurisdicionado que objetiva limitar certas passagens de sua vida ao passado e seguir na construção da sua história sem máculas indelévels dos erros cometidos por si ou por terceiros quando, por alguma circunstância da vida, também lhe dizem respeito (Martini; Bergstein, 2019).

No texto constituinte, é feita a distinção entre duas formas de comunicação: as comunicações particulares e a comunicação em massa. No que tange às comunicações particulares, o art. 5º, XII prevê a garantia do sigilo, ao elucidar que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial (...)”.

Já no que concerne às comunicações em massa, existem ainda duas categorias diferentes: a de “plena liberdade”, que não necessita de autorização ou ato de licença para funcionamento – como o é o caso de jornais e periódicos –, vide

o artigo 220, § 6º da CF, e a de “exploração do bem público”, que se dá por meio de concessão ou permissão, sendo o caso do rádio e da televisão (artigo 223 da CF). Salienta-se que, dentre a comunicação particular e a comunicação em massa, não existe necessariamente uma hierarquia no que diz respeito à relevância dos fatos comunicados em cada categoria, visto que informações comunicadas em massa podem ser absolutamente irrelevantes para a sociedade, enquanto uma comunicação particular pode conter informações que trariam impacto para a política ou o mercado econômico.

Com o advento e popularização das redes sociais, de outra forma, tal distinção tornou-se ainda mais nebulosa, tendo em conta que, muitas vezes, é observado certo hibridismo em torno do que seria uma comunicação particular e uma pública – exemplificativamente, uma mensagem particular ou uma publicação – inseridas no mesmo site (Pezzella; Camargo, 2009).

Após os fenômenos da informacionalização e da globalização, foi possibilitado, de muitas maneiras, a melhoria da capacidade produtiva, da criatividade cultural e do potencial de comunicação das pessoas. Informação tornou-se poder, instrumento de controle e moeda de troca no século XXI. Nesse sentido, em 14 de agosto de 2018, foi sancionada a Lei nº 13.709, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A LGPD modificou estruturalmente os ditames do marketing digital, e possui ampla e sólida base constitucional.

Assim como o instituto do direito ao esquecimento, ela é orientada pelo respeito à privacidade, pelo reconhecimento do direito à autodeterminação informativa (a qual, no âmbito civilista, presume que a própria pessoa pode dispor de suas próprias informações, no que tange à exteriorizá-las para o mundo ou não), além do reconhecimento da liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião e da inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem das pessoas.

Portanto, o texto legislativo da LGPD veio no sentido de reforçar o amparo aos dados da pessoa – física ou jurídica – em meio virtual, presumindo, corretamente, que há uma disparidade de condições entre o portador de dados e os terceiros que os utilizam, dada a dificuldade de controle de certas informações, após disseminadas irresponsavelmente no meio virtual (Martini; Bergstein, 2019).

De tal modo, é seguro afirmar que a finalidade das legislações concernentes ao tratamento de dados pessoais é garantir o respeito dos direitos e liberdades fundamentais, mais precisamente, do direito à vida privada, o qual necessita de forte

tutela, mesmo em meio às incertezas e riscos do universo virtual. Assim, tem-se que os tribunais não deveriam interpretar de modo restritivo os direitos à intimidade e à vida privada, especialmente quando diante de significativa passagem do tempo acerca de um caso que possa comprometer a construção da história de um indivíduo ou de sua família (Martini; Bergstein, 2019).

3 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO “DIREITO AO ESQUECIMENTO”

Conforme já citado no capítulo anterior, em 11 de fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal julgou aquela que ficou conhecida como a “ação do direito ao esquecimento”, que dizia respeito ao caso Aída Curi, envolvendo uma menina que foi violentada e posteriormente morta na década de 1950.

Após o crime ser revivido por um programa de televisão de grande audiência, os familiares pleitearam indenização por danos morais, justificando que não haveriam motivos cabíveis para a situação ser novamente trazida à tona, o que não foi reconhecido pelos tribunais ordinários e nem pelo Superior Tribunal de Justiça – embora esse tenha mencionado a existência do instituto do direito ao esquecimento, não reconheceu a prevalência da proteção à intimidade dos familiares no supracitado caso, e tampouco o pleito por indenização por danos morais.

No Supremo, o julgado foi no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do direito ao esquecimento na sua forma mais ampla e genérica, entendendo que eventuais excessos no exercício da liberdade de expressão e de informação deveriam ser analisados caso a caso. O presente capítulo, portanto, se propõe a analisar os principais argumentos trazidos pela Corte, bem como as principais críticas feitas ao posicionamento adotado por ela.

3.1 RAZÕES PARA A INCONSTITUCIONALIDADE E POSSIBILIDADES PARA ANÁLISE DO CASO CONCRETO EM EVENTUAIS EXCESSOS

Em 1890, foi publicado pela Harvard Law Review o famoso artigo “Right to Privacy”, o qual até hoje é base para discussões em torno do direito ao esquecimento. Motivado pelas transformações decorrentes das inovações tecnológicas da época – especialmente no que concerne a máquinas fotográficas e jornais – os autores perceberam a necessidade de proteger a vida e a segurança pessoal, por meio da proteção à intimidade, num meio que fosse capaz de transcender o meramente físico, porquanto elementos que hoje integram a realidade do meio virtual amplamente difundido já estavam tomando seus primeiros passos. Desde então, acompanhando os avanços tecnológico-midiáticos e de acesso à

informação, o debate em torno do “direito ao esquecimento” cresceu exponencialmente, havendo divergências doutrinárias em torno de quais seriam as limitações da conceituação do instituto (Galvão, 2022).

Tal cenário mudou em 2021, por meio do julgamento do RE nº 1.010.606 (caso Aída Curi). Já citado no tópico anterior do presente trabalho, o caso Aída Curi diz respeito a um crime que ocorreu no ano de 1958, no qual Aída, então uma menina de dezoito anos, sofreu abuso sexual, foi torturada e posteriormente morta na cidade do Rio de Janeiro.

Em 2004, o programa “Linha Direta Justiça”, da Rede Globo, tratou de reviver o ocorrido, fornecendo dados e imagens dos familiares da vítima, além de expor depoimentos de pessoas próximas à Aída e seus familiares.

Assim, os familiares da vítima ajuizaram uma ação indenizatória por danos morais contra a Rede Globo, arguindo que a reconstrução fornecida pelo programa televisivo teria sido uma afronta à privacidade da família, e que não haveria motivo cabível para que o crime fosse revisitado, após quase cinquenta anos de sua execução.

O pleito foi indeferido em primeiro e segundo grau e, assim, os autores recorreram ao Superior Tribunal de Justiça, o qual não reconheceu a incidência do direito ao esquecimento no caso em tela. Conforme voto do Ministro Luís Felipe Salomão, seria um crime de repercussão nacional e, ainda, a dor e desconforto causados pela narrativa dos fatos teria sido reduzida devido à passagem do tempo.

Dessa maneira, observa-se que o STJ reconhece a existência do direito ao esquecimento, porém não evidenciou a existência do mesmo no presente caso, de forma que fosse aliada à obrigação de indenização por danos morais demandada pelos autores.

Ademais, o voto do Ministro ressaltou que Aída não foi descrita de forma constrangedora ou vexatória, sendo que, inclusive, houve comparação da menina com a santa Maria Goretti, canonizada e considerada mártir pela Igreja Católica após ter resistido a uma tentativa de estupro. O entendimento do STJ acerca da demanda por danos morais, desse modo, amparou-se no fato de que nem a vítima, nem seus familiares, tiveram sua índole atacada ou contaram com quaisquer críticas às suas condutas, apesar de, mais uma vez, terem sido explicitamente associados ao bárbaro crime que vitimou Aída.

Chegado ao STF, foi fixada a seguinte tese (Tema 786 de Repercussão Geral):

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.

Cabe destacar, a partir do disposto no enunciado, que o Supremo delimitou o que se enquadraria no “direito ao esquecimento”, buscando sanar com eventuais divergências interpretativas que pudessem surgir a partir do Tema, conquanto a doutrina diverge acerca de sua abrangência. Sendo assim, as repercussões na proteção à privacidade, à honra e à imagem das pessoas, bem como aos direitos de personalidade e intimidade, num todo, serão analisados restritivamente em relação ao que foi delimitado no enunciado.

Na busca por limitar o que seria o direito ao esquecimento, foi o tratamento dado pelo Ministro Relator Dias Toffoli, no julgamento do R.E. 1.010.606:

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 do arrefecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados em suas razões de decidir, como a ressocialização, a proteção ao nome e à imagem do indivíduo. Desse modo, não obstante os esforços para se identificarem precedentes remotos do que viria a ser o direito ao esquecimento, o que se pode observar, em âmbito judicial, é a utilização discreta de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, aplicada de forma muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade. Essa compreensão é relevante porque, não raro, buscam os doutrinadores estabelecer um conceito para o direito ao esquecimento embasando-se em tais precedentes, que, como visto, são significativamente distintos na lida com pretensões voltadas ao ocultamento de dados ou fatos dentro de contextos específicos. Não por outra razão, há significativa multiplicidade de definições propostas para a expressão direito ao esquecimento.

Nessa linha, observa-se que não se trata de um instituto com conceito perfeitamente sólido, sendo que foi reconhecido, inclusive no julgado do Supremo, como necessariamente reconhecido apenas a partir do caso concreto.

É relevante outro apontamento do Ministro Relator:

No particular, é bem verdade que o tempo é um dos cerne da fundamentação do direito ao esquecimento, o qual pode ser violado pelo uso indevido de fatos passados da vida privada das pessoas. Porém, em matéria de indenização por dano moral, a violação de direitos não conduz

necessariamente ao dever de indenizar, porquanto esse depende da existência e extensão do dano. Diariamente, nesta Corte, reconhece-se, por exemplo, que alguns atos ilícitos consubstanciam meros dissabores para a pessoa, inaptos, portanto, a causar abalo moral (STF, 1010606, RE. Relator: Min. Dias Toffoli. Publicação: 20/05/2021).

No trecho acima, mais uma vez, foi frisado o quanto é necessária a análise casuística, embora trate especificamente da demanda por indenização em matéria de danos morais. Enquanto alguns casos podem constituir “meros dissabores”, outros justificariam a indenização pleiteada. No entanto, ressalta-se, não é sempre que a indenização em matéria de danos morais é pedida quando se evoca o direito ao esquecimento, o que torna ainda mais restrita a fundamentação do julgado, restringindo a abrangência da tese fixada.

Comentando o voto de Dias Toffoli, Binenbojm aduz:

A resposta foi dada esta semana pelo Supremo Tribunal Federal. Em um julgamento histórico, a Corte Constitucional do Brasil afirmou, por ampla maioria, que um tal direito não existe. Esquecer é uma decisão pessoal ou uma circunstância natural, a ser respeitada no âmbito privado. Sua imposição no plano coletivo, todavia, equivaleria a uma espécie de “amnésia coletiva” oponível erga omnes (contra todos). Seu reconhecimento, com os contornos vagos pretendidos, faria instituir um regime de segredos e de apagamento do passado. Como destacado no voto do relator, Ministro Dias Toffoli, o direito ao esquecimento não foi reconhecido em nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional no Brasil. Trata-se, no caso, de um silêncio eloquente: nem o Marco Civil da Internet, nem a Lei Geral de Proteção de Dados, nem muito menos a Constituição da República contemplou esse direito como algo decorrente da vontade do interessado ou do mero decurso do tempo. Ademais, o direito ao esquecimento não está implícito em qualquer garantia de direitos da personalidade, como a privacidade ou a intimidade, pois a informação verdadeira, obtida por meios lícitos, tem a sua veiculação assegurada pela Constituição, independentemente de censura ou licença, de quem quer que seja (BINENBOJM, 2021).

Conforme a interpretação acima, tem-se que o julgado do Tema 786 adotou o entendimento de grande parte da doutrina, qual seja, de que não haveria como adequar o instituto do direito ao esquecimento, em sua forma mais ampla e genérica, de forma a condizer com uma interpretação sistemática da Constituição. Sua forma mais genérica está perfeitamente traduzida no que foi elaborado pelo Supremo quando definiu que se tratava do “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”.

O professor Anderson Schreiber, nessa direção, entende que o Tema 786 “negou uma certa acepção de direito ao esquecimento, mas deixou muitas questões em aberto”. Na opinião de Anderson, o tema ainda poderá ser tratado sob o viés da

proteção à privacidade, uma vez que não foi esgotado a partir do julgado (Mendes, 2021).

Contudo, e na mesma linha do que foi referido no tópico 2.2 acerca da autodeterminação informativa, Laura Mendes entende que o instituto reforça a premissa de que o poder decisório seria do titular do direito:

O direito à autodeterminação informativa, que garante o poder do indivíduo referente ao fornecimento e utilização dos seus dados pessoais, também age como norma de proteção, ou seja, como direito objetivo no âmbito privado e, nessa medida, deve ser levado em consideração pelos juízes em um caso concreto (MENDES, 2020, p. 14).

[...]

Por fim, a autodeterminação informativa dá uma resposta convincente à abordagem crítica da relatividade da esfera privada, pois se trata exclusivamente do poder do titular do direito, e não mais da atribuição de dados à esfera privada (MENDES, 2020, p. 16).

A autora reconhece, ainda, a evidência da autodeterminação informativa a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, citando, inclusive, o remédio constitucional do habeas data com um notório exemplo:

[...] A partir dessas experiências e da vivência institucional relacionada à proteção de dados no Brasil, entendemos que hoje é possível se reconhecer um direito fundamental à proteção de dados pessoais, também chamado de autodeterminação informativa, como uma dimensão material do habeas data e amparada na inviolabilidade da intimidade e da vida privada e da dignidade humana, nos termos da Constituição (MENDES, 2018, p. 201).

Na linha do que foi referido no tópico 2.2, a Ministra Carmem Lúcia, durante a leitura de seu voto, enfatizou que sua geração tinha lutado “pelo direito de lembrar”, corroborando com o alegado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, o qual frisou que o direito ao esquecimento não existiria, de fato, e que a presunção da existência do instituto só geraria mais motivos para que fosse dito que “o Brasil não tem memória”. É evidente o peso que a influência da recente redemocratização do país tem no que concerne a demandas que possam restringir a liberdade de imprensa, de informação e de expressão (Albuquerque, 2022).

Em suma, tem-se que o julgado do STF baseou-se em cinco argumentos centrais, quais sejam: (i) a solidariedade entre gerações, (ii) a ponderação de valores, (iii) a exposição vexatória, (iv) ares democráticos e (v) a existência de fato notório e de domínio público. O argumento em favor da defesa do princípio de solidariedade entre gerações foi o principal ponto tratado pelo Supremo, recebendo especial atenção da Ministra Carmem Lúcia.

Acerca do princípio, a Ministra referiu que não se pode limitar a liberdade de expressão no que concerne ao conhecimento da história, em relação a geração posterior que virá conhecê-la, e aludiu que, de outra maneira, não haveria embasamento concreto para tratar da histórica violência cometida contra minorias, como foi o caso da escravidão, ou da violência contra as mulheres, os indígenas e a população LGBT (Marques; Freitas, 2021).

No entanto, há de ser apontado que a exposição de dados concernentes às pessoas envolvidas em grandes crimes, como foi o caso de Aída Curi, acaba por gerar o conhecido “fenômeno Suzane Von Richthofen”, uma vez que, se for procurado nos meios de pesquisa virtuais o nome de Suzane, aparecem inúmeras notícias de cunhos completamente diversos, inclusive de minúcias de seu cotidiano enquanto esteve na penitenciária.

Desta maneira, parte da doutrina entende que não pode ser incentivada uma violação perpétua dos direitos fundamentais de pessoas envolvidas em grandes crimes, escândalos ou fatos vergonhosos que foram amplamente noticiados, sob o risco de que eventualmente o fato se reduza a uma mercadoria rentável a ser explorada pelos veículos de comunicação (Marques; Freitas, 2021).

É essa a visão de Anna Elisa Alves Marques e Beatriz Amâncio de Paiva Freitas, em comentário acerca da repercussão do Tema 786 no fomento ao “fenômeno Suzane Von Richthofen:

Dessa forma, não se pode permitir que a mídia manipule as leis brasileiras e que esta seja ratificada pelo STF. Não se pode deixar nas mãos de jornalistas o julgamento, sem o devido processo legal, alimentado pelas paixões de uma sociedade que ainda não entende o cárcere como meio de ressocialização. O que os meios de comunicação fazem com casos como o de Suzanne é uma comunicação irresponsável, que viola o direito à intimidade e, conseqüentemente, ao seu esquecimento (Marques; Freitas, 2021, p. 13)

Conforme a perspectiva de Karina Nunes Fritz, existem duas principais críticas ao posicionamento do STF no que concerne ao direito ao esquecimento. A primeira seria em torno da ausência de resposta jurídica precisa ao caso, uma vez que restou aberta a possibilidade de que a incidência do tema fosse analisada “caso a caso”; enquanto a segunda diria respeito à falta de solidez dogmática da decisão, dentro do entendimento de que a tese fundamentada pelo supremo seria “vacilante”, nas palavras de Karina (Fritz, 2021).

Do mesmo modo que a Corte findou com uma das possibilidades de acesso à questão, também deixou aberta a análise casuística acerca da colisão de preceitos

fundamentais em torno do instituto. No mais, a fundamentação da Corte possibilitou a interpretação de que o direito ao esquecimento é uma decorrência lógica e necessária da proteção da “personalidade em geral” e deixou de fora o campo que está se tornando o mais importante relativo à aplicação da proteção dos direitos da personalidade e, conseqüentemente, do direito ao esquecimento, qual seja, o meio virtual (Fritz, 2021).

Existem grandes diferenças no que tange ao caso de Aída Curi e às possibilidades e concretudes trazidas pela aplicabilidade do direito ao esquecimento no campo virtual. De início, não se pode falar na tutela do pleno desenvolvimento da personalidade da vítima, falecida há meio século, além de que foi discutida apenas a reconstrução e exposição televisiva do crime.

Casos como o de Aída, relacionados a fatos históricos e de grande interesse público, conforme já narrada relevância que o crime teve na cidade do Rio de Janeiro, à sua época; bem como os crimes contra mulheres, não costumam ser abarcados pelo direito ao esquecimento, o que foi evidenciado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, em seu voto.

Da mesma maneira, não caberia invocar o direito ao esquecimento quando há possibilidade de que a memória do acontecido venha a impedir ou reduzir a reincidência de erros pretéritos, como seria o caso dos crimes cometidos durante o regime militar ou grandes acontecimentos políticos, como o impeachment de Fernando Collor ou de Dilma Rousseff. Estando numa esfera diversa, foram feitas críticas à forma como o direito ao esquecimento foi tratado pela Corte no que concerne ao fato de que o consideraram uma ameaça à história e à memória brasileiras, num contexto de recente e sofrida redemocratização do país (Fritz, 2021).

Entendendo que o direito ao esquecimento estaria em esfera evidentemente diversa daquela que se proporia a, efetivamente, “apagar o passado”, Karina Nunes Fritz é clara ao dizer que:

Com efeito, a associação entre direito ao esquecimento e apagamento da história ou da memória social só pode ser entendida como desconhecimento dogmático da figura, pois o direito ao esquecimento nunca pretendeu impedir ou restringir o acesso a informações de caráter histórico ou de interesse público.

[..]

Da mesma forma, afirmar que o direito ao esquecimento põe em risco a liberdade de expressão e imprensa ou a democracia é ignorar que a figura não abarca fatos de interesse público divulgados na mídia, como escândalos de corrupção envolvendo políticos, empresários ou autoridades

públicas, a exemplo da operação Lava Jato, nem notícias sobre tráfico de influência, vendas e sentenças ou abuso de autoridade por magistrados, nem os recentes ataques perpetrados por agentes políticos contra o STF ou a ordem constitucional em nome, pasme-se, da liberdade de expressão.

Tem-se que, por fim, os verdadeiros ataques à ordem democrática seriam provenientes de discursos de ódio, *fake news* e discursos propriamente antidemocráticos, considerando-se uma falácia a presunção de que a liberdade de imprensa seria oposta ao direito ao esquecimento, tendo em conta que o último possui caráter excepcional, visando resguardar a intimidade e o desenvolvimento da personalidade humana, não sendo viável nos casos de notória historicidade e repercussão para os rumos do país.

Ingo Sarlet também detalha que é, no mínimo, discutível o quanto o julgado pelo Supremo guarda estrita coerência e consistência internas; pois se, por um lado, a corte não negou a possibilidade de eventualmente limitar os discursos manifestamente abusivos e destrutivos a outros preceitos fundamentais; também foi clara ao determinar que não se pode esvaziar ou ferir a liberdade de expressão e de informação, bem como o direito individual e coletivo à memória, sob o pretexto de defender o direito ao esquecimento (Sarlet, 2021).

Nesse sentido, é a visão do professor:

Do que se trata, ao fim e ao cabo, é de estabelecer critérios para orientar decisões que envolvem a solução de tais conflitos entre princípios e direitos fundamentais, bem como avaliar quais meios são constitucionalmente legítimos para tal efeito, sempre priorizando – em se reconhecendo a necessidade da proteção dos direitos da personalidade e mesmo da dignidade humana – os meios menos restritivos das liberdades comunicativas, trate-se de fazê-lo mediante responsabilização civil e/ou penal, direito de resposta, correção e/ou apagamento de certos dados, desindexação dos mecanismos de busca na internet, manutenção na íntegra das informações, mas supressão da identidade dos envolvidos desproporcionalmente prejudicados, entre outras possibilidades (Sarlet, 2021).

Percebe-se, a partir do comentário de Sarlet, que são perfeitamente admitidos os “meios constitucionalmente legítimos para tal efeito”, tais como as responsabilizações em esfera civil ou penal nos casos de eventuais excessos, e, ainda, o que é principalmente pleiteado pelo direito ao esquecimento: a correção ou apagamento de certos dados ou informações do meio virtual.

O Ministro Luiz Edson Fachin, ao votar no julgamento do RE 1.010.606, destacou que a liberdade de expressão não é oposta ao direito ao esquecimento,

podendo haver comunicação harmônica entre ambos no ordenamento jurídico. Nesse sentido, foi o apontamento do Ministro:

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 (STF, 1010606, RE. Relator: Min. Dias Toffoli. Publicação: 20/05/2021).

Além disso, Fachin defendeu que tratava-se de notícia puramente científica, utilizada em meios de comunicação como jornais e trabalhos acadêmicos, sendo, portanto, material público. Ainda, haveria uma importância histórica relevante concernente ao caso Aída Curi, tendo em conta que o crime causou grande choque na população, na época em que foi cometido, e alterou a percepção de que o Bairro Copacabana, na cidade do Rio de Janeiro, seria uma zona tranquila para se viver. No mais, cabe destacar que foi referenciado em obras da cultura popular, como na música “Todas as Mulheres do Mundo”, da cantora Rita Lee.

No que tange à aparente e inescusável oposição de princípios que envolve o instituto do direito ao esquecimento, Fachin defende que se trata, principalmente, de uma leitura sistemática do conjunto das liberdades fundamentais, na qual tais liberdades são consideradas como parte de um todo, em vez de meramente suprimidas:

Em primeiro lugar, o referente ao termo “direito ao esquecimento” é 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 (STF, 1010606, RE. Relator: Min. Dias Toffoli. Publicação: DJE 20/05/2021)

A partir do entendimento de Edson Fachin, é possível fazer, conforme foi exposto no capítulo anterior, uma relação com a teoria de Ronald Dworkin. Para Dworkin, os princípios em embate não estariam tão visivelmente separados, visto que são, na verdade, parte de um todo, sendo possível apenas interpretar o caso concreto a partir de uma visão sistemática, entendendo os princípios fundamentais como forças entremeadas.

Dessa forma, e também em concordância com o trazido pela professora Karina Nunes Fritz, não é cabível afirmar que a liberdade de expressão, de informação e de imprensa poderiam, efetivamente, vilanizar com o princípio de

proteção à privacidade, à honra e à imagem das pessoas, inclusive porque a abrangência dada ao direito ao esquecimento não engloba eventos de grande importância nacional ou historicidade, não sendo possível, por exemplo, fundamentar desinformações históricas ou censura midiática propriamente dita com respaldo do instituto.

3.2 AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO TEMA 786 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA AQUELES QUE ENTENDEM QUE ESTÃO SENDO ATINGIDOS INDEVIDA E EXCESSIVAMENTE PELA DIVULGAÇÃO DE ACONTECIMENTOS OU FATOS PASSADOS

De início, é válido destacar que a incompatibilidade do instituto do direito ao esquecimento, prevista por meio do Tema 786 do Supremo, não excluiu por completo a possibilidade de que o mesmo seja utilizado no ordenamento jurídico brasileiro. O precedente aberto deve levar em conta a definição dada pelo mesmo, qual seja, de que se trata do “poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais”. No mais, frise-se, houve a previsão de que eventuais excessos podem ser analisados no caso concreto, o que deixou grande margem interpretativa para o futuro. Na visão da professora Karine Nunes Fritz, tratou-se de um julgado com ausência de resposta jurídica propriamente dita (Fritz, 2021).

A percepção de que não houve resposta jurídica propriamente dita foi corroborada por Rafael Mansur:

Ao assim proceder, o Supremo nada mais fez que endossar aquilo que já era defendido pela doutrina favorável ao direito ao esquecimento, que jamais postulou uma exclusão automática de notícias ou um direito absoluto ao apagamento de informações a partir de meros caprichos individuais, enfatizando, sempre, a necessidade de uma criteriosa ponderação entre os direitos colidentes, examinando-se os elementos do caso concreto a partir de parâmetros que indiquem a prevalência pontual de um dos princípios contrastantes. A tese consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, longe de expurgar o direito ao esquecimento de nosso ordenamento, acaba por referendar (ainda que por linhas tortas) a compreensão prevalente no âmbito da doutrina civilista, favorável ao direito ao esquecimento e à sua aplicação via sopesamento de interesses.

A incongruência interna na tese assentada pelo STF – primeiro rejeitando o direito ao esquecimento em abstrato para, em seguida, admitir uma verificação casuística da lesão a direitos fundamentais – pode ser identificada de modo pedagógico no voto do Ministro Kassio Nunes Marques

que, tendo se posicionado contrariamente ao reconhecimento do direito ao esquecimento, acabou por concluir, na análise do caso discutido no recurso extraordinário, pela indenizabilidade dos danos sofridos pelos autores da ação. Em outros termos, aplicou o direito ao esquecimento, sem “dar nome aos bois” (Mansur, 2021).

Mansur destaca que o reconhecimento do instituto possui primazia, em especial, no que concerne à conveniência do processo hermenêutico, enriquecendo a complexidade dos princípios em sua aplicabilidade e ampliando as possibilidades para que os valores sejam ponderados – ou sistematicamente analisados – a depender da colisão normativa. Assim sendo, há utilidade prática evidente no direito ao esquecimento, evidenciada a colaboração do mesmo em tirar da abstração princípios mais superficialmente antagônicos e fornecer meios mais nítidos para que sejam analisados de forma sistemática (Mansur, 2021).

Contudo, apesar dessa possibilidade fornecida por meio do reconhecimento da existência do instituto, o Supremo foi enfático ao afirmar que a liberdade de expressão não poderia ser suprimida em nome do direito ao esquecimento. Investigando as possíveis razões para o direcionamento, tem-se que a Corte foi muito influenciada pela realidade de que o país, há pouco tempo – considerando parâmetros históricos – livrou-se de uma realidade ditatorial, na qual a liberdade comunicativa foi muito suprimida. A Corte, desse modo, buscou puxar para si o encargo da defesa à liberdade de comunicação, de expressão e de imprensa; porém, não tratou tão profundamente do fato de que os problemas do Brasil contemporâneo não se reduzem à ausência destas liberdades, mas sim a um sistemático desrespeito aos direitos individuais da pessoa humana, direitos que, se também sistematicamente considerados, em nada são afrontados pelo direito ao esquecimento (Mansur, 2021).

Nas palavras do Ministro relator Dias Toffoli, no julgamento do RE 1.010.606 “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”. Mais adiante, o ilustre Ministro também aduz que o direito ao esquecimento configura uma afronta à liberdade de expressão, pois restringe previamente a liberdade de informar; além de que a proteção aos direitos da personalidade já existem independentemente do instituto, à parte de eventual marco temporal que possa qualificá-las (Brasil, 2021).

É através dessas colocações que se põe luz no perigo que é a análise dos princípios fundamentais isoladamente considerados. Sob o manto da defesa às

liberdades de expressão, de informação e de imprensa, pode-se reduzir, e muito, a complexidade da proteção dos direitos individuais; e, a depender do momento histórico e da sensibilidade da população em relação a determinados temas, o Judiciário pode ser influenciado a optar por um caminho em detrimento do outro, ignorando as entremeações que ambos possuem e o quanto necessitam de uma coexistência pacífica para que os direitos fundamentais sejam respeitados.

A tese vencedora, assim, limitou-se a tratar de um embate entre princípios constitucionais considerando-os perfeitamente separados, ignorando a raiz que o direito ao esquecimento, assim como todos os direitos de personalidade, possui na proteção à dignidade da pessoa humana. Uma vez que fosse reconhecido como um caso de tutela à dignidade da pessoa humana, não se poderia falar em ponderação de princípios ou valores (Dornellas, 2022).

Tal entendimento possui afinidade com o comentário do professor Jorge Reis Novais:

Se há direitos que, por natureza, estão mais próximos ou mais intimamente associados à dignidade da pessoa humana, esses são os chamados direitos fundamentais da personalidade, ou seja, aqueles que respeitam e se fundam na própria existência do seu titular considerado como persona, incluindo-se, aí, as garantias jusfundamentais de proteção da vida, da integridade física e psíquica, da liberdade geral de ação e de uma esfera pessoal reservada (Novais, 2018, p. 191).

Tem-se que o ponto convergente entre os princípios tratados é, justamente, o amparo à dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana não deve ser compreendida apenas na sua dimensão individual, mas também no que tange à responsabilidade de cada um por seus lados (dimensão social ou coletiva). Considerando essa premissa, os preceitos tratados como conflitantes, na verdade, podem ser considerados harmônicos, conquanto possuem base conjunta na proteção à dignidade da pessoa humana, garantido-a com aplicabilidades diversas (Bueno; Zanin, 2021)

À luz da teoria de Dworkin, Bueno e Zanin aduzem brilhantemente:

A dignidade é a qualidade da pessoa a impor que nenhum ser humano possa ser coisificado ou instrumentalizado. Contudo, não tem um aspecto apenas individual, visto que as pessoas nascem, vivem e morrem em uma sociedade; portanto, há a dimensão social e relacional da dignidade humana [...] O limite do direito à privacidade e do direito à “autodeterminação informacional” é a liberdade de autorrealização dos demais indivíduos que, para moldarem seu eu, devem ter livre e amplo acesso a informações de interesse público. Todos esses direitos estão assegurados pelo princípio da dignidade humana e são passíveis de conciliação (BUENO; ZANIN, 2021, p. 16).

Aliando termos como o de “autodeterminação informacional”, citado acima, com a noção de que o direito ao esquecimento é amparado pela proteção à dignidade da pessoa humana, cabe apontá-lo como “o direito à memória individual”, não sendo algo genérico, mas uma ferramenta específica que deve ser analisada conjuntamente, indo de encontro às liberdades asseguradas pela Constituição (Santos, 2022).

O Ministro Gilmar Mendes, ao votar pelo provimento parcial no julgado do RE 1.010.606, apresentou a proposta de tese:

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 desnature a essência da informação (Brasil, 2021, p. 290).

Ao longo do seu voto, buscando embasar a tese acima apresentada, o Ministro frisou a viabilidade de alternativas como a reparação de danos e garantia de direito de resposta, no caso de tratar-se de fato com presente finalidade pública, social ou histórica atual, que não pode ser “esquecido” por meio do instituto; além de prever a possibilidade de que as narrativas se dessem de forma anonimizada, protegendo a divulgação de características que tornam seus protagonistas, coadjuvantes ou terceiros envolvidos identificáveis (Brasil, 2021).

Lima e Martins destacam que, em relação à aplicabilidade do direito ao esquecimento e suas alternativas, a análise sempre se torna extremamente casuística, o que compromete a possibilidade de, concretamente, haver uma direção geral seu respeito:

Em outra oportunidade, já nos manifestamos sobre a (in)utilidade de um tema de repercussão geral, tendo em vista a natureza caleidoscópica do direito ao esquecimento, comprometendo a aplicação de uma tese para outros casos “análogos”, que dificilmente existirão, considerando as peculiaridades da hipótese e a amplitude da nomenclatura “direito ao esquecimento”, objeto de críticas, muitas fundadas, pela doutrina. Há de ser considerado o disposto no artigo 926, parágrafo segundo do Código de Processo Civil, que determina que, ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que

motivaram sua criação. O conteúdo dinâmico do direito ao esquecimento dificulta a aplicação de um precedente em outros casos, que apresentam suporte fático distinto (Lima; Martins, 2020).

Lima e Martins escreveram sobre o tema antes mesmo do julgamento do RE 1.010.606, contudo, acertadamente anteciparam no que tange à necessidade de que a aplicabilidade – ou não – do instituto seja analisada casuisticamente, comprometendo o impacto da repercussão geral firmada. Ainda, opinam pela inviabilidade do que é proposto pela corrente doutrinária contrária à aplicação do direito ao esquecimento, a qual sugere que o dano seja reparado pecuniariamente. Na opinião dos autores, deve-se respeitar o princípio da precaução (ou o “direito de não ser vítima de danos”), além de que a retirada do material ofensivo não é o bastante para reparar um dano que se relaciona com a inserção social do indivíduo, com prejuízos que podem lhe acompanhar pela vida inteira. Nesse viés, a liberdade irrestrita de expressão, informação e imprensa aliada à reparação pecuniária não são o bastante para proteger os direitos de personalidade concernentes ao instituto. Frise-se, todos os quais encontram-se amparados pela proteção à dignidade da pessoa humana (Lima; Martins, 2020).

O direito ao esquecimento, portanto, apresenta-se como uma figura caleidoscópica, não se podendo falar numa perfeita solidez do instituto diante do caso concreto. Decorrente disso, evidencia-se a inutilidade de uma repercussão geral para tratar do tema e a impossibilidade de se firmar tese a respeito, conquanto, inclusive no caso Aída Curi, tratou-se do âmbito televisivo, o que em muito se diferenciaria se fosse aplicado nos veículos de busca virtuais.

Tratando da relação entre o Tema 786 e a internet, Gonçalves e Reis aduzem:

Dessa forma, a Tese 786 que vincula o Poder Judiciário apresenta a perspectiva de não aplicação do direito ao esquecimento, porém, diante da sociedade da informação, com fluxo infindável de informações da vida privada na rede mundial de computadores acessadas em qualquer lugar do planeta, não se afasta a possibilidade de suscitar direitos fundamentais ligados à identidade de particulares e à sua personalidade como mecanismos limitadores do uso abusivo de informações, pois nenhuma restrição proferida pelo Poder Judiciário pode violar o núcleo essencial do direito, o qual serve como uma barreira de proteção visando a proteção do conteúdo, a qual torna o direito irreconhecível caso esta for violada (GONÇALVES; REIS, 2023).

Com base no levantamento bibliográfico feito e considerando a historicidade do país, tem-se que o posicionamento do Supremo buscou não dar brechas para alguma interpretação que pudesse sugerir que as liberdades de expressão, de

imprensa e de informação estavam sendo cerceadas, pois o Brasil é uma nação de recente redemocratização e cujas sombras de regimes ditatoriais ainda pairam sob seu território. No entanto – e bebendo da fonte da teoria de Dworkin – os direitos da personalidade não são perfeitamente antagônicos a tais liberdades em situações como as que suscitam o direito ao esquecimento, conquanto encontram-se entremeados e podem ser analisados cooperativamente, com o fito de proteger a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, restou prejudicado o real impacto do Tema 786 no que tange às novas ações que venham a evocar o direito ao esquecimento, tendo em conta que se trata de uma análise necessariamente casuística. No mais, e diante da feroz evolução dos meios de comunicação, tem-se que o julgado pelo Supremo tratou de um caso específico que envolvia um programa televisivo, ainda distante de abordar os desafios trazidos no que concerne aos meios de busca virtuais.

Nos termos do levantamento bibliográfico efetuado no presente capítulo, foi vislumbrado que a defesa à dignidade da pessoa humana pode ser suscitada para embasar decisões no sentido de conhecer a existência da aplicabilidade do direito ao esquecimento e também de afastá-lo; e que, diante desse embate, o Supremo tratou de apenas negar a “supremacia genérica” do instituto, que seria observada caso sua forma mais ampla e inespecífica fosse admitida. De outra maneira, optou por reafirmar o que já era entendido pela doutrina e pelas jurisprudências que existiam sobre o tema, qual seja, de que é indispensável a análise do caso concreto para que se tenha a medida certa a ser tomada – e se, a grosso modo, será optado por conferir proteção maior à liberdade de expressão ou à preservação da intimidade.

No que tange à inicial premissa de que houve supressão do princípio constitucional de proteção à privacidade, à honra e à imagem das pessoas, o levantamento bibliográfico de ambos capítulos, combinados, trouxe à luz o entendimento de que o suposto embate entre princípios tratar-se-ia, na verdade, de uma perspectiva fragmentada do que realmente se busca prezar: pela proteção à dignidade da pessoa humana e aos preceitos constitucionais, num todo. Sendo assim, o fato de que não foi evidenciado grande impacto pelo Tema fixado colaborou com o que já estava embasado no capítulo anterior, bebendo especialmente da fonte de Dworkin, acerca de ser um instituto que provoca a análise sistemática dos princípios que o envolvem, sem que haja, necessariamente, uma contraposição

entre ambos os polos, visto que o direito ao esquecimento não é oposto à liberdade de expressão, de comunicação, de informação e de imprensa.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha como objetivo geral traçar um panorama do quanto o princípio constitucional de proteção à privacidade, à honra e à imagem das pessoas foi suprimido a partir da Tema 786 do Supremo Tribunal Federal, com reconhecida Repercussão Geral, que tratava da aplicabilidade do direito ao esquecimento num pleito por indenização por danos morais (caso Aída Curi).

Como já amplamente referido no trabalho, a Corte entendeu que não seria constitucional tratar do direito ao esquecimento em sua forma mais genérica e inespecífica, determinando que a aplicação do instituto se desse de modo necessariamente casuístico, considerando as possibilidades e limitações do caso concreto.

Desse modo, partiu-se da premissa de que teria sido dada prevalência à proteção às liberdades de expressão, de informação e de imprensa, em detrimento das garantias já citadas, afins ao direito à intimidade. A ponderação entre princípios é a técnica normalmente adotada para solucionar embates do gênero, nos quais proteções igualmente caras à Constituição se encontram, aparentemente, em polos antagônicos.

Robert Alexy é um destacado teórico da ponderação entre princípios, fundamentando sua teoria na noção de que o recuo de um princípio deve ser diretamente proporcional à prevalência do outro, competindo ao magistrado delimitar o alcance de cada um, a partir de sua interpretação do caso concreto.

Contudo, o trabalho também baseou-se na visão de Ronald Dworkin, o qual possui um entendimento mais sistemático acerca da interpretação da principiologia constitucional. Para Dworkin, os princípios não devem ser isoladamente considerados – é a consideração isolada dos princípios que possibilita que eles sejam vistos como opostos no que tange à sua aplicação em determinados casos concretos.

De outra maneira, adotando-se a visão de que eles estão entremeados, todos contribuindo para a mesma finalidade de respeitar-se à ordem constitucional ou, no que se pode aduzir mais precisamente no que concerne ao direito ao esquecimento, à proteção à dignidade da pessoa humana, abandona-se a perspectiva de que, eventualmente, um poderia agir em desfavor do outro.

Portanto, adotando essa perspectiva, sequer sealaria na contraposição de princípios que foi tão aludida pelo Supremo, resultando na tese fixada que, notoriamente, alegou dar primazia à liberdade de expressão, de informação e de imprensa. No mais, por meio do apanhado histórico efetuado, extrai-se que, da fundamentação da Corte, muitas referências foram feitas à realidade de que o Brasil é um país de recente redemocratização, com feridas ainda abertas no que diz respeito às liberdades de comunicação e imprensa durante o regime militar.

Houveram diversas ponderações dos Ministros em torno de que seria profundamente inadequado tratar do “direito de se esquecer” numa nação que tanto lutou para lembrar, com o evidenciado impacto que a censura e as restrições comunicativas tiveram nas gerações ainda recentes.

Apesar de haver grande divergência doutrinária no que concerne aos limites e abrangência do direito ao esquecimento, destaca-se o que foi referido pela professora Karina Nunes Fritz de que o instituto não dá conta de englobar, também, eventos de grande importância nacional ou historicidade, motivo pelo qual ele sequer deveria ser visto como uma afronta à liberdade de informação e à memória histórica do país, que se mostrou, fundamentadamente, tão cara pela Corte Constitucional.

Nesse viés, tem-se que a análise do direito ao esquecimento deve ser, necessariamente, sistemática, de modo que se torna impossível considerá-lo em desacordo com as proteções tão caras já mencionadas. O instituto, assim como tantos outros, possui pleno respaldo constitucional, especialmente no que é relativo à proteção da dignidade da pessoa humana.

A ausência de um entendimento doutrinário apaziguado acerca de sua abrangência teve peso na fundamentação dos Ministros do Supremo, conquanto trataram-no como um possível empecilho à execução plena da liberdade de expressão e imprensa, como se, em algum caso concreto, ele pudesse efetivamente sê-lo.

Pode-se dizer que o *right to be left alone* é um produto da coerência do ordenamento jurídico a partir de sua raiz constitucional, só sendo corretamente conceituado quando é tratado desta forma. É um instituto que se torna possível devido à interpretação sistemática da Constituição.

No mais, e conforme Lima e Martins pontuaram, tem-se que a Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo através do Tema 786 não trouxe grande

direcionamento para futuras decisões, uma vez que consta no próprio texto do referido Tema que “eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais”. Notavelmente, já era com esse direcionamento que a jurisprudência contava.

Portanto, e considerando que o objetivo geral do trabalho era analisar o quanto o princípio constitucional de proteção à privacidade, à honra e à imagem das pessoas foi suprimido em decorrência do Tema 786 do STF, concluiu-se que a Repercussão Geral firmada não trouxe grandes consequências no que tange a direcionar as jurisprudências futuras, conquanto reconheceu a necessidade de que a aplicação do tema seja sempre analisada casuisticamente.

Ademais, e acerca da ponderação entre princípios *a priori*, comparadas as teorias de Alexy e Dworkin, adotou-se o entendimento de Dworkin acerca da entremeação dos fundamentos constitucionais, os quais devem ser analisados sistematicamente e com o fito de perpetuar, aos aplicá-los concretamente, o encargo de reconstrução institucional da história que compete ao Direito, nas sociedades democráticas.

5 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Victória Rocha Silva. **O direito à desindexação diante da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao esquecimento**. Dissertação de mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2022.

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social**. In: *Constitucionalismo Discursivo*, p. 69.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

ARAÚJO, Diego Moura de. **O direito ao esquecimento e sua interpretação na jurisprudência europeia e brasileira**. Revista Human rights and universal legal, volume II. Barcelona: autografia, 2017.

ARDENGHI, Régis Schneider. **Direito à vida privada e direito à informação: colisão de direitos fundamentais**. Revista da Esmesc, v. 19, n. 25, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Um julgamento para não esquecer**. O Globo. Disponível em:

<https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/gustavo-binenbojm-um-julgamento-para-nao-esquecer.html>. Acesso em 20/10/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 1.010.606/RJ**. Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli, Julgado em 11/02/2021, DJe 20/05/2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 22/10/2023.

BUENO, Nayana Guimarães Souza de Oliveira Poreli; ZANIN, Fabricio Carlos. **A constitucionalidade do direito ao esquecimento à luz da teoria interpretativa de Ronald Dworkin**. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, 2021.

CARELLO, Clarissa Pereira. **Direito ao esquecimento: parâmetros jurisprudenciais**. Dissertação de mestrado. Canoas: Centro Universitário La Salle, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Efetividade do direito a ser esquecido**. Revista Argumentum. Marília/SP, V. 18, N. 1, 2017.

DORNELAS, Filipe Müller. **Direito ao esquecimento e dignidade da pessoa humana e a crítica necessária à tese fixada no caso Aída Curi - Recurso Extraordinário 1.010.606 do Supremo Tribunal Federal**. Lisboa: Jus Scriptum's International Journal of Law, 2022.

FACHIN, Zulmar; FONTES, Jamile Magalhães Barreto. **Direito ao esquecimento na cibercultura: um estudo sobre o Tema n. 786 do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Revista Jurídica, vol. 3, nº 75, p 601-629, 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 487.

FRAJHOF, Isabella Z. **O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias**. São Paulo: Almedina, 2019.

FRITZ, Karina Nunes. **Direito ao esquecimento: fim da linha?** German Report, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/346527/direito-ao-esquecimento-fim-da-linha%3E>. Acesso em 20 de outubro de 2023.

FURTADO, Gustavo Cavalheiro. **O direito ao esquecimento frente à liberdade de expressão: critérios de ponderação**. Juiz de Fora: Unidade Juiz de Fora, 2020.

GALVÃO, Camila Trindade. **Tema 786 do STF: O direito ao esquecimento deve ser esquecido no Brasil? Análise crítica sobre os reflexos do julgamento Aída Curi pelo STF**. Constituição e Direitos Fundamentais: Jurisprudência nacional, estrangeira e internacional comentada. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2022.

GARCIA, Aline Monteiro; PAULA, Priscilla de Oliveira. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação: tensões entre o direito à intimidade e privacidade e o direito à liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Direito das Políticas Públicas. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2021.

GOMES, Cristiane Souza de Carvalho. **Direitos fundamentais da personalidade: O direito de não saber como proteção da identidade da pessoa humana**. Trabalho de Conclusão de Curso. Caratinga: Faculdades Integradas de Caratinga - FIC, 2014.

GONÇALVES, Lorena Nunes; REIS, Emmanuel Rocha. **A tutela jurídica do direito ao esquecimento: limites ao uso de informações verídicas na ordem jurídica brasileira diante da Tese de Repercussão Geral 786 - STF**. Cadernos UNDB - Estudos Jurídicos Interdisciplinares. [S.l.], v. 6, 2023. Disponível em:

<https://periodicos.undb.edu.br/index.php/cadernosundb/article/view/137>. Acesso em 11 de novembro de 2023.

ISTAMATI, Gisela Barroso. **O Supremo Tribunal Federal e a liberdade de expressão: análise de casos após a Constituição de 1988**. Trabalho de Conclusão de Curso. São Paulo, 2008.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MARTINS, Guilherme Magalhães. **A figura caleidoscópica do direito ao esquecimento e a (in)utilidade de um tema de repercussão geral**. São Paulo: Migalhas, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/334044/a-figura-caleidoscopica-do-direito-ao-esquecimento-e-a-in-utilidade-de-um-tema-em-repercussao-geral>. Acesso em 22/10/23.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **Limites ao exercício do direito ao esquecimento**. São Paulo: Revista de Direito Brasileira, 2016.

MANSUR, Rafael. **Decisão do STF não é ‘pá de cal’ no direito ao esquecimento**. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-24/mansur-stf-nao-jogou-pa-cal-direito-esquecimento>. Acesso em 22 de outubro de 2023.

MARTINI, Sandra Regina; BERGSTEIN, Laís. **Aproximações entre o direito ao esquecimento e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Revista Jurídica Disruptiva. Volume I, Número 1, 2019.

MARQUES, Anna Elisa Alves; FREITAS, Beatriz Amâncio de Paiva. **Cancelamento no Brasil: uma análise da tese de repercussão geral nº 786 do Supremo Tribunal Federal**. Revista Transgressões: ciências criminais em série, v. 9, n. 1, 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento**. ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa, nº 6, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, 2010.

MENDES, Guilherme. **STF forma maioria para declarar inexistente direito ao esquecimento.** Brasília: IBDFAM, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8161/STF+forma+maioria+para+declarar+inexistente+di+reito+ao+esquecimento>. Acesso em 20 de outubro de 2023.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Autodeterminação informativa: a história de um conceito.** Fortaleza: Revista Pensar, out/dez. 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Habeas Data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda.** Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, 2018.

MENEZES, Giovanna Andretto de. **Da idade da pedra à era digital: A comunicação no decorrer da História e a complexidade na produção de conteúdo para empresas nas redes sociais.** Juazeiro: XX Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, 2018.

MONTESCHIO, Horácio; MONTESCHIO, Valeria Juliana Tortato. **A proteção da imagem, da privacidade e da intimidade em face da possibilidade de sua violação e exposição pelos meios de comunicação e nas redes sociais.** Belém: Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, 2019.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MULHOLLAND, Caitlin. **O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade.** Comentário ao REsp 1.195.995. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012.

NASCIMENTO, Yasmin Terra do. **Direito ao esquecimento e Tema 786/STF: análise do instituto aplicado aos condenados que cumpriram integralmente a tema, diante do Direito Penal e da sociedade da informação.** Trabalho de conclusão de curso. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2023.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 220.

NETO, Domingos Franciulli. **A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal.** Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 16, n. 1, p. 1-74, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2018.

PIRES, Mixilini Chemin; FREITAS, Riva Sobrado de. **O direito à memória e o direito ao esquecimento: o tempo como paradigma de proteção à dignidade da pessoa humana**. Chapecó: Unoesc International Legal Seminar, 2013.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Sociedade da informação e as redes sociais**. Rio Grande: Revista Juris, 2009.

RODOTÁ, Stéfano. **A vida na sociedade da vigilância – A privacidade hoje**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2008.

SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-1-2002**. São Paulo: atlas, 2002, p. 38.

SANTOS, Stephanie Gabrielle Ferreira dos. **A admissibilidade do direito ao esquecimento à luz da CRFB/88: Critérios para o sopesamento entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão**. Trabalho de Curso. São Paulo: Universidade São Judas Tadeu, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados**. In: Et Al, Bruno Bioni. Tratado de proteção de dados pessoais. Forense.

SARLET, Ingo Wolfgang. **STF e direito ao esquecimento: julgamento a ser esquecido ou comemorado?** Consultor Jurídico. 5 de março de 2021. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/direitos-fundamentais-stf-direito-esquecimento-julgamento-esquecido-ou-comemorado>. Acesso em 20/10/ 2023.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário da Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet**. Fortaleza: Revista Pensar, v. 22, 2017.