Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro



Nayana Guimarães Souza de Oliveira Poreli Bueno

A MEMÓRIA NO TRIBUNAL DA JUSTIÇA:
o direito ao esquecimento no Brasil

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite

Rio de Janeiro,

agosto de 2024

Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro



Nayana Guimarães Souza de Oliveira Poreli Bueno

A MEMÓRIA NO TRIBUNAL DA JUSTIÇA:
o direito ao esquecimento no Brasil

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Fábio de Carvalho Leite
Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Adrian Sgarbi
Departamento de Direito - PUC-Rio

Prof. Noel Struchinner
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. André de Abreu Costa
Departamento de Direito - UFOP

Rodrigo Gaspar de Mello
Doutor pela PUC-Rio e Juiz Federal

Rio de Janeiro,

09 de agosto de 2024.

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Nayana Guimarães Souza de Oliveira Poreli Bueno

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto-MG (UFOP), pós-graduada em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade Federal do Tocantins (UFT) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Ex-professora do curso de graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins. Atualmente, é Técnica Judiciária e Assessora Jurídica de 2ª instância no Tribunal de Justiça do Tocantins.

Ficha Catalográfica

Bueno, Nayana Guimarães Souza de Oliveira Poreli

A memória no tribunal da justiça : o direito ao esquecimento no Brasil / Nayana Guimarães Souza de Oliveira Poreli Bueno ; orientador: Fábio de Carvalho Leite. – 2024.

410 f. ; 30 cm

Tese (doutorado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2024.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Direito ao esquecimento. 3. Desindexação. 4. Direitos de personalidade. 5. Liberdade de expressão. 6. Anistia. I. Leite, Fábio de Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Ao Guilherme, que foi gerado e nasceu durante este doutorado, e veio para iluminar todos os meus dias, até aqui vividos e por viver.

Agradecimentos

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins e à Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT), por viabilizarem a realização deste programa de doutorado interinstitucional.

Ao Desembargador Adolfo Amaro Mendes e a todos os colegas do GAB-07, pelo incentivo e compreensão durante esse período de estudos.

Ao Professor Fábio Leite, pelas aulas instigadoras e pela orientação sempre pontual e cuidadosa.

A todos os professores da PUC-Rio que participaram deste Dinter, pela transmissão e troca de conhecimentos. Aos funcionários da PUC-Rio pelo auxílio no tocante à parte burocrática neste período de estudos.

Aos professores componentes da banca de qualificação, que foram muito importantes para colocar esse estudo nos trilhos. Assim, agradeço aos professores André de Abreu Costa, Adrian Sgarbi e Noel Struchiner.

Aos professores componentes da banca de defesa final, pelas contribuições visando enriquecer este trabalho acadêmico.

Aos colegas de doutorado, pelos conhecimentos trocados e pelo apoio mútuo durante a realização desses estudos.

Ao meu esposo, Rodrigo, pelo apoio incondicional.

Aos meus familiares, em especial à minha mãe, avó, irmãs e sobrinhos.

Aos amigos, em especial à Lina e ao Cristian, pelos momentos de descontração aos finais de semana.

À Capes, pois o presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Enfim, a todos que de forma direta ou indireta contribuíram para a realização dessa pesquisa.

Resumo

Bueno, Nayana Guimarães Souza de O P. Leite, Fábio Carvalho. **A memória no tribunal da justiça : o direito ao esquecimento no Brasil.** Rio de Janeiro, 2024, 410p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O direito ao esquecimento vem sendo invocado nas mais distintas situações em que se pode pensar no interesse de alguém de que uma informação pública seja esquecida, ou, ao menos, não torne a circular. Incluem-se no escopo da pesquisa os casos em que o direito ao esquecimento: é invocado por ex-condenados ou ex-investigados criminalmente, a fim de coibir a rememoração ou a permanência na *web* de lembranças sobre crimes que cometeram ou pelos quais foram investigados; é alegado por vítimas ou parentes de vítimas de crimes, a fim de coibir a rememoração ou permanência de lembranças sobre os crimes que os abalaram no passado; é ventilado por indivíduos para que sejam excluídas informações constantes na *internet* que, embora não tenham natureza criminal ou investigativa, são desabonadoras da conduta individual; é afirmado pelos anistiados políticos beneficiados pela Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79), relativamente a fatos ocorridos no contexto da ditadura militar. Busca-se responder: tem um indivíduo o direito subjetivo de obstar outra pessoa de pôr novamente em circulação, ou manter disponibilizadas na *internet*, informações que lhe digam respeito e que circularam de forma lícita, anteriormente? em que situações o fluxo de informação, na internet e fora dela, pode ser contido pelo Direito, para garantir o respeito aos direitos da personalidade, sem, com isso, afetar de maneira inaceitável a construção da memória individual e coletiva, e a liberdade de expressão e informação? Objetiva-se estudar se o direito ao esquecimento existe enquanto tal, com um âmbito de proteção que distinto do de outros direitos da personalidade; e quais os critérios podem ser adotados para resolver as situações práticas em que esse direito é invocado e entra em rota de colisão com a liberdade de expressão. Concluiu-se que o direito ao esquecimento não existe, enquanto tal, como um direito autônomo, podendo os casos descritos como tais ser resolvidos à luz dos tradicionais direitos de personalidade. Em específico, o direito ao esquecimento não existe com fundamento na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). Com relação às demandas de desindexação dirigidas aos motores de busca na *web*, concluiu-se pela necessidade de observar a regulação existente nos artigos 19 e 21 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). No que diz respeito às pretensões formuladas por anistiados políticos, ex-condenados, investigados e vítimas de crimes ocorridos no passado, defendeu-se que as pretensões de esquecimento se fundam, na verdade, no direito à identidade. Esse direito não assegura, todavia, a pretensão de que sejam retiradas de circulação notícias sobre crimes ocorridos no passado, uma vez que isso afeta de maneira inaceitável a memória, individual e pública, e a história. Em se tratando de demandas nas quais se pleiteia o esquecimento de fatos vexaminosos, que não configuram crime ou infração, deve-se analisar quais os direitos da personalidade estão envolvidos, se os fatos noticiados/retratados são ou não de interesse público e se envolvem, ou não, figuras públicas, a fim de realizar, se for o caso, a ponderação entre liberdade de expressão e os direitos colidentes.

Palavras-chave

Direito ao esquecimento; desindexação; direitos de personalidade; liberdade de expressão; anistia.

Abstract

Bueno, Nayana Guimarães Souza de O P. Leite, Fábio Carvalho. **Memory in The Court Of Justice: the right to be forgotten in Brazil.** Rio de Janeiro, 2024, 410p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The right to be forgotten has been alleged in the most diferent situations in which it is possible to think of someone's interest in having public information forgotten, or, at least, not circulated again. Included in the scope of this research are cases in which the right to be forgotten: is invoked by ex-convicts or former criminally investigated, in order to prevent the remembrance or permanence on the web of memories about crimes they committed or for which they were investigated ; is alleged by victims or relatives of victims of crimes, in order to prevent the remembrance or permanence of memories about the crimes that affected them in the past; is sustained by individuals concerning information on the internet that, although is not about criminal investigations or convictions, results in discredit for the individual; is stated by political amnestied beneficiaries of the Amnesty Law (Law nº 6,683/79), regarding facts that occurred in the context of the military dictatorship. The aim is to answer: does an individual have the subjective right to prevent another person from putting back into circulation, or keeping available on the internet, information that concerns him or her and that has previously circulated lawfully? In what situations can the flow of information, on the internet and elsewhere, be contained by law, to guarantee respect for personality rights, without thereby affect unacceptablely the construction of individual and collective memory, and freedom of expression? The objective is to study whether the right to be forgotten exists as such, with a scope of protection that is different from that of other personality rights; and what criteria can be adopted to resolve practical situations in which this right is invoked and comes into conflict with freedom of expression. It was concluded that the right to be forgotten does not exist, as an autonomous right, and cases described as such can be resolved in light of traditional personality rights. Specifically, the right to be forgotten does not exist based on the General Data Protection Law (Law No. 13,709/2018). Regarding the deindexation demands directed at web search engines, it was concluded that there is a need to observe the existing regulations in articles 19 and 21 of the Law nº 12,965/2014. With regard to the claims made by political amnestied, ex-convicts, those under investigation and victims of crimes that occurred in the past, it was argued that the claims to be forgotten are, in fact, based on the right to identity. This right does not, however, ensure that news about crimes that occurred in the past can be removed from circulation, because this means an unacceptable affectation of individual and public memory and history. In the case of demands in which a person claims to forget embarrassing facts that do not constitute a crime or infraction, it must be analyzed which personality rights are involved, whether or not the facts reported/portrayed are of public interest and involve, or not, public figures, in order to carry out, if applicable, the balance between freedom of expression and conflicting rights.

Keyword

Right to be forgotten; deindexation; personality rights; freedom of expression; amnesty.

SUMÁRIO

1 Introdução 12

PRIMEIRA PARTE – O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA ESTRANGEIRA E NACIONAL 20

2 O direito ao esquecimento na Europa 21

2.1O direito ao esquecimento na Europa antes do caso González 211

2.1.1 A primeira aparição do *droit à l'oubli*: caso Mme. Segret vs. Societé Rome Filme 21
2.1.2 As primeiras aplicações: casos Lebach I, na Alemanha e Mme. M vs. Revista Paris Match, na França. Direito ao esquecimento como o direito de um indivíduo que cumpriu uma sentença criminal de deixar de ser associado, pela imprensa, às ações criminosas. 23
2.1.3 A semente do caso Mme. M. vs. Revista Paris Match. Extensão doutrinária do direito ao esquecimento para além dos casos em que condenados criminais se opõem a nova divulgação dos fatos criminosos perpetrados. 26
2.1.4 O recuo das cortes francesa e alemã quanto ao reconhecimento do direito ao esquecimento. Licitude de novas divulgações, pela imprensa, de crimes ocorridos, com referência ao criminoso, às vítimas ou à família das vítimas. 27
2.1.5 Repercussões do direito ao esquecimento em outros países integrantes da União Europeia 33
2.1.6 A indefinição em torno do direito ao esquecimento. 35

2.2 O direito ao esquecimento na Europa a partir do julgamento do caso González (2014) e da aprovação do Regulamento Geral de Proteção de Dados nº 679/2015 35

2.2.1 Julgamento pelo Tribunal de Justiça Europeu do caso González vs. Google Spain e Google Inc. (2014) 37
2.2.2 A implementação do direito ao esquecimento pelo Google, após o julgamento do caso González 42
2.2.3 A recepção do julgamento do Caso González na doutrina europeia 43
2.2.4 A promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) nº 679/2016. O direito ao esquecimento como equivalente do direito ao apagamento. 45
2.2.5 Julgamentos no TJUE e nos tribunais nacionais europeus após o caso González e o RGPD. 50
2.2.6 A posição da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). .. 60
2.2.7 Conclusões parciais: a segunda fase parece resultar numa aceitação crescente do direito ao esquecimento, identificado como direito ao apagamento, previsto no RGPD. 65

3 O direito ao esquecimento nos Estados Unidos da América 68

3.1 O "tradicional" direito ao esquecimento exercido em face da imprensa: os casos Melvin vs. Reid (1931) e Sidis vs. F-R Publishing Corporation... 69

3.2 O direito ao esquecimento na internet nos Estados Unidos 73

4 O direito ao esquecimento na América do Sul 78

4.1 O *derecho al olvido* na Argentina 78
4.2 O *derecho al olvido* na Colômbia 85
4.3 O derecho al olvido no Chile 93
5 O direito ao esquecimento no Brasil 99
5.1 O direito ao esquecimento no Superior Tribunal de Justiça. Período entre 2013 (primeira menção) e 2021 (julgamento do tema de repercussão geral nº 786). 101
5.1.1 Superior Tribunal de Justiça. O (in)existente direito ao esquecimento dos familiares de vítima de crime famoso. O Caso Aída Curi (REsp nº 1.335.153/RJ) 101
5.1.2 Superior Tribunal de Justiça. O direito ao esquecimento como o direito da pessoa processada criminalmente, mas inocentada. O Caso Chacina da Candelária (REsp nº 1.334.097/RJ). 107
5.1.3 Superior Tribunal de Justiça. O direito ao esquecimento do condenado por crime de grande repercussão social. REsp nº 1.736.803/RJ. 110
5.1.4 Superior Tribunal de Justiça. O (in)existente direito ao esquecimento do anistiado político. O REsp nº 1.434.498-SP (Caso Ustra) e o REsp nº 1.369.571-PE (Caso Zarattini Filho). 113
5.1.5 O direito ao esquecimento na internet. Desindexação e apagamento de conteúdo da internet. Panorama antes do MCI; após o MCI e antes da LGPD; após a LGPD e antes do julgamento do tema de repercussão geral nº 786. 115
5.2 O julgamento do caso Aída Curi e do tema de repercussão geral nº 786 pelo Supremo Tribunal Federal (2021) 124
5.3 O direito ao esquecimento no STJ após o julgamento do caso Aída Curi e do tema de repercussão geral nº 786 142
5.3.1 Reanálise do caso “Chacina da Candelária” em juízo de retratação 142
5.3.2 REsp nº 1.961.581/MS. Desindexação de notícia sobre prática de crime do qual o autor foi absolvido 144
5.3.3 REsp n. 1.774.425/RJ. Google vs. Valdomiro Minoru Dondo 145
5.3.4 O rejulgamento do REsp nº 1.660.168/RJ, em sede de juízo de retratação 146
5.4 O direito ao esquecimento após o julgamento do caso “Zarattini Filho” e do tema de repercussão geral nº 995 149
5.5 O posicionamento da CIDH e da Corte IDH a propósito do direito ao esquecimento 153
5.5.1 Atuação da Corte IDH e da CIDH em matéria de justiça transicional 156
5.5.2 *Standards* da Corte IDH e da CIDH em matéria de liberdade de expressão 159
5.6 A doutrina sobre o direito ao esquecimento no Brasil. Dois momentos: antes e depois do julgamento do tema de repercussão geral nº 786. 165
5.7 A doutrina sobre o direito ao esquecimento em matéria de justiça de transição 178
5.8 O horizonte avistado a partir do debate jurisprudencial e acadêmico. 180

SEGUNDA PARTE - DIREITO AO ESQUECIMENTO: ENTRE A CLÁUSULA ABERTA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A LÓGICA RESTRITIVA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO 189

6 Direitos de personalidade: dignidade da pessoa humana, direitos implícitos e colisões entre direitos 190

6.1 Concepção do direito como uma prática interpretativa e a possibilidade de o ordenamento jurídico conter direitos implícitos 192

6.2 Compreensão do Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito, a centralidade constitucional do princípio da dignidade humana e o fenômeno da personalização do Direito. 200

6.3 O fenômeno da personalização do direito e as consequências metodológicas para o Direito 203

6.4 O conteúdo do princípio da dignidade humana e suas consequências para a identificação de direitos implícitos 208

6.5 Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais 216

6.6 Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade 2215

6.7 Colisões entre direitos fundamentais de personalidade 2271

6.8 Direitos humanos, controle de convencionalidade e seus impactos na análise dos direitos fundamentais de personalidade em conflito 23539

7 Direito ao esquecimento: um novo direito da personalidade? 2415

7.1 Os direitos da personalidade em espécie 2426

7.1.1 Direito à identidade 2437
7.1.2 Direito à honra 2526
7.1.3 Direito à imagem 2582
7.1.4 Direito à privacidade 2637
7.1.5 Direito à proteção de dados pessoais 2837

7.2 Possibilidade de reconhecimento da autonomia do direito ao esquecimento: existe algum aspecto residual da personalidade humana a ser tutelado por esse direito? 2937

8 Liberdade de expressão e a tese da posição preferencial 3005

8.1 Fundamentos teóricos da liberdade de expressão 3015

8.2 Âmbito constitucional de proteção da liberdade de expressão 30409

8.2.1 Liberdade de expressar ideias e opiniões (liberdade de expressão *stricto sensu*) 3071
8.2.2 Direito à informação 3094
8.2.3 Liberdade de imprensa 3137

8.3 Legislação infraconstitucional versando sobre a liberdade de imprensa 3150

8.4 Colisões entre o direito à liberdade de expressão e outros direitos da personalidade: a tese da posição preferencial 3161

9 Respostas constitucionalmente adequadas às pretensões de esquecimento 3316

9.1 Pretensões de desindexação de notícias dirigidas a motores de buscas na *web* 3327

9.2 Pretensões dirigidas aos autores/responsáveis pelas informações constantes da publicação em meio físico ou na *web* 3361

9.2.1 Publicação ou republicação de notícias sobre fatos relacionados à ditadura militar 3372

9.2.2 Rememoração, pela imprensa, ou permanência, na *internet*, de notícias sobre crimes ou atos ilícitos praticados ou investigados há muito tempo 3462

9.3 Rememoração, pela imprensa, ou permanência, na *internet*, de notícias sobre situações vexatórias que não configurem crime ou investigação por ato ilícito 3572

10 Conclusão 3595

Referências..... 386

1
Introdução

Desde o comentário publicado por *Gerard Lyon-Caen,* em 1965, a respeito do caso *Mme. Segret vs. Societé Rome Filme*, a expressão "direito ao esquecimento" vem sendo invocada nas mais diferentes situações em que se poderia pensar no interesse de alguém de que uma informação pública seja esquecida – ou, ao menos, não torne a circular.

As primeiras situações em que o direito ao esquecimento foi invocado diziam respeito a pretensões de que não fossem postas novamente em circulação informações sobre crimes cometidos no passado, na hipótese em que seus perpetradores já tivessem cumprido a pena, com fundamento no direito à ressocialização. Essa foi a solução dada pela Corte Constitucional alemã no caso *Lebach I*, julgado em 1973, e pela Corte de Apelação de Paris no caso *Madame M. vs. Filipacchi et Cogedipresse*, julgado em 1983, casos citados quase que obrigatoriamente nos estudos sobre o tema, constantemente referidos como se tratassem de "direito ao esquecimento no âmbito criminal". Nessas situações, o direito ao esquecimento foi analisado sob o prisma da existência de um conflito entre a liberdade de imprensa e o direito do ex-condenado à ressocialização.

No Brasil, esse espectro de casos de "direito ao esquecimento no âmbito criminal" foi ampliado consideravelmente em seu uso jurisprudencial: a expressão foi utilizada para afastar a caracterização de maus antecedentes, quando transcorrido lapso superior a cinco anos desde a extinção da condenação anterior (STF, HC 126.315; julgado pela Segunda Turma; Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/09/2015); ainda, foi usada para afastar a elevação da pena em decorrência, exclusivamente, de condenações criminais muito antigas (STJ, HC nº 256.210-SP; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 3 de dezembro de 2013); e para reformar decisões que negavam a progressão de regime em razão de faltas graves cometidas em período longínquo e já reabilitadas (STJ, HC nº 505.302/SP, Rel. Rogério Schietti Cruz,

julgado em 25/06/2019). Nestes casos, diferentemente, se tem o indivíduo inserido no sistema penal-prisional, em sua relação com o Estado, relativamente à aplicação da lei penal e processual penal.

De outra senda, também vem sendo tratados como espécies de tutela do "direito ao esquecimento" casos nos quais pessoas envolvidas em crimes de ampla repercussão social, a saber, as vítimas e seus familiares, bem como pessoas acusadas, mas inocentadas, requerem tutela inibitória – por exemplo, proibição de exibição de programas televisivos sobre tais fatos, exclusão de matérias jornalísticas da *web* - ou tutela reparatória, dirigindo suas pretensões contra a mídia. No exterior, são exemplos os casos *pull-over rouge* (2003) e *Enrico* (2004), ambos julgados pela Corte de Cassação Francesa; *Times Inc. vs. Hill*, julgado em 1967 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América; e *Glória* vs. *Editorial El Tiempo,* julgado pela Suprema Corte da Colômbia, em 2015. No Brasil, podem-se citar os casos Aída Curi e Chacina da Candelária, ambos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2013.

Adicionalmente, a expressão "direito ao esquecimento" vem sendo usada, notadamente após o julgamento do caso *Costeja González vs. Google Spain*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em 2014, para se referir a situações em que se requer a desindexação de notícias muito antigas dos motores de busca na *web*.

Os pedidos de desindexação são apresentados em situações fáticas muito diversas, e com distintos fundamentos. Boa parte diz respeito a ex-condenados criminalmente e que buscam a desvinculação de notícias e comentários postados na *web* acerca dos crimes que cometeram e cuja pena já cumpriram, sob fundamento de que a *internet* é incapaz de esquecer, e a permanência de notícias sobre a condenação faz com que seja inviável a reinserção social dos requerentes. Muitas vezes, as notícias publicadas na *web* haviam sido divulgadas anteriormente em meio físico, e foram disponibilizadas na rede em razão da digitalização de hemerotecas digitais de jornais e revistas. Esse tipo de demanda se assemelha ao originário direito ao esquecimento, diferenciando-se unicamente no que diz respeito às especificidades da arquitetura da *internet*, que é feita para lembrar, e não para esquecer, e às especificidades de funcionamento dos motores de busca, cujo funcionamento pode resultar na identificação de um perfil da pessoa conforme a ordem de resultados de pesquisa apareça. Casos dessa espécie já foram analisados pelo Tribunal Supremo espanhol (recurso nºs 2772/2013), pela Suprema Corte da Inglaterra e do País de Gales (NT1 e NT2 vs. Google LLC, julgado em 2018), pela justiça alemã e pela Corte Europeia de

Direitos Humanos (M.L. e W.W contra *Deutschlandradio*). Na América do Sul, pode-se citar o caso Graziani vs. Diario El Mercurio, julgado pela Suprema Corte chilena, em 2016.

De forma muito próxima a esses casos, estão aqueles em que pessoas processadas, mas inocentadas, buscam a desvinculação de seus nomes em relação às notícias publicadas na *web* acerca da acusação. Na Europa, um exemplo é o recurso nº 3440/2015, julgado pelo Tribunal Supremo espanhol. Na América do Sul, citam-se os casos Glória vs. Editorial El Tiempo, julgado pela Suprema Corte colombiana, e os recursos especiais nº 1.660.168/RJ e 1.961.581/MS, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

Outros pedidos de desindexação são feitos a partir de outros fundamentos, como o direito à imagem, à honra, e à intimidade. Na Argentina, é exemplo o caso Belén Rodríguez vs. Google Inc e Yahoo de Argentina, em que se discutiu a licitude da vinculação do nome de modelo profissional e artista a páginas de *internet* de conteúdo erótico e pornográfico, e a responsabilidade dos motores de busca a esse respeito. No Brasil, sobressaem os casos Xuxa Meneghel vs. Google Brasil (REsp nº 1.316.921/RJ), e o caso Google vs. Valdomiro Minoru Dondo (REsp nº 1.774.425/RJ).

Há, ainda, pedidos de tutela inibitória ou reparatória em que se alega o direito ao esquecimento de anistiados políticos beneficiados pela Lei de Anistia, como é o caso dos recursos especiais nºs 1.434.498-SP e 1.369.571-PE, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

Os distintos sentidos atribuídos à expressão “direito ao esquecimento” revelam um problema de natureza conceitual, pois as diversas situações de uso dessa expressão não trazem qualquer segurança quanto à definição dos sujeitos ativo e passivo desse direito e o seu âmbito de proteção. Logo, um primeiro ponto para todo aquele que busca compreender o direito ao esquecimento é verificar se há algum âmbito de proteção que torne esse direito autônomo em relação aos demais direitos de personalidade.

Além dessa questão de natureza conceitual, há outro problema, que é o de saber como resolver os casos em que há um conflito entre o direito ao esquecimento, entendido como um direito de personalidade, e a liberdade de expressão. Essa dificuldade, vale frisar, estará presente ainda que se entenda que não há um âmbito autônomo para reconhecimento do direito ao esquecimento: o que importará, então, será saber quais os reais direitos envolvidos e como resolver grande parte das situações em que são dirigidos pedidos contra a mídia

(tradicional ou na *internet*) ou contra motores de busca ou provedores de conteúdo na *web*, visando obstar a veiculação ou permanência de notícias.

Nesse ponto, cabe ressaltar que, no Brasil, a análise do tema em sede jurisprudencial teve, inicialmente, resultados muito distintos no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF). Enquanto decisões do STJ, nos casos “Aída Curi” (REsp nº 1.335.153/RJ) e “Chacina da Candelária” (REsp nº 1.334.097/RJ) apontavam para a existência de um direito autônomo ao esquecimento, e para a prevalência dos direitos da personalidade sobre a liberdade de expressão, o STF, na análise do RE nº 1.010.606/RJ, em sede de repercussão geral, firmou a tese da incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Federal e da prevalência *prima facie* da liberdade de expressão face aos direitos da personalidade.

A decisão ainda é recente e suscitou reações opostas na doutrina. Do ponto de vista da parcela da doutrina que se dedica aos estudos do direito à liberdade de expressão, a decisão foi motivo de celebração. Para Rocha e Lopes (2021, p. 77), a decisão foi acertada no ponto em que negou a existência do direito ao esquecimento com relação a crimes ocorridos no passado e, também, no tocante a conferir posição preferencial à liberdade de expressão, frente a outros direitos da personalidade. Outra parcela da doutrina, entretanto, criticou acidamente a decisão, tanto no que diz respeito ao conceito de direito ao esquecimento que foi descrito na tese de repercussão geral, quanto à forma de sopesamento entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade e à previsão de exceções e como elas serão operacionalizadas na prática. Para De Cicco (2021, p. 1), “o direito ao esquecimento está vivo e goza de boa saúde, apesar da tentativa do STF de declarar a sua morte”.

Nesse cenário, entende-se que o assunto não está esgotado: há ainda muito a dizer sobre o direito ao esquecimento. Primeiramente, sobre o aspecto conceitual, pois a doutrina segue debatendo com vigor a matéria. Na sequência, é necessário também o estudo sobre critérios que podem servir para a resolução de conflitos entre os direitos de personalidade (dentre os quais estaria o direito ao esquecimento) e a liberdade de expressão.

Para desenvolver a pesquisa nessas direções, e em razão da extensão que o assunto passou a abarcar na prática jurisprudencial, é preciso delimitar a princípio o que se entende como sendo o cerne da questão discutida. Assim, afunilando a temática em estudo, acredita-se que as principais questões levantadas pelo debate sobre o direito ao esquecimento não dizem respeito à concretização da lei penal ou processual penal, relativamente a indivíduos

condenados e que questionam os critérios para caracterização de maus antecedentes, (in)deferimento de benefícios na execução da pena etc. O tema é relevante quando se tem em mira a discussão dos direitos que um indivíduo tem perante outro indivíduo, a mídia, os motores de busca e provedores de conteúdo e de informações na *web*, relativamente à rememoração de fatos nos quais se envolveu no passado. É esse o ponto nevrálgico do estudo que se irá desenvolver e, por tais razões, serão excluídos do escopo da pesquisa, desde logo, casos criminais em que o direito ao esquecimento é chamado a cumprir um papel na relação indivíduo-Estado no que diz respeito à aplicação da pena.

Assim, incluem-se no escopo da pesquisa casos em que o direito ao esquecimento (i) é invocado por ex-condenados ou ex-investigados criminalmente contra a imprensa ou contra motores de busca ou provedores de conteúdo ou de informações na *internet*, a fim de coibir a rememoração ou a permanência de lembranças sobre crimes que cometeram ou pelos quais foram investigados; (ii) é alegado por vítimas ou parentes de vítimas de crimes, contra a imprensa ou contra motores de busca ou provedores de conteúdo na *internet*, a fim de coibir a rememoração ou permanência de lembranças sobre os crimes que os abalaram no passado; (iii) é ventilado por indivíduos contra motores de busca ou provedores de conteúdo ou de informações na *internet,* para que sejam excluídas informações constantes na *internet* que, embora não tenham natureza criminal ou investigativa, são desabonadoras da conduta individual, ou revelem fatos da privacidade/intimidade que se quer omitir. Nesse escopo, incluem-se também notícias publicadas na mídia que se referem a anistiados políticos beneficiados pela Lei de Anistia, dada a proximidade dos assuntos.

Desse modo, o que se discute quando se tem em mira o direito ao esquecimento é: tem um indivíduo o direito subjetivo de obstar outra pessoa (física ou jurídica, incluindo órgãos da imprensa) de pôr novamente em circulação, ou manter disponibilizadas na *internet*, informações que lhe digam respeito e que circularam de forma lícita, anteriormente? Por detrás dessa pergunta, esconde-se outra: em que situações o fluxo de informação, na internet e fora dela, pode ser contido pelo Direito, para garantir o respeito aos direitos da personalidade, sem, com isso, afetar de maneira inaceitável a construção da memória individual e coletiva, e a liberdade de expressão e informação?

O objetivo geral da pesquisa, portanto, é estudar se o direito ao esquecimento existe enquanto tal, com um âmbito de proteção que o distinga de outros direitos da personalidade; e, existindo ou não um direito autônomo ao esquecimento, quais os critérios podem ser adotados para resolver as situações

práticas em que esse direito é invocado e entra em rota de colisão com a liberdade de expressão.

A relevância desse estudo, pois, está em se propor a investigar uma questão conceitual que atualmente se encontra pungente nos debates acadêmicos no Brasil. Mas, para além desse aspecto, acredita-se que o propósito de maior relevo é buscar definir critérios para resolver os casos em que direitos da personalidade são contrapostos à liberdade de expressão e de informação. Nesse aspecto, parte da doutrina brasileira (Mello, 2016; Hartmann, 2020; Leite, 2014) vem apontando uma deficiência na existência de parâmetros ou critérios para decidir casos como os descritos como integrantes do escopo deste trabalho acadêmico. Assim, há utilidade acadêmica e social deste estudo, que pode ser capaz de impactar efetivamente a prática do direito no tocante à problemática enfrentada.

Para concretização dos objetivos gerais, o estudo será dividido em duas partes. A primeira parte da pesquisa é dedicada ao trabalho de mapeamento dos usos atribuídos, na jurisprudência e na doutrina, à expressão “direito ao esquecimento”. Seguindo um caminho já tradicional nos estudos sobre o tema, organizou-se a exposição em quatro capítulos, o primeiro tratando do direito ao esquecimento na Europa; em seguida, nos Estados Unidos da América; após, na América do Sul (com exclusão do Brasil) e, por fim, no Brasil, dedicando-se um capítulo próprio ao país em que se escreve. A escolha por estudar esses panoramas é justificada pelas diferenças havidas em cada um deles. Enquanto na Europa, cuida-se de um direito que lentamente obteve assento na legislação de proteção de dados pessoais, nos Estados Unidos jamais foi reconhecido e, na América do Sul, persiste uma grande divergência sobre o seu reconhecimento e âmbito de aplicação, notadamente diante da ausência de qualquer previsão legal expressa. Com esse estudo, pretende-se apresentar as principais formulações do direito ao esquecimento na doutrina e na jurisprudência, que serão doravante consideradas na análise jurídica e substantiva desse direito, como sendo ou não um direito que merece guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

A segunda parte da pesquisa terá um enfoque normativo, pois serão analisados os argumentos contra e a favor do reconhecimento de um direito autônomo ao esquecimento, no intuito de responder aos questionamentos acima colocados. Assim, serão buscados os seguintes objetivos: (i) expor as premissas que serão utilizadas para identificar um direito implícito no ordenamento jurídico; (ii) entender o conteúdo autônomo do princípio da dignidade humana, no intuito de compreender em que situações fornece fundamentos para o reconhecimento de um direito implícito ao esquecimento; (iii) apresentar o conceito de direitos

fundamentais e direitos de personalidade; (iv) analisar a forma de resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais de personalidade; (iv) estudar os direitos de personalidade comumente relacionados ao direito ao esquecimento para, na sequência, dizer se há um campo específico de tutela da personalidade humana que reclama o reconhecimento do direito ao esquecimento; (v) compreender o âmbito de proteção da liberdade de expressão; (vi) avaliar a tese da posição preferencial da liberdade de expressão sobre os demais direitos da personalidade; (vii) analisar as situações concretas comumente descritas como casos de “direito ao esquecimento”; (viii) apontar critérios que possam servir de norte para a solução das situações práticas comumente abarcadas sob a expressão “direito ao esquecimento”.

Para alcançar esses objetivos, a segunda parte da pesquisa será dividida em quatro capítulos. No primeiro capítulo, serão expostos alguns pressupostos da pesquisa que estão relacionados com os argumentos que podem ser considerados para identificar um direito implícito no ordenamento jurídico. Assim, será apresentada a concepção de direito que guiará essa análise; na sequência, se estudará o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de identificar em quais direções se desenvolve e em que situações pode dar azo para o reconhecimento de um direito implícito; após, serão apresentados os conceitos de direitos fundamentais, de personalidade e humanos e a forma de resolução de conflitos em casos de conflito entre direitos de personalidade.

No segundo capítulo da segunda parte da pesquisa, procurar-se-á delimitar o âmbito de proteção dos direitos de personalidade constantemente relacionados com o direito ao esquecimento, de modo a analisar se remanesce – dentro do que se compreende como a cláusula aberta de proteção da personalidade – algum aspecto da personalidade humana a ser tutelado pelo direito ao esquecimento. Esse capítulo endereça diretamente a questão conceitual relativa ao direito ao esquecimento.

Prosseguindo no estudo do tema, no terceiro capítulo da segunda parte se buscará apresentar os contornos do direito à liberdade de expressão, e enfrentar a questão nevrálgica da colisão entre a lógica restritiva desse direito e a lógica expansiva da cláusula aberta de proteção da personalidade. A partir desse estudo, se buscará responder se a liberdade de expressão merece tutela como direito preferencial, ou se, ao contrário, não há preferências entre direitos, *prima facie* considerados.

O último e final capítulo buscará desenvolver respostas constitucionalmente adequadas a situações práticas nas quais o direito ao esquecimento é

normalmente invocado. Esses parâmetros serão desenvolvidos considerando as seguintes situações: pretensões de desindexação de notícias de provedores de aplicações (motores de buscas) na internet; pretensões dirigidas aos autores/responsáveis pelas informações constantes da publicação em meio físico ou na *web*, relativamente à (i) publicação ou republicação de notícias sobre fatos relacionados à ditadura militar; (ii) rememoração, pela imprensa, ou permanência, na internet, de notícias sobre crimes ou atos ilícitos praticados ou investigados há muito tempo; rememoração, pela imprensa, ou permanência, na internet, de notícias sobre situações vexatórias ocorridas publicamente, que não configurem crime ou investigação por ato ilícito. É esse o plano que se passa a desenvolver.

PRIMEIRA PARTE – O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA ESTRANGEIRA E NACIONAL

2
O direito ao esquecimento na Europa

O desenvolvimento do direito ao esquecimento na Europa pode ser entendido a partir de uma organização em dois momentos: o primeiro vai de sua primeira menção, na França, em 1965, até o julgamento do caso González vs. Google Inc. e Google Spain, em 2014; o segundo vai do julgamento do caso González até hoje, incluindo, como marco importante, a promulgação, pelo legislador europeu, do Regulamento Geral de Proteção de Dados nº 679/2016.

Essa organização pode ser criticada pelo fato de não abordar as peculiaridades dos ordenamentos jurídicos de cada país integrante da União Europeia, sobretudo no primeiro momento dessa organização, em que não existia um instrumento vinculante de toda a União Europeia. De fato, trata-se de uma generalização. Contudo, defende-se, como mérito, uma exposição estruturada de como o assunto vem sendo tratado e que, em linhas gerais, consegue abarcar o movimento mais ou menos concertado dos Tribunais europeus acerca do assunto. Bem entendidos esses propósitos, passa-se a abordar como se desenvolveu o assunto no âmbito europeu.

2.1
O direito ao esquecimento na Europa antes do caso González

2.1.1
A primeira aparição do *droit à l'oubli*: caso Mme. Segret vs. Societé Rome Filme

A primeira menção ao *droit à l'oubli* teria sido feita na França pelo Professor Gerard Lyon-Caen, em 1965, no bojo de nota dedicada à análise do caso Mme. Segret vs. Soc Rome Filme[1], julgado pela Corte de Apelação de Paris, em 1967 (Caire; Lantero, 2016).

[1] França, TGI Seine, 14 octobre 1965, Mme S. c. Soc. Rome Paris Film, JCP 1966 I 14482, n. Lyon-Caen, confirmé em appel, CA Paris 15 mars 1967.

Tratou-se de ação indenizatória ajuizada por Fernande Segret, ex-amante do assassino em série Henri Landru[2], figurando como réus o diretor de cinema Claude Chabrol, a Societé Rome-Paris Films e a distribuidora Lux Compagnie Cinématographique de France, em razão da produção de um documentário ficcional que relembrava trechos da vida pregressa da autora. Conforme Pinheiro (2016, p. 136-142), foram dois os fundamentos da ação: o primeiro, de que deveria ser imposta uma prescrição de silêncio (*prescription du silence*) à produtora e à distribuidora do filme, pois não poderiam, sem sua autorização, relembrar esse evento dramático do seu passado. O segundo, de que não poderiam as rés retratá-la nua ou praticamente nua, pois isso configurou violação da sua privacidade.

O pedido indenizatório foi negado quanto ao primeiro fundamento, pois os fatos já teriam sido levados a público pela própria autora, em seu livro de memórias; além disso, seria impossível contar a história do assassino sem fazer referência à autora (Pinheiro, 2016, p. 137-138). Entretanto, o segundo argumento foi acolhido, e a parte ré foi condenada por retratar a autora nua ou praticamente nua ao lado de Landru (Pinheiro, 2016, p. 140).

Foi esse o ponto que levou Gérard Lyon-Caen a comentar a solução jurisprudencial, questionando se os fatos retratados nas telas do cinema poderiam ser considerados fatos da vida privada. Ele concordou com a decisão, contudo, defendeu que o melhor fundamento para os pedidos da autora seria o *droit à l'oubli*, concebendo-o como um direito ao silêncio sobre fatos passados (Pinheiro, 2016, p. 140). Como aponta Frajhof (2018, p. 53), a expressão *droit à l'oubli* foi cunhada por Lyon-Caen em razão de entender que seria uma expressão que corresponderia melhor ao pedido da demandante.

Posteriormente, a Corte de Apelação de Paris, em 1967, reformou a decisão do Tribunal de Grande Instância do Sena (doravante TGI), julgando totalmente improcedentes os pedidos de Fernande Segret. Observa Pinheiro (2016, p. 141) que "nas duas instâncias, ficou evidente a impossibilidade de se proibir o resgate de momentos do passado que já tenham se tornado conhecidos amplamente por um processo judicial ou mesmo por relato feito pelo próprio interessado".

---

[2] O caso Henri Landru foi o primeiro processo criminal contra um assassino em série de que se tem notícia na França. Narra Pinheiro (2016, p. 136) que Landru, homem casado e com filhos, se valia de nomes falsos e se passava por pessoa abastada, a fim de se aproximar de mulheres sozinhas e endinheiradas. Ele se aproveitava da bonança econômica das vítimas e, após, as matava. No momento de sua prisão, Landru se encontrava com sua amante, Mademoiselle Marceline Fernande Segret, que foi poupada pelo criminoso. O caso Landru foi amplamente noticiado pela mídia francesa, à época. Landru foi condenado à morte por guilhotina, e a sentença foi executada em 25/02/1922.

A referência ao caso Mme. Segret denota que em um primeiro momento a prescrição de silêncio não teve guarida na corte francesa, não sendo esse o momento em que efetivamente se pode falar na aplicação do direito ao esquecimento.

2.1.2

As primeiras aplicações: casos Lebach I, na Alemanha e Mme. M vs. Revista Paris Match, na França. Direito ao esquecimento como o direito de um indivíduo que cumpriu uma sentença criminal de deixar de ser associado, pela imprensa, às ações criminosas.

As primeiras aplicações do direito ao esquecimento se deram com decisões que reconheceram o direito de um indivíduo que cumpriu uma sentença criminal de deixar de ser associado às ações criminosas que praticou (Ambrose; Ausloos, 2013, p. 2; 14-15). Esse seria, na visão de Patrick O'Callaghan (2020, p. 142), o "clássico direito ao esquecimento na era pré-digital", que dizia respeito ao condenado criminal que quer ter um novo começo de vida, mas não consegue, em razão da intrusão da mídia na sua vida privada.

Embora muitos se refiram a essa hipótese como "direito ao esquecimento no âmbito criminal", na verdade são demandas instauradas pleiteando a aplicação, na esfera civil, notadamente nas relações entre particulares, dos efeitos da extinção da pena, da reabilitação criminal ou, ainda, da progressão de regime. O primeiro julgado dessa espécie citado pela doutrina é o caso Lebach I, julgado pela Corte Constitucional alemã em 1973, brevemente descrito a seguir.

Em 1969, em uma pequena cidade da Alemanha chamada Lebach, ocorreu crime de latrocínio que resultou na morte de quatro soldados e graves ferimentos causados a um quinto soldado, durante roubo de armas e munições guardadas em um depósito. O caso, que ficou a ser conhecido na mídia como "o assassinato de soldados de Lebach", foi intensamente noticiado, atraindo a atenção da opinião pública. O processo criminal foi julgado em 1970 resultando na condenação de dois denunciados à prisão perpétua e do terceiro denunciado a seis anos de reclusão por auxiliar na preparação do crime (Schwabe, p. 486-487).

Pouco antes da colocação do terceiro condenado em liberdade, em 1972, o canal de televisão ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*) planejava transmitir um documentário que produzira sobre o crime, que mostrava os participantes do latrocínio com fotos e nomes. O documentário narrava o crime, a perseguição policial que se seguiu e a prisão dos envolvidos, e descrevia a relação amorosa

existente entre os autores do fato criminoso. Foi então que referido condenado pleiteou ao Judiciário alemão, em medida cautelar, que o programa não fosse ao ar, com fundamento no direito de desenvolvimento da personalidade do autor, de ser reintegrado à sociedade (Schwabe, p. 487).

O pedido foi negado na primeira e na segunda instâncias. Porém, em reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional Federal (doravante TCF), julgada em 1973, o reclamante obteve êxito, pois a Corte concluiu que havia um conflito entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar, que deveria ser resolvida no sentido de prevalecer aquele direito, porque não havia interesse atual na retomada do assunto e afetava a ressocialização do autor (Schwabe, 2005, p. 487).

Partindo da existência de uma colisão entre a liberdade de radiodifusão e a proteção à personalidade, decidiu o TCF que seria cabível uma ponderação de interesses que levasse em consideração a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Seguiu a argumentação no sentido de que não se pode outorgar a nenhum dos valores constitucionais, em princípio, a prevalência absoluta sobre o outro, para concluir que

> Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização). [...] (Schwabe, 2005, p. 488)

Apontam Sarlet e Ferreira Neto (2019, p. 109) que a expressão “direito ao esquecimento” não foi expressamente utilizada na decisão da corte alemã, porém, isso não impediu que a doutrina[3] estabelecesse o caso como uma base para a discussão sobre o reconhecimento e aplicação de um direito ao esquecimento.

Dez anos após o julgamento do caso Lebach I, isto é, em 1983, foi julgado, na França, pelo TGI de Paris, o caso Madame M. vs. Revista Paris Match. Cuidou-

[3] Segundo Jürgen Kühling (2020, p. 125-126), não existe um direito específico ao esquecimento na Alemanha, seja este entendido, em um sentido mais amplo, como uma reivindicação de exclusão de conteúdo que infringe os direitos da personalidade, seja entendido mais estritamente como direito de exclusão de links para tal conteúdo. No quadro jurídico anterior ao julgamento pelo TJUE do caso González, essas reivindicações decorriam dentro do quadro do direito civil ou do direito à proteção de dados.

se de ação de indenização ajuizada por Mme. M contra a revista Paris Match, em razão da publicação de uma fotografia da autora, classificando-a como criminosa, em razão do assassinato do filho e da mulher de seu amante. No caso, decidiu-se favoravelmente ao pedido da autora, fixando-se indenização em quarenta mil francos (Pinheiro, 2016, p. 142-144).

A Justiça francesa, considerando que o crime havia sido cometido há mais de dez anos, decidiu que houve ofensa à honra da autora, pois a divulgação da sua foto já não estava mais ligada a necessidades imediatas de informação. Decidiu, pois, que não havia razão fundada em "necessidade histórica" para trazer à lembrança o passado criminal da autora. A decisão consignou, ainda, que toda pessoa envolvida em evento público pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento, inclusive os condenados que cumpriram sua pena, sendo o direito ao esquecimento oponível aos jornalistas (Pinheiro, 142-144).

A peculiaridade, que deve ser apontada, é que a decisão foi fundamentada no art. 35, da lei francesa de 29 de julho de 1881, que versava sobre a liberdade de imprensa. O art. 35 foi acrescentado à referida lei após 1944, depois da liberação da França da ocupação nazista, com o intuito de limitar manifestações sobre a colaboração de franceses e alemães durante a II Guerra Mundial. Especificamente, o dispositivo referido limitava a exceção da verdade a ser oposta nas acusações de difamação, em razão da passagem do tempo. Previa a lei que a verdade dos fatos difamatórios poderia ser sempre provada, salvo se a imputação fosse concernente à vida privada da pessoa, se a imputação se referisse a fatos remontantes a mais de dez anos ou se a imputação se referisse a um fato constituído por uma infração anistiada ou prescrita, ou que tenha dado lugar a uma condenação apagada pela reabilitação ou revisão[4]. Sucede que esses dispositivos acabaram, posteriormente, por ser declarados inconstitucionais pelo Conselho Constitucional francês, após o caso Mamère, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Pinheiro, 2016, p. 142-143; 145)[5].

---

4 Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Version em vigueur au 16 juin 1982. Article 35. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000877119/1982-06-16 Acesso em: 7 mai. 2023.

[55] Sinteticamente, cuidou-se de ação de indenização movida, em 2000, pelo senhor Pellerin, na qual alegava que Noël Mamère cometeu difamação pública contra funcionário público, infringindo os artigos 29 e 31 da lei 29 de julho de 1881. Mamère, político francês, ao participar, em 1999, de um programa no canal de televisão France 2 (*Tout le monde en parle)*, teceu críticas a Pellerin, afirmando que este senhor teria negado importância ao desastre de Chernobyl, afirmando que a França seria tão forte que Chernobyl não teria cruzado as fronteiras. Os tribunais franceses deram ganho de causa a Pellerin, na primeira e segunda instância, e condenaram Mamère, bem como os corréus, emissora France 2 e Marc Tessier (diretor do programa televisivo), a indenizar Pellerin em cinquenta mil francos, além de pagarem multa de dez mil francos e publicarem um texto informando sobre a condenação. A condenação se lastreou na lei 29 de julho de 1881, porque o evento teria ocorrido há mais de 10 (dez) anos, não sendo cabível falar em exceção da verdade. Mamère

Como se verá a seguir, após as decisões dos casos Lebach I e Mme. M vs Paris Match, observa-se um movimento contrário, ao menos na França e na Alemanha, no sentido de considerar que um criminoso condenado, ou as vítimas envolvidas em um evento criminoso, ou os familiares das vítimas de um crime, não têm o direito de não serem associados ao crime pela imprensa, em novas divulgações.

2.1.3

A semente do caso Mme. M. vs. Revista Paris Match. Extensão doutrinária do direito ao esquecimento para além dos casos em que condenados criminais se opõem a nova divulgação dos fatos criminosos perpetrados.

Embora os casos Lebach I e Mme. M. vs. Revista Paris Match tenham se referido especificamente a situações em que condenados criminais se opuseram a nova divulgação, pela imprensa, dos crimes que cometeram, a decisão do TGI de Paris deixou entrever um sentido mais amplo da expressão “direito ao esquecimento”.

O tribunal afirmou que qualquer pessoa que se envolveu em eventos públicos pode reclamar o direito ao esquecimento, caso a relembrança dos acontecimentos e do papel desempenhado pela pessoa seja ilegítima, isto é, não seja baseada nas necessidades da história ou tenha o condão de ferir a sensibilidade da pessoa. Consignou também que o direito ao esquecimento, assim concebido, é oponível a todos, inclusive aos jornalistas, e pode ser usufruído por todos, inclusive os condenados que pagaram sua dívida com a sociedade. Como observa Anne-Blandine Caire (2016, p. 7), a concepção do direito ao esquecimento manifestada pelo TGI de Paris acabou por florescer entre

---

recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), com fundamento no art. 10 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que protege a liberdade de expressão. Em 2006, a CEDH decidiu em prol da liberdade de expressão de Mamère, constando da decisão que a liberdade de expressão não protege somente informações e ideias que são recebidas favoravelmente ou que são inofensivas, mas também para aquelas que chocam, ofendem e perturbam, pois isso é uma demanda do pluralismo e da tolerância e da abertura que deve existir em uma sociedade democrática. Relativamente ao caso concreto, a Corte enfatizou que o artigo 10 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais requer um alto nível de proteção à liberdade de expressão, porque a manifestação de Mamère teria sido sobre assunto de importância pública, relativa à saúde pública, tratando sobre como as autoridades francesas teriam lidado com o contexto do desastre de Chernobyl, de modo que a manifestação dizia respeito a importante debate público. A CEDH consignou, ainda, não ter sido convencida do argumento de que a realidade de eventos passados não pode ser desafiada sem limitações no tempo, pois, em se tratando de eventos históricos ou científicos, novos fatos podem emergir ao longo dos anos, que venham a enriquecer o debate e aumentar o conhecimento público do que realmente ocorreu, o que é o caso do desastre em Chernobyl (CEDH, 2007). Para mais detalhes, ver Pinheiro, 2016.

advogados e leigos, pois “tem o encanto ambivalente de qualquer fórmula que combine a rigidez da lei com a imprecisão de um processo psicológico”[6].

Mesmo que frutificando na seara doutrinária, essa concepção amplificada do direito ao esquecimento não chegou a ser adotada sistematicamente na jurisprudência dos tribunais europeus. Como aponta Boizard (2016, p. 620), embora tenha havido reivindicações do direito ao esquecimento sobre fatos ou eventos concernentes a uma pessoa, dirigidas a jornalistas ou a autores de filmes ou romances, esse tipo de litígio permaneceu relativamente marginal, e a jurisprudência preferiu recorrer a dispositivos legais já existentes em vez de optar por um hipotético direito ao esquecimento.

Em igual sentido, a doutrina francesa e belga apontam que o direito ao esquecimento, na Europa, é entendido a partir de duas modalidades: o direito ao esquecimento judiciário (*droit à l’oubli judiciaire*), que diz respeito à possibilidade de ex-condenados se oporem à redivulgação dos crimes que cometeram anteriormente, direito esse que se fundamenta na proteção da privacidade; e o direito ao esquecimento na internet (*droit à l’oubli numérique,* como vem sendo chamado na França e Bélgica), que diz respeito à desindexação de conteúdo dos motores de busca, o qual se fundamenta no direito ao controle de dados pessoais, consoante decisão no caso González, exposto adiante (Wildemeersch, 2020, p. 39; Henrotte, 2022; Terwangne, 2014, p. 82).

2.1.4

O recuo das cortes francesa e alemã quanto ao reconhecimento do direito ao esquecimento. Licitude de novas divulgações, pela imprensa, de crimes ocorridos, com referência ao criminoso, às vítimas ou à família das vítimas.

Como visto, o direito ao esquecimento foi entendido, pela doutrina, a partir dos casos Lebach I e Mme M. vs. Paris Match, como o reconhecimento jurisprudencial do direito da pessoa criminalmente condenada de se opor à redivulgação, pela imprensa, dos crimes cometidos, com referência à sua pessoa. Sucede que, não muito tempo depois, a jurisprudência das cortes alemã e francesa, pioneiras no assunto, pareceu trilhar o caminho contrário.

---

[6] Tradução livre. No original: “Depuis, l’expression a fait flores chez les juristes comme les profanes. Il faut dire qu’elle possède le charme ambivalente de toute formule alliant à la rigidité du droit le flou ‘dun processus psychologique.” (Caire, 2016, p. 7).

Em 1990, julgando o caso Madame Monanges vs. Kern e Marque-Maillard, a Corte de Cassação francesa decidiu claramente em sentido contrário ao caso Mme. M. vs. Paris Match. O caso em questão foi motivado pelo fato de, em 1986, Paul Kern ter publicado o livro '*Un toboggan dans la tourmente en Franche-Comté* 1940-1945", por intermédio da editora Marque-Maillard. Nesse livro, Kern relatava suas atividades durante a ocupação nazista, tendo se referido, em várias passagens, ao "julgamento dos traidores", comentando especificamente o julgamento, no Tribunal de Justiça de Besançon, de um indivíduo e sua mulher (Madame Monanges), acusada de ter sido informante dos nazistas (França, 1990; Pinheiro, 2016, p. 150).

Diante da publicação, Madame Monanges ingressou com ação perante o TGI de Besançon, alegando invasão de sua vida privada, pois havia sido perdoada em 1947 e reabilitada em 1951. Logrou obter ordem judicial para apreender o livro e suprimir várias passagens, porém, em grau de recurso, a ordem foi revertida e indeferidos todos os pedidos da autora (França, 1990; Pinheiro, 2016, p. 150).

Concluiu a Corte de Cassação que os fatos relativos à vida privada da autora já haviam sido revelados à imprensa legalmente, portanto, escapando da vida privada da autora, de modo que não seria possível invocar um direito ao esquecimento. Além disso, concluiu que Kern não falhou nos deveres de prudência e objetividade que tinha de respeitar, pois o fato de não ter feito referência à graça e à reabilitação obtidas pela autora no livro se deu em razão de estar o livro destinado a examinar os fatos entre 1940 e 1945, sendo que os benefícios são posteriores a esse período (França, 1990; Pinheiro, 2016, p. 150). Conforme aponta Pinheiro (2016, p. 149), foi a partir desse caso que se pode afirmar que a Corte de Cassação francesa estabeleceu posicionamento pela inexistência do direito ao esquecimento.

Além do caso Madame Monanges, em que a discussão girava em torno de pessoa condenada criminalmente e reabilitada, a Corte de Cassação também estendeu esse raciocínio para casos em que a vítima do crime ou seus familiares ajuizaram ações contra a imprensa. Citam-se, para melhor compreensão, os casos *pull-over rouge* e Enrico, o primeiro julgado em 2000, e o segundo em 2004.

O caso *pull-over rouge* se tratou de ação ajuizada por pai, mãe e irmão da menina Marie Dolorès Z., morta em 1974, contra a revista Paris Match, alegando violação ao direito de imagem e à privacidade, em razão da republicação de fotos da vítima e de seu genitor (França, 2003; Pinheiro, 2016, p. 153-154).

A revista publicou, em 1997, uma série de reportagens intitulada "Estes grandes casos criminais abalaram a França. Eles foram julgados e arquivados,

mas o mistério permanece sobre os assassinos". Dentre os casos comentados, está o homicídio de Dolorès Z, que resultou na condenação de Christian A. à morte. Além de rememorar o caso, a revista questionou o acerto da sentença condenatória que levou Christian A. à guilhotina, em 1976, bem como republicou uma foto da vítima e uma foto do pai da vítima, com um lenço no rosto, amparado por um amigo, sendo retirado do cenário da reconstituição do crime (França, 2003; Pinheiro, 2016, p. 153-154).

Em 2000, o juízo de Aix-en-Provence decidiu que a fotografia do genitor da vítima apenas reproduziu sua digna e legítima dor, revelada no momento do acontecimento, e que a foto da vítima, com rosto sorridente, não continha nada que prejudicasse o respeito à sua memória ou o luto dos pais. Referiu, ainda, que o assunto já havia sido objeto de numerosas publicações e que a questão da culpa do condenado é objeto de debate na opinião pública, sendo que o questionamento quanto à fiabilidade da condenação não tinha a intenção de afetar a honra ou o afeto da vítima e seus familiares, já que os fatos narrados pela imprensa estão dentre os grandes processos criminais, não sendo redutível à vida privada dos parentes da vítima. Consignando que a matéria jornalística se enquadrava como exercício da liberdade de informação, negou provimento aos pedidos dos autores, decisão que foi confirmada pela Corte de Cassação em grau de recurso (França, 2003).

Já o caso Enrico se tratou de ação ajuizada pela vítima de um crime, no seguinte contexto. Em 1999, foi lançado o filme *Fait d'hiver*, dirigido por Robert Enrico, inspirado em um crime notório ocorrido em 1969, em que André X, divorciado e pai de três filhos, se recusou a entregar as crianças para a mãe, a quem tinha sido determinada a guarda. Ele se refugiou, com os filhos, em sua fazenda, com o objetivo de forçar sua esposa a retomar o relacionamento e viver juntos. Sucedeu um cerco policial de cerca de quinze dias, durante o qual a filha mais velha de André, Chantal, então com treze anos de idade, conseguiu fugir da fazenda e se juntar à mãe. O final trágico se deu quando André X, após matar um policial, matou seus outros dois filhos e se suicidou (França, 2004; Pinheiro, 2016, p. 155-156).

Após o lançamento do filme, Chantal moveu uma ação contra o cineasta, o roteirista e as empresas produtoras da obra, alegando invasão de sua vida privada, requerendo o pagamento de indenização. Em 2002, o caso foi apreciado pela Corte de Apelação de Paris, que julgou procedente o pedido da autora, por entender que a rememoração do caso constituiu uma interferência no patrimônio da memória constituinte da vida de Chantal e, portanto, de sua personalidade

(França, 2004; Pinheiro, 2016, p. 155-156). Em 2004, porém, a Corte de Cassação invalidou a decisão referida, por entender que nova divulgação de fatos públicos não pode constituir, em si, um atentado ao respeito devido à vida privada (França, 2004).

Na jurisprudência alemã, esse momento de refluxo com relação às primeiras decisões apontadas como se referindo ao direito ao esquecimento pode ser ilustrado pelos casos Lebach II e M.L. e W.W. vs. Germany.

Como adiantado, as conclusões do caso Lebach I foram alteradas no caso Lebach II, entretanto, sob novas circunstâncias, como seguem. Em 1996, o programa de televisão SAT 1 produziu uma série de nove capítulos cujo título era “Crimes que fizeram história”, sendo que o caso Lebach (1969) foi eleito como piloto da série televisiva. A série mostrou o planejamento, a execução do crime e os esforços posteriores dos perpetradores no sentido de chantagear várias pessoas. Os nomes individuais dos autores do crime e suas fotografias, distintamente do que ocorreu no caso Lebach I, não foram informados ao espectador, que, porém, foi informado de que o caso se tratava de uma história real, pois foram reproduzidas notas explicativas do ex-chefe de polícia de Munique (Alemanha, 1999).

Dois dos condenados pelo crime moveram ações pugnando que o capítulo da série televisiva sobre o caso Lebach não fosse transmitido, alegando infringência a seus direitos da personalidade e o risco para a sua reabilitação. Após decisões das instâncias ordinárias, algumas deferindo as liminares requeridas e outras negando, foram apresentadas reclamações ao Tribunal Constitucional Federal pelos condenados e pela SAT 1. A reclamação apresentada pelos condenados não foi acolhida para decisão; já com relação à reclamação da SAT1, decidiu o Tribunal Constitucional Federal que os julgamentos do Tribunal Regional Superior de Koblenz e do Tribunal Regional de Mainz haviam violado a liberdade de opinião, arte e ciência, garantida no artigo 5, parágrafo 1, frase 2, da Lei de Bonn (Alemanha , 1999).

O Tribunal Constitucional Federal deu razão às decisões que indeferiram o pedido de liminar apresentado pelos condenados no caso Lebach. Os argumentos então adotados foram os seguintes: 1) o autor não expôs especificamente como o filme poderia identificá-lo como pessoa e comprometer sua reinserção social; 2) o autor vivia em liberdade sob seu verdadeiro nome desde 1992 e não foi exposto a nenhuma censura e reserva daqueles ao seu redor; 3) o filme poderia aumentar a conscientização pública sobre o crime e despertar o interesse dos espectadores sobre o destino dos perpetradores, porém, com a representação anônima,

dificilmente uma pessoa que não conhecesse o autor poderia identificá-lo. A decisão do Tribunal Regional Superior de Saarland foi no mesmo sentido, fazendo diferenciação entre o caso Lebach I, em que o documentário identificava os autores do crime, e a peça televisiva produzida pela SAT1. Considerou a Corte de Saarland que o nome e a imagem dos autores do crime não foram mostrados, que as circunstâncias pessoais dos envolvidos não foram enfocadas, e, além disso, que o crime não pintava uma imagem negativa de seus autores, pois a orientação sexual homoafetiva dos coautores do crime era apenas aludida, mas não apresentada como censurável. Também consignou que, mesmo depois de cumprida a pena, o autor do crime não poderia exigir que o evento fosse apagado da memória pública (Alemanha, 1999).

Em sua reclamação ao Tribunal Constitucional Federal, o autor do crime se esforçou por esvanecer os aspectos distintivos do documentário feito pela ZDF em relação ao filme produzido pela SAT1, baseando alegações no “direito de pertencer a si mesmo”, que faz parte do livre desenvolvimento da personalidade e no “direito de ser deixado em paz”. Já a SAT 1, segunda reclamante, alegou que não pode ser o próprio titular dos direitos fundamentais quem define autenticamente a área garantida de um direito fundamental, e que o art. 2, §1º, em conexão com o art. 1, parágrafo 1º, da Lei Fundamental não confere um direito geral e absoluto de ser deixado sozinho por ninguém. Frisou que o comportamento que desencadeia o contato social e se irradia para o público, como uma ofensa criminal, não se enquadra mais na área de interioridade privada totalmente protegida, não podendo o autor de um crime explicar seu ato como íntimo ou privado, mesmo depois de cumprir uma sentença. E, embora tenha direito à ressocialização, não tem o direito de não ser mais confrontado com o crime, pois isso teria a consequência de apagar as vítimas do crime da consciência da posteridade (Alemanha, 1999).

O Tribunal Constitucional Federal deu razão à SAT 1, firmando que a liberdade de radiodifusão garante que o *design* do programa, bem como os programas em si mesmo, sejam uma questão de liberdade jornalística, e isso não se aplica somente aos programas políticos, mas também aos programas de entretenimento. Entendeu que essa liberdade de radiodifusão não foi levada em consideração suficientemente na aplicação do direito civil (Alemanha, 1999). Decidiu, ainda, que a proteção do direito geral de personalidade também engloba as representações da pessoa por terceiros, mas não funciona no sentido de um direito geral de disposição sobre todas as informações ou apreciações que terceiros exprimam sobre uma pessoa. A proteção do direito geral de

personalidade só ocorre quando a representação falsifica ou desfigura a imagem da personalidade do indivíduo em público ou prejudica significativamente o desenvolvimento de sua personalidade. Reconheceu que esse prejuízo realmente ocorre nas representações que tornam mais difícil a reintegração dos delinquentes na sociedade após o cumprimento da pena, mas não dá aos criminosos o direito de não serem confrontados com o crime em público, não podendo essa conclusão ser inferida do Caso Lebach I. Sublinhou que, no caso Lebach I, o entendimento firmado foi de que o direito geral de personalidade oferece proteção contra os meios de comunicação que lidam com a pessoa do criminoso e sua esfera privada por um período de tempo ilimitado, o que não significa uma imunização completa contra a apresentação indesejada de eventos relevantes para a personalidade. Em vez disso, entendeu ser decisivo verificar até que ponto o ato de comunicação pode prejudicar o desenvolvimento da personalidade, o que se dá casuisticamente (Alemanha, 1999).

Assim, o Tribunal Constitucional Federal diferenciou o caso Lebach I pelo ato de ter sido feita uma cobertura televisiva sensacionalista, na forma de um jogo-documentário com o nome e a fotografia do autor do crime, em circunstâncias nas quais era de se esperar uma audiência particularmente alta, pois seria transmitido em estreita conexão temporal com a saída da prisão, caso em que teria dificultado consideravelmente a ressocialização da pessoa afetada. Já no caso do filme produzido pela SAT1, não foi feita a identificação do autor do crime, de modo que a Corte não reconheceu um prejuízo significativo ao livre desenvolvimento da personalidade (Alemanha, 1999).

Como se vê, embora se possa pensar que houve uma superação da decisão proferida no caso Lebach I pela decisão do caso Lebach II, aparentemente não foi o que ocorreu, pois a própria corte alemã registrou a compatibilidade de ambos os julgados. Contudo, no julgamento do caso Wolfgang Werlé e Manfred Lauber vs. Germany, efetivamente se vê um recuo acerca da decisão proferida em Lebach I, pois, nesse caso, permitiu-se que informações pessoais, como o nome dos requerentes, disponibilizadas na internet pela emissora de rádio Deutschlandradio, permanecessem disponíveis, ligando os requerentes aos crimes que cometeram. Vejam-se detalhes do caso.

Em 1993, Wolfgang Werlé e Manfred Lauber foram condenados, na justiça alemã, pelo assassinato do famoso ator Walter Sedlmayr. Os condenados obtiveram liberdade condicional, o primeiro em agosto de 2007 e o segundo em janeiro de 2008, após cumprirem, respectivamente, quinze e dezesseis anos de prisão. Em 2007, demandaram contra a emissora de rádio Deutschlandradio, no

Tribunal Regional de Hamburgo, requerendo que informações pessoais que ligassem os requerentes ao crime e que estavam disponíveis ao público na internet, fossem anonimizadas. Em 2008, o Tribunal de Hamburgo julgou o pedido procedente, sob fundamento de que o direito dos autores, de não serem confrontados com seu passado criminal, prevaleceria sobre o direito do público de ser informado (Sarlet; Ferreira Neto, 2019, p. 102-103; CEDH, 2018, p. 1). A Corte de Apelação manteve esses julgamentos. No entanto, o Tribunal de Justiça Federal cassou a decisão sob o argumento de que a Corte de Apelação não havia levado suficientemente em conta a liberdade de expressão da estação de rádio, a sua missão e o interesse do público em ser informado. Em julho de 2010, o Tribunal Constitucional Federal decidiu não apreciar os recursos constitucionais interpostos pelos requerentes. Ações idênticas foram movidas contra a revista Der Spiegel e o jornal Mannheimer Morgen e tiveram as mesmas conclusões (CEDH, 2018, p. 1-2). O caso foi levado a julgamento perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2018. O assunto será retomado no momento apropriado.

2.1.5

Repercussões do direito ao esquecimento em outros países integrantes da União Europeia

O direito ao esquecimento como um direito do condenado criminalmente de não haver novas divulgações sobre os crimes cometidos, com referência expressa à sua pessoa, foi reconhecido em alguns casos, nos tribunais europeus, e não reconhecido em outros. Apontam-se dois casos ilustrativos.

Na Bélgica, em 1999, a Corte de Siège julgou uma ação de responsabilidade civil movida por condenados criminais contra emissora de televisão que, dez anos após o fato, relembrou o episódio em uma série de programas. Segundo consta, em 1989 houve a condenação dos autores pelo furto de tapeçarias e lustres cometidos em 1987 no presbitério de Grand-Leez. Na ocasião, as peças furtadas foram coladas em tábuas e adquiridas por um antiquário de Bruxelas, onde foram reencontradas. Constou que a investigação judicial foi bem-sucedida graças ao papel da imprensa, em razão de reportagem relatando os fatos. Na série de reportagens, os condenados foram mencionados por nome, sem que tenha sido divulgado o seu retrato, e sem que se tenha feito qualquer alusão à vida pessoal deles após a condenação. Os autores da ação alegaram em juízo que a emissora

de televisão praticou ato ilícito (*faute*), ignorando o direito ao esquecimento dos ex-condenados (Bélgica, 1999).

A corte decidiu pela procedência dos pedidos dos autores, pois, embora tenha reconhecido que o crime causou forte comoção na população, ao tempo dos fatos, não verificou interesse contemporâneo em que fossem relembrados, e não verificou a necessidade de reproduzir textualmente o comentário feito na época pelo jornalista, nem de conter menções ao nome dos autores do furto. Decidiu, ainda, pela reparação por meio de indenização, consignando que uma nova publicação seria na realidade uma reparação pior que o dano (Bélgica, 1999)[7].

Na Irlanda, Patrick O'Callaghan (2020, p. 149) relata que o caso que "talvez chegue mais perto do direito ao esquecimento", na sua forma clássica, é o Murray v. Newsgroup Newspapers *et al*. (Irlanda, 2010). Murray, condenado por crimes sexuais graves praticados no Reino Unido, foi liberto em 1989 e, após sua libertação, cometeu outros delitos, desta vez na Irlanda, pelos quais foi condenado e preso, em 1996. Em 2009, após sua libertação, Murray impetrou um mandado de segurança (*injuction*) contra a Newsgroup Newspapers *et al.*, alegando que, após sua libertação, a imprensa continuou a publicar artigos de jornais e fotografias do requerente, não apenas detalhando aspectos de suas condenações prévias, mas também fornecendo informações sobre seu paradeiro atual. Por esse motivo, Murray alegou que foi forçado a se demitir de um emprego voluntário que conseguira, em um hospital em Dublin, passando a temer por sua segurança e sofrer ansiedade e depressão. Invocando os direitos à privacidade, à integridade física, à vida e à inviolabilidade de sua moradia, Murray pleiteou a concessão de medida liminar, para proibir os jornais de continuarem a publicar fotografias suas, informações de onde viveu ou morou, dados que permitissem ao público localizá-lo e informações que forneceu aos policiais irlandeses de acordo com o *Sex Offenders Act*, de 2001. Pleiteou também indenização por danos morais (O'Callaghan, 2020, p. 149; Irlanda, 2010).

Os jornais alegaram que tinham motivos para acreditar que Murray constituía um perigo para o público, tendo em vista o risco de reincidência. Alegaram atuar no exercício da liberdade de expressão. O Tribunal Superior irlandês consignou, na decisão, que há um interesse público da sociedade em ser capaz de identificar criminosos sexuais condenados para deles se protegerem.

[7] Civ. Namur (1re ch.) 27 septembre 1999 Siège: MM. Chr. Robert et M. Borgers, Mme A.C. Dubé. J.-L V... et J. H... (M Ph. Davreux) c. a.s.b.l. Canal Zoom (M. B. Havert loco F. De Visscher)

Concedeu que também há um interesse público concorrente de garantir que essas pessoas sejam reintegradas à sociedade se fosse considerada improvável a reincidência do criminoso. Consignou que a liberdade de expressão da imprensa poderia ser restringida a fim de proteger direitos pessoais de condenados, caso o interesse destes prevalecesse. No caso específico analisado, entendeu que o equilíbrio entre os interesses não pendia em favor de Murray (Irlanda, 2010).

2.1.6
A indefinição em torno do direito ao esquecimento.

Os casos abordados mostram que a interpretação doutrinária dos casos Lebach I e Mme M vs. Paris Match foi no sentido de que haveria um direito ao esquecimento do condenado, consistente na possibilidade de se opor a novas divulgações, pela imprensa, dos crimes ocorridos no passado, inclusive com a identificação dos seus perpetradores. Sucede que essa concepção do direito ao esquecimento foi afastada, de modo claro, pela Corte de Cassação Francesa e pelos tribunais alemães; no entanto, vingou em outros tribunais europeus, como mostra o caso julgado na Bélgica pela Corte de Siège.

Uma outra concepção do direito ao esquecimento, mais ampla, foi defendida na decisão do TGI de Paris no caso Mme M vs. Paris Match. Essa versão, embora tenha passado a circular na doutrina, obteve pouca expressividade na jurisprudência, que preferiu recorrer aos direitos já assegurados na legislação para resolver os casos trazidos à análise. Assim, é questionável se nessa primeira fase houve efetivamente uma consagração do direito ao esquecimento, seja do condenado criminal, com vistas à ressocialização, seja de maneira mais ampla para abarcar todos os casos em que a passagem do tempo poderia enfraquecer o direito de alguém de divulgar novamente um fato de interesse público.

Não obstante a grande indefinição em torno desse tema, nem por isso deixou de circular como assunto de importância, que foi discutido pelo legislador europeu com assunto antes de promulgar o Regulamento Geral de Proteção de Dados de 2016. Essa discussão, porém, se deu em novos termos, como se verá.

2.2
O direito ao esquecimento na Europa a partir do julgamento do caso González (2014) e da aprovação do Regulamento Geral de Proteção de Dados nº 679/2015

Os primeiros casos do direito ao esquecimento na Europa foram ações buscando indenização ou tutela específica de obrigação de fazer contra jornalistas, radio-jornalistas, revistas e editoras de material impresso. Não se falava em um direito ao esquecimento dirigido contra editores de publicações na internet ou contra motores de busca.

Com o aprofundamento da utilização da internet em todos os campos e atividades da vida, e o desenvolvimento acelerado das tecnologias de informação, que passaram a permitir a memorização de grande quantidade de informações e, ainda, o processamento dessas informações com vários objetivos, incluindo a criação de perfis dos usuários da internet, o assunto do direito ao esquecimento voltou à tona, em uma nova roupagem. Talcini, comparando os anteriores casos do direito ao esquecimento com os novos casos, escreve:

> Nótese que em estos casos lo que sucede es que una nueva publicación saca a relucir hechos del pasado de la persona que habían sido difundidos en los medios. Esto, por certo, puede seguir sucediendo, pero el derecho al olvido adopta uma nueva faceta com la aparición de los bancos o servicios de tratamento de datos personales. Ahora, ya no se trata de uma nueva noticia que se refiere al pasado, sino de la mantención de informaciones que fueran incorporadas legalmente hace muchos años pero que, gracias a este tipo de bases, permanecen siendo accesibles com relativa facilidad por los usuários de dichos bancos de datos. (Talcini, 2017, p. 4)

A retomada do tema, no âmbito da União Europeia, ocorreu dentro da análise do direito ao controle de dados pessoais. Esse direito era tutelado, em alguns países europeus, por leis internas, como, por exemplo, na França, em que a lei de processamento de dados e liberdades remonta a 1978 (Lei nº 78-17, de 6 de janeiro de 1978) (Boizard *et al.*, 2015, p. 7). No âmbito comunitário, desde 1995 contava com contornos definidos na Diretiva[8] nº 95/46 da União Europeia[9]. No entanto, a Diretiva se encontrava defasada, pois, como aponta Emilio Guichot (2019, p. 49), em 1995 a internet não era acessível à maioria dos cidadãos, e os motores de busca não eram ainda de conhecimento do cidadão comum.

Embora o cenário tecnológico e social no momento da edição da diretiva fosse muito diferente do existente em 2014, foi julgando com base nesta (arts. 2º,

[8] A diretiva é um ato legislativo do legislador europeu, que, contudo, não se aplica diretamente aos Estados-membros. A Diretiva apenas fixa um objetivo geral a ser alcançado por todos os países da União Europeia, porém, deixa em aberto quais serão as medidas adotadas por cada país para alcançar o objetivo visado (UE, 2023).

4º, 12º e 14º) – e no direito ao apagamento- que o TJUE decidiu o caso González vs. Google Spain, que passou a pautar o debate sobre o direito ao esquecimento a partir de então.

Cabe destacar que o contexto em torno do julgamento do caso González foi relevante para a decisão do TJUE tal como foi proferida. Relembre-se que em junho de 2013, Edward Snowden, um técnico da Agência Americana de Segurança, revelou espionagem massiva da agência sobre governos, instituições e cidadãos, com a cooperação de empresas de internet e companhias de telecomunicações, ocasionando um grande impacto nas relações diplomáticas entre os Estados Unidos e a Europa. Em meio à crise resultante das revelações, a vice-Presidente da União Europeia, Viviane Reding, se pronunciou pela adoção de uma proteção mais efetiva dos dados pessoais dos cidadãos europeus (Azurmendi, 2015, p. 274). Além disso, desde 2012 se discutia a aprovação do Regulamento Geral de Proteção de Dados em substituição à Diretiva 46/95, que se encontrava obsoleta. Sem dúvidas, esses fatores contribuíram para que o TJUE desse uma interpretação amplificada aos direitos previstos na diretiva. A seguir, analisam-se os principais pontos do caso González, que Isabela Frajhof (2018, p. 24) de modo perspicaz apontou como sendo “o caso que nunca será esquecido”.

2.2.1
Julgamento pelo Tribunal de Justiça Europeu do caso González vs. Google Spain e Google Inc. (2014)

Em 2010, Mario Costeja González, cidadão espanhol, apresentou uma reclamação junto à Agencia Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra o jornal La Vanguardia Ediciones SL e contra a Google Spain e a Google Inc. Narrou que, quando um internauta acessa seu nome em um motor de busca do Google, encontra duas páginas do jornal La Vanguardia, do ano de 1998, cujo conteúdo é o anúncio da venda em hasta pública de um imóvel de sua propriedade, o que se deu para pagamento de dívidas junto à seguridade social. González pleiteou, assim, que a AEPD ordenasse ao jornal a supressão ou alteração das páginas em questão, para que seus dados pessoais deixassem de aparecer, ou que utilizasse ferramentas para proteger esses dados. Pediu, também, que os motores de busca da Google suprimissem ou ocultassem seus dados pessoais, a fim de que não mais aparecessem na pesquisa do Google Search (UE, 2014, p. 7).

A AEPD indeferiu a reclamação de González, em relação ao jornal, por entender que a publicação era justificada por se tratar de ordem do Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais. Por outro lado, determinou aos motores de busca do Google que retirassem o acesso a essa informação. Para tanto, entendeu que os motores de busca podem ser enquadrados na legislação europeia sobre proteção de dados pessoais. Diante dessa decisão, a Google Spain e a Google Inc. recorreram à Audiência Nacional espanhola, que resolveu submeter os recursos ao TJUE, haja vista que a decisão do caso em comento dependia da interpretação a ser dada à Diretiva nº 95/46 da União Europeia[10]. Algumas das questões submetidas ao TJUE eram pertinentes à aplicabilidade da Diretiva nº 95/46 a operadora de motor de busca sediada fora da União Europeia. Outras questões, que interessam mais de perto para a temática ora desenvolvida, diziam respeito a ser possível considerar a atividade do motor de busca como tratamento de dados pessoais, e a considerar o motor de busca como responsável pelas informações contidas em sites da web editados por terceiros.

Os argumentos da Google Spain e da Google Inc. foram no sentido de que suas atividades não poderiam ser consideradas como tratamento de dados, pois apenas disponibilizam páginas web de terceiros, e não fazem seleção entre dados pessoais e outras informações.

O Advogado Geral do Tribunal de Justiça Europeu, Niilo Jääskinen, publicou parecer em 25 de junho de 2013, no sentido de que os provedores de serviços de motor de busca não são responsáveis pelos dados pessoais incluídos nas páginas da web que tratam, de modo que os direitos de cancelamento e oposição, previstos nos artigos 12, b, e 14, a, da Diretiva 95/46[11], não conferiam ao interessado o direito de requerer a um motor de buscas a desindexação de

---

[10] No caso, houve uma consulta ao TJUE sobre questão prejudicial, denominada “reenvio prejudicial”. Nesse caso, há uma colaboração entre o TJUE e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros da União Europeia: em suma, “os juízes nacionais podem, e por vezes devem, dirigir-se ao Tribunal de Justiça a fim de lhe pedir que esclareça um ponto de interpretação do direito da União, para poderem, por exemplo, verificar a conformidade da respectiva legislação nacional com esse direito”, sendo que, nesse caso, “o tribunal nacional destinatário fica vinculado pela interpretação dada”, bem como ficam vinculados os outros órgãos jurisdicionais do estado consulente (UE, 2023a).

[11] Artigo 12º - Direito de acesso. Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento [...] b) Consoante o caso, a rectificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente directiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexacto desses dados.

Artigo 14º- Direito de oposição da pessoa em causa. Os Estados-membros reconhecerão à pessoa em causa o direito de: a) Pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do artigo 7º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objecto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. Em caso de oposição justificada, o tratamento efectuado pelo responsável deixa de poder incidir sobre esses dados. (UE, 1995).

informações que o afetassem, publicadas legalmente em páginas da web de terceiros (UE, 2013).

Segundo argumentou Jääskinen, a Diretiva 95/46 da União Europeia surgiu em um cenário no qual não havia acesso generalizado à internet. Nesse contexto anterior, se justificavam cláusulas amplas, que facilitassem a aplicação da Diretiva às novas situações que passassem a surgir. No entanto, frisou, na atualidade o âmbito potencial de aplicação da Diretiva se tornou muito vasto, pois qualquer pessoa de posse de um smartphone ou computador passou a se qualificar como controlador de dados pessoais. Exemplificou que um professor de Direito que copiou, do sítio da web do Tribunal de Justiça, para seu computador pessoal, a jurisprudência essencial da Corte, pode ser considerado um responsável pelo tratamento de dados de terceiro. Assim, inicialmente apontou a necessidade de dar uma interpretação mais restrita aos dispositivos da Diretiva (UE, 2013, p. 6).

Jääskinen partiu, em seguida, para a análise do funcionamento dos motores de busca, anotando que, em sua forma mais básica, tais motores não criam conteúdos autônomos, mas apenas indicam aos internautas onde podem ser encontrados os conteúdos já existentes; porém, observou que os motores de busca recuperam conteúdos de sítios da web existentes e os copiam, analisam e indexam, e muitas vezes, para tornar mais fácil a visualização dos resultados, apresentam excertos de um texto, de um arquivo audiovisual ou imagens, o que significa que esses conteúdos podem ser recuperados pelo motor de pesquisa, independentemente do sítio da web original (UE, 2013, p. 7).

O advogado admitiu que os motores de busca efetuam tratamento de dados pessoais, notadamente dos usuários da barra de pesquisas e dos seus clientes de publicidade, contudo, defendeu que não são responsáveis pelo tratamento de dados pessoais existentes nos sites de terceiros, porque não determinam a finalidade do tratamento, de modo que sua atuação não se enquadra na descrita no artigo 2º, alínea d, da Diretiva. Voltando ao exemplo antes citado, pontuou que considerar os motores de busca responsáveis pela determinação da finalidade do tratamento dos dados pessoais incluídos na web por terceiros seria o mesmo que considerar o professor de Direito, que copiou a jurisprudência do Tribunal para seu computador portátil, como responsável pelos dados pessoais incluídos nos acórdãos copiados. Argumentou que o entendimento contrário resultaria tornar automaticamente ilícita a atividade dos motores de pesquisa (UE, 2013, p. 14).

Prosseguindo, o advogado consignou seu parecer de que “a diretiva não prevê um direito genérico de ‘ser esquecido’, no sentido de a pessoa em causa ter o direito de limitar ou pôr termo à difusão de dados pessoais que considera

prejudiciais ou contrários aos seus interesses" (UE, 2013, p. 18). Considerou que não existe um direito ao esquecimento fundado em preferências subjetivas do sujeito, pois, na análise dos direitos de retificação, apagamento, bloqueio e oposição, o parâmetro não é a vontade do sujeito, mas a finalidade do tratamento e os interesses protegidos por este, quando ponderados com os da pessoa em causa (UE, 2013, p. 18).

Passando à análise do conflito apresentado entre o direito à proteção dos dados pessoais e o a liberdade de expressão, primeiramente Jääskinen pontuou que a proteção de dados pessoais abrange, nos termos da jurisprudência do TJUE, todas as informações relativas a pessoa singular identificada ou identificável, não diferenciando entre a pessoa singular que atua exclusivamente na esfera privada, ou a que atua na vida pública, como um político. Também pontuou que a proteção de dados pessoais foi associada à proteção da privacidade, e por esse prisma, qualquer ato de comunicação que faça uso de meios automatizados "constitui, enquanto tal, uma presunção de ingerência no exercício desse direito fundamental que tem que ser justificada" (UE, 2013, p. 19).

O advogado se ateve ao fato de que, no caso González, não se tratava de perquirir sobre a ingerência das autoridades públicas, que necessitasse de justificação, mas sim de uma ingerência por parte de sujeitos privados. Nessa linha de raciocínio, ponderou que a liberdade de expressão do jornal inclui o direito de republicar na web os jornais impressos, não se podendo exigir que a republicação apresente um conteúdo diferente da versão originalmente publicada (como atualização dos dados, por exemplo), pois isso constituiria uma falsificação da história (UE, 2013, p. 20-21).

Não apenas se atendo ao direito do editor das páginas da web de republicar jornais antigos, Jääskinen abordou também o direito individual dos internautas de se informarem, ressaltando que, quando alguém insere no buscador da internet o nome e os apelidos de uma pessoa, "está a utilizar ativamente o seu direito de receber informação sobre a pessoa em causa a partir de fontes públicas por motivos que só ele conhece", sendo que, na atualidade, "o direito de pesquisar informação publicada na internet por meio de motores de pesquisa é uma das formas mais importantes de exercer esse direito fundamental" (UE, 2013, p. 21).

O advogado apontou, ainda, que o acolhimento do pedido, no caso González, feriria o direito do editor da página da web, que não teria uma proteção adequada da liberdade de expressão nesse caso (UE, 2013, p. 21).

O TJUE não acolheu quaisquer dos argumentos do Google Spain, Google Inc. ou mesmo os argumentos do advogado geral Jääskinen. Em sua decisão, a

Corte consignou que a atividade dos motores de busca Google Spain e Google Inc. configura tratamento de dados pessoais, nos termos da Diretiva 95/46; considerou, ainda, que o Google pode ser considerado responsável pela indexação de conteúdo disponibilizado por terceiros na web, pois o modo de funcionamento do *index* do motor de busca leva à exibição de uma visão global e estruturada das informações referentes a uma pessoa, tratando-se de uma atividade de perfilamento (UE, 2014, p. 11).

Outro argumento enfrentado pelo TJUE foi o de que os editores de conteúdo poderiam, dentro da sua atividade, excluir determinadas páginas da indexação nos motores de buscas, por meio de protocolos de exclusão, tais como o "robot.txt", "noindex" ou "noarchive". Para a Corte, essa circunstância não isenta o motor de busca de sua responsabilidade quanto ao tratamento de dados (UE, 2014, p. 13).

Com relação à questão da aplicação territorial da Diretiva nº 95/46, a Google Inc. e a Google Spain defenderam a inaplicabilidade da Diretiva, pelo fato de o tratamento de dados ser realizado pela primeira, que tem sede nos Estados Unidos. O TJUE decidiu que a Diretiva nº 95/46 "não exige que o tratamento de dados pessoais em questão seja efetuado pelo próprio estabelecimento em causa, mas unicamente que seja no contexto das atividades deste" (UE, 2014, p. 14). Ressaltou que as atividades da Google Inc. estariam indissociavelmente ligadas às atividades da Google Spain, pois as atividades da segunda são realizadas para viabilizar economicamente o empreendimento da Google Inc.

Passando à interpretação do direito de oposição, previsto no art. 14º, primeiro parágrafo, alínea a, da Diretiva nº 95/46, o Tribunal consignou a necessidade de ponderar os interesses em conflito, embora admitindo que o fiel da balança deve pender para o lado do particular afetado pelo tratamento de dados. Assim, entendeu que a autoridade de controle ou o poder judiciário pode ordenar ao motor de buscas a supressão de publicações obtidas como resultados de pesquisa a partir do nome de uma pessoa, sem, contudo, que isso importe na eliminação da página da web na qual foi feita a publicação (UE, 2014, p. 18).

Considerou também que, em razão da facilidade com que informações publicadas em um site da web são reproduzidas em outros sites da web, e tendo em vista que os editores dos sites nem sempre estão submetidos à legislação europeia, não assegura uma proteção eficaz ao cidadão europeu exigir que este acione diretamente os editores dos conteúdos publicados (UE, 2014, p. 19).

Além disso, considerou que os editores de conteúdo podem se incluir nas exceções ao art. 9º da Diretiva nº 95/46, dentre as quais se encontra a publicação

para fins exclusivamente jornalísticos, exceção essa que não é prevista, porém, em favor dos motores de busca. Nesse contexto, o TJUE consignou que em muitas situações a atividade dos motores de busca podem ser mais lesivas para a pessoa singular que a atividade dos editores de conteúdo na web, o que pode justificar providências diferentes para cada uma dessas situações (UE, 2014, p. 19).

Ao prosseguir especificamente para a análise do caso González, o TJUE decidiu que González poderia se opor à indexação de seus dados em razão de prejudicar os seus direitos fundamentais à proteção de dados e à vida privada, o que engloba o direito a ser esquecido. Lembrando que a contrariedade à Diretiva 95/46 está configurada sempre que os dados não forem necessários para atender às finalidades do seu recolhimento ou tratamento, a Corte sublinhou que não se exige que a inclusão da informação na lista de resultados dos motores de busca cause prejuízo concreto à pessoa em causa. No caso de González, pelo fato de as informações disponibilizadas na web serem informações sensíveis, cuja publicação inicial remontava a 16 (dezesseis) anos, e em razão de não haver qualquer interesse público preponderante, o TJUE decidiu por interpretar a Diretiva 95/46 em desfavor das reclamantes Google Inc. e Google Spain.

Basicamente, o TJUE entendeu que a desindexação (como vem sendo chamada no Brasil) ou o desreferenciamento (como é comumente referido na Europa) é uma forma de garantir o direito ao apagamento. Trata-se de apenas um método, entre outros, para exercer esse direito (Andréani, 2020, p. 11). Ressalte-se que o direito ao esquecimento, nesse caso, apenas atingiu os motores de busca, não tendo afetado o jornal La Vanguardia.

2.2.2
A implementação do direito ao esquecimento pelo Google, após o julgamento do caso González

Após a decisão do caso González, o Conselho Consultivo do Google resolveu disponibilizar um formulário *on line* para os usuários solicitarem ao motor de buscas a desindexação de notícias que lhes digam respeito. Além disso, constituiu um Comitê para estudar o direito ao esquecimento (*Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten*), a fim de auxiliar a empresa a decidir os critérios de análise de pedidos de desindexação (Frajhof, 2018, p. 35).

A empresa designou revisores profissionais para decidirem os pedidos de desindexação enviados pelos internautas e ponderarem se as informações que se

pretende desindexar são de interesse público e se estão ao abrigo da lei de proteção de dados aplicável. No âmbito da União Europeia, as diretrizes de que se vale para ponderar direitos são as desenvolvidas pelos reguladores europeus de proteção de dados, incluindo as diretrizes sobre a implementação da decisão do caso González, do grupo de trabalho do art. 29 e do Conselho Europeu de proteção de dados, bem como a jurisprudência do TJUE. No entanto, o Google não aplica essas diretrizes para países fora da União Europeia, caso em que analisa os pedidos em conformidade com a legislação local (Google, 2024).

A implementação pelo Google desse mecanismo gerou reações contrárias. Muitos estudiosos criticam, primeiramente, a decisão do TJUE de deixar a cargo do Google a arbitragem de direitos da personalidade, inclusive criando um incentivo para que o Google proceda à remoção de dados da web, uma vez que a empresa pode ser multada em valores variáveis entre 0,5% e 2% do faturamento anual, em caso de não cumprimento da legislação de dados pessoais. Há sérias preocupações em torno da neutralidade da rede, que fica inegavelmente afetada pela transferência de um poder que caberia ao órgão jurisdicional, a uma empresa privada de tamanho global:

> O TJUE, ao impor que os provedores de busca monitorem conteúdo publicado na internet, tendo o dever de apagar determinados links que possuem informações públicas, sem qualquer vício de legalidade, acaba afetando diretamente a neutralidade destas empresas. Pois elas terão que se organizar para monitorar o que pode ou não aparecer em suas chaves de pesquisa, filtrando conteúdo sem qualquer tipo de controle ou de revisão dos parâmetros escolhidos (RIBEIRO, 2015, p. 121).
> Esta opção 'abre a possibilidade de se desenvolver um sistema que impede transparência e cria diferentes classes de informações, permitindo mais vigilância em seu significado mais fundamental, que é ser observado de cima' (RIBEIRO, 2015, p. 122). Cria-se, portanto, uma assimetria no acesso à informação, uma vez que esta fica mais restrita aos usuários da rede, enquanto os dados continuam armazenados nos bancos de dados de empresas privadas, e até mesmo do próprio governo, comprometendo liberdades básicas e a privacidade dos cidadãos (RIBEIRO, 2015, p. 129) (Frajhof, 2018, p. 36-37).

Em segundo lugar, estudiosos criticam a falta de transparência do Google no julgamento dos pedidos e a inexistência de qualquer controle externo sobre a atuação da empresa (Frajhof, 2018, p. 36).

2.2.3
A recepção do julgamento do Caso González na doutrina europeia

A decisão do TJUE no caso González ocasionou manifestações concordantes e discordantes. Contudo, em um balanço geral, pode-se dizer que os pontos de concordância foram maiores.

Na Itália, a determinação de desindexação, sem exclusão do conteúdo da página da web, já tinha sido adotada muito antes do julgamento do caso González. D'Antonio e Pollicino (2020, p. 167) citam caso decidido em 2004 em que um empreendedor requereu a desindexação de notícias publicadas na internet sobre uma sanção imposta à empresa de sua propriedade muitos anos antes, e a Autoridade de Proteção de Dados italiana determinou a desindexação sem a remoção de conteúdo do website. Assim, foi bem recebida a decisão do TJUE, embora tenham sido apresentadas críticas sobre o risco de delegação de poderes públicos a particulares (D'Antonio; Pollicino, 2020, p. 171).

Na Espanha, o julgamento do caso González foi celebrado pela doutrina; além disso, o legislador espanhol promulgou a Ley Organica 3/2018 ampliando os marcos do julgamento do caso González para abarcar as redes sociais. Não obstante, parte da doutrina apresentou também críticas, especialmente quanto à imposição às empresas privadas gestoras de motores de busca da tarefa de ponderar direitos fundamentais e quanto à sobrevalorização do direito à proteção de dados às custas da liberdade de informação dos editores e dos cidadãos-internautas (Guichot, 2019, p. 85-89).

Na Alemanha, segundo avalia Jürgen Kühling (2020, p. 132), a maioria dos estudiosos saudou o julgamento, vendo-o como um marco histórico ou mesmo avaliando o direito à desindexação como um novo direito fundamental europeu. Algumas críticas foram apresentadas no sentido de que o TJUE deixou de lado os direitos potenciais dos motores de buscas, e por não ter fixado regras que possam servir para o equilíbrio dos direitos conflitantes.

Em Portugal, Catarina Santos Botelho (2017, p. 66) avalia que o TJUE não foi ativista ao invocar o direito ao esquecimento e dar razão a González, pois, "em boa verdade", limitou-se a aplicar a Diretiva 95/46/EC, da qual se poderia extrair o direito ao esquecimento como implícito.

Na Bélgica, a avaliação foi positiva, pois, segundo anota a doutrina, os critérios utilizados pelo TJUE ao decidir não são inteiramente novos, e várias decisões belgas já haviam aplicado os mesmos critérios. A crítica principal foi dirigida à questão da terceirização para o Google da avaliação dos direitos fundamentais em jogo (Cruysmans, 2014).

Na Inglaterra, segundo Jacques e Hempel (2020, p. 211), a maioria dos estudiosos acolheu a decisão, por vislumbrar que as cortes inglesas estariam

expandindo, ao longo do tempo, o delito de mau uso das informações privadas. No entanto, as reações de alguns dos comentadores ingleses foram céticas, quanto às dificuldades práticas de implementação. Houve, ainda, manifestações discordando dos princípios utilizados na decisão, porque, segundo alguns comentadores, o Tribunal Europeu, em vez de mediar dois direitos fundamentais, teria priorizado o direito à privacidade sobre a liberdade de expressão. As críticas tenderam a se concentrar no potencial 'efeito inibidor' (*chilling effect)* que o julgamento pode ter sobre o exercício da liberdade de expressão.

Nesse contexto, observa Talciani (2017, p. 1), há uma aceitação crescente do julgamento no âmbito euro comunitário, porém, subsistem resistências nos meios anglo-saxões, pelo maior peso que atribuem à liberdade de expressão.

2.2.4

A promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) nº 679/2016. O direito ao esquecimento como equivalente do direito ao apagamento.

Após a decisão do caso González, houve a promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados nº 679/2016, doravante chamado apenas "RGPD"[12], substitutivo da Diretiva nº 95/46. A aprovação do RGPD reacendeu o debate sobre o direito ao esquecimento, pelo fato de o instrumento legal conter uma expressa regulação desse direito, em seu artigo 17, além de ser de aplicação direta no direito interno dos Estados da União Europeia (Talciani, 2017, p. 2).

Até a sobrevinda do RGPD, a legislação europeia não continha a expressão "direito ao esquecimento", mas, tão somente, previa o "direito ao apagamento". Conforme Andréani (2020, p. 9), este direito surgiu na convenção do Conselho da Europa para a proteção das pessoas em face do tratamento automatizado de dados pessoais – Convenção nº 108, de 1981 - primeiro instrumento internacional juridicamente vinculante adotado para a proteção de dados.

Em 2011, a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados da União Europeia publicou o parecer "Uma abordagem global da protecção de dados pessoais na União Europeia" (2011), segundo a qual toda informação (dado pessoal) deve ter um período de validade. Consta no parecer que o direito a ser esquecido se liga ao direito de a pessoa em causa se opor ao tratamento de seus dados pessoais bem como à obrigação do responsável pelo tratamento de apagar

[12] O RGPD europeu entrou em vigor em 28 de maio de 2018, segundo prescreve seu artigo 94.1.

a informação sempre que se tornar desnecessária para a finalidade para a qual foi coletada. Assim, o direito ao esquecimento não precisaria ser exercido pela pessoa interessada, pois as informações teriam um prazo de validade além do qual não poderiam ficar disponíveis. Isso não se aplicaria caso o controlador de dados pessoais tivesse alguma especial necessidade de conservação desses dados, sendo dele o ônus de justificar essa conservação. Chama a atenção o ponto nº 90 do parecer, no qual a autoridade considera que o direito ao esquecimento seria de particular importância relativamente à atividade midiática e às publicações existentes na *internet* e nas redes sociais. Para a autoridade, haveria uma obrigação de apagar ou não continuar a divulgar as informações após um prazo estabelecido. De acordo com o parecer, portanto, o direito ao esquecimento englobaria todas as informações disponíveis em bancos de dados, tanto aquelas fornecidas pelo próprio titular dos dados nas suas relações comerciais e como usuário da internet, quanto aquelas publicadas por terceiros acerca do titular dos dados, no exercício da liberdade de expressão e do direito de informar.

Em 2012, a União Europeia passou a discutir a aprovação de um Regulamento Geral[13], ato legislativo vinculativo e integralmente aplicável em toda a União Europeia. Na primeira versão da proposta, de 25 de janeiro de 2012, o direito ao esquecimento era previsto juntamente com o direito ao apagamento, no artigo 17. A menção, no título, ao "direito ao esquecimento", no entanto, não fazia jus ao conteúdo do artigo 17º, já que o detalhamento do artigo dispunha apenas sobre a possibilidade de requerer o apagamento de dados. Essa primeira sugestão foi completamente abandonada, sendo que, na proposta de 12 de março de 2014, o termo 'direito ao esquecimento' reaparece qualificado, como "direito ao apagamento (direito ao esquecimento na internet)".

Assim, em 2018, entrou em vigor o Regulamento Geral de Proteção de Dados nº 679/2016, da União Europeia, o primeiro texto normativo europeu a conter uma definição do direito ao esquecimento, identificado como sinônimo de direito ao apagamento (Andréani, 2020, p. 9). Prevê o artigo 17º o seguinte:

> Artigo 17º
> Direito ao apagamento dos dados ("direito a ser esquecido")

[13] Conforme Jacques e Hempel (2020, p. 200-201), é significativo que a União Europeia tenha adotado um regulamento para tratar sobre dados pessoais, pois o regulamento é um instrumento jurídico vinculativo imediato para os Estados-membros e, mesmo que contenha disposições permitindo aos Estados-membros a criação de regras adicionais, como exceções aos requisitos, por exemplo, os aspectos principais permanecem idênticos em toda a União Europeia.

> 1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora justificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:
> a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
> b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6º, nº. 1, alínea a), ou do artigo 9º, nº. 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
> c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21º, nº 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21º, nº 2;
> d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
> e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
> f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8º, nº 1.
> 2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do nº 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.
> 3. Os nºs 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário:
> a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação;
> b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento;
> c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9º, nº 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9º, nº 3;
> d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89º, nº.1, na medida em que o direito referido no nº 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou
> e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial. (UE, 2018)

Conforme Boizard (2016, p. 622), o artigo 17 do regulamento nº 679/2016 evidencia que o legislador europeu não quis criar um direito cujos contornos são largamente discutidos, tendo optado por traduzir o direito ao esquecimento como direito ao apagamento de dados. Andréani (2020, p. 11) concorda: para ele, direito ao esquecimento, na Europa, é o mesmo que direito ao apagamento, são sinônimos.

Diante desse quadro normativo, cabe refletir o porquê e as consequências de fundamentar o direito ao esquecimento na proteção de dados pessoais. A justificativa para fazê-lo pode ser encontrada na necessidade de lidar com os desafios postos pelo desenvolvimento tecnológico para a salvaguarda de direitos individuais. Para isso,

> [...] ‘atualmente, a noção de direito ao esquecimento se define essencialmente pela sua finalidade: se trata de eliminar qualquer risco de que uma pessoa, cujos dados tenham sido depositados na web, por si ou por terceiros, seja incomodada de forma permanente pelo uso involuntário desses dados, isso independentemente da idade dos fatos ou dados relativos a essa pessoa.[...] Quando se invoca o direito ao esquecimento, se invoca uma prerrogativa que o indivíduo teria de exigir que não estejam mais acessíveis a todos certos eventos ou certos dados concernentes a ele que não estejam atualizados. É uma subtração da memória coletiva. No entanto, não é uma subtração total, porque mesmo que esta seja a vontade do indivíduo, este permanece devedor de obrigações para com a sociedade a que pertence e pode necessariamente esbarrar em direitos contrários opostos por outras pessoas. (Boizard, 2015, p. 12)[14]

Com relação às consequências de fundamentar o direito ao esquecimento na proteção de dados pessoais, entende-se que há uma ampliação das situações em que aquele direito pode ser reconhecido para muito além do seu sentido original, pois sempre que a circulação de informações envolver dados pessoais de pessoa identificada ou identificável, poderá ser formulada uma demanda de apagamento ou desindexação. E, como bem apontou Jääskinen, em seu parecer no caso González, qualquer pessoa de posse de qualquer dado pessoal pode ser considerada controlador de dados pessoais (*controller*). Isso independe de se tratar de um cidadão, de um órgão da imprensa ou governamental, ou de uma empresa privada.

Outro ponto importante é que fundamentar o direito ao esquecimento no controle de dados pessoais modifica de maneira importante aquilo que vinha sendo entendido como tal. No “tradicional” direito ao esquecimento, condenados criminais que cumpriram suas penas se insurgiam contra a rememoração, pela imprensa, dos crimes praticados. A extinção da pena e a passagem do tempo tinham uma importância nesse raciocínio, pois tinha o condão de tornar ilícita a rememoração dos fatos, por impedir a ressocialização. Já no caso do novo direito ao esquecimento, nos moldes do TJUE e do RGPD, a passagem do tempo tem pouca ou nenhuma importância (Maldonado, 2022, p. RB-10.3).

Nessa linha de intelecção, para configuração do direito ao esquecimento na internet, como previsto no RGPD, basta que a conservação de dados pessoais se torne desnecessária para que haja o direito de excluir ou desindexar informações

---

[14] Tradução livre. No original: “[...] ‘actuallement, la notion de droit à l’oubli se définit essentiellement par as finalité: il s’agit d’écarter tout risque qu’une personne, dont des données la concernant ont été déposées sur la toile, par elle-même ou um tiers, soit durablement incommodée par l’utilisation à so insu de ces données. Et ce, quelle que soit l’ancienneté des faits ou des données se rapportant à cette personne’. [...] Lorsqu’est invoqué le droit à l’oubli, est revendiqué une prérogative qu’aurait l’individu d’exiger que ne soient plus accessibles à tous certains événements ou certaines données le concernant qui ne sont plus d’actualité. C’est une soustraction à la mémoire collective. Il ne s’agit cependant pas d’une soustraction totale car même si telle est la volonté de l’individu, il reste débiteur d’obligations envers la société à laquelle il appartient et peut nécessairment se heurter aux droits contraíres opposés par d’autres”.

dos bancos de dados físicos ou da *web*. Como assinala a doutrina, esse raciocínio aponta

> [...] para a construção de uma nova (e problemática) camada de limitações à liberdade de expressão, possibilitando a remoção ou limitação do acesso a certos conteúdos não por sua ilicitude, mas pelo mero fato de, em certas condições, estarem relacionados a uma pessoa natural (Moncau, 2020).

Perceba-se, ademais, que embora o artigo 17º do RGPD preveja a inaplicabilidade do direito ao apagamento/esquecimento aos casos em que o tratamento de dados se revele necessário para o exercício da liberdade de expressão e informação, ainda assim deixa uma ampla margem de apreciação para as autoridades de proteção de dados e as autoridades judiciárias quanto ao que seria um tratamento de dados *necessário* para o exercício da liberdade de expressão.

Por essas razões, parte da doutrina criticou a opção do legislador europeu de tratar, em um mesmo dispositivo, de duas situações diversas. Ambrose e Ausloos (2020, p. 14-15) apontam que o direito ao apagamento deveria se limitar aos casos de exclusão ou eliminação de informações que o titular dos dados pessoais disponibilizou para processamento automatizado. Já a expressão “direito ao esquecimento” deveria se limitar aos casos em que se discute o tradicional *droit à l’oubli*, que compreende o direito de ser esquecido (direito de garantir que outros se abstenham de lembrar o seu passado) e o direito ao esquecimento propriamente dito (direito de evitar ser confrontado com seu próprio passado, correspondendo a um controle sobre seu passado e futuro).

Na interpretação dos autores, o RGPD, ao unir os dois direitos, não levou em consideração que o direito ao apagamento é um direito menos controverso, pois não envolve um conflito potencial entre direitos do titular dos dados e terceiros; por tal razão, não seria aplicável a conteúdo gerado por terceiros, no exercício da liberdade de expressão e informação. Trata-se de um direito menos abrangente, fundamentado na necessidade de transferir o poder entre usuários de dados e controladores, dado ao fato de que, nas relações firmadas na internet, o consentimento real é difícil de obter, de modo que a informação deveria ter um prazo de validade, bem como o usuário deveria ter o direito de revogar o consentimento para processamento de dados pessoais a qualquer tempo. Por esse viés, o direito ao apagamento não dependeria do fator “transcurso de tempo”, bastando a aplicação do princípio da finalidade. Por outro lado, o direito ao esquecimento é fundamentado nos direitos à honra, privacidade e identidade e é

muito mais controverso, pois envolve um conflito potencial entre direitos do titular de dados e terceiros. Além disso, o direito ao esquecimento dependeria da análise do fator temporal para se configurar. Diante dessas considerações, os autores propõem separar o direito ao apagamento do direito ao esquecimento, anotando, ainda que isso seria apenas um passo inicial, pois

> Ainda existem muitas questões conceituais a serem resolvidas. Se o 'direito' de ser esquecido será um direito real, um interesse ou um objetivo da política [é algo que] precisará ser debatido, assim como delinear claramente os objetivos sociais do direito (controle, perdão, reputação, identidade, etc.). (Ausloos; Ambrose, 2020, p. 17)[15].

Concordando em parte com Auloos e Ambrose (2020), Boizard (2016, p. 622) escreve que o direito ao esquecimento e o direito ao apagamento não deveriam ser entendidos como sinônimos, pois o direito ao apagamento tem íntima relação com os regramentos que dispõem sobre os períodos de retenção de dados, ao passo que o direito ao esquecimento se fundamenta em outras justificativas. Para a autora, o direito ao apagamento seria, na verdade, uma situação mais restrita, uma modalidade do direito ao esquecimento.

Nesse sentido, verifica-se que o RGPD europeu não sepultou o tradicional direito ao esquecimento, já bastante explorado em linhas pretéritas, mas apenas o uniu ao direito ao apagamento, dando idêntico tratamento às situações em que alguém fornece dados nas suas relações travadas na *web* e, posteriormente, pretende a exclusão ou desindexação desses dados, e às situações em que terceiros, muitas vezes no exercício da liberdade de expressão e do direito de informar, compartilham opiniões e informações na *web*.

2.2.5
Julgamentos no TJUE e nos tribunais nacionais europeus após o caso González e o RGPD.

Após o julgamento do caso González, o TJUE já teve a oportunidade de decidir outra demanda envolvendo pedido de desindexação de informações dos motores de busca. No entanto, diferentemente da conclusão adotada no caso González, a informação não foi desindexada.

---

[15] Tradução livre. No original: Separating erasure from oblivion is only na initial step. There are still many conceptual issues to bem sorted out. Whether the 'rigth' to be forgotten will be na actual right, na interest, or policy goal will need to be debated, as will clearly outlining the right's goals (control, forgiveness, reputation, identity, etc.).

Tratou-se de ação judicial intentada por S. Manni contra a Câmara de Comércio de Lecce, em 2007, na qual o autor narrou que é administrador único da empresa Costruzioni Srl, sociedade de construção civil à qual foi adjudicado contrato para a construção de um complexo turístico, e alegou que os imóveis do complexo não estavam sendo vendidos pelo fato de constar no registro de sociedades que o autor tinha sido o único administrador da sociedade Immobiliare Salentina, que teve falência decretada em 1992. Manni requereu que os seus dados pessoais, constantes no registro das sociedades, fossem cancelados, anonimizados ou bloqueados, e que a Câmara de Comércio reparasse o prejuízo sofrido por ofensa à sua reputação (UE, 2017).

O Tribunal de Lecce decidiu, em 2011, pela procedência do pedido, para ordenar à Câmara de Comércio de Lecce a anonimização ou o bloqueio dos dados associando Manni à falência da Immobiliare Salentina, e condenou a demandada a indenizar o autor em dois mil euros, sob o fundamento de que “as inscrições que associam o nome de uma pessoa singular a uma fase crítica da vida da empresa (como a falência) não podem ser perenes, na falta de um interesse geral específico na respectiva conservação e divulgação” (UE, 2017).

Interposto recurso à Corte Suprema di Cassazione, submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia questões prejudiciais, especificamente para que fosse esclarecido pelo tribunal se a Diretiva 95/46 efetua uma derrogação nas normas jurídicas italianas que preveem o sistema de publicidade constituído pelo registro das sociedades. Na ocasião, o TJUE consignou, no acórdão, que as leis internas que preveem a publicidade de informações sobre a dissolução de uma sociedade visam proteger direitos de terceiros, sendo essencial que os terceiros tenham conhecimento dos atos essenciais das sociedades e a identidade de seus sócios. Considerou, ainda, que as pessoas singulares que optam por constituir sociedade estão conscientes dessas obrigações quando decidem exercer atividade econômica. Portanto, no tipo de situação analisada, decidiu que prevalece, em princípio, a necessidade de proteger os interesses de terceiros em relação às sociedades anônimas e às sociedades por quotas, o que é necessário para garantir segurança jurídica, lealdade das transações comerciais e o bom funcionamento do mercado interno. Não excluiu, porém, que em situações especiais fosse deferida a limitação de acesso a terceiros, optando por uma abordagem casuística (UE, 2017).

Outros casos foram decididos por tribunais europeus, que rapidamente incorporaram os parâmetros decisórios do caso González. Cabe salientar que, depois do julgamento desse caso, sobrevieram dois documentos de máximo

interesse para a aplicação jurídica desse julgado: o primeiro é o guia para a implementação da sentença, adotado pelo grupo de trabalho do art. 29 (*Article 29 Working Party*) criado pela Diretiva nº 95/46/CE[16] e integrado pelo supervisor europeu de proteção de dados e pelas autoridades estatais de proteção de dados dos estados-membros; o segundo é o informe final do conselho assessor sobre o direito ao esquecimento, criado pelo Google, e que reúne relevantes especialistas de diferentes países (Guichot, 2019, p. 55). Ambos os documentos trazem critérios de ponderação a serem adotados, que Guichot (2019) assim agrupou:

> *1º) La naturaleza del sujeto sobre el que se predica la información ('el papel de la persona em la vida pública'), que llama a la supresión de la información referida a personas sin relevância social.*
> *2º) La naturaleza de la información, que tiende a la supresión de la información sensible, em el sentido de la normativa sobre protección de datos (en el caso de la información sobre infracciones penales, em particular, cuando son delitos menores cometidos hace tiempo) y de la errónea, habiendo em lo demás aproximaciones diferentes y uma notable zona de grises repecto de otro tipo de información, como la financiera o la laboral. Además, se observa una notable falta de disciminación entre información y opinión.*
> *3º) La fuente y el contexto em que se publicó la información, pudiendo ser la publicación en um médio periodístico o em um médio oficial um indicio de la prevalência del interés público de la información, si bien no es um critério absoluto, como no lo es que, em su momento, se diera el consentimento para la publicación.*
> *4º) El tempo transcurrido desde la publicación original, que puede hacer que su conocimiento, associado a una persona, ya no sea relevante, y que llama a um mayor peso de la protección de datos cuando se refiere a información referida a menores de edad.*
> *5º) Los efectos de la información sobre la vida de la persona afectada, que, pese a que la Sentencia Google advirtiera que no es necesaria la existência de un perjuicio para el ejercicio del derecho al olvido, se considera relevante a los efectos de una mayor tendencia a la supresión de la información cuya publicidade provoca un mayor perjuicio al afectado.*" (Guichot, 2019, p 56-59)

Esses critérios vêm sendo observados na jurisprudência europeia, segundo alguns exemplos comentados a seguir, oriundos da Espanha, do Reino Unido e da Finlândia.

Em outubro de 2015, o Tribunal Supremo Espanhol julgou o recurso n 2772/2013, interposto pelo periódico El País (Ediciones El País, S.L.), contra sentença proferida pela 14ª Audiência Provincial de Barcelona, em processo movido por "A e B". Segundo consta nos autos, A e B (como foram identificados

[16] O Grupo de Trabalho do art. 29 foi criado pela Diretiva 95/46/CE e lidou com as questões relacionadas com a proteção da privacidade e dos dados pessoais até 25 de maio de 2018 (data em que o RPGD entrou em vigor). Posteriormente foi substituído pelo *European Data Protection Board*, um organismo europeu independente que reúne as autoridades nacionais de proteção de dados dos países do Espaço Econômico Europeu, bem como o *European Data Protection Supervisor* (EDPS). Seu objetivo é garantir a aplicação do RGPD de forma consistente, e assegurar a cooperação na sua aplicação, tomando decisões vinculativas em casos transfronteiriços nos quais inexista consenso. (UE, 2023b).

os autores) ajuizaram demanda contra o jornal em razão de ter disponibilizado na web notícia da década de 1980, na qual veiculava a prisão dos autores por suposto tráfico de drogas e dependência química, informando, ainda, que uma das pessoas presas juntamente com A e B era familiar de conhecido político. O artigo indicava nomes, sobrenomes e profissões dos detidos. A e B foram condenados pelos fatos noticiados no jornal e por delito de contrabando. Posteriormente, superaram o vício em drogas e retomaram sua vida familiar e profissional.

A publicação referida foi lançada na internet em 2007, na edição em papel da hemeroteca digital do periódico, e indexada aos motores de busca. Em 2009, A e B solicitaram ao jornal a anonimização da publicação ou que tomasse providências para evitar a indexação, pedido que foi negado pelo jornal. Assim, A e B requereram na demanda originária o reconhecimento de que a difusão da notícia na web configurava uma vulneração ao direito à intimidade e à honra, e como providências solicitaram: a condenação do El País a cessar de imediato a difusão da notícia na internet; a retirar os nomes e sobrenomes dos autores do código fonte da página da web, ou, subsidiariamente, a substituir os nomes e sobrenomes por suas iniciais; a tomar medidas tecnológicas para impedir a indexação da notícia nos motores da web; a indenizar os danos e prejuízos sofridos pelos autores; a não publicar nenhuma notícia referente ao presente procedimento. Requereram também a notificação dos motores de busca Google, Yahoo e Bing acerca da sentença. Em sua defesa, o jornal El País invocou a liberdade de informação, alegando que não poderia proceder à modificação do artigo pois isso equivaleria a retirar os arquivos existentes das hemerotecas, bem como alegou que não poderia adotar qualquer medida para evitar a indexação da notícia nos motores de busca (Guichot, 2019, p. 72-73; Espanha, 2015, p. 1-2).

Na primeira instância, o Juiz do Juizado n. 21 de Barcelona julgou procedentes os pedidos dos autores, condenando o El Pais a cessar de imediato a difusão da notícia, devendo implantar medidas tecnológicas para impedir a difusão nos motores de busca quando digitados os nomes e sobrenomes das partes. Como medida concreta, determinou a utilização do comando “no index” para que a notícia não seja encontrada ao se digitar o nome dos autores nos motores de busca. Ainda, condenou o réu a pagar aos autores indenização de sete mil euros a cada um. Para tanto, fundamentou o juízo que a divulgação dos antecedentes penais de uma pessoa atenta contra sua reputação e lesiona sua intimidade, não sendo lícito tornar pública notícia da década de 1980 na web, porque a disponibilização da hemeroteca virtual só tem finalidade mercantilista de incrementar ganhos publicitários, não podendo o interesse econômico prevalecer

sobre os direitos da personalidade dos autores, que possuem o direito ao esquecimento (Espanha, 2015, p. 6)

Houve a interposição de recurso pelo jornal El País e pelo Ministério Público, de um lado, e, de outra parte, pelos próprios autores, que alegaram omissão na sentença pelo fato de não ter se pronunciado sobre o pedido de cessação do tratamento de dados pessoais e anonimização dos nomes dos autores na notícia e no código fonte da página da web. Na segunda instância, a 14ª Audiência Provincial de Barcelona negou provimento aos recursos interpostos pelo El País e o Ministério Público e acolheu os pedidos dos autores para completar a sentença, determinando que o jornal El País cessasse a utilização dos dados pessoais dos autores no código fonte da página web e na própria página web, bem como determinou que o réu não publicasse nenhuma notícia referindo-se ao procedimento contendo os nomes, sobrenomes ou mesmo as iniciais dos autores.

O processo aportou no Tribunal Supremo, mediante a interposição de recurso pelo El País. O recorrente alegou que a notícia veiculada é verdadeira e há interesse público nela, por tratar de informações relativas ao cometimento de delitos, sendo que o tempo não converte a notícia em inverídica e nem em carente de interesse público. A Corte Suprema, ao decidir, partiu do pressuposto de que o editor de conteúdo (no caso, o El País) é responsável por tratamento de dados e que não se discute se a publicação em papel foi ou não lícita, pois o direito ao esquecimento não tem como consequência a declaração da ilicitude da informação ao tempo de sua publicação. Referindo-se expressamente ao caso González, apontou a Corte espanhola que o tema em debate é se o tratamento dado à informação publicada é adequado ou inadequado, face aos direitos da personalidade, devendo-se levar em consideração se as pessoas referidas na notícia têm qualquer relevância pública, e se os fatos noticiados ostentam interesse histórico (Guichot, 2019, p. 72-73; Espanha, 2015).

O Tribunal decidiu que (1) os tribunais de primeira e segunda instância decidiram erroneamente que a informação publicada na web não era veraz, porque a notícia é acessível tal como foi publicada, com indicação da data de sua veiculação e os fatos posteriores da vida dos demandantes não fazem com que a publicação seja inverídica; (2) o problema não é de inveracidade da notícia, mas de tratamento inadequado dos dados pessoais, pois o tratamento que inicialmente poderia ser adequado pode tornar-se inadequado com a passagem do tempo, causando danos aos direitos da personalidade como honra e intimidade; (3) o fato de o jornal El País gerar renda com publicidade da web, tratando-se de empresa de comunicação privada, não converte sua conduta em ilícita e nem o priva do

exercício das liberdades de expressão e informação, pois segundo o TEDH, as hemerotecas digitais se encontram no âmbito de proteção da liberdade de imprensa; (4) ponderando o direito à liberdade de informação com os direitos da personalidade dos autores, considerou que os demandantes carecem de qualquer relevância pública e os fatos objeto da informação carecem de interesse histórico; (5) por outro lado, considerou que não se pode exigir ao editor da página da web que, por sua própria iniciativa, depure os dados pessoais, porque isso consistiria em sacrifício desproporcional para a liberdade de informação; no entanto, se pode exigir que dê uma resposta adequada aos afetados que exercem seus direitos ao cancelamento e oposição ao tratamento de dados, de modo que o El País praticou ato ilícito ao negar o cancelamento do tratamento de dados pessoais ante a solicitação feita pelos autores (Espanha, 2015, p. 11-12).

Especificamente quanto às providências adotadas pelas cortes de primeiro e segundo grau, o Tribunal decidiu como correta a determinação para que o El País utilize códigos como robots.txt ou noindex para impedir a indexação da notícia nos motores de busca. No entanto, o Tribunal decidiu que é desproporcional a medida determinada em segundo grau, de eliminação do nome e sobrenome do código-fonte e, inclusive, do motor de busca interno do site do jornal, pois isso configuraria uma censura retrospectiva de informações publicadas licitamente e resultaria em invisibilizar a informação para o público que faz buscas ativas no site da hemeroteca digital, com interesse histórico. Assim, considerou suficiente determinar ao El País que impedisse a indexação da notícia em seu buscador interno (Espanha, 2015, p. 13-14; Guichot, 2019, p. 75).

Em julho de 2017, outro caso relevante – que para compreensão será chamado “caso dos crimes de Calicanto”[17] - foi julgado pelo Supremo Tribunal espanhol. Para melhor compreensão, cabe expor os antecedentes fáticos do processo. Em 1997, dois cidadãos alemães foram assassinados a facadas num chalé da vila valenciana de Calicanto, sendo que o crime ocasionou grande repercussão social. A suspeita da autoria recaía sobre dois homens de nacionalidade russa. Um deles foi julgado e absolvido em 1999; já o segundo foi acusado e submetido a julgamento em 2012, ocasião em que a assessoria de imprensa do Tribunal Superior de Justiça de Valência permitiu aos meios de comunicação o acesso ao julgamento oral e a realização de fotos no interior da sala de audiências. No dia seguinte ao julgamento oral do segundo suspeito, o

[17] Recurso 3440/2015

jornal Levante- El Mercantil Valenciano (Editorial Prensa Valenciana S/A) publicou em suas edições impressas artigo jornalístico informando a decisão da Presidência do Tribunal de dissolver o Júri por falta de provas contra o acusado, pois, segundo se apurou, as armas utilizadas no crime foram destruídas na ocasião do primeiro julgamento e nenhuma testemunha compareceu. O artigo foi intitulado “Réu absolvido de duplo crime após destruição de provas pelo Tribunal”; no subtítulo constou “a acusação manifesta a sua convicção na culpa do arguido, para quem pediu 50 anos de prisão e lamenta a falta de provas ao não comparecer ao menos uma testemunha. O Tribunal Superior de Justiça minimiza a importância da destruição das peças de convicção”. Na reportagem, foram narrados detalhes do crime, do julgamento do primeiro suspeito e do julgamento do segundo suspeito. Juntamente com a reportagem, foram publicadas as fotos dos suspeitos e de uma das vítimas (Espanha, 2017, p. 3).

Constou no processo que, três dias após o julgamento objeto da reportagem, foi proferida sentença absolvendo o réu Desiderio (também conhecido como Alfredo) dos crimes de homicídio, roubo com violência e lesão corporal de que foi acusado, sob o fundamento de que não ficou provada a sua participação nos crimes. Em fevereiro de 2014, Desiderio moveu uma ação contra o jornal Levante e contra os jornalistas subscritores da reportagem, requerendo a condenação dos réus a retirarem a notícia dos motores de busca e redes sociais, além do pagamento de danos morais, com fundamento na violação dos direitos à honra e à imagem. O juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos, sob fundamento de que no caso prevalece a liberdade de expressão sobre o direito à honra. Desiderio interpôs recurso à Audiência Provincial de Valência, mas não obteve êxito. Foi nesse contexto que o demandante interpôs recurso ao Tribunal Supremo, alegando que a informação não foi publicada com neutralidade, pois houve a mistura de informações sobre o julgamento com outras informações relativas a um julgamento ocorrido há mais de dez anos, bem como foi veiculada foto do acusado juntamente com opiniões do Ministério Público referentemente à sua culpa, o que ocasionava no público sérias dúvidas sobre a inocência do absolvido, impedindo o direito ao esquecimento (Espanha, 2017, p. 5).

O Tribunal Supremo espanhol decidiu que as informações publicadas pela imprensa atendiam aos requisitos de veracidade e atualidade, bem como eram de interesse público, por se referirem a crimes graves; do mesmo modo, a publicação da fotografia se deu nesse contexto, não sendo ilegal. Decidiu também que a informação jornalística não tem que necessariamente ser neutra para estar tutelada pela liberdade de imprensa, devendo apenas atender aos requisitos de

veracidade, referir-se a assuntos de interesse público e não dar tratamento desnecessariamente ofensivo às pessoas afetadas pela informação. Com relação ao direito ao esquecimento, mais especificamente, o Tribunal decidiu que a reportagem disponibilizada na web não continha ilicitude, pois foi omitido o uso do nome e sobrenome e demais dados pessoais do autor, respeitando o regulamento de proteção de dados pessoais. Decidiu também que não incidia tal direito em razão do escasso tempo transcorrido entre a publicação da matéria (2012) e o ajuizamento da demanda (2014) (Espanha, 2017, p. 9-10).

No Reino Unido, apontam Jacques e Hempel (2020, p. 196) que antes de 2018 a lei inglesa não previa de forma expressa o direito ao esquecimento, entendido como direito ao apagamento (*right to erasure*), mas era possível inferir esse direito a partir do direito à privacidade e das leis de proteção de dados. Após a aprovação do RGPD de 2016, e tendo em vista que o Reino Unido se encontrava em vias de se desvincular da União Europeia, a Lei de Proteção de Dados inglesa (Data Protection Act) foi modificada, em 2018, a fim de, simultaneamente, garantir a retenção da regulação no pós-Brexit, e estabelecer derrogações ao RGPD. Especificamente quanto à aplicação do art. 17 do RGPD, apontam que houve o julgamento do caso NT1 e NT2 v. Google LLC pela Suprema Corte da Inglaterra e do País de Gales (*The England and Wales High Court*) em 2018, estabelecendo e clarificando em quais circunstâncias uma pessoa pode apagar informações indesejadas sob a lei inglesa.

Na decisão apontada, a Suprema Corte da Inglaterra e do País de Gales determinou a remoção, pelo Google, de resultados de pesquisa referentes à condenação de um empresário (NT2), porém, rejeitou um pedido semelhante feito por outro empresário (NT1). Ambos requereram a desindexação de seus nomes de resultados de pesquisa alegando que foram condenados por crimes há muitos anos, sendo que a permanência dessas notícias na internet configurava interferência ilegítima em seus direitos. Também requereram o pagamento de danos morais (Columbia University, 2018).

As circunstâncias do processo criminal de NT1 foram as seguintes. Nas décadas de 1980 e 1990, o empresário estava envolvido em um negócio imobiliário que foi ligado a atividades criminosas, motivo pelo qual foi condenado a quatro anos de prisão. NT1 foi posto em liberdade após cumprir metade de sua pena. Em 2014, NT1 pediu ao Google a remoção de links, o que foi negado (Columbia University, 2018).

A condenação de NT2, por sua vez, se deu no início dos anos 2000, em razão de um negócio polêmico por razões ambientais. Ele foi condenado a uma

curta sentença de prisão, e ficou seis semanas sob custódia. Em 2015, NT2 pediu ao Google a remoção de links, o que foi negado pelo fato de tratarem de assuntos de interesse público relacionados à vida profissional do empresário (Columbia University, 2018).

A Corte rejeitou o pedido de NT1 por entender que ele não comprovou a inexatidão das reportagens questionadas a seu respeito. Ainda, rejeitou o pedido porque NT1 é uma figura pública, e não tinha expectativa de privacidade, já que a informação originalmente apareceu no contexto do crime e foi reportada na mídia nacional, o que foi um resultado natural e previsível do comportamento criminoso. A Corte ponderou que, na ocasião do seu julgamento, NT1 não aceitou sua culpa, enganou o público e não demonstrou remorso. Ponderou também que a carreira empresarial de NT1 faz com que as informações sobre seu passado permaneçam relevantes para a avaliação contínua de sua honestidade pelo público. Foram rejeitados os pedidos de desindexação e de compensação de danos pelo uso indevido de informações privadas. (Columbia University, 2018).

Já quanto à reivindicação de NT2, a Corte entendeu, primeiramente, que uma das alegações de NT2 era procedente, pois o artigo da imprensa era enganoso em relação à natureza e à extensão do crime praticado pelo reclamante. Considerou também que sua punição foi baseada em uma confissão de culpa e as informações sobre o crime e punição tornaram-se desatualizadas, irrelevantes e não se justificava sua disponibilidade contínua, tendo em vista que as atividades comerciais de NT2 estavam em um campo bem diferente do que ele operava na época do crime. Consequentemente, o Tribunal deferiu o pedido de desindexação feito por NT2 (Columbia University, 2018).

Para chegar a esse resultado, a Corte se baseou na decisão do TJUE no caso González e nas diretrizes do Grupo de Trabalho da União Europeia sobre a aplicação do direito ao esquecimento (Columbia University, 2018).

Na Finlândia, Annete Alén-Savikko (2020, p. 101-102) cita um caso decidido pela Corte Administrativa de Helsinki (Helsinki Administrative Court)[18], no qual condenado por crimes sexuais requereu a remoção de resultados da pesquisa do Google Search, alegando que as informações o impediam de obter trabalho, além de resultarem em trotes, ameaças, sofrimento e insegurança para sua família. O Google se negou a remover os resultados, alegando que a informação era atual e apropriada, e sua disponibilização atendia ao interesse público. O requerente alegou perante a Autoridade de Proteção de Dados (*Data Protection Ombudsman*)

[18] Processo nº 06038/16/1.204, de 20.1.2017

que já havia sido punido pelos crimes cometidos e que algumas informações eram sensíveis, como sua foto, data de nascimento e endereço. No caso, algumas informações tinham conteúdo jornalístico, enquanto outras URLs indicadas pelo requerente diziam respeito a comentários de internautas em fóruns e discussões *on line*. A Autoridade de Proteção de Dados finlandesa avaliou que as publicações nos fóruns *on line* estavam ligadas à atividade criminosa do requerente e que as informações constantes na rede sobre o crime eram precisas e, se referindo à jurisprudência do TJUE, não viu como justificada a remoção dos dados, tendo em vista o papel desempenhado pelo requerente na vida pública e o interesse público em geral de ter acesso às informações.

Em outro exemplo, citado por Alén-Savikko (2020, p. 102)[19], foi solicitada a remoção de dados da internet sobre o crime, a punição, e a condição médica de condenado criminal que já cumprira a pena. Nesse caso, a Autoridade de Proteção de Dados finlandesa determinou ao Google Inc. e ao Google Finlândia a remoção dos resultados da pesquisa, pois, mesmo se considerando que o requerente havia sido condenado criminalmente, os dados pertinentes às suas condições de saúde são sigilosos, não havendo interesse público sobre eles. Além disso, a autoridade entendeu que o interesse público não justificava o acesso às informações. O Google recorreu ao tribunal, que manteve a decisão da Autoridade de Proteção de Dados. Em ambas as decisões citadas, a autoridade finlandesa entendeu que o Google se qualifica como controlador de dados.

Como se extrai dos julgamentos em tela, o direito ao esquecimento no período “pós-González” vem sendo analisado caso a caso nos tribunais europeus, com aplicação de parâmetros como a antiguidade da informação, o fato de o requerente ser ou não uma pessoa pública e o fato de as atividades praticadas contemporaneamente pelo requerente guardarem ou não relação com as atividades praticadas na época da veiculação da notícia.

No entanto, os parâmetros de aplicação, se confrontados os casos, parecem ainda carecer de uniformização. A título de exemplo, no caso “A e B vs. El País”, a Corte espanhola determinou a utilização de ferramenta noindex ou robots.txt para que notícia sobre condenação por tráfico de drogas e contrabando deixasse de ser vinculada a motores de busca, mantendo-se, porém, na página da hemeroteca virtual do jornal. Preponderaram, então, os elementos antiguidade da informação, tendo a Corte entendido que os condenados por crimes de tráfico de drogas e contrabando não são pessoas públicas e sua condenação carece de

[19] Processo nº 001135/16/16/1204, de 12.08.2016

interesse histórico. Já no caso “Crimes de Calicanto”, embora o demandante tenha sido absolvido e a reportagem tenha associado sua imagem a opiniões do Ministério Público quanto à sua culpa, a decisão foi de negar o reconhecimento do direito ao esquecimento. Parece haver uma incoerência entre os julgamentos, pois no primeiro caso, embora A e B tenham sido condenados por crimes graves (tráfico de drogas e contrabando), entendeu-se que a condenação não era de interesse público e que tais pessoas não tinham projeção como pessoas públicas. Já no caso crime de Calicanto, o suspeito foi inocentado e mesmo assim se decidiu que o caso é de interesse público, sendo permitida a veiculação da notícia. Na Finlândia, em caso de crime também grave (de natureza sexual), considerou-se que o condenado é pessoa pública (tornou-se pessoa pública em razão da projeção dos crimes que praticou) e há interesse público de acesso a essa informação. Aparentemente, não há uma resposta segura para as seguintes perguntas: Em que situações uma pessoa pode ser considerada pessoa pública? O fato de ter cometido um crime ou sido processado por um crime faz ou não com que a pessoa seja considerada pessoa pública? Em que situações se pode dizer que um crime é de interesse histórico? Quais são os critérios para enquadrar um crime como de interesse histórico e público?

Em todo caso, verifica-se que tem havido um esforço argumentativo dos tribunais europeus, no sentido de observarem os critérios estabelecidos pelo TJUE e pelo grupo de trabalho do artigo 29, no julgamento de casos com os expostos acima. Não obstante, esse esforço argumentativo tem sido falho em apontar critérios seguros para dizer que uma pessoa é ou não pessoa pública e para enquadrar um crime como de interesse histórico ou não.

2.2.6
A posição da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Em estudo comparando a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a Corte Europeia de Direitos Humanos e o TJUE, Catarina Santos Botelho apontou que há um crescendo de proteção do direito ao esquecimento, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos representaria uma posição de proteção mínima, a Corte Europeia de Direitos Humanos estaria em uma posição de equilíbrio, e o TJUE representaria uma posição maximalista (Botelho, 2017, p. 49). Esse parecia ser, deveras, o cenário em 2018, quando foi julgado o caso M.L e W.W contra a emissora Deutschlandradio, ocasião em que a Corte valorizou o direito à liberdade

de expressão, quando em confronto com os direitos da personalidade. Não obstante, parece ter havido uma mudança no posicionamento da Corte, posteriormente ao julgamento desse caso, como se irá apresentar a seguir.

Relembre-se que o caso M.L e W.W. contra a emissora Deutschlandradio, julgado na justiça alemã, tratou de pedido de desindexação feito por aqueles a propósito de publicações que os vinculavam a condenação criminal pelo homicídio de conhecido ator.

Sucedeu que os reclamantes M.L e W.W., diante da decisão do Tribunal Constitucional alemão, invocaram, junto à CEDH, o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos[20], que trata do respeito à vida privada. A CEDH manteve a conclusão do Tribunal Constitucional Federal alemão e negou o pleito dos autores. Entre os fundamentos relevantes para sua conclusão, valem destacar os seguintes:

> (i) a decisão de remover elementos de identificação das reportagens pode ter um efeito inibidor na liberdade de expressão da imprensa, pois a obrigação de examinar a legalidade de uma determinada notícia em razão de um pedido do indivíduo objeto da notícia acarreta o risco de que a imprensa deixe de colocar seus arquivos on line ou omita informações individualizadas em reportagens que poderiam originar tais pedidos;
> (ii) a inclusão de informações individualizadas nas reportagens, como o nome completo das pessoas envolvidas, é um aspecto importante do trabalho da imprensa, especialmente ao relatar processos criminais que atraíram considerável atenção;
> (iii) a disponibilidade das reportagens contestadas nos sites das demandadas continuou a contribuir para um debate de interesse geral que não diminuiu com o passar do tempo;
> (iv) as notícias em questão dizem respeito à condução de um julgamento criminal ou pedido de reabertura do julgamento, constituindo informações capazes de contribuir para um debate em uma sociedade democrática e, além disso, durante os pedidos de reabertura do julgamento, os próprios demandantes haviam procurado a imprensa para cobertura do caso;
> (v) as informações publicadas na imprensa não tiveram sua veracidade ou legalidade originais contestadas, nem refletiam o desejo de denegrir a imagem dos autores ou prejudicar sua reputação;
> (vi) No que diz respeito à divulgação das publicações impugnadas, além de ser limitada em seu escopo, parte do material estava sujeita a restrições, como acesso pago ou assinatura (UE, 2018)

Assim, ponderando a margem de apreciação deixada às autoridades nacionais quanto à análise de interesses divergentes, a importância de manter a

[20] Artigo 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. (UE, 2021).

acessibilidade das notícias reconhecidas como lícitas, e a conduta dos requerentes perante a imprensa, a CEDH manteve a decisão da corte alemã (UE, 2018, p. 3-4).

A posição da CEDH no caso M.L. e W.W. vs. Germany seguiu uma tendência dessa corte de dar prevalência ao direito à liberdade de expressão em conflitos com outros direitos[21]. No caso precitado, esse conflito se dava com relação aos direitos da personalidade de criminosos condenados e cuja pena foi cumprida. Como já se disse anteriormente, foi esse o sentido que a doutrina deu ao direito ao esquecimento, em uma primeira fase da abordagem do tema na Europa.

No entanto, em 2022, ao apreciar o caso Mediengruppe Österreich GmbH v. Áustria, a conclusão a que chegou a CEDH foi oposta, reconhecendo-se como correta a decisão proferida pelo Supremo Tribunal austríaco de deferir liminar proibindo jornal de publicar imagem com legenda “neonazista condenado”, 20 (vinte) anos após a condenação do autor, ocasião em que a CEDH reconheceu que os condenados têm um interesse legítimo de deixarem de ser confrontados com seus atos após a sua libertação, com vistas à sua reintegração na sociedade (UE, 2022).

No caso examinado, o jornal Ö sterreich publicou reportagem sobre os círculos sociais de um candidato presidencial, durante as eleições de segundo turno de 2016 para Presidente Federal da Áustria. A reportagem informava que o candidato à presidência pelo Partido da Liberdade, NH, havia sido confrontado com fotografia do ano de 1987, na qual seu gerente de gabinete, RS, aparecia em foto com neonazista condenado, HS, de modo que o jornal Bild tinha causado uma situação constrangedora para o candidato[22] (UE, 2022).

Diante da publicação, HS ajuizou ação com fundamento na Lei de Direitos autorais austríaca, solicitando que a imprensa fosse proibida de publicar fotos dele, sem seu consentimento, relacionando suas fotos com a afirmação de que ele era um condenado neonazista. Embora não tenha contestado que realmente foi condenado, há vinte anos, sob a Lei de Proibição Nacional Socialista, afirmou que foi posto em liberdade condicional em 1999, e estava reintegrado à sociedade, não sendo mais figura pública e nem pessoa de interesse no contexto da

[21] O caso *Mamère v. França*, julgado em 2006, estampava a prevalência da liberdade de expressão sobre os direitos da personalidade, na CEDH.
[22] Termos usados na reportagem, conforme reproduzidos na decisão da CEDH.

publicação. Argumentou que sua condenação foi expurgada, inclusive, dos registros criminais (UE, 2022).

Em 2016, o Tribunal Comercial de Viena indeferiu o pedido de liminar formulado por HS, argumentando pelo interesse público de conhecer dos círculos frequentados pelo candidato. A decisão foi mantida no mesmo ano pelo Tribunal de Recurso de Viena. Contudo, em janeiro de 2017, o Supremo Tribunal deferiu o pedido de liminar formulado por HS, para proibir o jornal de "publicar fotos de [HS] sem o seu consentimento, se ao mesmo tempo ele for chamado de neonazista condenado na reportagem anexa, e/ou declarações de significado equivalente forem feitas lá" (UE, 2022).

Contra essa decisão, o jornal recorreu à CEDH, alegando que o processo penal contra HS tinha sido objeto de inúmeras reportagens nos meios de comunicação nacionais e internacionais nos anos 1990, e que a informação de que HS foi condenado como um neonazista é verdadeira. Sustentou, ainda, que HS era um dos mais importantes e antigos neonazistas austríacos e que as circunstâncias que levaram à sua condenação eram de importância histórica, tratando-se de uma 'pessoa absoluta da história contemporânea'. Defendeu que HS não cessou suas atividades políticas após sua libertação, sendo ainda ativo na cena neonazista. Sustentou que havia interesse público em saber sobre os círculos políticos frequentados pelo candidato presidencial NH e que a reportagem abordou a questão de como o Partido da Liberdade da Áustria lidou com o extremismo de direita. Assim, defendeu ter exercido seu direito à liberdade de expressão, consagrado no art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Em sua defesa, HS contestou que tenha se envolvido em qualquer atividade neonazista após sua condenação, sendo que os eventos de que participou em 2009 eram comemoração dos veteranos de guerra e evento organizado por partido político reconhecido – Partido Nacional Democrático da Alemanha.

A CEDH iniciou o julgamento apontando as especificidades da legislação austríaca, que expressamente proíbe a divulgação da imagem de pessoas quando prejudicar os interesses legítimos da pessoa retratada ou de seus familiares, caso falecida (art. 78 da Lei de Direitos Autorais), bem como determina que os interesses legítimos da pessoa retratada serão prejudicados se a publicação de um artigo ou fotografia puder prejudicar desproporcionalmente o progresso/reintegração social da pessoa em questão (Seção 7a, 2, da Lei de Mídia). Esses dispositivos são interpretados pelo Supremo Tribunal austríaco como tendo o intuito de evitar o efeito pelourinho, de modo que não se poderia

publicar, em uma reportagem que relembrasse crimes cometidos há muito tempo, a fotografia do envolvido (UE, 2022). Consta, ainda, sobre o sistema jurídico austríaco, que nele é atribuída grande importância à reintegração dos delinquentes condenados à sociedade, tanto que acusar alguém de crime anterior cuja pena foi cumprida era um crime em si, conforme seção 113 do Código Penal austríaco (UE, 2022).

A CEDH circunscreveu sua análise à necessidade da interferência no direito do jornal de publicar notícias sobre HS. Descreveu a questão controvertida como "se os tribunais nacionais garantiram um equilíbrio justo entre a proteção do direito à liberdade de expressão da empresa requerente, por um lado, e o direito ao respeito pela vida privada da parte contrária, por outro lado" (UE, 2022). Em sua análise meritória, a CEDH entendeu que a reportagem publicada pelo jornal/recorrente não trazia qualquer contribuição para um debate de interesse geral no contexto das eleições austríacas de 2016, pois não apontava qualquer vínculo direto entre o candidato NH e o recorrido HS, apenas fazendo uma conexão indireta entre eles, pelo fato de RS, irmão de HS e gerente de escritório de NH, ter participado de evento neonazista em 1987 (UE, 2022). Considerou, ainda, que a passagem do tempo e a conduta de HS após sua libertação fizeram com que HS deixasse de ser uma pessoa notória, e que a notícia divulgada pelo jornal era incompleta, pois não registrava que a condenação de HS datava de 1995, e que havia sido apagada de seu registro criminal (UE, 2022). Assim, negou provimento ao recurso do órgão de imprensa, por não vislumbrar violação ao art. 10 da Convenção.

Não obstante a CEDH tenha procurado apresentar a solução dada ao caso Mediengruppe Österreich GmbH v. Áustria como se fosse uma solução totalmente consentânea com julgamentos anteriores daquela Corte, não representando qualquer mudança de posicionamento, uma análise acurada mostra o contrário.

No caso Mamère v. França, constou na decisão da CEDH que aludida Corte não tinha sido convencida do argumento de que a realidade de eventos passados não pode ser desafiada sem limitações no tempo, pois, em se tratando de eventos históricos ou científicos, novos fatos podem emergir ao longo dos anos, que venham a enriquecer o debate e aumentar o conhecimento público do que realmente ocorreu (UE, 2007). No caso M.L. e W.W. vs. Germany, se decidiu que não seria possível determinar a desindexação da web de publicações que vinculando os requerentes a notícias sobre a condenação criminal pelo homicídio de conhecido ator. Decidiu-se, ainda, que a disponibilidade de reportagens sobre

o crime contribuía para um debate de interesse geral que não diminuía com o passar do tempo (UE, 2018).

De modo diametralmente oposto, no caso Mediengruppe Österreich GmbH v. Áustria se decidiu que a passagem do tempo fez com que o crime praticado por HS tenha saído da esfera de interesse público, porque HS teria deixado de ser uma pessoa notória. Esse ponto específico do julgado contrasta com a visão da CEDH, anteriormente consignada nos casos Mamère v. França e M.L e W.W. vs. Alemanha, de que a passagem do tempo por si só não faria com que uma notícia de interesse público deixasse de interessar para o debate público. Repise-se que estava em jogo a possibilidade de a imprensa relembrar uma condenação ocorrida há 20 (vinte) anos, em um contexto de debate público durante eleições para o cargo político máximo da Áustria. Nessa linha de raciocínio, se pode pensar se não caberia ao público julgar o grau de vinculação entre HS e o candidato NH, no contexto das eleições presidenciais, tendo em vista a condenação anterior de HS por atos de cariz neonazista e a sua proximidade com o chefe de gabinete de referido candidato.

Assim, ao que parece, há uma tendência de alinhamento entre a jurisprudência da CEDH em relação ao TJUE, embora não seja possível dizê-lo com definitividade, pois somente o tempo e a superveniência de novos julgados poderão confirmar ou não essa tendência.

2.2.7
Conclusões parciais: a segunda fase parece resultar numa aceitação crescente do direito ao esquecimento, identificado como direito ao apagamento, previsto no RGPD.

Antes da decisão do caso González, como se viu, não houve aceitação, na doutrina e na jurisprudência, de um amplíssimo direito ao esquecimento, como sendo o direito de alguém se opor à recordação de fatos embaraçosos em que esteve envolvido, seja como autor ou acusado, seja como vítima. No entanto, em alguns países da União Europeia, em situações pontuais, houve o reconhecimento desse direito em favor do ex-condenado, visando assegurar sua ressocialização. A esse direito, chamou-se na França e na Bélgica de *droit à l'oubli judiciaire.*

Após o caso González, no entanto, consagrou-se o direito ao esquecimento no sentido de um direito à desindexação, dos motores de buscas na *web*, de notícias públicas e de interesse público, publicadas por terceiros, que tenham perdido sua potencialidade informativa, o que se chamou de *droit à l'oubli numérique.* O julgamento em questão foi mais elogiado que questionado, não

obstante tenham sido apresentadas críticas importantes, relacionadas à atribuição da tarefa de sopesar direitos em conflito às empresas privadas que dominam a internet e aos riscos que isso enseja para a liberdade de expressão.

Com a promulgação do RGPD, consagrou-se o direito ao esquecimento como sinônimo de direito ao apagamento, englobando tanto os dados pessoais fornecidos pelo próprio titular, quanto os dados pessoais publicados por terceiros. No tocante aos dados pessoais contidos em publicações em que se exerce a liberdade de expressão e o direito à informação, especificamente, a permanência dos dados pessoais se subordina ao requisito da *necessidade* para o exercício daqueles direitos.

Não obstante os riscos que têm sido apontados para a liberdade de expressão, decorrentes de se tutelar o direito ao esquecimento a partir da proteção de dados pessoais, essa tem sido enfraquecida pelos posteriores julgados do próprio TJUE, a exemplo do caso Manni vs. Câmara de Comércio de Lecce, da Corte Europeia de Direitos Humanos, a exemplo do caso M.L. e W.W. vs. Deutschlandradio, e de outros tribunais europeus, a exemplo do caso “crimes de Calicanto”, “NT1 e NT2 vs. Google LLC” e os casos citados por Savikko (2020) julgados pela Corte Administrativa de Helsinki. O sinal que se tem dado é o de que a liberdade de expressão é um direito de grande importância, que não pode ser facilmente superado por um argumento contrário.

Assim, a título de um balanço do que se tem na atual fase do direito ao esquecimento na Europa, pode-se dizer que houve a consagração de referido direito a partir da ótica da proteção de dados pessoais, de modo que é possível obter o apagamento ou desindexação de uma informação contendo dados pessoais caso se encontre desatualizada e tenha atingido a finalidade para a qual os dados foram coletados, e não houver a necessidade de continuidade do tratamento de dados. Isso vale tanto para os dados pessoais que o próprio titular forneceu, ativa ou passivamente, quanto para os dados pessoais compartilhados por terceiros. No tocante aos casos em que há o exercício da liberdade de expressão e do direito de informação, há o direito de manter a informação em circulação somente se isso se fizer necessário para o exercício daqueles direitos. Com isso, fica configurada uma ampla margem de apreciação para os tribunais, que devem decidir em que consiste a *necessidade* para o exercício da liberdade de expressão e do direito à informação.

Nesse ponto, a doutrina e os tribunais europeus amplamente acederam aos parâmetros definidos pelo TJUE e pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29 (sob a Diretiva 95/46/CE), substituído pelo *European Data Protection Board* (EDPB), que

levam em consideração (i) o sujeito ao qual a informação se refere, se é ou não pessoa pública, ou se se trata de menor de idade ou maior; (ii) a natureza da informação, se é ou não sensível, sendo que, dentre as informações sensíveis, se encontram aquelas sobre infrações penais, quando dizem respeito a crimes menores cometidos há tempo; (iii) a fonte e o contexto em que se publicou a informação, se se trata da imprensa, de órgãos oficiais do governo, ou de terceiros; (iv) o tempo transcorrido desde a publicação original; e (v) os efeitos da informação sobre a vida da pessoa afetada (Guichot, 2019, p. 56-59).

No entanto, parcela da doutrina critica a unificação do direito ao apagamento e do direito ao esquecimento no mesmo dispositivo legal, apontando que ambos têm pressupostos e fundamentos distintos. Insistem que o direito ao esquecimento deve ser compreendido segundo sua formulação original, na qual está ligado aos direitos à privacidade, honra e identidade, tendo como pressuposto a perda da relevância histórica e da potencialidade informativa em razão da passagem do tempo. Por esse prisma, o direito ao esquecimento conflita com a lógica de direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão, merecendo uma melhor consideração sobre os parâmetros de sopesamento dos direitos envolvidos.

Boa parte dos pedidos invocando o direito ao apagamento/esquecimento, nos moldes do julgamento do caso González e do art. 17 do RGPD, são pedidos de ex-condenados que não querem ver informações sobre os crimes perpetrados lançadas na internet após o transcurso de algum tempo, situação bastante semelhante àquelas em que se invocava o “tradicional” direito ao esquecimento, contra os meios de comunicação. Nestes casos específicos, porém, a jurisprudência europeia tem sido comedida em determinar a diminuição do acesso a essas informações por meio da exclusão ou desindexação, com base no direito ao apagamento. Não obstante, os casos decididos deixam importantes dúvidas, em situações envolvendo a republicação de notícias de casos criminais, quanto aos critérios para se considerar uma pessoa como pessoa pública e para se considerar um crime como sendo de interesse histórico.

Em contraposição ao panorama europeu, sobressai o cenário norte-americano, em que o direito ao esquecimento, seja na sua versão mais tradicional, seja na nova versão, encontra séria resistência. Passa-se a abordá-lo na sequência.

3
O direito ao esquecimento nos Estados Unidos da América

Não se tem notícia de que tenha havido o reconhecimento expresso, nos Estados Unidos, do “tradicional” direito ao esquecimento, invocado por ex-condenados, vítimas ou familiares de vítimas, ou pessoa envolvida, de qualquer forma, em crime ocorrido há muito tempo. Não obstante, a doutrina aponta que houve apreciação desse direito (ainda que omitida a expressão) nos casos Melvin v. Reid e Sidis v. F-R Publishing, nos quais se discutiu “a possibilidade de veicular informações sobre eventos antigos diante do interesse de indivíduos que não

gostariam de ver essas informações recordadas" (Moncau, p. RB-1.3). Em breves linhas, passa-se a detalhar tais casos.

3.1
O "tradicional" direito ao esquecimento exercido em face da imprensa: os casos Melvin vs. Reid (1931) e Sidis vs. F-R Publishing Corporation

Em 1931, a Corte de Apelação da Califória julgou recurso no qual Gabrielle Darley alegou violação de seu direito à privacidade, bem como do direito de propriedade sobre incidentes de sua vida e seu nome de solteira, pelo fato de os réus terem produzido o filme *The Red Kimono* versando sobre fatos passados de sua vida. Esse recurso ficou conhecido como Melvin vs. Reid (EUA, 1931).

A autora narrou que anos atrás era prostituta e foi julgada por assassinato, porém, foi absolvida. Após a sua absolvição, no ano de 1918, ela abandonou a prostituição e se reabilitou inteiramente. Em 1919, se casou com Bernard Melvin, passando a viver uma vida exemplar, assumindo um lugar respeitável na sociedade. No mês de julho de 1925, os réus, sem sua permissão, conhecimento ou consentimento, a fotografaram, produziram e divulgaram o filme *The Red Kimono*, exibindo-o em muitas casas de cinema. Tal filme foi baseado na história real da vida passada da apelante; além disso, o seu nome de solteira foi dado à personagem principal do filme e os réus anunciaram que se tratava da verdadeira história dos incidentes desagradáveis da vida da apelante, exibindo a fotografia da autora. Em razão disso, seus amigos souberam pela primeira vez dos incidentes desagradáveis de sua vida, o que os levou a abandoná-la, causando sofrimento mental e prejuízo de cinquenta mil dólares (EUA, 1931).

A Corte decidiu que os incidentes passados da vida da demandante apareciam nos registros de seu julgamento por assassinato, que é um registro público aberto à leitura de todos, o que é suficiente para negar a ideia de que sua publicação foi uma violação do direito à privacidade. Assim, se os réus somente fizessem uso dos incidentes da vida da apelante divulgados no registro de seu julgamento, a demandante não teria direito de ação. No entanto, considerando que, no caso dos autos, os réus foram além e na formação da trama usaram o verdadeiro nome de solteira da recorrente, bem como utilizaram a foto da recorrente nos seus anúncios, violaram o direito da autora de "buscar e obter

segurança e felicidade sem violações impróprias por parte de outros"[23] (EUA, 1931).

Cabe salientar que a Constituição da Califórnia prevê expressamente o direito de "buscar e obter segurança e felicidade", que, na fundamentação da decisão, foi traduzido como um "direito de viver livre do ataque injustificado de outros à sua liberdade, propriedade e reputação", sendo que foi com base nesse dispositivo que a Corte julgou procedente o direito alegado por Darley, pois

> [...] o uso do nome verdadeiro da apelante [...] foi desnecessário e indelicado e um desrespeito intencional e arbitrário daquela caridade que deveria nos motivar em nossas relações sociais e que deveria nos impedir de submeter outra pessoa, desnecessariamente, ao desprezo e contemplação dos membros da sociedade.[24] (EUA, 1931)

Recursos posteriores, interpostos pelos réus perante o Tribunal Distrital de Apelações e perante a Suprema Corte, foram negados (EUA, 1931).

Como se vê, apesar de o caso ser constantemente citado na doutrina como sendo expressão do direito ao esquecimento, a decisão não se baseia em um genérico direito de qualquer pessoa que se envolveu em eventos públicos de impedir a relembrança dos acontecimentos. O fundamento em questão foi o direito à felicidade, que, conquanto seja igualmente genérico, está previsto expressamente na Constituição da Califórnia, de modo que os juízes da Corte de Apelação nada mais fizeram que lhe dar densidade no caso concreto. Tanto assim que a Corte expressamente rejeitou que o fundamento para dar provimento ao recurso fosse o direito à privacidade, deixando claro que a nova divulgação de fatos contidos em registros criminais, por si só, não ensejaria qualquer reparação. Em verdade, a Corte, ao decidir pela aplicação do direito à felicidade, e ao conceituá-lo como um "direito de viver livre do ataque injustificado de outros à sua liberdade, propriedade e reputação", parece ter reconhecido a ocorrência de dano à honra e à imagem da sra. Gabrielle, em razão da utilização intencional de seu nome e fotografia como chamarisco na divulgação do filme. A propósito, escreve a doutrina brasileira sobre a decisão do Tribunal da Califórnia:

> Como se pode observar, a rationale utilizada parte da premissa de que fatos públicos não podem ser considerados privados, bem como que existe uma

---

[23] Tradução livre. No original: "pursue and obtain safety and happiness without improper infringements thereon by others".

[24] Tradução livre. No original: "The use of appellant's true name in connection with the incidentes of her former life in the plot and advertisements was unnecessary and indelicate and a wilful and wanton disregard of that charity which should actuate us in our social intercourse and which should keep us from unnecessarily holding another up to the scorn and contempt of upright members of society".

> importante diferença entre retratar fatos públicos e usar do nome verdadeiro de Melvin em conexão com a publicidade do filme que retratava incidentes reais da vida da apelante.
> Diante disso, os juízes do Tribunal da Califórnia concordaram que, depois de ter se restabelecido em uma vida honrada, a apelante deveria ter o direito de seguir seu curso sem ter sua reputação destruída pela publicação da história sem qualquer outro motivo que não a expectativa de obter lucros. (Moncau, 2020, p. RB-1.3)

Diante disso, é de duvidar que esse julgamento possa ser citado validamente como um exemplo do reconhecimento do tradicional direito ao esquecimento nos Estados Unidos, pois parece que deu mais importância à questão do atrelamento do nome e da imagem da sra. Gabrielle à publicidade do filme que, propriamente, à passagem do tempo como algo relevante para concluir que o crime não deveria ser relembrado. Cabe, ainda, comentar sobre o caso Sidis vs. F-R Publishing Corporation, também constantemente citado como um exemplo no qual o direito ao esquecimento “tradicional” teria sido suscitado.

William James Sidis ajuizou ação contra a editora F-R Publishing Corporation, pelo fato de ter publicado um breve esboço biográfico e *cartoon* impresso na revista semanal The New Yorker, em 14 de agosto de 1937, bem como feito outras referências a ele em 25 de dezembro de 1937 e em um anúncio de jornal. As alegações apresentadas foram três: a primeira, de violação de seu direito à privacidade; a segunda, de violação dos direitos concedidos a ele na Civil Rights Law de Nova York, §§50 e 51; a terceira, de difamação maliciosa. A moção do réu de rejeitar as duas primeiras alegações foi acolhida, e por causa disso Sidis interpôs recurso ao Circuit Court of Appeals (EUA, 1940)

No seu recurso, Sidis relata que era uma criança prodígio famosa em 1910, e seu nome era conhecido dos leitores de jornais da época. Dentre vários fatos sobre Sidis, consta que ele se formou no Harvard College aos dezesseis anos. Desde então, Sidis resolveu viver da forma mais discreta possível, até os artigos contestados serem publicados no The New Yorker em uma seção cujo título é “Onde estão eles agora?”. Em tal publicação, o autor descreve as realizações de Sidis em matemática, a ampla atenção que recebeu, a repulsa que sentiu por sua vida anterior, as tentativas de esconder sua identidade, através da escolha de uma carreira como escriturário, que não precisaria empregar talentos matemáticos incomuns. Descreve, ainda, que o seu gênio floresceu de maneiras bizarras, terminando por relatar que Sidis passou a viver em um aposento miserável no extremo sul de Boston (EUA, 1940).

Sidis argumentou que o artigo não é falso, nem a descrição que faz sobre si é hostil, porém, é impiedoso ao dissecar detalhes íntimos de sua vida pessoal,

violando sua privacidade. O Tribunal, ao decidir sobre esse pedido, principiou pela análise do direito à privacidade como proposto por Warren e Brandeis em seu artigo seminal publicado na Harvard Law Review. Reconheceu que, se o direito à privacidade fosse entendido sob os padrões estritos sugeridos por Warren e Brandeis, deveria ser reconhecida a invasão ao direito de privacidade do autor. Porém, consignou que

> Apesar da eminente opinião em contrário, ainda não estamos dispostos a conceder a todos os detalhes íntimos da vida privada uma imunidade absoluta da intromissão da imprensa. Todos concordarão que, em algum momento, o interesse público em obter informações se torna dominante sobre o desejo individual de privacidade. Warren e Brandeis estavam dispostos a levantar um pouco o véu no caso de funcionários públicos. Iríamos mais longe, embora ainda não estejamos preparados para dizer até onde. Pelo menos permitiríamos um escrutínio limitado da vida 'privada' de qualquer pessoa que tenha alcançado, ou tenha imposto a ela, o status questionável e indefinível de uma 'figura pública'. [...][25](EUA, 1940)

Seguindo essa linha de raciocínio, o Tribunal concluiu que, pelo fato de Sidis já ter sido uma figura pública, seria natural que comentários verdadeiros sobre suas roupas, fala, hábitos e aspectos comuns da personalidade fossem objeto de interesse público, não havendo invasão de privacidade. Também rejeitou a alegação de que teria havido malícia real na publicação e a alegação de que sua imagem teria sido utilizada para fins comerciais ou de publicidade, violando os §§50 e 51 da Civil Rights Law de Nova York. Considerou a Corte que a publicação de jornal, revista ou livro divulgando notícias verídicas não se enquadra em publicação "para fins comerciais" (EUA, 1940).

Observa-se que o caso Sidis se diferencia dos "tradicionais" casos em que o direito ao esquecimento foi invocado na Europa, nos quais havia a invocação desse direito por ex-condenados, vítimas ou familiares de vítimas de crime, visando impedir a nova divulgação dos fatos pelos quais foram condenados ou nos quais estiveram envolvidos. Contudo, o direito invocado por Sidis, de não haver divulgação da mídia de fatos da sua intimidade, poderia ser enquadrado no conceito mais genérico de direito ao esquecimento, tal como afirmado no caso Madame M. vs. Paris Match, como sendo o direito de qualquer pessoa que se envolveu em eventos públicos de impedir a relembrança dos acontecimentos,

---

[25] Tradução livre. No original: "But despite eminent opinion to the contrary,[5] we are not yet disposed to afford to all of the intimate details of private life an absolute immunity from the prying of the press. Everyone will agree that at some point the public interest in obtaining information becomes dominant over the individual's desire for privacy. Warren and Brandeis were willing to lift the veil somewhat in the case of public officers. We would go further, though we are not yet prepared to say how far. At least we would permit limited scrutiny of the "private" life of any person who has achieved, or has had thrust upon him, the questionable and indefinable status of a "public figure."

quando a redivulgação dos fatos não se baseia nas necessidades da história ou tenha o condão de ferir a sensibilidade da pessoa. Claramente o Circuit Court of Appeals negou reconhecimento a esse direito mais genérico ao esquecimento, por entender que Sidis se enquadrava no conceito de pessoa pública, havendo o interesse público no conhecimento de seus hábitos.

O entendimento adotado no caso Sidis foi consolidado no caso Times Inc. vs. Hill, julgado em 1967. Como antecedentes desse caso, tem-se que a família Hill foi sequestrada em 1952 por três criminosos, quando estavam em casa com seus cinco filhos, todos menores de idade. Em razão desses fatos, a família se mudou da Pensilvânia, buscando voltar a uma vida de anonimato. Não obstante o intento da família, o escritor Joseph Haye escreveu uma peça de teatro para a Broadway, intitulada *The Desperate Hours*, com inspiração no caso real, todavia, fantasiando grande parte dos detalhes, notadamente porque nunca contactou a família para buscar saber dos detalhes do crime. Em razão da peça, a revista Time publicou uma reportagem sobre o caso, o que levou à instauração de um processo na qual a família alegou a violação de seu direito de privacidade. O caso chegou à Suprema Corte, que entendeu pela inexistência de violação da privacidade, pois os Hill se teriam tornado figuras públicas involuntariamente, em razão de seu envolvimento em fatos noticiosos.

Nesse sentido, não se pode falar que houve, em algum momento, o reconhecimento de um tradicional direito ao esquecimento nos Estados Unidos, nem em casos envolvendo pessoa processada e inocentada de um crime, nem em caso envolvendo pessoa que teve sua vida pessoal projetada como de relevância pública, mas depois buscou o isolamento. Não obstante, os casos mencionados oferecem uma porta para pensar o direito ao esquecimento, na sua formulação mais ampla, motivo que justifica a menção a estes no presente estudo.

3.2
O direito ao esquecimento na internet nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, o processamento de dados pessoais, como crédito ao consumidor, informações dadas a médicos e advogados, etc., deve seguir as recomendações adotadas pelo Comitê Consultivo do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar dos Estados Unidos, de 1973, conhecidas como *Fair Information Practices* (FIPs), um conjunto de princípios que regula as relações entre empresas e entidades governamentais que coletam, usam e divulgam informações pessoais sobre pessoas comuns. Os princípios são os seguintes:

> 1. Não deve haver sistemas de manutenção de registros de dados cuja própria existência seja secreta.
> 2. Deve haver uma maneira de um indivíduo descobrir quais informações sobre ele estão em um registro e como são usadas.
> 3. Deve haver uma maneira de um indivíduo evitar que informações obtidas sobre ele sejam usadas para um propósito ou feitas disponíveis para outros fins sem o seu consentimento.
> 4. Deve haver uma maneira de um indivíduo corrigir ou alterar um registro de dados pessoais identificáveis sobre ele.
> 5. Qualquer organização que cria, mantém, usa ou divulga registros de dados pessoais identificáveis deve assegurar a confiabilidade dos dados para o uso pretendido e deve tomar precauções razoáveis para evitar o uso indevido de dados. (Richards, 2015, p. 73-74)[26]

As FIPs foram cunhadas nos Estados Unidos na década de 1970 e têm o objetivo de garantir o processamento de dados de acordo com regras que informem aos titulares dos dados como estes são coletados e usados. A bem da verdade, a Diretiva de Proteção de Dados da União Europeia de 1995 se baseou nas FIPs americanas (Doneda, 2011, p. 101).

No campo do direito ao consumidor, não se pode deixar de mencionar a atuação intensa da Federal Trade Commision, organismo administrativo que se encarrega da proteção de dados pessoais de consumo, revisando termos e condições gerais de uso de serviços, elaborando recomendações, investigando e aplicando sanções quando uma prática comercial viola o direito à privacidade, entre outras atividades. Esse órgão, no entanto, não se equipara às autoridades de proteção de dados existentes nos países europeus, possuindo uma atuação mais limitada (Bobadilla, 2022, p. 188).

Como se vê, o direito à proteção de dados pessoais, como decorrente do direito à privacidade, também está protegido nos Estados Unidos, contudo, a diferença com relação à proteção desse direito na Europa é a interpretação e alcance que se dá a esse direito.

Nos Estados Unidos, os motores de busca não são responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais constantes nas buscas, portanto, quando se apresenta uma petição de exclusão, esta deve se dirigir à fonte original da notícia. Isso decorre de lei expressa, o *Communication Decency Act*, que estabelece, em

---

[26] Tradução livre. No original: “1. There must be no personal-data record-keeping systems whose very existence is secret. 2. There must be a way for na individual to find out what information about him is in a record and how it is used. 3. There must be a way for na individual to prevent information about him obtained for one purpose from being use dor made available for other purposes without his consente. 4. There must be a way for na individual to correct or amend a recordo f identifiable information about him. 5. Any organization creating, maintaining, using, or disseminating records of identifiable personal data must assure the reliability of the data for their intended use and must take reasonable precautions to prevent misuse of the data”.

sua seção 230, que não se pode imputar aos intermediários que atuam na internet a responsabilidade pelos conteúdos postados pelos usuários (Bobadilla, 2022, p. 187). Esse dispositivo legal foi promulgado pelo Congresso em 1996, quando a atuação dos tribunais nos Estados Unidos passou a ameaçar os provedores de serviços de internet de serem responsabilizados pelo conteúdo disponibilizado por usuários e é reconhecido por sua importância para assegurar o sucesso da internet (Cox, 2020).

Quanto à atuação dos tribunais a respeito desse assunto, Bobadilla (2022, p. 185-186) se refere a uma série de decisões das Cortes de Apelações no sentido de que os motores de busca estariam protegidos pela liberdade de imprensa garantida pela Primeira Emenda, motivo pelo qual não há, naquele país, *"ni olvido ni perdón en la actual jurisprudência"*. Um exemplo claro dessa postura intensamente contrária ao *right to be forgotten* é o caso Clark v. Viacom Int'l, Inc (Bobadilla, 2002, p. 186).

Resumidamente, Corey D. Clark, cidadão do Tennessee, ajuizou ação contra Viacom International Inc e outros, alegando difamação, invasão de sua privacidade, direito de publicidade, depreciação comercial, entre outras queixas. Os fatos que levaram ao ajuizamento dessa ação foram os seguintes. Clark foi desqualificado da competição televisionada American Idol depois que o site The smoking gun publicou reportagem informando sobre a prisão do candidato em 12 de outubro de 2002, em razão de uma briga envolvendo sua irmã mais nova. Segundo consta na sentença, Clark havia se saído melhor que a maioria dos candidatos no programa American Idol, tanto que foi votado pelo público do programa, na casa dos milhões, para as finais como um dos doze melhores competidores. Sua remoção do concurso ocorreu, segundo comunicado da Fox à imprensa, pelo fato de Clark ter escondido o seu passado criminal na verificação de antecedentes que constitui fase prévia à participação no programa (EUA, 2015).

Quase uma década após sua desqualificação no programa televisivo, Clark ajuizou ação contra Viacom International Inc, MTV e Jim Cantiello, por manterem em seus sites online notícias fazendo referência àqueles fatos. As notícias, publicadas em 2011 e 2012, descreviam sua desqualificação por esconder o histórico de prisão dos produtores do programa e faziam referência à sua carreira posteriormente a esse fato (EUA, 2015).

O Tribunal Distrital rejeitou a alegação de difamação apresentada por Clark, pois decidiu que as notícias não eram falsas, e porque essa alegação estaria prescrita de acordo com a lei de difamação do Tennessee, segundo a qual as

reclamações por difamação devem ser apresentadas dentro de um ano após a data em que a afirmação difamatória foi publicada. A Corte entendeu que esse prazo também seria aplicável para notícias mantidas na internet, pois os tribunais do Tennesse nunca reconheceram a existência da figura de difamação contínua. A Corte argumentou que reconhecer a possibilidade de um "dano contínuo" pela manutenção de reportagens na internet significaria sujeitar a imprensa a uma responsabilidade infinita e potencialmente ruinosa (EUA, 2015).

Assim, de forma geral se pode dizer que o direito ao esquecimento na internet não tem guarida na legislação e na jurisprudência americana. Como aponta Richards (2015, p. 75), aceita-se com tranquilidade nos Estados Unidos que há um direito do indivíduo de apagar, retificar, completar ou alterar informações que o próprio forneceu para bancos de dados, quando deixarem de ser necessárias para fins legítimos, ou quando o indivíduo retirar o seu consentimento para o processamento de dados; no entanto, não se aceita como constitucional a pretensão de alguém de excluir ou desindexar informações, verídicas e de interesse público, sobre alguém, sob a justificativa de que o interesse público se esvaneceu com a passagem do tempo. A propósito, escreve o autor:

> As FIPs foram notavelmente duráveis, mas outros princípios foram propostos de vez em quando. Em janeiro de 2012, os reguladores da EU propuseram revisões da Diretiva de Proteção de Dados, que já durava quase vinte anos. O mais polêmico deles foi um novo princípio de informação justa, *"Le Droit à l'Oubli'*, comumente traduzido para o inglês como *'the right to be forgotten'*. O direito de ser esquecido é a ideia de que, em algum ponto, os dados pessoais devem ser excluídos e não permanecer nos bancos de dados para sempre. Isto foi popularizado pelo estudioso de privacidade Viktor Mayer-Schönberger em seu livro 'Delete', de 2009. A implementação deste direito nas FIPs poderia assumir várias formas. Por um lado, pode ser um requisito geral um tanto inócuo de que os dados não durem para sempre, como os requisitos no *Fair Credit Reporting Act* ou no *Video Privacy Protection Act* que registros de verificações de antecedentes ou de assistir a filmes sejam destruídos o mais rápido possível. Mas, por outro lado, o direito de ser esquecido pode ser interpretado como um direito de sites removerem dados pessoais, ou imagens ou notícias que uma pessoa pensa violar seu direito de privacidade. Sob essa visão, o direito de ser esquecido tornaria a web a nossa Wikipedia pessoal, nos dando o direito de editar dados sobre nós mesmos como nós gostamos. A versão do direito proposto pela União Europeia em 2012 parecer ser deste último tipo, mais forte. (Richards, 2015, p. 75)[27]

[27] Tradução livre. No original: "The FIPs have been remarkably durable, but other principles have been proposed from time to time. In January 2012 EU regulators proposed revisions to the almost twenty-year-old Data Protection Directive. The most controversial of these quas for a new fair information principle, 'Le Droit à l'Oubli', commonly translated into English as "The Right to Be Forgotten". The Right to Be Forgotten is the idea that at some point, personal data should be deleted and not persist in databases Forever. It was popularized by privacy scholar Viktor Mayer-Schönberger in this 2009 book Delete. Implementation of this right into the FIPs could take several forms. On the one hand, it could be a somewhat innocuous general requirement that data not last Forever, like the requirements in the Fair Credit Reporting Act or the Video Privacy Protection Act

Nessa linha de raciocínio, Richards (2015, p. 76) defende que as regras que colocam obrigações de não divulgação a processadores de dados, especialmente quando se trata do processamento de dados comerciais, em regra não afetam a liberdade de expressão, protegida nos Estados Unidos pela Primeira Emenda (First Amendment)[28] da Constituição. Ele adverte, porém, que o direito ao esquecimento, como uma categoria ampla, a permitir que qualquer pessoa possa exigir, de qualquer provedor de serviços online, a exclusão de qualquer informação sobre ela, parece ameaçar a liberdade de expressão, por configurar um direito ilícito de censurar a mídia (Richards, 2015, p. 91-92).

A avaliação de Richards (2015) ecoa semelhantemente em diversos escritos analisando o intuito de expandir o direito à proteção de dados para fundamentar um direito amplo ao esquecimento. Para Muge Fazlioglu (2013, p. 152), o *right to be forgotten*, se entendido como controle de dados pessoais, pode se tornar um direito de os usuários da internet policiarem o que outros estão escrevendo sobre si, ameaçando frontalmente a liberdade de expressão (Fazlioglu, 2013, p. 156). Kristie Byrum (2020, p. 107) também identifica o direito ao esquecimento, como previsto no RGPD europeu, como uma ameaça à liberdade de expressão, pelo fato de permitir a erradicação de vestígios de memória dos motores de busca na internet, podendo ser usado para montar uma história sobre um candidato político ou um acontecimento público, além de retirar do conhecimento do público informação que, embora fosse considerada irrelevante naquele momento, pode se tornar relevante à medida que o indivíduo entra na vida pública.

Assim, não há nos EUA o reconhecimento do direito de ex-condenados serem desvinculados, pela imprensa, dos crimes que cometeram; tampouco há um limite à imprensa de divulgar novamente fatos criminosos ou vexatórios que adentraram na esfera pública. Somente em um caso se pode pensar em um tal direito, nos Estados Unidos, e diz respeito a dados pessoais de menores de idade

---

that records from background checks or of movie-watching be destroyed as soon as is practicable. But on the other had, the Right to Be Forgotten could be interpreted as a right to have websites remove personal data, or images, or news stories that a person thought violated his or her privacy. Under this view, the Right to Be Forgotten would turn the web into our own personal Wikipedia, giving us the right to edit data about ourselves as we like. The version of the right proposed by the EU in 2012 seems to be of this latter, stronger sort."

[28] Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América: "O Congresso não fará nenhuma lei a respeito do estabelecimento de uma religião ou proibindo o livre exercício dela; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de solicitar ao governo a reparação de suas queixas". Tradução livre. No original: "*First Amendment. Congress shall make no law respecting na establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."* (EUA, 2023).

publicados na web. Conforme Andréani (2021, p. 12), o “direito ao esquecimento” é referido no *Children Online Protection Act*, de 1998, o qual prevê que as informações coletadas online de crianças devem ser mantidas somente enquanto razoavelmente necessárias para os fins para os quais coletadas, além de determinar que antes de coletar informações pessoais de crianças, deve ser obtido consentimento verificável de seus genitores (EUA, 2023). Daí se pode extrair que informações sobre atos infracionais ou de qualquer forma vexatórias para crianças e adolescentes devam ser removidas da internet, quando houver solicitação nesse sentido[29].

Um cenário intermediário entre a presença do direito ao esquecimento na Europa e a ausência desse direito nos Estados Unidos se verifica nos países da América do Sul, dentre os quais o Brasil. Passa-se a abordar esse cenário, todavia, destacando um tópico próprio para o cenário brasileiro, por ser o enfoque desta pesquisa.

4
O direito ao esquecimento na América do Sul

A recepção do direito ao esquecimento na América do Sul foi muito distinta em cada país, variando desde uma maior aproximação ao modelo europeu até uma aproximação maior ao modelo americano. Nos tópicos seguintes, será traçado esse panorama, com a citação de alguns casos relevantes julgados pelas mais altas cortes de justiça dos países sul-americanos.

4.1
O *derecho al olvido* na Argentina

[29] Além do *Children Online Protection Act,* a doutrina faz referência à *California Senate Bill 568*, do Estado da Califórnia, que reconheceu o direito ao esquecimento na internet para os menores de idade, permitindo-lhes eliminar qualquer tipo de conteúdo que exista nas redes sociais que tenham sido postados pelos próprios menores (não se aplica, porém, a conteúdo publicado por terceiros) (Bobadilla, 2022, p. 190).

Na Argentina, a doutrina identifica o caso C. vs. Organización Veraz, julgado em 1999, como o primeiro precedente civil sobre o direito ao esquecimento. A Organização ré é uma empresa privada que administra um banco de dados no qual registra as condenações criminais, e que fornece essas informações a qualquer interessado que as solicite. Fundamentando seu pedido no artigo 51 do Código Penal argentino, que prevê a caducidade dos registros criminais, e alegando que esse dispositivo também se aplica analogicamente a bancos de dados que não sejam oficiais, o autor solicitou à ré a eliminação de uma informação relacionada com uma inabilitação para ser titular de conta bancária. A justiça argentina deu ganho de causa ao autor, reconhecendo a existência do direito ao esquecimento como sendo

> [...] el principio a tenor del cual ciertas informaciones (v.gr., antecedentes penales prescriptos) deben ser eliminados de los archivos transcurrido um determinado espacio de tempo desde el momento em que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisioneiro de su pasado (Ramallo, 2020, p. 39).

Após o caso referido, foi promulgada a lei argentina nº 25.326 (Lei de Habeas Data), estabelecendo que as informações existentes em bancos de dados creditícios só podem ser mantidas pelo prazo de cinco ou dois anos, conforme o caso. Assim, até o julgamento do caso Costeja González, as referências à expressão “direito ao esquecimento” estavam relacionadas quase que unicamente aos pedidos de aplicação da lei nº 25.326. Havia, entretanto, alguns casos em que se pedia algo correspondente ao direito ao esquecimento na internet, isto é, bloqueio de resultados de pesquisa da internet, contudo, sem qualquer referência à expressão *“derecho al olvido”*. A partir da decisão do caso González, e tendo em vista a sua repercussão, é que começou a ocorrer um maior debate sobre esse direito, que passou a ser apresentado em demandas judiciais como argumento válido para a solicitação de remoção de resultados da web (Ramallo, 2020, p. 41).

A propósito do direito ao esquecimento na internet, a Corte Suprema de Justiça da Nação argentina foi a primeira, na América do Sul, a proferir decisão sobre o tema, em outubro de 2014. Ao tempo da decisão do caso Rodríguez vs. Google Inc (Google) e Yahoo Argentina SRL (Yahoo), não havia qualquer legislação vigente sobre o tema, não obstante se tratasse de matéria conhecida dos tribunais de primeiro grau e em discussão no legislativo (Frajhof, 2018, p. 73).

Consta na decisão da Suprema Corte da Nação Argentina que María Belén Rodríguez, modelo profissional e artista, promoveu demanda de reparação de danos contra Google Inc. e Yahoo de Argentina SRL (Yahoo) alegando violação

da sua honra, nome, intimidade e imagem, em razão de sua vinculação arbitrária com páginas de internet de conteúdo erótico e pornográfico. Alegou, também, que os motores de busca estavam explorando comercialmente sua imagem, pois na busca por seu nome retornavam imagens suas em formato de *thumbnails*. Além da reparação de danos, pediu a eliminação dessas vinculações e a cessação do uso não autorizado de sua imagem e nome (Argentina, 2014).

No caso, a sentença de primeira instância considerou que as rés incorreram em negligência culpável, ao não proceder, bloquear ou impedir a existência de conteúdos nocivos ou ilegais, prejudiciais aos direitos da autora, a partir de quando essa circunstância lhes foi comunicada, e em razão disso condenou o Google ao pagamento de indenização no valor de cem mil pesos argentinos, e o Yahoo ao pagamento de vinte mil pesos argentinos, bem como determinou que as rés eliminassem a vinculação da imagem e nome da autora dos sites contendo atividades sexuais, eróticas ou pornográficas (Argentina, 2014).

Em segunda instância, a Câmara Nacional de Apelações Cíveis, analisando recursos interpostos por todas as partes, revogou em parte a sentença, para rechaçar a demanda contra o Yahoo, mas admitir contra o Google. Em relação a esta parte, decidiu por excluir a obrigação do Google de eliminar a informação citada pela autora, mas manter a condenação com relação à veiculação de *thumbnails* com a imagem da autora, bem como para reduzir a indenização fixada para cinquenta mil pesos argentinos. Fundamentou a Corte que a responsabilidade dos motores de busca é subjetiva e descartou a possibilidade de se admitir a aplicação da teoria do risco (responsabilidade civil objetiva), prevista no art. 1113 do Código Civil, de modo que os motores de busca só seriam responsáveis pelo conteúdo publicado por terceiros em caso de notificação judicial determinando a remoção. Com relação ao tema dos chamados *thumbnails*, que continham a imagem da autora, a Câmara condenou o Google, pela ausência de consentimento da autora, conforme previsão expressa no art. 31 da Lei argentina nº 11.723 (Argentina, 2014).

Ao decidir a controvérsia, compreendeu a Corte Suprema argentina que estavam em conflito, por um lado, a liberdade de expressão e informação e, por outro, o direito à honra e à imagem. Quanto à liberdade de expressão, mencionou a Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet, de 2011, da Relatoria para a Liberdade de Organização da Organização dos Estados Americanos, segundo a qual a liberdade de expressão se aplica à internet do mesmo modo que a todos os meios de comunicação. Citou também a decisão do

caso González, decidido em 2014 pelo TJUE, destacando a importância do papel dos motores de busca no funcionamento da internet. Partiu do ponto de vista de que a livre expressão na internet fomenta a liberdade de expressão em suas dimensões individual e coletiva. Nesse ponto, cabe uma curta transcrição dos fundamentos:

> El acesso a Internet, debido a su naturaliza multidireccional e interactiva, su velocidade y alcance global a um relativo bajo costo y sus princípios de diseño descentralizado y abierto, posee um potencial inédito para la realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información em su doble dimensión, individual y colectiva (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 'Libertad de Expresión e Internet', citado anteriormente, párrafo 36). (Argentina, 2014)

Em sequência, a Corte partiu para a definição do direito à honra, como referente à participação que o indivíduo tem dentro uma comunidade, amparando a pessoa frente e expressões ou mensagens que o façam desmerecedor da consideração alheia. E definiu o direito à imagem como integrante do direito à privacidade, visto como

> [...] un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferência alguna por parte del Estado o de particulares, em tanto dichas decisiones no violen derechos de terceiros.
> [...] [o direito de privacidade, previsto no artigo 19 da Constituição Argentina] 'protege juridicamente um ámbito de autonomia individual constituida por los sentimentos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, em suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo em cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidade están reservadas al próprio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa um peligro real o potencial para la intimidad. Em rigor, el derecho a la privacidade compreende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidade espiritual o física de las personas tales como la integridade corporal o la imagen y nadie puede inmiscuir-se em la vida privada de uma persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sins u consentimento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie um interés superior em resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedade, las buenas costumbres o la persecución del crimen...'[...] (Argentina, .2014).

Assim definindo os direitos em conflito, consignou que pela importância deles, não se poderia deixar "nas mãos da lei comum" toda a relativização do direito fundamental. Pelo fato de as leis comuns terem como efeito restringir um direito fundamental, devem ser interpretadas à luz do significado daqueles, resguardando seu conteúdo fundamental.

Nessa linha de raciocínio, concordou com o julgamento de segunda instância, de acordo com o qual não se pode aplicar aos motores de busca as regras que estabelecem uma responsabilidade objetiva, pois não se pode exigir

que os motores de busca monitorem os conteúdos que são lançados na rede e providos pelos responsáveis de cada uma das páginas da web. Comparou a situação de atribuir responsabilidade objetiva aos motores de busca à situação e sancionar uma biblioteca que, por seus ficheiros e catálogos, permitiu a localização de um livro com conteúdo danoso, sob pretexto de ter facilitado o dano (Argentina, 2014).

Assim, a Corte estabeleceu que o motor de buscas pode ser responsabilizado se tiver tomado efetivo conhecimento da ilicitude do conteúdo, e não tiver atuado diligentemente. Ante a inexistência de regulamentação expressa do tema na Argentina, reputou conveniente distinguir os casos em que o dano é manifesto e grosseiro, de outros casos em que é opinável, duvidoso ou exige um esclarecimento. Como exemplos do primeiro caso, citou pornografia infantil, dados que facilitem o cometimento de delitos, que ponham em perigo a vida de uma ou muitas pessoas, que façam apologia ao genocídio, ao racismo ou outra discriminação manifestamente perversa ou incitação à violência, que desbaratem ou advirtam sobre investigações judiciais em curso que sejam secretas, ou que importem lesões contundentes à honra, montagem de imagens notoriamente falsas e que importem violações graves à privacidade, ainda que sem conteúdo sexual. Nesses casos, bastaria a comunicação ao motor de busca extrajudicial; já quando ocorrer o segundo caso, somente por ordem judicial seria o motor de busca obrigado a tomar quaisquer providências (Argentina, 2014).

Com relação à existência de *thumbnails* relativos a imagens da autora, descreveu-os a Corte como

> Uma copia reducida, tanto em píxeles (resolución) como em bytes (tamaño del archivo), de la imagen original existente em la página encontrada [...] com expressa referencia y ligazión (links) al sitio web donde ella se ubica [...]. Ello es realizado por el motor de búsqueda para que las vistas miniaturizadas de la imagen original sean uma referencia para el usuário de Internet, quine si pretende ver aquélla será direcionado a la página web del terceiro em donde se encuentra alojada (Argentina, 2014)

Nesse ponto, a Corte de segunda instância teria decidido que não se poderia aplicar ao motor de buscas norma distinta daquela aplicada ao criador de conteúdo. Por isso, o fato de que a autora tivesse produzido sessões fotográficas para distintas revistas não impede que o emprego dessas imagens em um meio de comunicação distinto configure um dano moral indenizável. Asseverou a Corte Suprema, porém, que nesse ponto se atribuiu aos motores de busca a própria condição de meio que empregou a imagem, porém, segundo a lei argentina n.

11.723, somente é responsável pela imagem constante na internet o criador da página da web, já que o motor de busca é um mero intermediário e a utilização de *thumbnails* só serve como um enlace à página da web. Sem embargo, decidiu que os motores de busca podem ser responsabilizados por *thumbnails* e conteúdo existentes na rede quando forem notificados da infração e não atuarem com diligência (Argentina, 2014).

Quanto ao pedido de tutela preventiva, para que o Google filtrasse conteúdos que vinculassem o nome, a imagem e a fotografia da autora de sites e atividades de conteúdo sexual, erótico ou pornográfico, a Corte entendeu que esse pedido ameaça a liberdade de expressão porque configuraria censura prévia, ferindo o art. 13, inciso 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cabendo somente a responsabilização posterior. Nesse ponto, citou também a jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos, segundo a qual qualquer sistema de restrições prévias à liberdade de expressão tem uma forte presunção de inconstitucionalidade, somente cabendo a tutela preventiva em casos absolutamente excepcionais, como foi o caso de um menor que reclamava o reconhecimento de filiação de seu pai presumido, sendo a publicação dessa notícia proibida por Tribunal argentino. Com esses fundamentos, foram rechaçados integralmente os pedidos da autora (Argentina, 2014).

Houve dissidência parcial, apresentada pelos Ministros Ricardo Luis Lorenzetti e Don Juan Carlos Maqueda, que firmaram posição pela aplicabilidade do art. 31 da lei argentina n. 11.723 ao caso em exame, para reconhecer que o Google, ao usar *thumbnails*, feriu o direito de imagem da autora. Também se posicionaram pela possibilidade da tutela no sentido de determinar a desvinculação do nome, imagem e fotografias da autora de sites de conteúdo sexual, erótico e pornográfico, de forma preventiva, pois o princípio geral da prevenção do dano se aplica ao caso concreto. Para tanto, citou a decisão proferida pelo TJUE, em 2014, no caso González. Votaram, assim, pela procedência do recurso apresentado pela autora, nos pontos em questão.

A decisão da Suprema Corte argentina gerou reações na doutrina sul-americana. Algumas críticas foram pontuais, no sentido de apontar os problemas que podem advir da indefinição do que consiste um atentado grosseiro contra a honra e do que consistem outras violações graves à privacidade, a gerar um cenário de insegurança jurídica quanto à necessidade de obter uma ordem judicial para eliminação/desindexação de informações e imagens da web (Souza, 2014, citado por Frajhof, 2018, p. 79). Outras críticas se concentraram na análise do modelo argentino, quando comparado com os modelos europeu e americano.

Nesse sentido, defendeu-se que a decisão da Suprema Corte Argentina adotou "um terceiro modelo de regulação global sobre a responsabilidade civil dos intermediários" (Frajhof, 2018, p. 82, citando Pavli, 2014), em alinhamento com o modelo adotado no Marco Civil da Internet brasileiro e que pende mais para o modelo americano que para o modelo europeu, notadamente por rejeitar o precedente firmado no caso González como paradigma para solução dos casos apresentados às Cortes argentinas.

Essa avaliação parece estar correta, pois, como ensina Ramallo (2020, p. 44-45), a liberdade de expressão é garantia que goza de uma proteção muito alta na Argentina, preeminente em relação a outros direitos, de modo que qualquer limitação que lhe seja imposta se sujeita a uma interpretação restritiva. Além disso, a Constituição Nacional da Argentina, de 1853, foi inspirada no modelo da Constituição dos Estados Unidos, e a tradição jurídica relacionada aos direitos constitucionais sempre se encontrou mais próxima da jurisprudência estadunidense que da europeia.

Apresentadas as principais críticas à decisão da Corte argentina, cabe ressaltar um último ponto de interesse, que é a omissão acerca da aplicação da lei de dados pessoais como fundamento do direito ao esquecimento. Nesse ponto, Frajhof (2018, p. 82) observa que, muito embora a Argentina possua uma lei de proteção de dados pessoais (Lei n. 25.326), esta não foi citada como um possível fundamento para o direito invocado por Rodríguez. Isso se deu porque, para a Corte argentina, não se tratava de um caso de cancelamento ou remoção de dados pessoais, mas de balanceamento do direito à privacidade e à liberdade de expressão (Frajhof, 2018, p. 82-83, citando Artigo 19, 2017, p. 19).

Esse entendimento foi mantido posteriormente pela Corte Suprema argentina, ao julgar o caso Gimbutas, Carolin Valeria vs. Google Inc., em 2017. Neste último, a parte expressamente invocou a legislação de proteção de dados pessoais, sob argumento de que não havia fornecido consentimento prévio para que o Google mantivesse em seu *index* informações como o seu nome, sobrenome e imagem. No entanto, não obteve êxito em seus argumentos pois:

> Segundo o voto do Ministro relator, a modelo havia dado seu consentimento originariamente aos editores responsáveis pelas fotos (artigos 31 da lei 11.723 e 55 do Código Civil e Comercial), e por isso, se a mesma desejasse revogar sua autorização, deveria se voltar contra aqueles, e não contra o provedor, que seria um mero intermediário na disponibilização ao público de suas imagens. (Frajhof, 2018, p. 84)

Em 2022, mais uma vez a Suprema Corte argentina se pronunciou sobre a questão, mantendo a jurisprudência anterior. No julgamento do caso Natalia Nenegri vs. Google Inc., os juízos de primeira e segunda instância acolheram o pedido da autora, que é atriz, apresentadora de televisão, produtora e escritora, de desindexação de quaisquer links que pudessem exibir vídeos ou imagens obtidas há vinte anos ou mais que contivessem cenas relacionadas a processo judicial no qual a autora esteve envolvida. Tratava-se de informações sobre o processo judicial conhecido como “caso Cóppola”, que repercutiu intensamente na imprensa nos anos 1990, e culminou com a destituição e condenação do Juiz Federal de Dolores, e alguns de seus colaboradores, por fazerem parte de uma associação ilegal que instaurou processos criminais para extorquir certos personagens do *show business*, tendo a autora sido associada a esses fatos.

A decisão das instâncias inferiores foi cassada pelo Supremo Tribunal de Justiça argentino, que por unanimidade decidiu pela inexistência de fundamento constitucional ou legal para sustentar a pretensão da autora, que foi e continua a ser figura pública, de limitar, segundo suas próprias preferências, o acesso a informação veraz e de interesse público que sobre ela circula na internet e resulta acessível ao público, sob argumento de que seriam inapropriados à auto percepção de sua identidade pessoal (Argentina, 2022).

Assim, verifica-se que, na Argentina, não há o reconhecimento de um direito genérico ao esquecimento, nem mesmo há o reconhecimento do direito ao esquecimento na internet, como decorrente do direito à proteção de dados pessoais, consoante os parâmetros da Suprema Corte. Ao revés, há uma forte rejeição ao reconhecimento de um direito que resulte em limitação importante da liberdade de expressão.

4.2
O *derecho al olvido* na Colômbia

Na Colômbia, a doutrina identifica a origem do *derecho al olvido* em casos nos quais se requeria o reconhecimento da caducidade de dados negativos existentes no sistema financeiro, a fim de que o devedor recuperasse sua reputação no mercado. Os primeiros pedidos de reconhecimento desse direito se fundamentavam no artigo 15 da Constituição colombiana, que trata do *habeas data*; posteriormente, passaram a se fundamentar na lei nº 1266/2008, que regula o tratamento de dados financeiros e na lei nº 1581/2012, lei de proteção de dados. Nenhuma dessas leis fazem menção explícita ao direito ao esquecimento, sendo

tal expressão utilizada nas decisões jurisprudenciais. Posteriormente, os pedidos passaram a não mais se limitar ao reconhecimento da caducidade de dados do sistema financeiro, passando-se a requerer também o reconhecimento da caducidade de antecedentes penais (Gómez, 2015, p. 5-8).

Mais recentemente, em 2015, foi julgado caso semelhante ao Costeja González, em que se requereu a desindexação de notícias de cariz criminal dos motores de busca da web, bem como a exclusão da notícia do site de empresa jornalística. Tratou-se do caso Glória vs. Editorial El Tiempo, bastante repercutido na doutrina colombiana e até mesmo na brasileira.

Conforme a sentencia T-277/15, da Suprema Corte colombiana, Glória ajuizou ação de tutela contra a Casa Editorial El Tiempo, alegando violação aos direitos fundamentais ao bom nome, à intimidade, ao devido processo, e ao trabalho. Essa violação teria ocorrido em razão da publicação de uma nota jornalística que informava o público sobre a suposta participação da autora em fatos constitutivos de delitos, em relação aos quais nunca foi considerada culpável, sendo que essa publicação foi indexada no motor de busca Google (Colômbia, 2015).

Segundo a autora alegou, no ano de 2000 trabalhava para uma agência de viagens na qualidade de vendedora, e vendia tíquetes aéreos a um comprador, o qual estava vinculado a uma rede de tráfico humano. Em razão dessas transações, o Ministério Público vinculou a autora a um processo penal, no qual resultou absolvida em razão da prescrição da ação penal. Na nota jornalística publicada pela ré, a situação foi levada ao conhecimento do público, sem que tenha sido informada a prescrição da ação penal em favor da autora. Alegou que essa situação configura um registro negativo perante a sociedade colombiana, que gerou traumas à autora e sua família, e impede a realização de atividades diárias, como realização de trâmites perante entidades financeiras e busca de emprego. A autora narrou também que solicitou ao réu a eliminação do conteúdo, sem ter recebido resposta satisfatória, pois o réu sustentou que a notícia é verdadeira e imparcial. Cabe salientar que a publicação feita pelo editorial ocorreu em 29 de agosto de 2000, a prescrição da ação penal em favor da autora foi declarada em 2008 e o ajuizamento da ação se deu em 2012 (Colômbia, 2015).

O teor da publicação foi colacionado na decisão da Corte Suprema colombiana, constando:

> En la publicación del periódico El Tiempo titulada “Empresa de Trata de Blancas”, se relata que luego de una interceptación de comunicaciones por parte de las

> fuerzas del orden, se descubrió lo que al parecer era una red de trata de personas, dedicada a reclutar mujeres en Colombia para enviarlas a otros países a realizar trabajo sexual contra su voluntad. La noticia sostiene que se capturaron un total de dieciséis (16) personas “sindicadas” de cometer el delito de “trata de blancas” y provee los nombres completos de estas, entre los que se encuentra el de la tutelante. Luego de citar como fuente a la Fiscalía, la noticia informa sobre la supuesta forma en que la banda operaba y que los capturados afirmaron ser inocentes. Por último, se adicionan datos sobre la investigación que llevó a la captura de los supuestos miembros de la banda. (Colômbia, 2015)

Em sua defesa, o editorial El Tiempo, além de questões processuais, sustentou a veracidade da informação, e apontou que a jurisprudência constitucional é no sentido de não se poder ordenar a eliminação de informação publicada quando os fatos que deram lugar a ela foram objeto de modificação, pois nesse caso só é possível solicitar aclarações a esse respeito. Também sustentou ilegitimidade passiva, pois caberia aos motores de busca a eliminação da informação em comento (Colômbia, 2015).

A ação de tutela foi admitida pelo juízo de primeiro grau, Sexto Juizado Penal do Circuito de Cali, que concedeu o pedido da autora e ordenou que o periódico El Tiempo publicasse uma retificação informando que a autora não foi vencida em juízo, motivo pelo qual se presume a sua inocência. De acordo com a decisão judicial, o direito à honra e ao bom nome faculta ao cidadão demandar a retificação da informação anteriormente publicada, se não corresponde à realidade. Por outro lado, considerou improcedente o pedido de remoção da informação (Colômbia, 2015).

A autora recorreu da sentença, por entender que não tinha congruência com o pedido inicial, já que pleiteou a eliminação da informação, e não mera retificação. Em segunda instância, o Tribunal Superior de Cali julgou procedente a apelação, e determinou ao jornal El Tiempo a eliminação de toda informação negativa relacionada com a investigação contra Glória, por entender que a mera retificação não satisfaria os direitos da autora (Colômbia, 2015).

A Corte Constitucional, antes de julgar o recurso, intimou *amici curiae* para se manifestarem sobre os fatos e as pretensões da ação constitucional, além de determinar a vinculação do Google Colombia Limitada. O Google se manifestou contrariamente à pretensão da autora, por não ter realizado nenhuma publicação nem indexação relacionada com os fatos narrados pela autora, pois a indexação se deu pela Google Inc. também alegou a perda do objeto da demanda, pois o periódico El Tiempo modificou o artigo sobre a autora e, posteriormente, o suprimiu, não figurando mais entre os resultados do motor de busca. Ademais, trouxe ao conhecimento da Corte Constitucional que o editorial El Tiempo, por

meio da ferramenta “robots.txt” impediu que o Google indexasse o conteúdo da nota jornalística objeto da controvérsia (Colômbia, 2015).

Manifestando-se propriamente a respeito do mérito, a Corte Constitucional partiu da definição ao bom nome e à honra. O primeiro estaria vinculado aos comportamentos públicos da pessoa, enquanto o segundo estaria relacionado a aspectos mais relacionados com a vida privada da pessoa, estando ligado ao direito à intimidade. Ambos estariam intimamente ligados à dignidade humana, que, segundo a jurisprudencial constitucional da Corte colombiana, se concretiza em três dimensões: o direito de viver como se quiser, desenvolvendo um plano de vida de acordo com a própria vontade individual; o direito de viver bem, que compreende contar com condições mínimas de existência; e o direito de viver sem humilhações, o que se identifica com as limitações de poder dos demais (Colômbia, 2015).

A Corte identificou a existência de um conflito entre sobreditos direitos e a liberdade de expressão e informação, que está assegurada no artigo 20 da Constituição colombiana. Definiu a liberdade de expressão como referida à comunicação de ideias e opiniões, enquanto a liberdade de informação diz respeito à comunicação de fatos. Destacou que a liberdade de informação tem como escopo o direito de informar, de fundar meios massivos de comunicação, de exercer o jornalismo, de proibir a censura, e engloba o direito de receber informação veraz, oportuna e imparcial, e o direito à retificação em condições de equidade (Colômbia, 2015).

Após conceituar os direitos em jogo, a Corte Suprema colombiana adotou, como paradigmas normativos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, e as Observações Gerais número 10 e 34 do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (Colômbia, 2015).

Partindo desse quadro normativo e de ideias, passou especificamente à análise da liberdade de expressão na internet. Nesse ponto, destacou que a internet modificou a maneira como o mundo se comunica, tratando-se de um espaço idôneo para a manifestação de diversas formas de expressão, não havendo dúvidas da importância do ciberespaço para garantia da liberdade de expressão no século XXI. Consignou, ainda, que por ser uma rede descentralizada, é difícil a revisão prévia de conteúdos colocados na rede por uma autoridade central. Embora isso tenha um lado positivo, pois faz do ciberespaço um ambiente plural e livre, tem um lado negativo, que é dificultar o controle de conteúdo proibidos (Colômbia, 2015).

Quanto aos princípios que governam a internet, destacou a importância do princípio da neutralidade da rede e da responsabilidade que cabe aos intermediários, ambos defendidos na Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet[30]. Em tal documento, entende-se o princípio da neutralidade como orientado a evitar bloqueio, interferência ou filtragem de conteúdo, e é excepcionado em três situações: quando for necessário para manter a segurança e funcionamento da internet; para evitar transferência de dados não queridos pelo usuário, sempre que este solicitar essa providência; para lidar com problemas de congestão da internet. Com relação à responsabilidade dos intermediários da internet, consta que nenhuma pessoa que ofereça unicamente serviços técnicos de internet, como acesso, buscas ou conservação de informação em memória cache deve ser responsável pelo conteúdo gerado por terceiros (Colômbia, 2015).

Voltando ao quadro normativo da Colômbia, a Corte Suprema citou a existência do *habeas data*, previsto no art. 15 da Constituição colombiana, como remédio apto ao conhecimento, retificação e atualização de informações pessoais constantes em bancos de dados e arquivos de entidades públicas e privadas. Apontou, também, a existência da Lei n. 1.581, de 2010, que cuida da proteção de dados pessoais. Nesse ponto, destacou que a lei 1.581 expressamente exclui a sua aplicação a bases de dados de informação jornalística e conteúdos editoriais. Assim, destaca que o direito invocado pela autora não poderia se enquadrar como tratamento de dados pessoais, mas, se fosse o caso, unicamente como direito de retificação e atualização de informações genericamente previsto na ação constitucional habeas data (Colômbia, 2015).

Tratando de forma mais específica da situação da pessoa que sofre um processo criminal e não é condenada, a Corte salientou que, mesmo que se aplique o princípio da presunção de inocência, perante a sociedade, o mero fato de a pessoa ter sido suspeita de cometer um crime milita em detrimento dos seus direitos ao bom nome e à honra, ocasionando estigmatização. Passou a analisar, na sequência, casos em que se decidiu sobre a possibilidade de a imprensa divulgar notícias sobre investigações criminais em andamento, e os limites do exercício do direito de informar (Colômbia, 2015).

Continuando essa análise, a Corte colombiana destacou a diferença entre veiculação de fatos, caso em que deve ser provada a veracidade e imparcialidade

[30] Adotada pelo Relator Especial das Nações Unidas para a Liberdade de Opinião e Expressão, pelo Representante para a Liberdade dos Meios de Comunicação da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa, a Relatora Especial da Organização dos Estados Americanos para a Liberdade de Expressão e a Relatora Especial sobre a Liberdade de Expressão e Acesso à Informação da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos

da notícia, e a veiculação de opiniões, em que não há aqueles requisitos. Quanto às notícias referentes a fatos criminais, a Corte externou o entendimento de que não há obrigação de a imprensa adotar linguagem jurídica, podendo adotar linguagem coloquial. No entanto, quando se refere a fatos objeto de investigação criminal, devem as matérias fazer a exposição objetiva, a escuta do envolvido, abstendo-se de fazer análises infundadas e de inclinar, sem evidências, as opiniões de quem recebe a informação. Além disso, somente a má intenção, tendente a informar de forma parcial ou inexata constitui abuso da liberdade de informação de fatos relacionados com processos judiciais (Colômbia, 2015).

Resumidamente, os parâmetros firmados pela Corte Suprema da Colômbia, quanto ao conteúdo e ao alcance das liberdades de expressão e informação, foram os seguintes:

> En torno al contenido y alcance de las libertades de expresión e información se concluye que: (i) se ha mantenido una división conceptual en la jurisprudencia constitucional entre las libertades de expresión y de información, estando la primera referida a la comunicación de ideas y opiniones y la segunda a la comunicación de hechos o sucesos que tienen un sustento fáctico; (ii) la libertad de información cobija el derecho a informar, a fundar medios masivos de comunicación, la profesión periodística, la prohibición de censura, el derecho a recibir información veraz, oportuna e imparcial, y el derecho a la rectificación en condiciones de equidad; (iii) toda comunicación se entiende, en principio, cobijada por los derechos a la libertad de expresión e información; (iv) cualquier restricción de la libertad de expresión se presume, de hecho, inconstitucional; (v) cualquier control sobre el contenido de la información se presume como una forma de censura; (vi) en casos de colisión entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos, en principio habrá de prevalecer aquella; (vii) cualquier restricción del derecho a la libertad de expresión debe estar pre-establecida en la ley y ser necesaria para proteger derechos de terceros o la seguridad, el orden, la moral o la salud públicas; (viii) existen tipos especiales de discurso, que cuentan con una mayor protección constitucional, dentro de los cuales se incluyen el de interés público y el relacionado con funcionarios públicos; (ix) el derecho a la información es un derecho-deber, en tanto quien informa tiene la carga de garantizar que la información suministrada sea veraz e imparcial; (x) el principio de veracidad no se exige de manera absoluta, sino que se encuentra mediado por un rasero de razonabilidad; (xi) cuando lo que informan los medios de comunicación es un asunto de difícil constatación, no se debe afirmar que lo comunicado es cierto o definitivo; (xii) el derecho a informar debe llevarse a la práctica de manera libre, plural y en equidad, de conformidad a la función social que cumplen los medios de comunicación; (xiii) el derecho a la libertad de información se vulnera cuando se mezclan opiniones y hechos sin que se advierta al receptor del mensaje, pues esto entraña inexactitud al informar; (xiv) vulnera derechos fundamentales informar sobre hechos pasados que rodearon la vida de una persona y que no tienen incidencia sobre la situación actual del sujeto. (Colômbia, 2015)

Quanto aos parâmetros que a Corte Suprema colombiana firmou para orientação em casos de conflito entre liberdade de expressão e direitos à honra e ao bom nome, são os seguintes:

> Luego de exponer los principales rasgos de los derechos a la libertad de expresión e información em nuestro sistema constitucional, la providencia se enfocó em definir cuatro limites concretos la labor de los medios de comunicación, los cuales se encuentran atados al principio de responsabilidad social que la Constitución les impone, a saber: (i) distinción entre informaciones y opiniones; (ii) veracidad; (iii) imparcialidad; (iv) derecho a la rectificación.
> Así mismo, la decisión identificó distintos tipos especiales de discurso que se rigen por reglas específicas em relación com su ejercicio y protección. El primero de estos está dado por el discurso político y sobre figuras públicas, que contaría com uma protección especial e incluiria discursos sore: (i) temas de interés público; (ii) uncionarios públicos em hechos relacionados com la función que desempeñan; (iii) aspectos que configuran um elemento central de la identidade de um individuo. Em relación con el primero de estos discursos, se tiene que el carácter de interés público estaria dado por la calidad de la persona (funcionário público o persona que realiza uma actividad de relevância social), y el contenido de la información (que resulte pertinente y relevante, real, serio y actual para la sociedade).
> En segundo lugar, se discutió la información referida a los hechos sometidos a investigaciones judiciales, o relacionados con la Comisión de conductas punibles, pues estos generan grandes impactos em los usuários de la información y puedan acarrear consecuencias de gran magnitude para los implicados. Em relación com este tipo de informaciones, se estipuló que los medios de comunicación tienen derecho a hacer públicos los hechos aunque no exista uma sentencia judicial al respecto, pero no están facultados para suplantar la labor del juez y declarando responsabilidades de aquellas personas que se encuentran investigadas. (Colômbia, 2015)

Expostos esses parâmetros, e passando ao caso concreto, a Suprema Corte da Colômbia consignou que a informação publicada pelo editorial El Tiempo não afirma como certa a responsabilidade penal dos capturados pela justiça, apenas se limita a informar os fatos acontecidos e a replicar a informação recebida das autoridades, sendo, em princípio, veraz e imparcial, já que não mesclou informações com opiniões, nem apresentou ao leitor dados falsos. Porém, considerou que a notícia se encontra incompleta, bem como está disponível de forma permanente na internet, de modo que a acessibilidade da notícia faz com que exista um dever de atualização a cargo de seu autor. E, por não ter sido realizada a atualização da notícia, isso faz com que esta careça de veracidade com o passar do tempo (Colômbia, 2015).

Nessa linha de raciocínio, a Corte entendeu que a decisão de segundo grau não atendia ao juízo de proporcionalidade firmado no sistema interamericano de proteção de direitos humanos, a ser aplicado em casos em que se restrinja a liberdade de expressão, sistema conhecido como prova tripartida. Por esse sistema, deve-se considerar legítima a limitação à liberdade de expressão se (i) se encontrar prevista em lei, (ii) se pretender garantir objetivos considerados admissíveis e (iii) se for necessária para chegar à sua finalidade (Colômbia, 2015).

Considerando que há na Colômbia previsão no art. 20 da Constituição do direito de retificação, e que o objetivo de garantir a honra e o bom nome da autora são admissíveis, a Corte Suprema passou a avaliar a necessidade da medida de exclusão da notícia para salvaguarda dos direitos da autora. Nessa análise, considerou que a sentença de primeiro grau, que determinava a publicação da informação de que Glória não foi vencida em juízo e, portanto, era presumivelmente inocente, não seria suficiente para salvaguardar os direitos da autora, ante a estigmatização social que acompanha mesmo aqueles que foram inocentados (Colômbia, 2015).

Quanto à possibilidade de desindexação da notícia, decidiu que não se tratava de medida adequada, por ferir o princípio da neutralidade da rede, por tornar o motor de buscas o censor ou controlador dos conteúdos publicados pelos usuários na rede, e porque nesse caso a notícia continuaria a existir no site do editorial El Tiempo tal como publicada. Nesse ponto, a Corte colombiana rejeitou a solução dada ao caso González pelo TJUE, destacando que em referido caso não houve pelo Tribunal uma ponderação ou fórmula orientada a estabelecer um balanceamento adequado dos direitos em conflito (Colômbia, 2015).

Na sequência, a Corte decidiu que a melhor forma de resolver os direitos em conflito seria utilizar a ferramenta técnica robots.txt para evitar que, por meio dos buscadores da internet, se possa acessar a notícia, pois assim se mantem a publicação, sem o risco de alterar a verdade histórica, mas se garante que a notícia não seja acessível de maneira indiscriminada a partir da mera digitação do nome da autora em um motor de busca (Colômbia, 2015).

Alguns pontos acerca da decisão da corte colombiana merecem destaque. O primeiro é que afastou a necessidade de recorrer a um novo instituto chamado “direito ao esquecimento” para resolver o caso Glória vs. El Tiempo, entendendo que, em se tratando de pedido de retificação ou atualização de notícias contidas em bancos de dados de informações jornalísticas, deve-se decidir com base nos direitos à honra, ao bom nome, à dignidade humana, em contraposição à liberdade de expressão, também não sendo cabível a aplicação do *habeas data* (Frajhof, 2018, p. 87-88).

O segundo é que criou obrigação para a imprensa, de manter sempre atualizadas as notícias que publica, acrescendo uma medida restritiva das liberdades de informação e imprensa, não prevista na legislação e nem na jurisprudência comparada (Frajhof, 2018, p. 89). Assim, passou-se a exigir que a imprensa aja de ofício, quando requerida a atualização de notícia, ou quando requerida a não vinculação da notícia a um index na web, caso em que deverá

usar recursos robot.txt e outros, exceto quando a notícia envolver pessoas públicas, crimes contra a humanidade ou ofensas graves aos direitos humanos (Frajhof, 2018, p. 91).

O terceiro ponto é que a decisão se afastou da decisão do caso González, por considerar que a determinação de desindexação de informações da web era mais gravosa que a própria exclusão da notícia, por afetar a arquitetura da rede, ameaçando a sua neutralidade, que é inerente à liberdade de expressão. Com isso, retirou o ônus dos motores de busca, para impô-lo unicamente aos meios de comunicação, como já se disse, determinando a atualização constante da informação mantida na rede (Frajhof, 2018, p. 90).

4.3 O derecho al olvido no Chile

No Chile, a doutrina cita a lei nº 409, de 12 de agosto de 1932, como antecedente do reconhecimento do direito ao esquecimento. Essa lei prevê que toda pessoa condenada criminalmente, depois de cumprir a pena e sempre que tenha transcorrido um prazo mínimo de dois ou cinco anos, conforme o caso, peça, por decreto supremo, que seja considerada "*como si nunca hubiera delinquido para todos los efectos legales y administrativos*" (Chile, 1932). Outro antecedente do direito ao esquecimento é uma normativa chilena que determina que as pessoas que pagaram suas dívidas sejam apagadas de uma lista de devedores do sistema financeiro nacional.

A lei de proteção de dados chilena (ley nº 19.628, de 1999), de outra parte, não é apontada como antecedente, nem fundamento do *derecho al olvido*, pois essa apenas regula o tratamento dos dados de caráter pessoal, como os referentes ao âmbito econômico, financeiro e bancário, e exclui expressamente os dados referentes ao exercício da liberdade de expressão (Droguett, 2017, p. 30). Tampouco se entende como antecedente do direito ao esquecimento o *habeas data*, previsto no art. 12 da Constituição chilena, pois os fundamentos do direito ao esquecimento estariam assentados "*en eliminar uma información que, siendo verídica y cuya publicación fue legítima, por el transcurso del tempo decae em irrelevante y que, por certo, afecta la esfera privada del recurriente*" (Droguett, 2017, p. 33), ao passo que o *habeas data* é o meio apto para corrigir dados inexatos, equívocos ou incompletos.

À míngua do reconhecimento normativo expresso do *derecho al olvido*, a doutrina aponta que somente com a decisão do caso Graziani vs. Diario el Mercurio é que se considera que houve o enfrentamento do tema, mais

especificamente o direito ao esquecimento na internet (Ahumada; Silva; Veja, 2018, p. 21).

Cuidou-se de recurso constitucional intentado por Grazaiani em razão de omissão do Diretor do periódico Diario el Mercurio em atender a uma solicitação feita pelo reclamante, no sentido de que eliminasse dos motores de busca na internet uma publicação efetuada em 14 de agosto de 2014, através do meio de comunicação "emol.com" (Chile, 2016). Na publicação efetuada pelo periódico, constava o seguinte:

> Juez Munõnz processa a carabinero (r) por abuso sexual
> 17/08/14
> SANTIAGO – El ministro em visita Sergio Muñoz sometió a proceso al mayor (r) de Carabineros Aldo Graziani como presunto autor de abusos sexuales contra menores. El ex alto oficial, quien se encontraba detenido desde el jueves pasado, fue identificado por proxenetas vinculados al empresário Claudio Spiniak como cliente frecuente de los servicios de comercio sexual infantil com jóvenes. La semana passada, Graziani fue careado com siete menores em dependências de la policía de Investigaciones. Como es habitual, no fue posible obtener del juez Muñoz más antecedentes sobre su decisión de procesar a Graziani, puesto que no hace comentários acerca de sus fallos. Sin embargo, transcendió que el mayor (r) ya fue notificado de su nueva situación procesal. Graziani se desempeñó como jefe de contabilidad del Hospital de Carabineros hasta el año 1999 y em la 34.a Comisaría de Menores. (Chile, 2016)

O reclamante alegou que a publicação não permitia sua reinserção na vida social, resultando na sua estigmatização, ferindo o nº 1 do artigo 19 da Constituição da República chilena, que diz respeito à proteção da vida privada e do núcleo familiar. O reclamante fundamentou seu pedido, ainda, no D. L. 409, que prevê a eliminação de registro judicial como possibilidade de reinserção social do indivíduo. Argumentou também que, na atual realidade tecnológica, sofria risco de morte pelo fato de ter sido condenado por abusos de menores, uma vez que a sociedade não tolera esse tipo de crime, e que qualquer pessoa que buscasse seu nome, encontraria e descobriria os crimes cometidos.

Por outro lado, o periódico alegou que a informação deveria ser mantida em razão do direito à liberdade de informação, pois a publicação foi realizada de forma legítima e referiu-se a fatos públicos, estando amparada pelo artigo 19, nº 12, da Constituição. Defendeu que a Lei de Imprensa contempla procedimentos especiais para o caso, como a aclaração ou retificação, de modo que a ação seria impertinente. Sustentou, ainda, que apenas armazenava o link da notícia em seus portais eletrônicos, sendo que a exclusão dessas informações dependia de atos de terceiros, pois não estariam na base de dados da empresa (Chile, 2016).

Ao decidir o caso, a Corte chilena consignou que o recorrente não impugna a veracidade da notícia, consistindo o mérito, portanto, em decidir se o direito ao esquecimento (*derecho al olvido*) tem cabimento no ordenamento jurídico chileno. Entendeu que o direito ao esquecimento

> [...] se refiere substancialmente a que una persona pueda aspirar a la eliminación de uma información desfavorable sobre sí misma que le provoque perjuicios actuales y que se contenga em los sistemas informáticos disponibles, y ello por uma razón plausible. Em este caso se invoca, como se advierte, la antigüedad de la noticia; y como perjuicio actual, el menoscabo sobre todo síquico y laboral, tanto para sí como para uma família única y de apelido estigmatizable. (Chile, 2016)

Consignou a Corte chilena que é possível extrair o direito ao esquecimento dos artigos do Código Penal que versam sobre violações de privacidade, do Decreto Supremo nº 64, de 27 de janeiro de 1960, que permite a eliminação das anotações penais depois de breve tempo, das leis nº 19.812 e 20.575, sobre vencimento de registros informáticos e da lei nº 19. 628 sobre proteção de dados. Consignou que existe uma tendência mundial de reconhecer o direito ao esquecimento a respeito de condutas reprováveis das pessoas, sejam estas penais, civis ou comerciais, depois de certo lapso de tempo, como uma forma de reintegrá-las à sociedade, referindo, especificamente, à Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana (Pacto de San José), nos artigos referentes à integridade física, psíquica e moral, ao direito à honra e à vida privada, e à Proposta de Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da Comissão Europeia de 2012, no que diz respeito aos direitos ao cancelamento, retificação ou oposição (Chile, 2016).

Consta ainda, da decisão, que no caso do direito penal, em caso de conflito entre o direito ao esquecimento do passado judicial e o direito à informação, o fator tempo é um critério decisivo. Se a informação se considera de interesse jornalístico, em razão da atualidade de sua ocorrência, prevalece o direito à informação; ao contrário, se o interesse não é atual, prevalece o direito ao esquecimento, de modo que qualquer publicação sobre o crime deve ocorrer com a anonimização dos envolvidos, ficando o acesso a essas informações circunscritas às fontes oficiais (Chile, 2016).

Relativamente ao caso concreto, consignou a Corte que se passaram mais de dez anos desde que o Diario El Mercurio publicou a notícia de que o recorrente teve participação em um delito de particular relevância social e sua inclusão posterior nos motores de busca das versões digitais do diário obedeceu ao escrupuloso registro da história de suas publicações, constituindo um exercício

legítimo do direito à expressão. Não obstante, a liberdade de expressão deve ceder em benefício da reinserção social do recorrente. Com essas considerações, a Corte Suprema do Chile cassou a sentença apelada e acolheu o recurso de Graziani para determinar a eliminação do registro informático da notícia, em três dias (Chile, 2016).

Cabe destacar que houve voto divergente, apresentado pela Ministra Sandoval, no qual a julgadora consigna que o recorrente foi condenado em 2011, terminou de cumprir a pena em 2013, e que o delito pelo qual foi condenado é de alta conotação social e a notícia cuja eliminação se solicita dá conta de um fato que consta em um expediente público. Discorda do voto do relator de que o direito comparado subscreveria a existência do direito ao esquecimento de informações publicadas em periódicos veiculando casos judiciais. Cita, a propósito, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Supremo alemão, da Corte de Apelação de Versalhes, na França, do Tribunal de Cassação da Itália e da Corte Constitucional da Colômbia (Chile, 2016).

O voto dissidente seguiu consignando que, no caso González, julgado pelo TJUE, em 13 de maio de 2014, levou-se em consideração que a informação publicada era de caráter sensível para a vida privada, e que a publicação inicial remontava a dezesseis anos, e que no caso não pareciam existir razões concretas justificadoras da preponderância do direito do público de ter acesso a essas informações. Trazendo a lume a inexistência de uma posição uniforme sobre a matéria, justifica que no caso o interesse específico para a divulgação do fato é o interesse que resulta da pronúncia de uma sentença judicial, sendo legítimo recordar a decisão proferida, inclusive mencionando o nome das partes, com exceção de menores de idade, pois há legislação específica (Chile, 2016).

Entendeu a Ministra Sandoval que, no caso em análise, não seria procedente a alegação do direito ao esquecimento, porque, mesmo que fosse o caso de reconhecer esse direito em um caso de abusos sexuais, o tempo transcorrido não justifica a aplicação do mesmo, já que o tempo transcorrido desde a condenação não alcança 5 (cinco) anos. Assim, o voto dissidente foi no sentido de confirmar a sentença apelada e rechaçar o recurso interposto (Chile, 2016).

A decisão da corte chilena no caso Graziani chama a atenção pela solução extremamente gravosa à liberdade de expressão que tomou, a completa eliminação da notícia da web, distintamente da solução adotada pela Suprema Corte da Colômbia (determinação da utilização do código robots.txt). Cabe rememorar que a demanda, nesse caso, foi ajuizada diretamente contra o editor da publicação, e não contra motores de busca.

Alguns pontos da decisão da corte chilena merecem destaque. Primeiramente, foi fundamentada no direito à proteção de dados e entendeu o direito ao esquecimento na perspectiva de que toda informação disponível *on line* deve ter um prazo de validade, de modo que devem ser retiradas da *web* a pedido dos interessados e quando estes assim decidirem. Em segundo lugar, a corte raciocina que, se há obrigação do Estado de eliminar registros públicos de penas criminais cumpridas, disso decorre também o dever dos meios de comunicação de propiciar ao ex-condenado uma chance de reconstruir sua vida (Moncau, 2020, p. RB-5.1).

Casos mais recentes julgados pela Corte chilena mostram que aquela solução mais radical, de determinar a exclusão de notícia sobre ex-condenado da web, deu lugar a uma postura mais consentânea com a preservação da liberdade de expressão, determinando-se a atualização da informação disponível nos sítios da web. Com relação a demandas dirigidas a motores de busca, a pesquisa jurisprudencial mostra que a Suprema Corte chilena isenta esses intermediários de qualquer obrigação quanto a eliminação e desindexação de informações publicadas por terceiros.

No caso Rol nº 18818-2019, o autor, Alveal Antonucci Gonzalo, se insurgiu contra Google Inc., Microsoft Chile S/A, contra o próprio Poder Judiciário Chileno, e contra os periódicos Empresa El Mercurio S.A.P e Empresa Periodística La Tercera S/A, por manterem nos motores de busca e no portal da web www.pjud.cl, uma série de notas jornalísticas, publicadas entre 2013 e 2016, que informavam um processo criminal no qual foi réu, quando fazia parte da Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, pelo cometimento do crime tipificado no art. 161-A do Código Penal chileno, que diz respeito à captação ilegal de comunicações. O requerente sustentou que o processo criminal foi anulado por sentença e, no entanto, foram mantidas as notícias originais em seus respectivos bancos de dados (Chile, 2019).

Nesse caso, a Corte Chilena decidiu pela impossibilidade de determinar a eliminação das matérias publicadas no site do Poder Judiciário, tendo em vista as regras da ley nº 20.285 sobre acesso a informação pública. Quanto aos pedidos formulados em relação ao Google e à Microsoft Chile, a Corte ressaltou que não são criadores dos dados disponíveis na web e nem responsáveis pela informação criada por terceiros, não se podendo determinar o cancelamento, eliminação, bloqueio, atualização, complementação, aclaração ou desindexação dos motores de busca. Assim, o recurso do autor foi acolhido, tão somente, para ordenar às partes El Mercurio S.A.P e à Empresa Periodistica La Tercera S/A a atualização,

aclaramento ou contextualização da notícia (Chile, 2019). Como se vê, a solução adotada foi bem distinta da tomada no caso Graziani, em que se determinou a eliminação da matéria (Chile, 2019).

Pode-se dizer que o caso Graziani foi um ponto fora da curva na jurisprudência da Corte chilena, que posteriormente passou a adotar, consistentemente, a determinação de aclaramento, retificação, atualização e contextualização da notícia prejudicial, na fonte original da notícia, como solução para casos em que se requer o *derecho al olvido*; com relação a pedidos dirigidos contra os motores de busca, a solução que vem sendo dada é de não responsabilizá-los por conteúdos postados por terceiros. É essa a jurisprudência atual, como se pode verificar, consistentemente, por meio da análise dos casos Katerin Moyano Aguirre vs. Asesoría Comunicacional y Producciones (Rol nº 23107-2018), Gonzalo Arriagada Bahamondes vs. Defensoria Penal Pública (Rol nº 20406-2018), Castillo vs. Google Inc (Rol nº 54-2020) e Ramos vs. Sociedad Periodistica Araucania S/A (Rol 41260-2019).

5
O direito ao esquecimento no Brasil

No Brasil, a expressão “direito ao esquecimento” vinha sendo invocada na jurisprudência do STF e do STJ de maneira muito mais ampla comparativamente com os sentidos atribuídos na sua origem europeia e, até mesmo, diga-se, de forma despreocupada, sem que houvesse um real esforço de identificar as situações em que se aplica, a sua diferença em relação a outros direitos fundamentais ou da personalidade, o titular e o destinatário do direito.

Datam de 2013 as primeiras referências na jurisprudência do STJ sobre o tema, quando do julgamento dos casos “Aída Curi” e “chacina da Candelária”, o primeiro versando sobre o direito ao esquecimento de familiares de vítima de crime de grande repercussão nacional; o segundo versando sobre o direito ao esquecimento de suspeito de crime grave, que foi inocentado, ambos no contexto da análise do direito da imprensa de rememorar esses crimes em série documental. Em seguida, a expressão foi transportada para o direito penal, como se referindo às mais diversas situações, desde a análise da possibilidade de condenações muito antigas caracterizarem maus antecedentes, até a análise da possibilidade de condenações antigas por faltas graves obstarem a progressão de regime.

Esse cenário se modificou com o julgamento do “caso Aída Curi” pelo STF, em 2021, ocasião em que se procurou realizar um esforço hermenêutico no sentido de definir o direito ao esquecimento, além de analisar a sua constitucionalidade. Pode-se dizer que, à semelhança do caso González na Europa, o julgamento do caso Aída Curi passou a pautar o debate sobre o direito

ao esquecimento no Brasil, trazendo novos elementos de reflexão e um novo influxo doutrinário e jurisprudencial quanto ao assunto.

Recentemente, em 2023, o Supremo Tribunal Federal julgou também o Recurso Extraordinário nº 1.075.412/PE (caso "Diário de Pernambuco vs. Zarattini Filho"), que tangencia a questão do direito ao esquecimento, sobretudo por dizer respeito a fatos ocorridos durante a ditadura militar e em regime de exceção. O julgamento ainda não transitou em julgado na data em que se escreve[31], de modo que ainda não houve tempo para produção doutrinária a respeito do julgamento. No entanto, se faz mister abordar as conclusões a que chegou o STF até o momento, uma vez que o caso foi decidido em sede de repercussão geral (tema 995).

Além do julgamento dos casos "Aída Curi" e "Diário de Pernambuco vs. Zarattini Filho", também é relevante para compreender a jurisprudência sobre o direito ao esquecimento a análise dos marcos normativos que afetam de algum modo a matéria, a saber, o Marco Civil da Internet (doravante MCI) e a Lei de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Isso porque a jurisprudência e a doutrina sobre o direito ao esquecimento costumam fazer diferença entre o direito ao esquecimento nas mídias tradicionais e o direito ao esquecimento na internet.

Assim, propõe-se a compreensão da evolução jurisprudencial da análise do direito ao esquecimento de acordo com uma organização em quatro momentos: 1) decisões no STJ e STF antes do julgamento do tema de repercussão geral nº 786; 2) julgamento do tema nº 786 e 3) decisões do STF e STJ após o julgamento do tema nº 786 e 4) julgamento do tema de repercussão geral nº 995. Em sequência, se dedicará um tópico para analisar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que podem tangenciar a questão do direito ao esquecimento – notadamente nos casos em que esse direito é invocado relativamente a fatos ocorridos durante a ditadura militar, uma vez que o STJ possui duas decisões a esse respeito, e o STF analisou um desses casos em sede de repercussão geral (tema 995). Após, se buscará entender como o tema do direito ao esquecimento vem sendo abordado na doutrina, antes e depois do julgamento do tema de repercussão geral nº 786 e no que diz respeito às discussões em torno da justiça de transição.

Ressalte-se que não será objeto de análise a jurisprudência que se refere ao direito ao esquecimento para fundamentar a aplicação de institutos penais.

---

[31] 30 de abril de 2024.

Como exposto na introdução deste estudo, o STF e o STJ possuem jurisprudência para afastar a majoração da pena em razão de infrações cometidas há muito tempo[32] ou deferir a progressão de regime em casos nos quais as faltas graves foram cometidas há muito tempo[33] ou, ainda, para reconhecer a prescrição criminal[34]. No entanto, entende-se que esses casos podem ser eliminados à partida, pois na verdade se trata da mera interpretação acerca da aplicação de institutos da lei penal e processual penal, não guardando qualquer correspondência com a origem genética do direito ao esquecimento. Assim, somente serão objeto de análise os casos em que há referência ao direito ao esquecimento na esfera cível, sob o prisma da existência de um conflito entre direitos de personalidade e o direito à liberdade de expressão.

5.1
O direito ao esquecimento no Superior Tribunal de Justiça. Período entre 2013 (primeira menção) e 2021 (julgamento do tema de repercussão geral nº 786).

5.1.1
Superior Tribunal de Justiça. O (in)existente direito ao esquecimento dos familiares de vítima de crime famoso. O Caso Aída Curi (REsp nº 1.335.153/RJ).

O recurso especial (REsp) nº 1.335.153/RJ, que ficou conhecido como "caso Aída Curi", foi julgado pelo STJ em 28 de maio de 2013, na mesma sessão que o REsp nº 1.334.097/RJ, conhecido como caso "Chacina da Candelária", e foi a ocasião em que, pela primeira vez, o Superior Tribunal de Justiça se referiu expressamente à existência de um "direito ao esquecimento". Ambos tiveram soluções diversas, como se verá.

Tratou-se de ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem, proposta por Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi contra a TV Globo Ltda, na qual os autores, que se identificaram como os únicos irmãos vivos de Aída Curi, vítima de homicídio em 1958, sustentaram que a ré praticou ato ilícito

---

[32] STF, HC 126315, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015; HC n. 256.210/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 3/12/2013, DJe de 13/12/2013; AgRg no REsp nº 1.578.033/RJ; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; julgado em 16 de junho de 2016; AgRg no REsp 1.766.460/SP; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; julgado em 12/03/2019; AgRg no HC 468.970/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 28/03/2019

[33] HC nº 505.302/SP, Rel. Rogeiro Schietti Cruz, julgado em 25/06/2019

[34] RHC n. 50.935/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/6/2019, DJe de 18/6/2019

ao transmitir noticiário sobre o crime, no programa “Linha Direta-Justiça”, contra a vontade dos autores, que haviam notificado a ré para não o fazer. Sustentaram que a transmissão do programa ocasionou danos morais, por reabrir antigas feridas dos autores, e feriu o direito de imagem da falecida, pelo fato de a TV Globo ter auferido lucros com audiência e publicidade (Brasil, 2013a, p. 1).[35]

Na sentença de primeira instância, o juízo de direito da 47ª Vara Cível da comarca do Rio de Janeiro/RJ julgou improcedentes os pedidos dos autores. A sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob fundamento de que a TV Globo agiu nos limites da liberdade de expressão, pois os fatos expostos no programa eram de conhecimento público, tendo sido amplamente noticiados pela imprensa, bem como discutidos nos últimos cinquenta anos, inclusive nos meios acadêmicos, de modo que a ré somente teria cumprido com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o caso. Quanto ao dano à imagem, entendeu a Corte de segundo grau que não foi comprovado nos autos o aumento do lucro em razão da veiculação do programa televisivo (Brasil, 2013a, p. 2).

Foi interposto recurso especial, tendo o relator, Min. Luis Felipe Salomão, apresentado voto em boa parte idêntico ao caso “Chacina da Candelária”, julgado no mesmo dia. Com efeito, a diferenciação entre os votos só ocorre ao final, da página 36, de 41, em diante.

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o voto do Ministro Relator, Luis Felipe Salomão, que o caso representava um conflito aparente entre a liberdade de informação e expressão e os direitos à intimidade, privacidade e honra. Embora reconhecendo que tais direitos são constitucionais, entendeu pela admissibilidade da análise do caso pela Corte, à qual caberia delimitar o alcance dos direitos à honra, privacidade e intimidade, notadamente porque, em muitos casos, o recurso extraordinário (RE) não é conhecido pelo Supremo Tribunal

---

[35] Em seu voto divergente, apresentado no Recurso especial em exame, o Min. Marco Buzzi descreve como se deu a morte traumática de Aída Curi: “O fato refere-se á morte de Aída Curi, de dezoito anos, ocorrida em 14 de julho de 1985, no bairro Copacabana, no Rio de Janeiro. Aída foi levada à força por Ronaldo Castro e Cássio Murilo ao topo do Edifício Rio Nobre, onde dois rapazes foram ajudados pelo porteiro Antônio Souza a abusar sexualmente da jovem. De acordo com a perícia, ela foi submetida a pelo menos trinta minutos de tortura e luta intensa contra os três agressores, até vir a desmaiar. Para encobrir o crime, os agressores atiraram a jovem do terraço do décimo segundo andar do prédio, a fim de simular um suicídio. Aída faleceu em função da queda. Em razão disso, ocorreram três julgamentos. Ao final, Ronaldo Castro foi inocentado da acusação de homicídio, sendo condenado apenas por atentado violento ao pudor e tentativa de estupro. Sua pena foi de oito anos e nove meses. O porteiro, Antônio Souza, também inocentado da acusação de homicídio, mas condenado pelos demais delitos, desapareceu. Nada mais se soube dele. Já Cássio Murilo, menor de idade na época, foi condenado pelo homicídio de Aída e encaminhado ao Sistema de Assistência ao Menor (SAM), de onde saiu direto para prestar serviço militar”. (Brasil, 2013a, p. 1-2).

Federal, pelo fato de a Suprema Corte entender que a violação à Constituição Federal é meramente reflexa, de modo que as partes ficam subtraídas tanto da análise do recurso especial, quanto da análise do recurso extraordinário (Brasil, 2013a, p. 6-13).

Ultrapassada a admissibilidade recursal, o Relator, em seu voto, analisa que o cerne da controvérsia é a ausência da contemporaneidade da notícia veiculada no programa “Linha Direta-Justiça”, e situa a pretensão dos autores como sendo de proclamação do direito ao esquecimento, que conceitua como “um direito de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aída Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas” (Brasil, 2013a, p. 14). Destacou que, no caso então analisado, não se tratava de analisar o direito ao esquecimento na internet, que tem a característica de não esquecer o que nela é divulgado. No contexto da internet, aponta o Relator, a análise do direito ao esquecimento tem a sua complexidade aumentada, em razão da relevância supranacional do tema (Brasil, 2013a, p. 14).

Como parâmetros normativos, o relator enfatiza que a Constituição da República, nos artigos 220, §1º, e 222, §3º, explicitam como princípios norteadores da liberdade de expressão e informação, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Ressalta que os incisos IX e X, do art. 5º, da Constituição Federal, os quais tratam, respectivamente, da liberdade de expressão, independentemente de censura ou licença, e da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, assegurada a reparação pelo dano moral ou material, são convergentes. Após citar esses dispositivos legais, passa imediatamente à conclusão de que “no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana”, o que decorreria diretamente da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da CFRB/88 e da interpretação dos artigos 11, 20 e 21 do Código Civil (Brasil, 2013a, p. 20)

Para o relator, o valor da dignidade da pessoa humana garante um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, de modo que algum sacrifício deva ser suportado pelos titulares de outros bens e direitos. Esse sacrifício, a ser suportado, deve ser extraído de um juízo de ponderação (Brasil, 2013a, p. 21).

Na sequência, sem realizar o juízo de ponderação antes anunciado, o relator faz referência a decisões do STF que analisaram conflitos entre as normas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Brasileiro de Aeronáutica, nas quais se aplicou as normas do primeiro, em detrimento das normas do segundo,

por se entender que essa seria a exigência da proteção da pessoa em detrimento do serviço (Brasil, 2013a, p. 22).

Sem qualquer transição de um tema a outro, o Relator passa então a abordar o argumento de que haveria o comprometimento da historicidade do fato em caso de acolhimento do direito invocado. Reconhece que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e que o crime pode entrar para os arquivos históricos, devendo ser lembrado pelas gerações futuras, primeiramente porque a notícia do delito, quando unida a outros registros, pode revelar como um povo vivia em determinada época; e, em segundo lugar, porque a lembrança do delito pode ajudar na análise de como a sociedade evolui ou regride, fazendo com que a sociedade experimente um "sentimento de evolução cultural", ao relembrar crimes como o caso Chacina da Candelária (Brasil, 2013a, p. 23-24).

Após reconhecer a importância de relembrar crimes pretéritos, diz que, contudo, a historicidade da notícia jornalística deve ser visa com cautela. Nesse ponto, distingue os crimes históricos e criminalmente famosos, e os crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, por causa da exploração midiática e do fenômeno conhecido como populismo penal, consistente em estigmatizar a figura do bandido em oposição à figura do cidadão de bem (Brasil, 2013a, p. 24).

Nessa linha de raciocínio, o Relator entende que o funcionamento da mídia televisiva tem efeitos perversos, por apresentar os fatos como se a culpa do criminoso estivesse comprovada, porque na sua maioria os próprios criminosos não são ouvidos, e são apresentadas cenas de simulação inspiradas em suposições. Afirma, a mídia acaba por influenciar o julgamento de delitos submetidos ao Júri, notadamente quando veicula provas inadmissíveis em juízo, como aquelas obtidas por microcâmeras, interceptação de som ambiente, ou depoimento de testemunhas não identificadas (Brasil, 2013a, p. 26).

O relator conecta as observações sobre o populismo midiático penal ao caso dos autos ao afirmar que não se pode permitir um segundo abuso à dignidade humana simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado (Brasil, 2013a, p. 26). Nesse ponto, ressalta que o interesse público não se confunde com o interesse do público, que é guiado por "sentimento de execração pública, praceamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada" (Brasil, 2013a, p. 27).

Retomando o cerne da questão, o Relator decide que o direito ao esquecimento encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro a partir de institutos como a prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei,

respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada; na seara criminal, e refere à reabilitação criminal. Identifica, também, a possibilidade de se reconhecer o direito ao esquecimento como decorrência imediata do direito à privacidade (Brasil, 2013a, p. 28-31). Nessa linha de raciocínio, o Relator consigna no voto:

> A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. (Brasil, 2013a, p. 31)

O Relator ainda identifica que a jurisprudência do STJ seria tranquila em reconhecer o direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena ou dos absolvidos. Para embasar tal assertiva, refere-se a precedentes em que a Corte determinou o cancelamento de registros de inquéritos policiais arquivados e de processos penais em que o réu foi absolvido ou reabilitado, nos Institutos de Identificação Criminal (Brasil, 2013a, p. 32-34).

Retomando o caso concreto, aduz que, em princípio, tanto os condenados que cumpriram pena, e os absolvidos em processo crime, quanto as vítimas do crime e seus familiares têm direito ao esquecimento, o qual caracteriza como o Direito de “não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas” (Brasil, 2013a, p. 36). No entanto, recorda que deve ser ponderada a questão da historicidade do fato narrado, e que, no caso de crime de repercussão nacional, a vítima, “por torpeza do destino”, acaba por ser elemento indissociável do delito, sendo impossível, por exemplo, retratar o caso Doroty Stang sem Doroty Stang ou Vladimir Herzog sem Vladimir Herzog. Assim, compreende que seria impraticável retratar o caso Aída Curi sem Aída Curi (Brasil, 2013a, p. 36-37). Considerou, também, que, no caso Aída Curi, não houve abuso no direito de informar. Além disso, consignou que, mesmo se fosse o caso de reconhecer a ilicitude da transmissão do programa, não ficou comprovado o dano moral, pois

> No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um ‘direito ao esquecimento’, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.
> A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aída Curi, o que me faz concluir que não há o abalo moral. (Brasil, 2013a, p. 38)

Com relação à utilização da imagem da falecida, o relator cita a jurisprudência cristalizada na súmula n. 403 do STJ, segundo a qual “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”, mas aponta que a súmula é inaplicável “quando a imagem não é, em si, o cerne da publicação, e também não revela uma situação vexatória ou degradante”, sendo esse o caso dos autos (Brasil, 2013a, p. 40). A Quarta Turma Julgadora do Superior Tribunal de Justiça seguiu o relator, negando provimento ao recurso especial interposto pelos autores.

Destaque-se que houve divergência, apresentadas pelos Ministros Maria Isabel Galloti e Marco Buzzi. A Ministra entendeu que houve exploração da imagem da vítima com fins comerciais, sem autorização, cabendo indenização por esse motivo. Entendeu também que a veiculação do programa seria em si ilícita, por violar a intimidade e a privacidade do morto, porque Aída Curi não se enquadraria como “personagem da história do País, ou pessoa que, pelo seu modo de vida, por suas atitudes, ensejasse mitigação de seu direito à intimidade, como políticos ou atores famosos” (Brasil, 2013a, p. 2).

O Ministro Marco Buzzi acompanhou a divergência inaugurada pela Ministra Isabel Galotti, pois, embora reconheça que o delito representou um fato grave, se trata de um fato “que não está envolto em nenhuma atividade política, social ou sociológica, de modo que não havia um interesse público latente a autorizar a mitigação da privacidade em detrimento do direito de informar” (Brasil, 2013a, p. 1).

Além de entender que interesse público se interpreta no sentido restrito acima apresentado, o Ministro Marco Buzzi defendeu em seu voto que o fato de ter sido realizado “um verdadeiro filme adaptado para a televisão, um teleteatro [...] sem nenhuma natureza jornalística, sem nenhuma relevância social”, denotaria a ilicitude do programa veiculado (Brasil, 2013a, p. 2).

Em voto concordante com o do relator, o Ministro Raul Araújo consignou causar-lhe perplexidade a invocação do direito ao esquecimento pela vítima do crime, “porque, afinal, essa lembrança irá onerar ou penalizar, mais uma vez, os condenados pelo crime” (Brasil, 2013a, p. 1). Desse modo, apresentou o entendimento de que o direito ao esquecimento só poderia ser invocado pelos condenados pelo crime.

Houve, no caso, a interposição de recurso extraordinário pelos autores que, alçado ao Supremo Tribunal Federal, recebeu o número nº 1.010.606. Foi reconhecida, em tal recurso, a repercussão geral da matéria, identificada pelo nº

786, descrita como “aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”. O assunto será retomado no momento pertinente.

5.1.2

Superior Tribunal de Justiça. O direito ao esquecimento como o direito da pessoa processada criminalmente, mas inocentada. O Caso Chacina da Candelária (REsp nº 1.334.097/RJ).

Tratou-se de ação de reparação de danos ajuizada por Jurandir Gomes de França, em face da TV Globo Ltda, pelo fato de a ré ter veiculado o programa televisivo “Linha Direta – Justiça” a respeito de uma sequência de homicídios ocorrida em 1993, na qual o autor foi implicado e posteriormente inocentado pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri (Brasil, 2013b). Ao tempo do crime, Jurandir foi equivocadamente reconhecido por alguns dos menores sobreviventes do crime e, em razão de inconsistente investigação policial, acabou por ser preso com mais dois policiais militares, também inocentes. Posteriormente, cerca de três anos após o crime e apenas dias antes do julgamento, o ex-soldado da Polícia Militar Nelson Oliveira dos Santos Cunha, sofrendo uma crise de consciência, resolveu confessar a autoria delitiva e apontar os coautores do crime, inocentando três dos quatro acusados, entre eles Jurandir (Brasil, 2009c, p. 6).

Segundo narrou o autor, a TV Globo o procurou para entrevistá-lo em referido programa, porém, Jurandir recusou a entrevista. Não obstante, em junho de 2006, o programa foi ao ar, mencionando que o autor foi apontado como envolvido na chacina, porém, foi absolvido. Jurandir alegou que apesar de ter sido veiculada sua absolvição, o programa reacendeu na comunidade a desconfiança sobre a sua índole, o que o prejudicou em sua vida profissional e pessoal, pois não conseguiu mais emprego, foi obrigado a se desfazer de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por justiceiros e para proteger a segurança de seus familiares. Por tais razões, pleiteou a condenação da TV Globo a lhe reparar os danos morais em 300 (trezentos) salários-mínimos (Brasil, 2013b).

O juízo da 3ª Vara Cível da comarca do Rio de Janeiro-RJ julgou o pedido do autor improcedente, pelo fato de vislumbrar o interesse público da notícia, que versa sobre evento traumático da história nacional, e por não identificar abuso de direito, pois a veiculação do nome e da imagem do autor, no caso dos autos, não

seria confundível com mera bisbilhotice sensacionalista, “na medida em que o seu equivocado indiciamento adicionou ao já trágico episódio da chacina um elemento vergonhoso à parte, que foi o desastroso inquérito policial” (Brasil, 2009c, p. 4). Adotando o parâmetro da jurisprudência estadunidense, decidiu que as publicações da imprensa somente poderiam ensejar reparação de danos quando revelassem *actual malice*, o que não se verifica quando são notificados fatos verdadeiros e a notícia se restringe a relatá-los como ocorreram (Brasil, 2008a, p. 3).

Em grau de apelação, o tribunal do Rio de Janeiro, reconheceu que, se tratando de episódio histórico da história nacional, a imprensa tem o direito e o dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-lo com a sociedade civil. Contudo, citando o caso Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, e o caso Melvin, julgada nos Estados Unidos, decidiu que a informação deve ser restringida para que aqueles implicados no crime, que antes eram anônimos e foram absolvidos no processo criminal, possam retornar ao esquecimento. Assim, condenou a ré ao pagamento de indenização no valor de R$50.000,00 (cinquenta mil reais) (Brasil, 2008a; Brasil, 2013b).

Observa Frajhof (2018, p. 115) que o autor não formulou, como causa de pedir, a análise do “direito ao esquecimento”, tendo alegado, em verdade, a violação dos seus direitos de imagem e privacidade (que chamou de direito ao anonimato), sendo que apenas no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi que as questões ventiladas na inicial foram interpretadas como dizendo espeito ao “direito ao esquecimento”.

Em sede de embargos infringentes, a condenação foi mantida, por maioria, sendo pertinente a referência aos fundamentos determinantes do julgamento. Considerou-se que a ação indenizatória não trouxe, como causa de pedir, a existência de publicação caluniosa ou imprecisa, e sim o “só revolver de fatos pretéritos que impactaram drasticamente a esfera da vida privada do autor – acusado que fora, injustamente, de participação na autoria de crime de inglória lembrança” (Brasil, 2009c). Constou no acórdão que a discussão se situava no âmbito do direito ao esquecimento, que foi compreendido então como sendo o “direito de ser deixado em paz” (Brasil, 2009c, p.2). Firmado esse ponto, o Tribunal de segundo grau apontou recorrer ao juízo de ponderação para solucionar aparente conflito de princípios de direito, o da livre informação e o da inviolabilidade da imagem e da vida privada. Esse juízo de ponderação se fez considerando que a sociedade não estaria menos informada sobre os fatos se o nome completo e a imagem de Jurandir não fossem veiculados, bem como se

considerando que os dados não constituem novidade jornalística nem acrescentam substância ao teor da matéria vocacionada. Sendo, portanto, possível a desfiguração da imagem do autor e o uso de um pseudônimo, como se faz, por exemplo, para proteção de menores infratores, isso consistiria em um sacrifício mínimo à liberdade de expressão. Além de referir à ponderação da valores, o acórdão do tribunal de segunda instância alude ao direito de ressocialização do apenado, previsto no art. 748 do Código de Processo Penal, e do menor infrator (arts. 17 e 18 do ECA), que por analogia, segundo consta, também se aplica para proteção da vida privada do inocente injustamente acusado. Também entendeu que houve violação à imagem, porque o autor não é pessoa pública e a nova divulgação de sua imagem, sem qualquer atualidade jornalística, constitui violação, inclusive, diversa da ofensa moral (Brasil, 2009c).

Em seu recurso constitucional, a TV Globo sustentou a ausência de ilicitude na veiculação do programa televisivo, pois o crime retratado foi de grande repercussão, e não houve invasão à privacidade e à intimidade do autor, pois os fatos noticiados eram públicos e foram discutidos na sociedade, integrando o acervo histórico da sociedade brasileira. Adicionou que além de tratar de tema de interesse público, o programa se limitou a narrar os fatos como ocorridos, sem ofender o autor, pelo contrário, deixando claro que o autor foi inocentado. Combateu, também o argumento segundo o qual seria possível a chacina da candelária sem mencionar o ocorrido, pois Jurandir foi peça chave do episódio e do conturbado inquérito policial (Brasil, 2013b).

O voto do caso “Chacina da Candelária” é idêntico ao do voto “Aída Curi” até a abordagem específica do caso dos autos, não sendo necessário repetir os argumentos do relator quanto (i) à admissibilidade recursal; (ii) à aplicação do precedente unicamente para casos de direito ao esquecimento invocados com relação às mídias tradicionais; (iii) a extrair o direito ao esquecimento diretamente de vários institutos jurídicos como prescrição, decadência, reabilitação criminal, bem como do direito à privacidade e (iv) à necessidade de realizar um juízo de ponderação de valores para decidir o conflito entre liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

No mérito, o relator analisou que o cerne da controvérsia é a ausência da contemporaneidade da notícia veiculada no programa “Linha Direta-Justiça”, e situa a pretensão do autor como sendo de proclamação do direito ao esquecimento, que conceitua como “um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado” (Brasil, 2013b).

Assim, entendeu que a passagem do tempo esgota a vida útil da informação criminal, e que prevalece sobre a liberdade de informação o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, salvo quando, em “crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável”, o que configuraria um direito à esperança (Brasil, 2013b). No caso específico dos autos, o programa “Linha Direta-Justiça” teria, de forma ilícita, veiculado o nome e a fisionomia do recorrido, pois poderia ser contada sem expô-lo em rede nacional. Nessa linha de raciocínio, a Corte, endossando o voto do relator, decidiu por manter o acórdão de segundo grau (Brasil, 2013b).

A TV Globo interpôs recurso extraordinário ao STF, o qual foi inadmitido pelo STJ em decisão proferida em outubro de 2013. Interposto agravo diante dessa decisão, o Vice-Presidente do STJ, em outubro de 2017, determinou o sobrestamento do recurso até a publicação de decisão do STF acerca do tema de repercussão geral nº 786. Julgado o tema, o recurso foi dessobrestado, e, nos termos do art. 1.040, II, do CPC, enviado à Turma Julgadora para eventual juízo de retratação, em junho de 2021. Esse segundo julgamento será retomado adiante.

5.1.3

Superior Tribunal de Justiça. O direito ao esquecimento do condenado por crime de grande repercussão social. REsp nº 1.736.803/RJ.

Em 28 de abril de 2020, no REsp nº 1.736.803/RJ, o Superior Tribunal de Justiça apreciou recurso interposto por ex-condenada, Paula Nogueira Peixoto, cuja pena já fora cumprida, e seus familiares, incluindo dois menores impúberes, figurando como recorrida Três Editorial Ltda -Em recuperação judicial (Revista ISTO É).

Do voto condutor do acórdão proferido no recurso especial[36], extrai-se que os autores pleitearam obrigação de fazer e não fazer e indenização por danos morais em razão de matéria jornalística publicada na Revista ISTO É, em outubro de 2012. Em referida matéria jornalística, intitulada “Exclusivo, A Vida Após a Cadeia, Como Vivem Hoje os Assassinos Famosos Condenados por Crimes que Chocaram o País”, foi recordado o fato criminoso praticado por Paula Nogueira, a

[36] Não foi obtido acesso ao processo que tramitou no TJRJ, em razão de estar em segredo de justiça, dada a presença de menores no polo ativo da demanda.

saber, homicídio de conhecida atriz, Daniella Perez, crime esse ocorrido na década de 1990. Além da recordação do fato criminoso, foi abordada a vida cotidiana da ex-condenada e de seus familiares, com descrição de sua rotina, locais onde residem e frequentam, aparência física e reação ao se deparar com repórteres da revista. Houve alusão ao nome completo e profissão do segundo autor, esposo de Paula Nogueira, e informações sobre a vida educacional dos terceiro, quarto e quinto autores.

O juízo de primeiro grau concluiu pela inexistência do direito ao esquecimento, e não acolheu o pedido de que a ré se abstenha de realizar novas reportagens que revivam o fato criminoso. Por outro lado, entendeu que houve o abuso do direito de informar, em razão do conteúdo da matéria, e condenou o órgão de imprensa ao pagamento de indenização por danos morais fixada em R$30.000,00 (trinta mil reais) para a primeira recorrente e R$20.000,00 (vinte mil reais) para cada um dos demais recorrentes. A condenação foi mantida em grau de recurso, pelo TJRJ (Brasil, 2020a, p. 1)

Os autores recorreram, insistindo no acolhimento do pedido de que a ré seja condenada na obrigação de não fazer de “não mais publicar matérias a respeito do ato criminoso em que se envolveu a primeira recorrente”; também pugnaram pela majoração da indenização fixada, alegando que equivale a apenas 0,89% do faturamento obtido com a venda da revista (Brasil, 2020a, p. 2-3).

O recurso especial foi distribuído ao Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que apresentou seu voto inicialmente distinguindo o caso em análise de outros versando sobre o direito ao esquecimento. Na ocasião, descreveu o direito ao esquecimento a partir de uma clivagem entre o direito ao esquecimento na ótica da proteção de dados pessoais e o direito ao esquecimento configurado “quando houver manifesta violação de direitos fundamentais” (Brasil, 2020a, p. 7).

Em sequência, o relator faz referência aos fatos descritos no acórdão recorrido, cuja revisão é vedada pela Súmula n. 7 do STJ, destacando trecho em que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concluiu que a matéria jornalística, na verdade, se concentrava na vida cotidiana de Paula Nogueira, e daqueles que com ela convivem, utilizando o delito praticado por esta há mais de vinte anos para se imiscuir de maneira abusiva e sensacionalista na sua vida contemporânea e de seus familiares, inclusive na vida dos filhos menores (Brasil, 2020a, p. 9-10).

Partindo desses pressupostos fáticos, o Ministro concluiu que a reportagem dificulta a reintegração da primeira autora na sociedade, por se valer de expressões como “assassinos famosos”, referindo ainda que a autora cometeu o crime por meio de “tesouradas”, aludindo a uma suposta insuficiência das

punições aplicadas ao caso emblemático. Nesse sentido, afirma que a “constante publicação de novas informações a respeito da vida íntima de ex-condenados [...] poderia significar uma verdadeira punição perpétua, vedada pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XLVII”, violando, ainda, o direito à reabilitação e os artigos 41, VIII e 202 da Lei nº 7.210/1984 e 93 do Código Penal. No entanto, embora reconheça que a recorrida efetivamente violou o direito ao esquecimento da autora, o ministro consigna a impossibilidade de censura prévia, de modo que não seria admissível a fixação, ao veículo de comunicação, de antemão, de um dever geral de se abster de publicar futuras reportagens relacionadas com o ato criminoso (Brasil, 2020a, p. 10-11).

Nesse ponto, o relator consignou que o crime praticado pela autora Paula Nogueira é um fato relevante da história nacional, compondo a memória coletiva, tanto que inspirou alteração legislativa para reconhecer o crime de homicídio qualificado como hediondo, não podendo o fato ser ocultado (Brasil, 2020a, p. 14-15).

Não obstante tenha dissertado sobre o direito ao esquecimento de Paula Nogueira, posteriormente o Min. Ricardo Cueva afirma que o estudo desse direito é desnecessário, porque o esposo e filhos de Paula Nogueira não se tornaram figuras notórias à época do fato criminoso, e nem possuem envolvimento ou exposição pública referente ao fato. Por essa razão, reconhece que houve ofensa ao direito ao pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, ao vinculá-los ao fato criminoso (Brasil, 2020a, P. 15-16).

Por fim, entendendo que a indenização por danos morais fixada não destoava dos parâmetros da Corte, negou provimento ao recurso especial, mantendo a sentença de primeiro grau e o acórdão proferido pelo TJRJ. Na ocasião, a Ministra Nancy Andrighi apresentou voto vista, porém, concordante com o voto do relator, havendo, assim unanimidade na solução jurídica dada ao recurso (Brasil, 2020a).

O que se extrai do julgamento em tela é que o direito ao esquecimento não foi fundamento determinante para a decisão, mas sim o fato de ter o órgão de imprensa abusado do direito de informar ao noticiar a rotina da ex-condenada, de seu esposo e filhos. O relator deixou claro, na ementa do acórdão, que o interesse público quanto às circunstâncias do fato criminoso permanece hígido; todavia, sublinhou que a reportagem não enfocava em si o fato criminoso, mas usava do subterfúgio de sua lembrança para divulgar a rotina privada da ex-condenada e de seu esposo e, inclusive, filhos menores.

5.1.4

Superior Tribunal de Justiça. O (in)existente direito ao esquecimento do anistiado político. O REsp nº 1.434.498-SP (Caso Ustra) e o REsp nº 1.369.571-PE (Caso Zarattini Filho).

O Recurso Especial nº 1.434.498-SP foi interposto por conhecida figura da história política brasileira, Carlos Alberto Brilhante Ustra, contra acórdão proferido pelo Tribunal de São Paulo que julgou procedente ação declaratória proposta por César Augusto Teles e outros, visando unicamente à declaração judicial de que foram submetidos a tortura sob o comando do réu. O pedido inaugural foi julgado procedente, por maioria, conforme o acórdão recorrido. No Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial foi distribuído à Ministra Nancy Andrighi, que votou por dar provimento ao recurso de Ustra, interpretando a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) como se houvesse instituído um verdadeiro direito ao esquecimento. O raciocínio se desenvolve com recurso ao mesmo pensamento externado pelo Min. Luis Felipe Salomão, no julgamento do caso Chacina da Candelária, embora em situação completamente diversa:

> 14. Anistiar – do grego amnestia, do latim amnesia – é esquecer, perdoar, é virar a página, definitivamente. E não há meio perdão. Como sabiamente afirmou Pontes de Miranda, 'aconteceu o ato; agora, indo-se ao passado, mesmo onde ele está, acontece juridicamente desaparecer, deixar de ser, não ser' (Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Borsoi. Vol. I. p. 344).
> [...]
> 20. Nesse contexto, a sociedade, expressamente, renunciou ao exercício do ius puniendi e aos respectivos efeitos penais da sentença condenatória, em prol da reconciliação nacional.
> 21. Não se olvida que, no campo da responsabilidade civil, qualquer pessoa, cuja dignidade tenha sido violada por atos de tortura praticados no período de exceção, pode exigir do Poder Público a justa compensação, sendo tal pretensão, inclusive, imprescritível (EREsp 816.208/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, DJe de 10/11/2009; REsp 1.374.376/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 23/05/2013; REsp 1.165.986/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe de 04/02/2011).
> 22. No entanto, o mesmo dever não se pode impor àquele que agiu em nome do Estado – ou com a tolerância, senão o incentivo deste – porquanto sobre ele paira o manto da anistia.
> 23. É preciso reconhecer, ademais, o direito ao esquecimento dos anistiados políticos – sejam eles agentes públicos, sejam aqueles que lutaram contra o sistema posto -, direito esse que, no particular, se revela com o de não ser pessoalmente responsabilizado por fatos pretéritos e legitimamente perdoados pela sociedade, ainda que esses fatos sobrevivam como verdade histórica e, portanto, nunca se apaguem da memória do povo.
> 24. Insta ressaltar que o direito ao esquecimento não representa leniência com os crimes cometidos, mas o reconhecimento de que a Lei da Anistia, como pacto social firmado e reafirmado, 'confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda' (REsp 1.334.097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 10/09/2013) (Brasil, 2014b).

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na ocasião do julgamento, que se encerrou em 9 de dezembro de 2014, apresentou voto divergente, que foi vencedor, assim, não tendo reconhecido o direito ao esquecimento do anistiado político, ao menos com relação às pretensões declaratórias, que foram consideradas imprescritíveis, interpretando-se como restrita a lei da anistia aos crimes políticos ou conexos com estes e aos crimes eleitorais (Brasil, 2014b).

O direito ao esquecimento voltou a ser mencionado no REsp nº 1.369.571-PE, interposto por Ricardo Zarattini Filho contra acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em ação na qual litigava contra o Diário de Pernambuco S/A. Em breve síntese, Zarattini Filho ajuizou ação contra o jornal em razão da veiculação de entrevista com o advogado Wandekolk Wanderley, publicada em 15/5/1995, na qual lhe teria sido imputada falsamente a autoria do atentado no Aeroporto de Guararapes/PE, no período da ditadura militar. Para tanto, o autor alegou que foi absolvido na ação penal acerca do episódio mencionado no artigo jornalístico. O pedido autoral foi julgado procedente na primeira instância, contudo, reformado em segundo grau. Dos fundamentos do Tribunal de segunda instância, extrai-se que a simples veiculação de matéria expressando a opinião de terceiro sobre fato da história nacional, em caso no qual a informação era verossimilhante, não poderia configurar ato ilícito a ensejar reparação por danos morais.

Na análise do recurso, o qual foi julgado em 22 de setembro de 2016, o voto do relator, Ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva, foi no sentido de manter o acórdão do tribunal pernambucano. No entanto, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino apresentou divergência, para dar provimento ao recurso e condenar o jornal ao pagamento de danos morais, por entender que o fato de não ter sido oportunizado o contraditório pela imprensa, isto é, de não ter sido concedido espaço para Zarattini exercer o direito de resposta, configurava, por si só, ato ilícito a ensejar reparação. Embora tenha sido esse o fundamento determinante do julgado, ainda foram apresentados mais dois argumentos em prol do direito alegado pelo autor. O segundo argumento foi justamente a referência ao direito ao esquecimento do anistiado político, ocasião em que o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, distanciando-se do voto que havia proferido no caso Ustra, assim votou:

> Em segundo lugar, não se pode esquecer de que os fatos narrados na matéria jornalística, ocorridos durante a ditadura militar, foram anistiados pelo Estado Brasileiro em razão de uma decisão política inspirada na idéia de pacificação social.
> [...]
> Em verdade, com a edição da Lei nº 6.683/1979 (Lei da Anistia), referendou-se o pacto celebrado entre as forças ideologicamente antagônicas à época do período militar, na tentativa de pacificação social e estabilidade nacional.

> Certo ainda que o referido diploma normativo fora validado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 153, de Relatoria do Min. Eros Grau, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil/OAB.
> Assim, a hipótese dos autos, vincula-se ao denominado direito ao esquecimento, moderno princípio da responsabilidade civil alinhavado por BRUNO MIRAGEM da seguinte forma (Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 707)
> (...)
> Em linhas gerais, significa reconhecer à pessoa o direito de restringir o conhecimento público de informações passadas, cuja divulgação presente pode dar causa a prejuízos ou constrangimentos.
> [...]
> Desse modo, consoante o entendimento do juízo de primeiro grau, não se mostra admissível qualquer tipo de gravame contra integrantes daquele cenário histórico por força de suas convicções e atos praticados naquele tempo de conflitos. (Brasil, 2016c)

Como observa Frahjof (2018, p. 125), foi equivocada a utilização do direito ao esquecimento como um dos fundamentos para resolver a controvérsia, haja vista que o que estava em pauta era a alegação de Zarattini de que houve uma acusação falsa contra si. Portanto, a questão principal girava em torno da veracidade ou não do fato noticiado, ao passo que o direito ao esquecimento "é tradicionalmente alegado quando informações pretéritas, obtidas de maneira lícita e que tratem sobre fatos verdadeiros, não devam mais ser comunicadas ao público após o transcurso de determinado tempo" (Frahjof, 2018, p. 125).

Assim, quanto à (in)existência de um direito do anistiado político ao esquecimento, parece que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não apresenta um entendimento consolidado. Se, no caso Ustra, foi admitida a possibilidade de se declarar a ocorrência da tortura, permitindo-se assim a mais ampla publicidade ao crime praticado, no caso Zarattini, ao contrário, o Ministro Paulo Sanseverino ventilou a possibilidade de reconhecer o direito ao esquecimento, no sentido de fazer calar a imprensa sobre fatos ocorridos no período da ditadura militar, sob fundamento de que se aplica, ao caso, a Lei de Anistia, a qual fora validada pelo STF no julgamento da ADPF nº 153. Cabe ressaltar o Diário de Pernambuco interpôs o recurso extraordinário nº 1.075.412/PE contra o acórdão proferido pelo STJ. O tema será retomado no momento oportuno.

5.1.5

O direito ao esquecimento na internet. Desindexação e apagamento de conteúdo da internet. Panorama antes do MCI; após o MCI e antes da LGPD; após a LGPD e antes do julgamento do tema de repercussão geral nº 786.

A análise do chamado “direito ao esquecimento na internet” deve ser feita no Brasil em consonância com os marcos temporais, legislativos e jurisprudenciais pertinentes, sendo o primeiro deles a promulgação da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), o segundo a promulgação da Lei nº 13.709/2018 e o terceiro o julgamento do caso Aída Curi em sede de repercussão geral.

Antes da promulgação da lei nº 12.965/2014, o Superior Tribunal de Justiça julgou, em 26 de junho de 2012, o emblemático caso Xuxa Meneguel (REsp nº 1.316.921/RJ), no qual foi definido o regime de responsabilidade civil dos provedores de pesquisa. Como aponta Frajhof (2018, p. 121), “embora em nenhum momento o termo ‘direito ao esquecimento’ tenha sido utilizado pelas partes, ou pelo próprio Tribunal, o caso trata de um tradicional caso de esquecimento na internet, à luz do julgamento do TJUE”.

Em breve síntese, Xuxa Meneguel ajuizou ação contra a Google Brasil Internet Ltda (doravante apenas Google), visando compelir o motor de busca a remover do motor de busca Google Search resultados relativos à busca pela expressão ‘xuxa pedófila’ ou qualquer outra associando o nome da autora, escrito parcial ou integralmente, e independentemente de grafia correta, a uma prática criminosa qualquer (Brasil, 2012, p. 1).

A autora obteve liminar na primeira instância nos termos requeridos na inicial, sob pena de multa de R$20.000,00 por cada resultado positivo disponibilizado ao usuário. Em agravo de instrumento, o TJRJ deu provimento em parte ao pedido da Google para restringir a liminar às imagens expressamente referidas pela agravada, sem a exclusão dos links na apresentação dos resultados da pesquisa. Contra o julgamento do agravo de instrumento, a Google interpôs recurso especial (Brasil, 2012, p. 2).

Em seu recurso especial, a Google afirmou que a obrigação imposta pelo TJRJ é de impossível cumprimento, não sendo possível exigir do motor de busca o monitoramento de todo o conteúdo indicado como resultado na ferramenta de busca, a fim de verificar se são ofensivas à recorrida. Ao apreciar o recurso, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, abordando a responsabilidade civil dos motores de busca, partiu da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação existente entre as partes, em razão da existência do chamado *cross marketing*. Na sequência, enquadrou o serviço do motor de busca como uma espécie do gênero provedor de conteúdo, caracterizado por disponibilizar “na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web” (Brasil, 2012, p. 6).

Nessa linha de raciocínio, a relatora apontou que, mesmo se tratando de relação de consumo, a responsabilidade civil do motor de busca deve levar em conta a natureza do serviço prestado por estes, não estando englobada a filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, não existindo, quanto a isso, serviço defeituoso, nem se aplicando a teoria do risco, mesmo porque, segundo fundamentou, não se poderia atribuir ao motor de buscas o juízo discricionário sobre quais páginas são ofensivas à reputação da parte contrária (Brasil, 2012, p. 7). Na mesma toada, a relatora destacou não ignorar a dificuldade de a parte interessada se voltar contra os provedores de informação (sites) que veiculam conteúdo ilícito, mas sublinha que essa dificuldade "não justifica a transferência, para mero provedor de serviço de pesquisa, da responsabilidade pela identificação desses sites" (Brasil, 2012, p. 9).

Outros argumentos, de caráter prático, foram citados pela relatoria, como a pouca efetividade da ordem determinada pela instância inferior, haja vista que, a seu juízo, somente incentivaria tentativas de burla das restrições, além de ser inócua porque não alcançaria os provedores de pesquisa localizados em outros países. Cita, ainda, que a decisão do TJRJ implicaria censura, pois dificultaria a localização e qualquer página com a palavra ou expressão proibida, tolhendo o direito à informação, o que incluiria mesmo as consultas sobre o julgamento em análise (Brasil, 2012, p. 11-12).

Quanto à determinação mais específica de a restrição se dirigir especificamente a determinado conteúdo, previamente indicado pela vítima, registrou a relatora que essa restrição deve emanar sempre de ordem judicial, mostrando-se inviável a simples notificação extrajudicial, e deve se dirigir sempre ao responsável pela inclusão do conteúdo ilegal. Concluindo, assentou-se que

> [...] os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da URL da página onde este estiver inserido. (Brasil, 2012, p. 15).

No caso concreto, a relatora deu provimento ao recurso especial interposto pela Google, para cassar a decisão do TJRJ que antecipou os efeitos da tutela. O voto foi seguido pela unanimidade dos integrantes da Terceira Turma do STJ.

Pouco depois do julgamento do caso Xuxa Meneguel, ocorreu a promulgação da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Já se valendo desse

marco normativo, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.593.873/SP, em 10 de novembro de 2016, no qual apreciou pedido de desindexação, expressamente descrito pela parte autora como manifestação do direito ao esquecimento.

Em tal julgamento, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial interposto pelo Google, para reformar acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinava ao motor de busca a obrigação de fazer consistente em impedir a veiculação de resultados de pesquisa contendo imagens de nudez da autora, identificada pelas iniciais S.M.S. Especificamente, em referido caso, a autora pleiteava a exclusão de resultados que mostrassem sua aparição como modelo em uma revista masculina publicada há muito tempo.

O julgamento, concluído em 10 de novembro de 2016, se assentou nas premissas seguintes. Primeiramente, foi afastada pelo STJ a aplicação da conclusão adotada pelo TJUE no caso Costeja González, sob argumento de que "o Tribunal de Justiça Europeu parte de pressupostos legais muito distintos daqueles existentes no País", já que ausente uma lei geral dispondo sobre proteção de dados pessoais dos cidadãos brasileiros. Em sequência, foi analisada a aplicação ao caso da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), ocasião em que, com fulcro no art. 7º, inciso X, de referida lei, se entendeu que o direito à exclusão de dados pessoais se limitava às informações que o próprio indivíduo tivesse fornecido para um determinado provedor de aplicações na internet. Quanto ao serviço prestado pelos motores de busca, confirmou-se a jurisprudência firmada no caso Xuxa Meneguel (REsp nº 1.316.921/RJ), para reafirmar que os provedores de busca na internet não respondem por conteúdo do resultado buscado pelos usuários e não são obrigados a exercer controle prévio sobre dito conteúdo (Brasil, 2016d).

Referentemente ao caso concreto, decidiu-se que a Google Brasil não tinha a obrigação legal de desindexar ou excluir o conteúdo de nudez contendo imagens da autora/recorrida S.M.S, pois tal obrigação seria daqueles que diretamente mantêm a obrigação no ambiente digital. Concluiu a Corte Superior, portanto, que avalizar o direito ao esquecimento como requerido pela autora significaria imputar aos motores de buscas na internet a função de censores digitais.

Alguns pontos são importantes nesse julgado. O primeiro é que foi mantida a linha decisória quanto à responsabilidade dos motores de busca, afastada a importação da solução dada pelo TJUE ao caso González; o segundo é que se firmou que os motores de busca na *web* não se responsabilizam por qualquer tipo

de conteúdo disponibilizado *on line* por usuários da internet, seja de natureza pública ou privada; e o terceiro é que houve uma preocupação de distinguir o tradicional direito ao esquecimento, dirigido às mídias tradicionais, do direito ao esquecimento na internet (Frajhof, 2018, p. 128-129).

Sucede que o entendimento firmado nos casos Xuxa Meneguel e S.M.S., ambos requeridos contra a Google Brasil, foi revisto no REsp nº 1.660.168/RJ, julgado em 8 de maio de 2018, ocasião em que a jurisprudência do STJ tomou direção oposta, no sentido de aplicar, no Brasil, as conclusões do TJUE no caso González. Anote-se que esse julgamento se deu após a entrada em vigor do MCI, porém, antes da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Nesse recurso, a Yahoo! do Brasil Internet Ltda (doravante Yahoo Brasil), a Microsoft (motor de busca: Bing) e a Google Brasil se insurgiram contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que condenou os motores de busca a filtrarem os resultados de pesquisas contendo menção ao nome da recorrida, Denise Pieri Nunes, referentemente a notícias relacionadas às suspeitas de fraude no XLI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

O REsp nº 1.660.168/RJ foi distribuído à relatoria da Min. Nancy Andrighi que, seguindo as linhas da jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça, propôs a inadequação da importação das conclusões do TJUE no caso González para o Brasil e a inexistência do dever de os motores de busca efetuarem a desindexação de notícias da web como reivindicado pela autora/recorrida.

Sucede que houve a apresentação de voto divergente pelo Ministro Marco Aurélio Belizze que, inovando em relação à jurisprudência passada da Corte Superior, propôs ao órgão colegiado, em seu voto, a manutenção do acórdão do TJRJ, com o consequente desprovimento do recurso especial. Para tanto, afirmou a possibilidade de inferir o direito à proteção de dados pessoais da tutela do *habeas data* (art. 5º, LXXI, CRFB), da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 9.507/1997), bem como do Código de Defesa do Consumidor e do Marco Civil da Internet. Nessa linha, manifestou entendimento de que “as regras positivadas no território nacional não são tão distintas daquelas em que se apoiou a Corte europeia para normatizar a incidência da Diretiva de proteção de dados aos aplicativos de busca” (Brasil, 2018). Em sequência, aponta que havia base legal para apoiar eventual pretensão de obtenção de restrição ao tratamento de dados, especificamente vislumbrada no art. 11 do Marco Civil da Internet.

Seguindo nessa linha de raciocínio, e importando claramente a solução do caso González, o Min. Belizze afirmou que

> Esse entendimento [...] não equivale a impor aos provedores de aplicações, em especial, àqueles dedicados exclusivamente à disponibilização de ferramentas de busca, o ônus de retirar do meio digital conteúdo inserido por terceiros, tampouco de imputar-lhes a função de um 'verdadeiro censor digital', mas tão somente de não afastar do Poder Judiciário, peremptoriamente, a apreciação de casos concretos excepcionais em que se denote a ausência de razoabilidade na exibição dos resultados (Brasil, 2018b).

Prosseguindo na argumentação, o Ministro entendeu que a situação narrada nos autos fugia à razoabilidade, pois no caso dos autos, a autora ingressou em juízo ao perceber o resultado mais relevante obtido a partir da busca do próprio nome, após mais de dois anos dos fatos, era a notícia de fraude em concurso público da magistratura fluminense, no qual havia sido reprovada. Sublinhou que, na data do julgamento ora referido, o fato já contava com mais de uma década e os resultados de busca continuavam apontando como mais relevantes aquela notícia. Destacou, então que

> [...] é imprescindível a atuação do Poder Judiciário, até para afastar a função de censor das ferramentas de busca, em casos em que se sustente a necessidade de interferência pontual para assegurar à pessoa em causa a quebra dessa vinculação eternizada pelos sites de busca, a fim de desassociar os dados pessoais do resultado cuja relevância se encontra superada pelo decurso do tempo. essa é a essência do direito ao esquecimento: não se trata de efetivamente apagar o passado, mas de permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca.
> Por outro vértice, aqueles que quiserem ter acesso a informações relativas a fraudes em concurso público, não terão seu direito de acesso impedido, porquanto as fontes que mencionam inclusive o nome da recorrida permanecerão acessíveis. Contudo, sua busca deverá conter critérios relativos a esse conteúdo, seja em conjunto com o nome da recorrida, seja de forma autônoma.
> [...]
> Esse entendimento reforça a compreensão de que o direito ao esquecimento tutela a pretensão de se retornar ao estado de anonimato, do qual se foi retirado pela ocorrência ou notícia do fato desabonador, o que deve ser realizado, especialmente, quando não acarrete prejuízo à liberdade de expressão, à memória histórica e ao direito de informar (BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet.** Porto Alegre: Arquipélago editorial, 2017, p. 151) (Brasil, 2018b, p. 30-31)

Ressalte-se que a relatora original do recurso especial, Ministra Nancy Andrighi, apresentou aditamento ao seu voto, após a divergência apresentada, esclarecendo que em momento algum se tinha afirmado a inexistência do direito à proteção de dados dos brasileiros, mas somente se tinha afastado a existência do direito ao esquecimento nos moldes existentes na Europa, esclarecendo ainda que tal direito não poderia ser fundamentado no instituto do *habeas data*, tampouco na legislação consumerista ou no Marco Civil da Internet. Especificamente no Marco Civil da Internet, só haveria um direito ao esquecimento

no sentido de determinar a exclusão de informações que o próprio indivíduo tivesse fornecido para determinado provedor de informações; além disso, o art. 11 de referida lei trataria sobre questões de competência, não oferecendo substrato jurídico para a desindexação.

Ainda em seu aditamento, a Ministra expôs que o STJ, como uma corte de precedentes, tem uma obrigação redobrada de justificar por que está alterando um precedente estabelecido há anos, ou, ainda, qual a excepcionalidade do caso concreto que ensejaria o afastamento do entendimento predominante. Sublinhou que o conteúdo que se pretende desindexar não é ilícito, e que a suposta fraude no concurso de ingresso da magistratura carioca foi noticiada na imprensa e, inclusive, nos sites do Senado, CNJ e STF. Destacou também que não houve a alegação de qualquer dano ocasionado à pessoa da requerente/recorrida, tanto que ela foi aprovada em 7º lugar no 31º concurso para Promotores de Justiça substitutos do Ministério Público do Rio de Janeiro. Aduziu ainda que o mero incômodo ou desconforto com relação à notícia não é excepcionalidade suficiente para afastar os precedentes da corte, e que isso configuraria censura. Preocupando-se, ainda, com o princípio da neutralidade da rede, a Ministra Andrighi expôs:

> Alega-se que a notícia que incomoda a recorrida não é relevante ao interesse social e, por esse motivo, seria permitido obrigar os buscadores a retirar – isto é, censurar – essa informação dos resultados de busca. Essa alegação, contudo, é altamente controvertida e, no extremo, colocaria o Poder Judiciário como avalista das informações que poderiam ir ao público, o que deve ser evitado ao máximo.
> Sem entrar no mérito sobre a capacidade da tecnologia disponível em filtrar conteúdos que possam afetar a recorrida, deve-se mencionar que um dos deveres principais dos provedores de serviços de internet é justamente o de não monitorar e não censurar as informações [...] (Brasil, 2018b, p. 40/41)

Referiu-se, ainda, ao efeito Streisand[37] e à pouca utilidade da prestação jurisdicional, e à obrigatoriedade da identificação das URLs dos conteúdos que se quer desindexar, conforme entendimento firmado no STJ ainda antes do advento do Marco Civil da Internet.

Relevante destacar que também o Ministro Moura Ribeiro apresentou voto-vista nesse caso, identificando o pedido em causa como relativo ao direito ao esquecimento, o qual apresentou como “um direito fundamental implícito

[37] O termo “efeito *Streisand”* foi cunhado pelo editor e jornalista Mike Masnick, em referência a situação vivenciada pela atriz Barbra Streisand, que processou o fotógrafo Kenneth Adelman e o *website Pictopia.com* por disponibilizar uma foto aérea de sua mansão, alegando malferimento ao direito de privacidade. A foto, que até então tinha poucas visualizações, acabou por se tornar bastante divulgada, em razão do processo (Brasil, STJ, 2018b).

decorrente da dignidade da pessoa humana, mas que se choca com outros direitos de igual natureza constitucional, como o direito de informar e o direito de ser informado" (Brasil, 2018b, p. 50)

Nessa linha de intelecção, apontou que assim visto como direito da personalidade, o direito ao esquecimento tem caráter absoluto e oponibilidade *erga omnes*, motivo pelo qual aderiu ao entendimento apresentado pelo Min. Marco Aurélio Bellize, de que o direito ao esquecimento poderia ser extraído do ordenamento legal brasileiro. Não obstante, apresentou o entendimento de que uma solução para o caso seria o reconhecimento do direito à atualização das informações, pois, no caso dos autos, o concurso foi considerado hígido pelo CNJ, e a fraude foi dada por inexistente. Assim, entendeu que "a determinação de que tais notícias fossem atualizadas para fazer constar a 'absolvição' da autora seria medida suficiente e que atenderia simultaneamente aos interesses em colisão" (Brasil, 2018b, p. 52). No entanto, considerou que essa medida não seria aplicável, pois não houve pedido nesse sentido. Assim, entendeu que a desindexação seria a segunda melhor solução para os casos como o presente (a primeira seria a atualização das notícias) (Brasil, 2018b, p. 52).

Também o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva apresentou voto-vista, repassando a jurisprudência da corte, anotando que: 1) antes mesmo do Marco Civil da Internet, o STJ vinha entendendo que os motores de busca não poderiam ser obrigados a eliminar resultados de busca de determinado termo ou expressão e 2) mesmo antes do Marco Civil da Internet, o STJ vinha exigindo a indicação expressa do *Uniform Resource Locator* (URL) das páginas contendo conteúdo apontado como ilícito, sendo que 3) após a promulgação do Marco Civil da Internet, persistiu a obrigação de indicar a URL das páginas contendo conteúdo ilícito, mesmo nos casos gravíssimos de que trata o art. 21 da Lei nº 12.965/2014, sendo que tal entendimento fora adotado mesmo em demanda ajuizada pelo Ministério Público visando impor à Google obrigação de remover publicações não autorizadas de vídeo com conteúdo erótico de menor com apenas 16 anos de idade (REsp nº 1.679.465/SP) e, por todas essas razões, 4) concluiu pela inexistência de qualquer excepcionalidade capaz de alterar o entendimento da corte. Anotou, em seu voto que

> [...] ao impor às recorrentes a genérica obrigação de instalarem filtros ou mecanismos capazes de atender a pretensão da autora de ver desvinculado seu nome de notícias relacionadas com a suposta fraude havida em concurso para a magistratura fluminense, a Corte de origem negou vigência ao §1º do art. 19 do Marco Civil da Internet, pois referido dispositivo de lei, como já extremado, dispõe expressamente que a ordem judicial de remoção de conteúdo dessa espécie

> (gerado por terceiros) padece de nulidade quando desacompanhada da 'identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material'. (Brasil, 2018b, p. 73)

Comparando o julgamento do recurso especial em análise com o caso González, apontou que mesmo neste caso, o TJUE havia determinado a desindexação de links específicos, não alcançando a extensão que alcançou o julgamento da instância inferior.

O julgamento prosseguiu com a apresentação de voto-vista pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que foi quem proferiu o voto de minerva que resultou na prevalência do voto divergente apresentado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brevemente, se pode dizer que o voto do Ministro Sanseverino se assentou no art. 11 do Marco Civil da Internet e no julgamento do caso González, fazendo, ainda, expressa referência ao artigo 17º do Regulamento Geral sobre proteção de dados europeu. Chama a atenção, no quadro do voto do Ministro, o ponto em que ele procura identificar a especificidade do caso em relação aos anteriores precedentes do STJ:

> Não tenho dúvidas que as notícias apresentadas pela busca nos sites das rés, associando o nome da recorrida a notícias de supostas fraudes ocorridas em concurso para a magistratura estadual, (I) realizado há mais de dez anos, (II) no qual a autora não foi aprovada; (III) com decisão do Conselho Nacional de Justiça pela manutenção do certame já em 11/03/2008, por concluir não ter havido fraude; lhe causam dano a honra e a intimidade, estando o seu pedido perfeitamente abarcado pelo direito ao esquecimento.
> Na tensão que se coloca entre o direito fundamental à informação e as liberdades públicas dos cidadãos, ao meu ver, o primeiro deve ceder.
> **Destaco, contudo, que a conclusão aqui chegada leva em consideração as particularidades do presente caso, diante de todos os argumentos já referidos e ao fato de que, atualmente, a autora exerce uma outra importante função pública.** (Brasil, 2018b, p. 94/95)**[grifos nossos]**

Aparentemente, o que se extrai do voto do Ministro Sanseverino é que o fato de a autora/recorrida exercer outra importante função pública ensejaria um aspecto diferenciador e excepcional para desenquadrar o caso dos anteriores precedentes da Corte. O raciocínio foi exatamente o contrário ao apresentado pela Ministra Nancy Andrighi e pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, para os quais a situação versada nos autos era menos gravosa que inúmeras outras enfrentadas pelo STJ, a exemplo da retirada de vídeos contendo imagens de relações sexuais mantidas por menor com dezesseis anos de idade.

Cabe mencionar que, em 21 de junho de 2022, houve a reanálise do caso nos termos do art. 1.040, II, do CPC, em exercício de juízo de retratação. O ponto

será retomado no momento oportuno, tendo em vista a necessidade de compreensão prévia do julgamento do tema de repercussão geral nº 786.

5.2
O julgamento do caso Aída Curi e do tema de repercussão geral nº 786 pelo Supremo Tribunal Federal (2021)

Como já aludido em momento anterior, houve a interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal no caso Aída Curi, julgado pelo STJ em 2013, no qual se negou o reconhecimento do direito ao esquecimento de familiares de vítima de crime de intensa repercussão social. O recurso foi autuado sob o nº 1.010.606, e coube a relatoria ao Ministro Dias Toffoli.

Em 12 de junho de 2018, foi realizada audiência pública, designada pelo relator, para oitiva dos *amici curiae* acerca do tema. Segundo Anderson Schreiber (2017), forem três as posições teóricas defendidas pelos amigos da corte, naquela ocasião. A primeira, que o autor denominou de “posição pró-informação”, foi defendida por diversas entidades ligadas à comunicação, e postula que inexiste o direito ao esquecimento, pois, além de não constar expressamente na legislação brasileira, tampouco está previsto implicitamente, tratando-se de um “direito” contrário à memória de um povo e à História da própria sociedade, devendo a liberdade de informação prevalecer sempre a priori, conforme decidiu o STF no julgamento da ADI nº 4.815. A segunda, que o autor denominou como “posição pró-esquecimento”, foi defendida pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), e postula que o direito ao esquecimento existe e deve sempre preponderar, por estar fundado na tutela da dignidade humana, valor supremo da ordem constitucional, que prevalece sobre a liberdade de informação, sob pena de se aplicar penas perpétuas ao indivíduo por meio da mídia e da internet. Segundo essa posição, o direito ao esquecimento seria “um direito de não ser lembrado contra sua vontade”, como foi definido no REsp nº 1.334.097/RJ (caso Chacina da Candelária). Por último, a posição intermediária postula que não há hierarquização prévia e abstrata entre liberdade de informação e privacidade, direito do qual decorreria o direito ao esquecimento, de modo que deve ser aplicado em cada caso o método da ponderação, com recurso a alguns parâmetros, tais como a projeção pública da pessoa retratada. Essa foi a posição defendida pelo próprio autor, que falou em nome do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

No dia 11 de fevereiro de 2021, o tema de repercussão geral nº 786 foi julgado, por maioria, nos termos do voto apresentado pelo relator, Ministro Dias Toffoli. Para melhor compreensão do que foi decidido, passa-se a destacar alguns pontos do julgamento.

O relator destacou que, muito embora o caso em análise diga respeito unicamente ao direito ao esquecimento postulado nas mídias tradicionais, a sua proposta de voto seria mais ampla, para englobar a análise desse direito em todas as plataformas (mídia tradicional e internet). Isso porque, segundo analisou, a questão premente a se decidir é "se existe ou não, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, o direito ao esquecimento, independentemente da plataforma midiática a que se refira" (Brasil, 2021a, p. 3).

Para responder a essa pergunta, o relator partiu da origem europeia e francesa do *droit à l'oubli*, porém, notando que os precedentes mais longínquos do tema em verdade citaram a expressão "direito ao esquecimento" de forma marginal, pois os julgadores se valeram essencialmente de institutos jurídicos bastante consolidados para decidir, tais como o direito à ressocialização, o direito à privacidade, etc. Por isso, localiza a real discussão sobre o direito ao esquecimento em casos mais recentes, tais como o caso González, decidido pelo TJUE, que têm em vista o advento da sociedade da informação (Brasil, 2021a, p. 12-13).

Após as devidas anotações sobre o contexto em que o relator vislumbrou a discussão sobre o direito ao esquecimento, passou a abordar o que se vem entendendo como tal, a partir da análise do que chamou de seus "componentes essenciais".

O primeiro componente essencial que o relator identificou foi a licitude da informação, não abarcando tal direito a informação ilícita, pois, para estas, o ordenamento jurídico já possui fartura de remédios. No ponto, anotou o seguinte:

> [...] o que se invoca com o direito ao esquecimento é a proteção jurídica para impedir a divulgação de fatos ou dados **verdadeiros licitamente obtidos**, amparando-se na alegação, em essência, de que, pelo decurso do tempo, as informações de outrora não guardariam relevância jurídica, ao passo que sua ocultação (ou ocultação dos elementos pessoais dos envolvidos) melhor serviria aos propósitos constitucionais, sobretudo à proteção dos direitos da personalidade. (Brasil, 2021a, p. 24).[grifo no original]

O segundo componente essencial identificado pelo relator foi o decurso do tempo, isto é, o aspecto temporoespacial, pois

> [...] a pretensão encerrada no título direito ao esquecimento tem o tempo como elemento central porque seria ele propulsor da degradação da informação do passado, a qual – mesmo verídica – se faria desatualizada e descontextualizada, porque divulgada em momento significativamente díspar da ocorrência dos fatos, induzindo a uma percepção fragmentada sobre a pessoa do envolvido (Brasil, 2021a, p. 26)

A partir desses dois elementos, cuja diferenciação não se justificaria em razão da plataforma midiática, o relator define o direito ao esquecimento como

> [...] a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtual, de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante (Brasil, 2021a, p. 32).

Em sequência, prossegue o voto para enfrentar a questão premente discutida nos autos, de saber se é constitucional a pretensão do direito ao esquecimento. Segundo fundamentou o relator, o que existe no direito brasileiro não é um direito genérico ao esquecimento, como delineado no voto, mas sim previsões expressas e pontuais sobre os efeitos do decurso do tempo no sentido de se determinar a supressão de dados ou informações. Alguns exemplos são o artigo 43, §1º, do CDC, determinando a retirada de informações negativas dos cadastros de consumidores após o período de cinco anos; os arts. 93 a 95 do Código Penal sobre a reabilitação dos condenados; o art. 7º, X, do Marco Civil da Internet quanto ao direito do usuário de solicitar a exclusão definitiva dos dados pessoais que forneceu a determinada aplicação de internet, entre outros (Brasil, 2021a, p. 34). Essas previsões normativas, embora imponham efeitos jurídicos decorrentes da passagem do tempo, “não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado” (Brasil, 2021a, p. 34). Daí se infere que “a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar a condição de uma publicação ou um dado nela contido de lícita para ilícita” (Brasil, 2021a, p. 34).

A transmutação de uma notícia lícita para ilícita não ocorre, segundo apontou, porque a modificação promovida pelo tempo diz respeito ao contexto social em que os fatos foram noticiados, não havendo, porém, mudança dos fatos em si. Assim, não se poderia negar acesso aos fatos simplesmente porque já passados, pois isso interferiria em estudos científicos (Brasil, 2021a, p. 35).

Em contrapeso ao direito ao esquecimento, o relator identificou o direito à verdade histórica, referida pelo Min. Cezar Peluso no julgamento da constitucionalidade da Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79). Nessa ordem de ideias, ressaltou que a verdade histórica não interessa apenas no que diz respeito “a

pessoas mais proeminentes da ordem social, mas a todos os fatos que possam, de algum modo, compor o objeto de interesse das ciências sociais ou mesmo das relações humanas" (Brasil, 2021a, p. 37).

Passando à análise de dispositivos protetivos da privacidade, o relator apontou que a Constituição prevê, no art. 5º, incisos V e X, XI e XII restrições à liberdade de expressão e informação, ao garantir o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem, a inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. Identifica, ainda, que o legislador infraconstitucional "procedeu à ponderação entre direitos fundamentais na direção da máxima proteção aos direitos da personalidade" (Brasil, 2021, p. 39), como se infere da tipificação dos crimes contra a honra, bem como da tutela dos direitos da personalidade no Código Civil. Identificou, também, que a justiça brasileira, em inúmeras decisões, tem consagrado a proteção da privacidade, do nome, da honra e da imagem sem recorrer ao aspecto temporal, e daí extrai a conclusão de que "há uma vasta proteção constitucional, legal e jurisprudencial a todos os direitos da personalidade que independe do efeito do tempo sobre o contexto fático em que inseridos" (Brasil, 2021a, p. 41).

Aponta, também, que a passagem do tempo não induz ao surgimento de um dever social de perdão, pois "nenhuma lei pode estipular obrigações afetivas ou cognitivas", de modo que "ninguém [...] é obrigado a se desfazer de seu direito à informação para permitir a terceiros uma vida livre do conhecimento de seus erros passados" (Brasil, 2021a, p. 41).

Analisando especificamente o âmbito de proteção normativa dos dados pessoais, o relator observa que a Lei nº 13.709/18 não prevê dispositivo "voltado a assegurar, em âmbito digital, que os sujeitos protegidos pela norma não possam ser confrontados com os dados que, no passado, tenham sido licitamente objeto de divulgação" (Brasil, 2021a, p. 44). A omissão do legislador, segundo consta no voto, teria sido intencional e, por outro lado, a previsão do artigo 4º, II, a, de referida lei, que exclui do âmbito de sua aplicação o tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente jornalístico e artístico, endossaria a inexistência de tal direito.

Adicionalmente, o relator se refere ao papel central da liberdade de expressão no sistema democrático, adotando a teoria do livre mercado de ideias, "segundo a qual ideias e pensamentos devem circular livremente no espaço público para que sejam continuamente aprimorados e confrontados em direção à verdade" (Brasil, 2021a, p. 49). Referindo-se ao sistema constitucional brasileiro,

afirma que a Constituição Federal de 1988 atribuiu tratamento especial à liberdade de expressão dos meios de comunicação, que, conforme dispõe o art. 220, caput e §1º, está a salvo de qualquer embaraço, com exceção das balizas previstas no próprio texto constitucional (vedação ao anonimato, direito de resposta, possibilidade de indenização por dano à imagem, respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, direito de acesso à informação e garantia de sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional). Ressalta que um dos aspectos centrais da liberdade de expressão é, em regra, a não admissão de restrições prévias ao exercício dessa liberdade, entendimento esse que se alinha com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 130[38]; ADPF nº 187[39]; RE nº 511.961[40]; ADI nº 2.404[41]; ADI 4.815[42]) (Brasil, 2021a, p. 78).

Apresenta, como limites à liberdade de expressão, além dos previstos expressamente na Constituição Federal, as situações de abuso do direito, como o discurso de ódio, o discurso intolerante e a desinformação, pois, nesse caso, estaria comprometido "o equilíbrio dinâmico entre as opiniões contrárias, o pluralismo, o respeito às diferenças e a tolerância" (Brasil, 2021a, p. 18). Porém, não seria um limite à liberdade de expressão o fato de um indivíduo querer que ocorra a divulgação de fatos passados de sua vida que lhe causem profundo desgosto. Nessa ordem de ideias, aponta que a pretensão do direito ao esquecimento corresponderia ou equivaleria, na prática, à propalação de uma notícia falsa (Brasil, 2021a, p. 79).

---

[38] Na ADPF nº 130, o STF julgou não recepcionada, pela Constituição de 1988, todo o conjunto de dispositivos da Lei Federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa) (Brasil, 2009)

[39] Na ADPF nº 187, o STF julgou procedente o pedido para interpretar o art. 287 do Código Penal conforme à Constituição de 1988, para "excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos" (STF, 2011).

[40] No RE nº 511.961, o STF decidiu que a exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista constitui restrição inconstitucional às liberdades de expressão e informação, e, ainda, que no campo dessa profissão, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais, não podendo ser criadas Ordens ou Conselhos de Fiscalização profissional. Assim, declarou não recepcionado o art. 4º, inciso V, do Decreto-lei nº 972/1969 (Brasil, 2009).

[41] Na ADI nº 2404/DF, o STF declarou a inconstitucionalidade da expressão "em horário diverso do autorizado", contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90 (ECA), decidindo que a classificação da programação de diversões públicas e programas de rádio e televisão tem apenas teor indicativo. Nesse sentido, decidiu que não cabe à União determinar que a exibição de programação com certa classificação indicativa se dê em horários previamente autorizados pelo Ministério da Justiça, o que configuraria censura prévia (Brasil, 2016).

[42] Na ADI nº 4815/DF, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição, aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, "em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento da pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). (Brasil, 2015).

Aponta, na sequência, que tanto a liberdade de expressão, quanto a privacidade, são valores caros na ordem jurídica, e que a ponderação desses direitos deve ocorrer segundo alguns critérios já construídos na jurisprudência do STF. No julgamento da ADI nº 4.815, foi firmada a posição preferencial da liberdade de expressão frente aos demais direitos, o que não significa, todavia, endossar uma hierarquia, mas apenas transferir o ônus argumentativo daquele que pretende fazer prevalecer outro direito sobre aquele (Brasil, 2021a, p. 82-83). Registra que, para preservar a liberdade de expressão e compatibilizá-la com outros direitos, deve-se recorrer, sempre que possível, ao complemento da informação e à retificação, em vez de exclusão e ocultação, e ao direito de resposta, em vez da proibição da fala. Aduz, também, que no contexto sul-americano, a liberdade de expressão deve ser privilegiada, em razão de sua história ditatorial recente e tendo em vista o quadro de ataques à liberdade de expressão e de impunidade delineado nos apontamentos da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos, feita na Declaração conjunta do vigésimo aniversário, de 2019 (Brasil, 2021a, p. 83).

O relator também se referiu à *Declaración Conjunta sobre la Independencia y la Diversidad de los Medios de Comunicación en la Era Digital*, de 2018, que externou preocupação com as demandas de desindexação e direito ao esquecimento, pugnando que tais medidas, para serem aplicadas, devem estar previstas na lei, em termos claros e específicos, com critérios que demonstrem que o direito à privacidade se sobrepõe no caso à liberdade de expressão (Brasil, 2021a, p. 86).

Com base na fundamentação descrita sucintamente acima, o relator propôs a seguinte tese:

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

Analisando especificamente o caso dos autos, o relator votou por não reconhecer o direito ao esquecimento invocado pelos familiares de Aída Curi, e por não reconhecer o abuso na forma adotada para a comunicação, pois (i) os fatos narrados no programa Linha Direta Justiça são verídicos e (ii) as imagens

reais usadas na exibição foram obtidas legitimamente ao tempo dos acontecimentos, além do mais (iii) o programa cumpriu papel jornalístico de informar, bem como de promover questionamentos jurídico-sociais importantes, relativamente à violência contra a mulher e, por fim, (i) não houve divulgação desonrosa à imagem ou ao nome da vítima falecida ou aos seus familiares (Brasil, 2021a, p. 89-90).

No tocante especificamente aos familiares da vítima, o relator apontou que o artigo 21 do Código Civil recebeu interpretação conforme à Constituição Federal, no julgamento da ADI nº 4.815, de modo que foi declarada inexigível a autorização, não só da pessoa biografada, como também das pessoas retratadas como coadjuvantes, incluindo os familiares do biografado. Nessa linha de raciocínio, o relator identificou a existência da mesma razão de decidir, relativamente aos familiares de Aída Curi, não verificando violação da honra, da imagem ou da privacidade (Brasil, 2021a, p. 91).

Considerou, ainda, que a decisão editorial de encenar o crime por meio de trama dramatúrgica e a obtenção de lucro com o programa não são, por si sós, condutas ilícitas, anotando, também, que a dor e a sensibilidade dos familiares da vítima, não são oriundos do programa em si, mas reflexo do ato criminoso (Brasil, 2021a, p. 92). Assim, o voto do Ministro Dias Toffoli foi no sentido de concluir pelo não provimento do recurso extraordinário, consequentemente, pelo indeferimento do pedido de reparação de danos formulado pelos familiares de Aída Curi.

O Ministro Nunes Marques apresentou divergência. Em seu voto, a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, identifica o direito ao esquecimento como ocorrente em três situações:

> [...] 1º) para impedir o uso de **registros criminais antigos** na exacerbação de penas ou medidas administrativas ligadas ao campo criminal; 2º) para condenar emissoras de TV a indenizar ex post facto, em razão da **veiculação de notícias** sobre pessoas a respeito dos quais é mencionado o envolvimento, **geralmente como acusadas**, em crimes já prescritos, anistiados, com pena cumprida ou com absolvição transitada em julgado; e 3º) para desindexar o nome do interessado de alguma notícia antiga (geralmente falsa, mas não necessariamente), **em sites de busca.** (Brasil, 2021a, p. 107) [grifos no original]

Apontando a notável abrangência do direito ao esquecimento, o Ministro concorda que não se pode extraí-lo da Constituição de 1988, pois, para que configurasse efetivamente um direito, deveria haver “indicação precisa dos sujeitos ativo e passivo, do conteúdo, formas de aquisição e procedimentos para sua realização” (Brasil, 2021a, p. 107). Na verdade, segundo afirma, em todos os

casos em que o direito ao esquecimento é invocado, o ministro vislumbra a figura do abuso do direito:

> Assim, poder-se-ia falar em **abuso do direito de informar** (nos casos das emissoras de TV), **abuso do direito de punir** (nos casos dos registros criminais antigos), ou **abuso da livre iniciativa** (nos casos dos motores de busca). (Brasil, 2021, p. 107) [grifos no original]

Defendeu o ministro que, na verdade, o recurso à figura do "direito ao esquecimento", pelo judiciário brasileiro, aponta para uma compreensão empática do litígio, em que se busca suprir a omissão não intencional do legislativo, para casos não previstos em lei, o que consistiria em um trabalho hermenêutico legítimo (Brasil, 2021a, p. 108). No entanto, considerou Nunes Marques que a nomenclatura "direito ao esquecimento" estaria a obnubilar esse trabalho hermenêutico do Judiciário, pois se trata de um direito consistente em "uma vaga ideia [...] aplicada a um punhado de casos concretos" (Brasil, 2021, p. 109). Nessa linha de raciocínio, concorda com o relator, Ministro Dias Toffoli, que "a mera constatação de que o tempo desvanece certas reivindicações, ou de que há paz no esquecimento, não tem a densidade necessária para institucionalizar um direito subjetivo em termos gerais" (Brasil, 2021a, p. 110-111).

Não obstante, Nunes Marques discordou do relator quanto à apreciação do caso concreto. Procurando distinguir o mau jornalismo do bom jornalismo, Marques apontou que o primeiro "é aquele que abusa das prerrogativas para criar notícias falsas ou para causar sensação à custa da intimidade alheia" (Brasil, 2021a, p. 115). No caso dos autos, entendeu que a empresa jornalística exerceu o "mau jornalismo" ao veicular o programa Linha Direta-Justiça, elencando, como argumentos, (i) que a vítima não era pessoa pública, (ii) que o tempo transcorrido torna inconveniente a ressurreição pública do crime, (iii) que houve oposição expressa da família, anterior à exibição do programa, e (iv) que houve encenação dramática, com uso de imagens não autorizadas da vítima, "para causar sensação e alimentar uma curiosidade mórbida" (Brasil, 2021a, p. 116).

Apontou que, no Brasil, é crime a divulgação de cena de estupro; para fins jornalísticos, entretanto, é possível, desde que a vítima não seja identifica (lei nº 13.718/2018). Entendeu que a exibição de cenas de estupro, mesmo representadas, levaria a um paradoxo, pois embora a vítima viva pudesse protestar, não o poderia a vítima morta (Brasil, 2021a, p. 119).

Adicionalmente, entendeu que o crime retratado nos autos é um crime comum, sem nenhum elemento que indique sua relevância especial para a história

do país ou do Rio de Janeiro, motivo pelo qual votou por reconhecer o dano moral e fixar indenização em favor dos familiares de Aída Curi (Brasil, 2021a, p. 119).

Votou na sequência o Ministro Alexandre de Morais, concordando, em linhas gerais, com o relator, no ponto em que identifica a discussão a respeito do direito ao esquecimento, e no ponto em que o relator defende que o entendimento referentemente a esse direito deve ser aplicado não só à questão televisiva, mas a todas as plataformas de comunicação social (Brasil, 2021a, p. 130).

Também concordou com o relator e o ministro Nunes Marques no sentido de que inexiste um direito amplo ao esquecimento. Citando o caso Mme Monanges (França), Lebach I e II e Der Spiegel (Alemanha), The Red Kimono (Estados Unidos), NT1 e NT2 vs. Google (Inglaterra e País de Gales), Joan Antón Sánchez Carreté vs. Google (Espanha), González (TJUE) e outros, aponta que

> Em nenhum dos casos, houve o expresso reconhecimento de um genérico e amplo 'direito ao esquecimento' em relação a fatos reais e concretos, ocorridos no passado e recontados no presente de maneira séria, lícita, objetiva, fidedigna e respeitosa, independentemente da gravidade da situação, do sofrimento causado ou do lapso temporal percorrido (Brasil, 2021a, p. 137).

Extraiu daí a conclusão de que há sempre a necessidade de análise caso a caso sobre "eventuais abusos nas divulgações, da necessidade de atualização dos dados, da importância dos fatos, do desvio de finalidade ou na exploração ilícita das informações", devendo ser aplicado o binômino "liberdade e responsabilidade", vedada a censura prévia, podendo ser feita somente a responsabilização posterior (Brasil, 2021a, p. 138-39).

Destacou, ainda, que não pode o judiciário pretender "definir o formato e conteúdo da programação e restringir a própria narrativa e criatividade, elemento componente da liberdade de expressão" (Brasil, 2021a, p. 144). Apreciando o caso Aída Curi, mesmo observando o viés sensacionalista da programação, entendeu que não houve narrativa ilícita, porque não houve deturpação dos fatos, nem sequer narrativa desatualizada ou exagerada (Brasil, 2021a, p. 146).

Em sequência, votou o ministro Edson Fachin, partindo da análise do direito ao esquecimento como um conceito "multifário", "guarda-chuva", que "compreende, mas não se reduz nem aos tradicionais direitos à privacidade e à honra, nem tampouco ao direito à proteção de dados", decorrendo "de uma leitura sistemática do conjunto destas liberdades fundamentais" (Brasil, 2021a, p. 151). O ministro apontou que, na verdade, o direito ao esquecimento se vincula a uma pretensão de autodeterminação informacional por parte do sujeito de direitos, que visa exercer controle sobre informações pessoais colocadas à disposição do

público por tempo indeterminado, com o intuito de assegurar o livre desenvolvimento da personalidade (Brasil, 2021a, p. 151).

Nessa linha de raciocínio, o ministro Fachin defendeu que o direito ao esquecimento está implícito na Constituição brasileira, sendo extraível da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/8), do direito à privacidade (art. 5º, X, CRFB/88) e do direito à autodeterminação informativa, reconhecido jurisprudencialmente na análise das medidas cautelares nas ADIs nºs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393. Citou também decisões do STF que mencionam o direito ao esquecimento (HC 126.135, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 128.080, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin; Rcl 22.328, Rel. Min. Barroso) (Brasil, 2021a, p. 153).

Em seguida, o ministro apontou para a existência de um consenso na literatura sobre a necessidade de aplicar a técnica de sopesamento para decisão de casos como o dos autos. Como primeiro paradigma nessa tarefa de sopesamento, ele se refere ao entendimento firmado pelo STF na ADPF nº 130, que teria lançado "as bases para a compreensão da relação entre liberdade de expressão e direitos da personalidade" (Brasil, 2021a, p. 159). Segundo afirma, sobressaiu o entendimento de que a liberdade de expressão goza de posição preferencial frente a outros direitos, só podendo ser restringida pelas limitações dispostas no texto constitucional, exigindo, o seu afastamento, alto ônus argumentativo, cabendo ao poder judiciário "determinar as balizas para, segundo as circunstâncias fáticas apresentadas, julgar a responsabilização civil e penal das pessoas naturais e jurídicas" (Brasil, 2021a, p. 159-160).

Nessa linha de raciocínio, aponta que, diante da posição preferencial da liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro, o direito ao esquecimento, em determinadas situações, deve funcionar como trunfo, aplicando-se a depender da imanência ou transcendência da informação em relação à esfera individual (Brasil, 2021a, p. 161).

Seguindo esse raciocínio, o Min. Fachin entendeu que, no caso Aída Curi, o conjunto de eventos narrados no programa televisivo desbordava a esfera individual dos requerentes, pois (i) a informação veiculada faz parte de amplo acervo público de notícias de jornais, revistas e trabalhos acadêmicos; (ii) o programa televisivo se serviu, em larga medida, desses materiais essencialmente públicos, de modo que a expectativa de privacidade dos requerentes eram diminuídas; (iii) e o caso Aída Curi tem uma incontornável dimensão histórica, por retratar a época em que ocorreu, notadamente, a realidade da violência contra a mulher (Brasil, 2021a, p. 161-162). Também anotou que o emprego de elementos

cênicos, por si só, não indica excesso no exercício da liberdade de expressão e que o relato feito no programa não profanava o núcleo essencial dos direitos da personalidade dos requerentes (Brasil, 2021a, p. 162).

No tocante à tese de repercussão geral, o Min. Fachin propôs que fosse fixada nos seguintes termos:

> [...] têm a liberdade de expressão e o direito à informação precedência sobre o direito ao esquecimento, independentemente do transcurso do tempo, cedendo a essa primazia a pretensão de vítimas ou familiares, quando se verificar interesse transindividual, ou a natureza pública da informação, ou o alto grau de relevância histórica ou importância da memória, sendo aquele direito, nesses limites, compatível com a Constituição que alberga a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informacional (art. 5º, XII, CRFB/88)"(Brasil, 2021a, p. 163).

Votou, na sequência, a Min. Rosa Weber, que, em linhas gerais, aderiu à conceituação do Min. Toffoli relativamente ao direito ao esquecimento, apresentando-o nos seguintes termos:

> De um modo geral, nos debates em torno do assim chamado **direito ao esquecimento**, o que costuma estar em jogo é o direito de pessoas naturais terem informações sobre elas apagada após um certo período de tempo', tendo o direito ao esquecimento (*right to be forgotten*), como dado conformador essencial, a **passagem do tempo** enquanto elemento apto a diluir o interesse público ou social eventualmente justificador do amplo e público conhecimento sobre informações relativas à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem de alguém.
> A passagem do tempo, portanto, nessa perspectiva, surge como ponto nodal a qualificar e distinguir o direito ao esquecimento como dimensão específica dos direitos da personalidade. (Brasil, 2021a, p. 171). [grifos no original]

A Ministra identifica que a temática do direito ao esquecimento, no caso concreto, toca em questões que foram discutidas no bojo da ADI 4815, na qual o STF declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 do Código Civil, pois, a questão do direito ao esquecimento converge com a das biografias não autorizadas "na medida em que ambas lidam com a necessidade que têm as sociedades de **saber sobre o seu passado e o seu presente"** (Brasil, 2021a, p. 173) [grifos no original].

Pontuando que a necessidade de recontar narrativas, em especial, as narrativas trágicas, faz parte da própria noção de identidade das sociedades humanas, porque

> [...] essas histórias nos colocam em contato [...] com a tessitura da nossa identidade coletiva: a crença compartilhada em valores como a busca por justiça, a

> misericórdia, a indignação e a perplexidade em face da crueldade e da brutalidade (Brasil, 2021a, p. 174).

Vertendo sua análise para os estudos históricos e sociológicos, aponta que há uma inter-relação entre memória individual e coletiva, que, segundo aponta Maurice Halbwachs, se dá de modo que as lembranças, mesmo individuais, permanecem coletivas (Brasil, 2021a, p. 174). Logo, acrescenta que a preservação da memória coletiva é importante para a preservação da história, que, por sua vez, não se restringe ao estudo dos acontecimentos políticos, mas há décadas se interessa pelo estudo das mentalidades, da cultura, da psique, do imaginário social, das ideologias e da vida cotidiana. Preservando-se a memória e a história, escreve a Ministra, preserva-se a formação da própria identidade, individual e coletiva (Brasil, 2021a, p. 174 -175).

Por outro lado, a Min. Weber aponta que não só a construção da memória coletiva e da história, por meio da rememoração de fatos passados, importam. Voltando-se para o cenário atual, em que a vida humana *off line* se torna indiferenciada da vida humana *on line*, aponta para a necessidade de garantir o direito à privacidade, que define, citando Warren e Brandeis, como um direito a ser deixado em paz e, citando Alan Westing, como um direito ao controle sobre os usos da informação pessoal. Contudo, nega que o direito à privacidade se configure como um direito “a passar a vida sem ser contrariado, sem sentir desconforto social, sem ser incomodado” (Brasil, 2021a, p. 179). Aponta, como escopo da proteção do direito à privacidade, “os assuntos pessoais, em relação aos quais não se vislumbra interesse público legítimo na sua revelação, e que o indivíduo prefere manter privados” (Brasil, 2021a, p. 180). Nessa definição, estão fora do escopo do direito à privacidade as matérias de interesse público, o que, segundo afirma a Ministra, “não se trata [...] de afirmar uma suposta supremacia da liberdade de expressão sobre o direito à privacidade, e sim de delimitar os campos próprios a cada proteção” (Brasil, 2021a, p. 180).

Vertendo a análise para o caso concreto, a Ministra salienta que o art. 220, da Constituição Federal garante a liberdade de expressão independentemente da forma, processo ou veículo empregado, e, em se tratando da liberdade de imprensa, é “insuscetível de ser limitada sequer pela atuação do legislador” (Brasil, 2021a, p. 184). Citando também a conclusão alcançada pelo STF na ADPF nº 130, apontou que só pode ser restringida nos casos expressamente previstos na Constituição Federal, vedada a censura prévia (Brasil, 2021a, p. 190-191).

No caso concreto, concluiu que sujeitar a imprensa a obter autorização de familiares para utilização da imagem de pessoa falecida, envolvida em acontecimento de interesse histórico-jornalístico, feriria de morte o núcleo essencial da liberdade de expressão, não devendo, ademais, os tribunais, funcionarem como árbitros do “bom gosto” ou “mau gosto” jornalísticos (Brasil, 2021a, p. 193).

Ressalvando que o seu voto não se estende à questão do “direito à desindexação” e, a título de fechamento, consignou a Min. Rosa Weber que

> Se alguma forma de **direito ao esquecimento** pode ser deduzida dos marcos constitucional e legal vigentes, seu âmbito de proteção se estende tão somente a fatos insuscetíveis de gerar qualquer interesse público, do público ou social, atinentes tão somente à vida privada e cuja publicização gera prejuízos individuais sem nenhuma contrapartida ao interesse de outrem. Nessa medida, já encontram a devida disciplina normativa em diplomas como o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. (Brasil, 2021a, p. 200). [grifo no original]

Na sequência, votou a Min. Carmen Lúcia, que, concordando com o voto do Min. Dias Toffoli, não apenas quanto ao conceito de direito ao esquecimento proposto, mas também com sua conclusão, expressou discordar do reconhecimento de um direito de “alguém impor silêncio ou até segredo de fato ou ato que poderia ser interesse público” (Brasil, 2021a, pp. 209-210).

Referindo-se ao princípio da solidariedade entre gerações, a Ministra verbera que não pode uma geração negar à próxima saber a sua história, devendo-se permitir que fatos, mesmo graves e dolorosos, sejam repercutidos (Brasil, 2021a, p. 216). Nessa linha, aponta que “não se pode permitir que algo que tenha tido uma interpretação de acordo com o que prevalecia em determinado momento não possa ser mostrado, desde que devidamente contextualizado” (Brasil, 2021a, p. 2016).

Após o voto da Ministra Carmen Lúcia, votou o Ministro Gilmar Mendes, que principiou identificando as origens do direito ao esquecimento no julgamento do caso Lebach I (1973) e prosseguiu citando diversos casos julgados por tribunais de outros países, que englobam situações muito distintas. Por exemplo, citou ação proposta por pessoa absolvida do crime de homicídio de judeu escondido durante a segunda guerra mundial, contra jornal de circulação nacional em razão de publicação que sugeria que o citado havia cometido o crime (Decisão 15.549, do da Suprema Corte da Holanda). Referiu-se a decisão do Tribunal Constitucional da Áustria, de 2012, considerando constitucional norma que permite a permanência pelo prazo de até sessenta anos, de registro em banco de processos

criminais (Decisão G7/12-11). Relembrou também o caso González e a decisão de 2016 da Corte de Cassação da Bélgica, no sentido de que, no processo de transformação de arquivos físicos e digitais, deve ser feita a desidentificação da pessoa citada no arquivo (PH. Vs. O.G, C.15.0052.F), entre outros (Brasil, 2021a, p. 228-238).

De todos esses casos, em cotejo com o RGPD europeu, e no Brasil, com o art. 5º, incisos IX e X da Constituição Federal e arts. 11, 12, 16, 17, 18, 20 e 21 do Código Civil, art. 13 da Lei nº 13.869/2019 (Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade) e art. 3º-F da Lei nº 13.964/2020 (Pacote Anticrime), dispositivos que foram reproduzidos no voto sem maiores considerações a seu respeito, o Min. Gilmar Mendes extrai o direito ao esquecimento, tal como previsto no RGPD europeu, como correspondente ao direito ao apagamento. Em trecho do voto, consignou que

> O direito ao esquecimento (prefiro a nomenclatura 'direito ao apagamento de dados'), a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e do direito à reabilitação (assegurados nos arts. 41, VIII, e 202 da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – e art. 93 do Código Penal) e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade. (Brasil, 2021a, p. 246)

Como fundamento doutrinário, o Min. Gilmar Mendes refere aos enunciados nºs 531 e 576 aprovados, respectivamente, nas VI e VII Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho de Justiça Federal e aponta inexistirem respostas apriorísticas quando ocorre colisão entre direitos fundamentais. Aduz que no caso em análise há um conflito no qual estão, de um lado, o direito à intimidade, à vida privada e à imagem, e, de outro lado, o direito à livre manifestação do pensamento, a liberdade jornalística e de comunicação (Brasil, 2021a, p. 258).

Discorre que a discussão travada nos autos, a qual

> [...] envolve o 'direito ao apagamento de dados' (como corolário do art. 5º, X, da CF) não pode guardar correlação com a tentativa de apagar ou reescrever a própria história, mas trata-se da forma que esta é contada, qual seja: a finalidade e modo ou veículo utilizado para propagar a informação, com os reflexos éticos e jurídicos que circundam a divulgação de fatos que, por sua vez, remontam a circunstâncias do passado remoto ou distante que as pessoas preferem esquecer. (Brasil, 2021a, p. 262)

Nessa linha de raciocínio, argumenta que o direito ao esquecimento, que prefere chamar de direito ao apagamento de dados:

> [...] deve ser entendido como uma solução jurídica encontrada para não permitir que um fato ocorrido em determinado momento distante de sua vida (passado remoto ou longínquo), ainda que verídico, seja exposto indiscriminada e/ou vexatoriamente na atualidade, sob pena de indenização, direito de resposta ou outros mecanismos previstos no ordenamento jurídico (Brasil, 2021a, p. 264).

Discorre que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), ainda que tenha excluído de seu âmbito o tratamento de dados para fins jornalísticos, acadêmicos ou artísticos, não obsta o reconhecimento do direito ao esquecimento, pois, segundo argumentou o Min. Mendes

> [...] no suposto 'direito ao esquecimento', o objetivo principal são os fatos e a provável conotação pessoal negativa que envolvem a divulgação, a pesquisa ou a obra, as quais podem conter acidentalmente dados pessoais acessórios. Na LGPD, os dados pessoais são o objeto da proteção normativa pelo seu tratamento e divulgação; e os fatos pretéritos, que porventura o acompanhem direta ou indiretamente, são mera informação acessória. (Brasil, 2021a, p. 267).

Nessa linha de raciocínio, argumentou o Min. Gilmar Mendes que deve ser permitida a divulgação jornalística, artística e acadêmica de fato histórico distante no tempo, incluindo os dados pessoais, desde que presente interesse histórico, social e público atual, e desde que a informação fique desnaturada caso seja anonimizada, pois, caso seja possível a veiculação da informação de forma anonimizada, deve-se preferir esta solução (Brasil, 2021a, p. 284).

No caso concreto, o Ministro entendeu que a reportagem seria vexatória para a família de Aída Curi, por repetir várias vezes que "a suposta ingenuidade da vítima teria sido uma das circunstâncias que teriam colaborado para o desenrolar dos acontecimentos", ou seja, a reportagem estaria a indicar que uma das concausas do crime seria uma característica da própria vítima (Brasil, 2021a, p. 286).

Ademais, entendeu que era desinfluente, para contar o caso, a narrativa do histórico de vida de Aída Curi, e a exposição de fotos pessoais dela, de modo que entende ter havido abuso no direito de informar, motivo pelo qual o Min. Gilmar Mendes acompanhou na conclusão o Min. Nunes Marques, quanto à solução do caso Aída Curi, e, com relação à tese de repercussão geral, propôs a seguinte:

> 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 em que se desnature a essência da informação. (Brasil, 2021a, p. 290).

Votou, na sequência, o Min. Marco Aurélio, ventilando sinteticamente que o pleito dos recorrentes é indenizatório, e pressupõe a ocorrência de ato ilícito, o que, segundo o votante, não ocorreu no caso concreto, porque apenas houve a retratação de fato ocorrido, dentro do direito de informar (Brasil, 2021a, p. 291).

Em último, votou o Min. Luiz Fux, Presidente, que defendeu a existência do direito ao esquecimento, compreendendo-o como "uma decorrência lógica da tutela da dignidade da pessoa humana", devendo-se avaliar caso a caso a sua aplicabilidade (Brasil, 2021a, p. 295). Citando Sarlet e Ferreira Neto (2019), disse que

> [...] o direito ao esquecimento pode ser compreendido como 'pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos da personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas, de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado' (SARLET, Ingo Wolfgant; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao 'esquecimento' na sociedade da informação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019). (BRASIL, 2021, p. 301)

Posteriormente, apresentou uma outra noção de direito ao esquecimento, como 'uma manifestação específica do direito à proteção de dados pessoais, em casos que não envolvam o interesse público' (Brasil, 2021, p. 302), e referiu ao instituto como sendo conexo com a busca da felicidade e a reconstrução da identidade, "a partir da superação de uma memória traumática relegada a um passado distante" (Brasil, 2021a, p. 302).

A propósito da identificação da incidência do direito ao esquecimento no caso concreto, subscreveu a lição de Anderson Schreiber, no sentido de que somente é possível a solução de colisões entre liberdade de informação e o direito ao esquecimento pela aplicação da técnica da ponderação, considerando alguns critérios, a saber

> (a) critério da repercussão histórica do fato; (b) critério abalo à identidade pessoal dos envolvidos; (c) critério da detalhada identificação dos envolvidos; (d) critério da ausência de fama prévia dos envolvidos; (e) critério da impunidade dos responsáveis; (f) a contemporaneidade da notícia, (g) a vedação à crítica com o intuito difamatório, (h) a indissociabilidade da vítima com o fato narrado, (i) a importância do fato para a história, (j) o interesse público na divulgação da notícia; e (l) a forma como o fato foi narrado, em especial se houve retratação de aspectos

> sensíveis, reprodução de cenas mórbidas ou de atos de violência sexual. (Brasil, 2021a, p. 306)

Em outro momento, consignou que o direito ao esquecimento “impõe que se reavalie se a divulgação de um fato pretérito se mantém relevante socialmente ou se o decurso do prazo desborda do interesse público que então lhe emprestava fundamento” (Brasil, 2021a, p. 314). Volvendo para o caso concreto, entretanto, não identificou a incidência do direito ao esquecimento, motivo pelo qual votou pelo desprovimento do recurso, para tanto destacando a notoriedade do caso Aída Curi, que rendeu inúmeros livros destinados à instrução acadêmica (Brasil, 2021a, p. 294).

Ao cabo, foi submetida a votação a tese de repercussão geral, a qual foi aprovada pela maioria do STF na forma como apresentada pelo relator, Ministro Dias Toffoli. Registre-se, contudo, que no debate a respeito da aprovação da tese, os Ministros se posicionaram de maneira distinta: para o Ministro Edson Fachin, a tese não poderia ser aprovada, porque o voto do relator não negava a existência do direito ao esquecimento e porque, nos votos apresentados pelos ministros, foram apresentadas uma miríade de posições, fato que não permitiria a edição de uma tese (Brasil, 2021, p. 316); para o Ministro Alexandre de Morais, a maioria dos votos afastou a existência do direito ao esquecimento, porém, houve diversos posicionamentos sobre a possibilidade de exceções, de modo que seria o caso de afastar a repercussão geral e julgar o caso específico (Brasil, 2021a, p. 319); para os Ministros Toffoli, Carmen Lúcia e Rosa Weber, a tese é satisfatória, porque além de contemplar o ponto comum à maioria dos votos, no sentido de que não há o direito ao esquecimento no sentido consignado no voto do relator, prevê as exceções relativas à proteção da honra, da imagem e da privacidade (Brasil, 2021a, p. 320; 323); contrariamente, para o Ministro Marco Aurélio, somente deveria ser aprovada a primeira parte da tese, segundo a qual o direito ao esquecimento não se harmoniza com a ordem jurídica, não se subscrevendo as exceções, pois a previsão das exceções significa que a tese não pacificará a matéria (Brasil, 2021a, p. 325); os Ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux sufragaram a tese apresentada pelo relator, pois, apesar de suas reservas pessoais quanto à matéria, está de acordo com o que decidiu a maioria dos membros do STF (Brasil, 2021a, p. 324; 327). Concluído o julgamento, foi lavrado o acórdão, contendo a decisão no sentido de desprover o recurso interposto pelos familiares de Aída Curi, e a tese de repercussão geral, vazada nos seguintes termos:

> É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. (Brasil, 2021a)

Desse julgamento, se faz deveras importante destacar os seguintes pontos. Primeiramente, o STF seguiu o entendimento do Relator, Min. Dias Toffoli, de identificar o direito ao esquecimento como consistindo em um conceito único, que pode ser invocado tanto em casos relativos às mídias tradicionais como em casos relativos à internet. Em segundo lugar, o direito ao esquecimento foi conceituado como “a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante”. Outros conceitos concorrentes do direito ao esquecimento, como aquele apresentado pelo Min. Edson Fachin, que o via como um “conceito guarda-chuva”, foram afastados pela maioria dos Ministros. Em terceiro lugar, a segunda parte da tese, que refere a excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão, bem como aos direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral, deve ser interpretada em consonância com a primeira parte da tese. Isto é, não se pode considerar infringência ao direito à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral, ou mesmo abuso de direito, a alegação de que uma informação antiga, veiculada licitamente, só pelo fato de ser antiga, tenha se tornado ilícita ou destituída de interesse público relevante.

Nesse último ponto, verifica-se que os Ministros em maioria resolveram manter a segunda parte da tese, com a preocupação de deixarem claro que o julgamento do tema não significa deixar descoberta a proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade, pois os casos de infringência de desses direitos resultarão na responsabilização civil e criminal do infrator, conforme o caso. No entanto, como ressaltou o Min. Marco Aurélio, na votação especificamente da tese de repercussão geral a ser adotada, essa segunda parte da tese pode ensejar incompreensão, podendo levar ao errôneo entendimento de que, a depender do caso concreto, o direito ao esquecimento, conforme delineado no voto do relator, pode ser invocado nos casos em que os direitos à honra, imagem, privacidade e os demais direitos da privacidade forem lesados.

Não é essa, no entanto, a melhor compreensão. O que o STF efetivamente decidiu é que o direito ao esquecimento, entendido como “a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante” não é invocável em nenhum caso nos quais se ventile infringência aos direitos à honra, imagem, privacidade e aos demais direitos da personalidade. Somente as situações de infringência desses direitos que não sejam configuradas nesses termos é que serão classificadas como ilícitas, merecendo a intervenção do judiciário.

A predição do Min. Marco Aurélio, no sentido de que a forma como a tese de repercussão geral foi escrita, isto é, incluídas as exceções, não seria apta a pacificar o tema, se confirmou com muita rapidez. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, em juízo de retratação, passou a rever alguns dos casos já citados anteriormente, sendo que, em alguns deles, afastou a aplicação da tese de repercussão geral, justamente aplicando uma compreensão equivocada dos pontos firmados no julgamento do tema nº 786, como se verá adiante.

5.3
O direito ao esquecimento no STJ após o julgamento do caso Aída Curi e do tema de repercussão geral nº 786

5.3.1
Reanálise do caso “Chacina da Candelária” em juízo de retratação

O REsp nº 1.334.097/RJ, conhecido como “Caso Chacina da Candelária”, foi solucionado pelo STJ no sentido de reconhecer o direito ao esquecimento de pessoa que, acusada de crime, posteriormente foi inocentada. Os detalhes do caso já foram citados alhures, sendo prescindível sua retomada.

Em reanálise do caso, em sede de juízo de retratação (art. 1.040, II, do CPC), o STJ decidiu pela compatibilidade do julgamento anterior com a tese firmada em repercussão pelo STF, e manteve, por maioria, a solução dada ao conflito entre Jurandir e a TV Globo. Considerou a Corte que a tese firmada no tema de repercussão geral nº 786 dizia respeito a situação distinta da dos autos, bem como considerou que a parte final da tese firmada permite a conclusão de que, nos casos de abuso do direito de informar, deve-se dar prevalência aos direitos da personalidade (Brasil, 2021b).

Ponto relevante a ser considerado é que o Ministro Relator, Luis Salomão, entendeu que o STF, ao apreciar o caso Aída Curi em sede de repercussão geral, teria adotado um conceito de direito ao esquecimento em desconformidade com o conceito doutrinário. Contudo, é mister salientar que o Min. Salomão não apontou a qual conceito doutrinário estaria se referindo como sendo o correto (Brasil, 2021b, p. 25). Por outro lado, de maneira contraditória, o Ministro Salomão destacou que, no julgamento anterior (ora mantido), a Turma Julgadora, ao delimitar a questão controvertida, não se prendeu a denominações e institutos, mas, de maneira que entende acertada, se preocupou com a questão jurídica a ser considerada (Brasil, 2021b, p. 26).

A fundamentação causa perplexidade, por ser intrinsecamente contraditória, pois, tanto no julgamento anterior do caso Chacina da Candelária, quanto no próprio voto em sede de juízo de retratação, o Min. Salomão apresenta um conceito de direito ao esquecimento, como sendo "o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, principalmente por se tratar de acusação da qual, posteriormente, fora inocentado" (Brasil, 2021b, p. 15). Ainda, o relator apontou que a controvérsia estaria ligada à situação de ausência de contemporaneidade dos fatos noticiados (Brasil, 2021b, p. 15), de modo que, claramente, o direito ao esquecimento discutido nos autos em exame é "o mesmo" direito ao esquecimento conceituado pelo Min. Toffoli, e sobre o qual versou a tese de repercussão geral.

Nessa linha de raciocínio, ao interpretar a segunda parte da tese de repercussão geral como se fosse absolutamente independente da primeira parte da tese, não há dúvidas de que o STJ negou a aplicação da tese de repercussão geral ao caso "Chacina da Candelária". Exatamente como anteviu o Ministro Marco Aurélio, a segunda parte da tese firmada no julgamento do tema nº 786, deixou espaço para tais aplicações equivocadas.

É relevante constar, porém, que, nesse segundo julgamento do caso "Chacina da Candelária", houve divergência apresentada pelo Ministro Raul Araújo, no sentido de que a anterior solução dada ao caso conflita de modo frontal com a tese de repercussão geral firmada pelo STJ. Na dissidência apresentada, o Ministro relembrou que o STJ, ao julgar o caso Jurandir vs. TV Globo, aplicou o direito ao esquecimento nos moldes em que declarado inconstitucional pelo STF. Ressaltou, inclusive, ponto específico da tramitação dos autos na primeira instância, ocasião em que o juízo de primeiro grau determinou a intimação do autor para dizer se o programa imputou informação falsa e injuriosa ao autor, ou para

esclarecer se a *causa petendi* consistia apenas na veiculação dos fatos ocorridos. Na ocasião, o autor manifestou que a causa de pedir se fundamentava na veiculação dos fatos sem a sua autorização. Relembrou que esse foi o ponto nodal que levou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em segundo grau de jurisdição, a reconhecer o direito ao esquecimento. Assim, concluiu que, diferentemente do que aventou o relator, a causa de pedir não dizia respeito a hipótese de excesso ou abuso no direito de informar ou no exercício de liberdade de expressão e informação, mesmo porque as instâncias ordinárias teriam reconhecido não haver abuso de direito, pois a recorrente não faltou com a verdade ao narrar os fatos, nem reportou ao ocorrido de forma desrespeitosa, mas apenas veiculou os fatos sem autorização do autor. Votou por dar provimento ao recurso especial, em juízo de retratação, para julgar improcedente o pedido inicial (Brasil, 2021v).

O recurso extraordinário foi admitido no dia 17 de março de 2022, e remetido ao STF, sendo identificado como RE nº 1.379.821, o qual foi distribuído ao Min. André Mendonça, encontrando-se pendente de julgamento.

5.3.2

REsp nº 1.961.581/MS. Desindexação de notícia sobre prática de crime do qual o autor foi absolvido

O recurso especial nº 1.961.581/MS foi interposto pela Editora Globo S/A (doravante Globo) contra acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que, acolhendo pedido do autor Rodrigo Marques Miranda, formulado em ação de obrigação de fazer, determinou que a Globo removesse as URLS indicadas pelo autor e se abstivesse de repercutir novamente as matérias nelas tratadas. A Globo alegou, no recurso, que agiu no exercício regular de seu direito de informar, o qual prevalece sobre os direitos à privacidade e à honra, pois "apenas informou a prisão do recorrido e não a existência de condenação" (Brasil, 2021c, p. 5). Os Ministros integrantes da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 7 de dezembro de 2021, deram provimento ao recurso, por unanimidade, seguindo o voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi.

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi inicialmente considerou que na notícia veiculada pela Globo inexistia qualquer abuso do direito de informar. No caso dos autos, registrou que a notícia, veiculada em 2009, informava a prisão do recorrido por supostamente ter se passado por policial para adentrar uma festa particular e ter sido preso por dirigir embriagado e usar documento falso. Aduziu, também, que o recorrido foi condenado em primeiro grau de jurisdição, mas a

sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça, de modo que foi absolvido. Considerou a relatora que a notícia era de interesse público e os deveres de veracidade, pertinência e o dever geral de cuidado foram observados (Brasil, 2021c, p. 9-13).

Em seguida, considerou se seria o caso de aplicar o direito ao esquecimento. Nesse ponto, aplicando a tese firmada na análise do tema de repercussão geral nº 786, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu que o direito ao esquecimento não se aplica ao caso, porque a informação era veraz à época da sua divulgação, e afastou a condenação da Globo na obrigação de excluir as URLS indicadas pelo autor (Brasil, 2021c, p. 17).

5.3.3
REsp n. 1.774.425/RJ. Google vs. Valdomiro Minoru Dondo

O recurso especial n. 1.774.425/RJ foi interposto pela Google Brasil contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, acolhendo pedidos formulados em ação de obrigação de fazer ajuizada por Valdomiro Minoru Dondo, determinou ao Google a remoção de endereços eletrônicos indicados pelo autor na inicial, que tratavam de notícias veiculadas em 2011, com conteúdo apontado como ofensivo, pois sugeriam que o autor se encontrava envolvido em negócios escusos na Angola. O TJRJ reconheceu explicitamente o "direito ao esquecimento", definindo-o como

> [...] a prerrogativa que o indivíduo possui de não permitir a exposição de um fato pretérito ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos, haja vista que a internet tem o poder de eternizar as notícias e informações sobre determinadas pessoas. (Brasil, 2021d, p. 3).

Em decisão monocrática proferida em 30 de setembro de 2021, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator, deu provimento ao recurso, restabelecendo a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, que havia negado o reconhecimento do direito ao esquecimento, pontuando (i) que o direito ao esquecimento virtual não pode englobar qualquer menção a alguém, sob pena de inviabilizar o exercício da atividade da imprensa; (ii) que a notícia informa situações que exorbitam a privacidade do autor, pois menciona uma série de ações junto a agentes públicos e (iii) que o autor é pessoa pública e notória na sociedade brasileira, e mais suscetível a exposição de sua vida pessoal e profissional. Em sua decisão, o relator aplicou a decisão proferida pelo STF na

análise do tema de repercussão geral n. 786, pontuando que, no caso, o autor não afirmava ser a notícia falsa, mas apenas que afetava seus direitos à honra e à privacidade. Destaque-se a menção feita ao REsp n. 1.660.168/RJ, no sentido de ter sido superado pelo julgamento do tema de repercussão geral n. 786, pelo STF. Calha mencionar que, em 15 de março de 2022, foi julgado agravo interno interposto contra a decisão monocrática, a qual foi mantida.

5.3.4

O rejulgamento do REsp nº 1.660.168/RJ, em sede de juízo de retratação

Relembre-se que o REsp nº 1.660.168/RJ foi interposto por Yahoo! do Brasil e Google Brasil contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, acolhendo a pretensão de Denise Pieri Nunes, promotora de justiça, determinou a desindexação do nome da requerente de notícias relativas ao seu suposto envolvimento em fraude em concurso da magistratura que, após, se comprovou não ter ocorrido. Rememore-se, ainda, que, no primeiro julgamento, ocorrido em 2018, houve a superação da jurisprudência do STJ, que até então era no sentido de que não se poderia responsabilizar os motores de buscas pelo conteúdo dos resultados de pesquisa encontrados na rede. Venceu o voto apresentado na ocasião pelo Desembargador Marco Aurélio Bellizze, acompanhado pelos Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino, vencida a relatora Nancy Andrighi e o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, os quais não verificaram qualquer especificidade no caso que levasse à superação do entendimento até então pacificado no STJ.

Após o primeiro recurso, e a interposição sucessiva de embargos declaratórios, embargos de divergência e agravo interno, houve a interposição de recurso extraordinário. Em análise da admissibilidade do recurso, o Vice-Presidente do STJ, Min. Jorge Mussi, determinou o encaminhamento dos autos à Turma Julgadora, nos termos do art. 1.040, II, do CPC, para eventual juízo de retratação, tendo em vista o julgamento então recente do tema nº 786 pelo STF.

No dia 21 de junho de 2022, decidiu a Terceira Turma do STJ por manter o resultado do julgamento, sob fundamento de que não houve afronta ao entendimento firmado no tema de repercussão geral 786, pois, segundo voto do Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze,

> não foi determinada a exclusão de notícias desabonadoras envolvendo a autora nos bancos de dados pertencentes às rés [...] havendo tão somente a determinação da desvinculação do nome da autora, sem qualquer outro termo, com a matéria referente à suposta fraude no concurso público da Magistratura do Rio de Janeiro (desindexação). O conteúdo, portanto, foi preservado. (Brasil, 2022b).

Considerou o relator, Min. Marco Auréliio Bellizze, que há distinção com a situação analisada no RE n. 1.010.606/RJ, pois, no voto do relator do recurso extremo, constou expressamente que o julgado não dizia respeito à responsabilidade dos motores de busca quanto a matérias indexadas na web.

A Ministra Nancy Andrighi apresentou voto em sentido contrário, notando que, no recurso extraordinário n. 1.010.606/RJ, a matéria controvertida foi descrita da seguinte maneira: “se existe ou não direito ao esquecimento, independentemente da plataforma midiática a que se refira”. Quanto ao tema da desindexação, apontou que, em conformidade com a decisão do STF, poderia ser vislumbrado em outros casos, porém, “não pode sê-lo com fundamento no direito ao esquecimento, à medida em que tal direito não existe em nosso sistema jurídico” (Brasil, 2022b, p. 21-22).

A Ministra Andrighi votou, portanto, para reformar o acórdão anteriormente proferido, exercendo a Corte o juízo de retratação, no que foi acompanhada pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Ambos, porém, restaram vencidos. O acórdão transitou em julgado, pois as partes entabularam acordo para dar fim ao processo, o qual foi homologado.

O julgado causa perplexidade, tendo em vista que, nos casos citados anteriormente (REsp nº 1.961.581/MS e REsp n. 1.774.425/RJ, ambos julgados em dezembro de 2021), em situações idênticas ao do caso em comento, a solução adotada foi diversa, tendo sido aplicada a tese firmada no tema de repercussão geral nº 786.

A identidade das situações é visível quando se considera que, no REsp nº 1.961.581/MS, o autor é advogado, possuindo, em razão de sua profissão, certa projeção na esfera pública, além de ter sido investigado por crime, que repercutiu na imprensa; e, no REsp n. 1.774.425/RJ, o autor, Valdomiro Dondo, é empresário, de modo que também em razão de sua profissão tem certa projeção na esfera pública, sendo que em ambos os casos pode-se pensar em um interesse público de saber como tais pessoas se comportam na sociedade. Este também é o caso dos autos ora em análise, pois Denise Pieri Nunes, por se candidatar a cargo público (de Magistrada) e por ocupar cargo público (Promotora de Justiça), tem, em razão de sua profissão, certa projeção na esfera pública, havendo interesse público de saber sobre sua conduta.

Em razão disso, causa realmente perplexidade que a solução dada aos casos tenha sido diversa quando se encontrava no polo ativo da demanda pessoa integrante do Ministério Público, notadamente tendo em vista que todos os três casos foram julgados pela mesma Turma Julgadora, qual seja, a Terceira Turma, que é composta pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrighi, sendo que em todos os casos esses cinco ministros participaram do julgamento. Nessa linha de raciocínio, concordando-se com o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi e do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, não se vislumbra a peculiaridade do caso da Promotora de Justiça Denise Pieri Nunes que tenha levado os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Moura Ribeiro e Marco Aurélio Bellizze a dar-lhe solução distinta dos anteriores.

Entende-se que o julgamento em tela foi equivocado, pois claramente a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça deixou de aplicar a tese firmada no tema nº 786, tendo em vista que a ementa do julgado consigna que o direito ao esquecimento, como delineado no voto do Min. Dias Toffoli, é um conceito que abarca tanto as pretensões ventiladas contra as mídias tradicionais, como as pretensões de retirada ou desindexação de conteúdo na internet. Acredita-se que o voto da Ministra Nancy Andrighi, acompanhada pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, é o que está de fato em acordo com o que restou decidido pelo STF na análise do tema de repercussão geral nº 786. Infelizmente, tal caso foi resolvido, ao final, com a entabulação de acordo entre as partes, de modo que acabou por não ser alçado, em recurso extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal, que teria a oportunidade de se manifestar quanto à existência, ou não, de alguma peculiaridade que justificaria solução distinta para o caso.

Desse modo, confirmou-se a predição feita pelo Ministro Marco Aurélio, naquele julgamento, no sentido de que a previsão de exceções na tese de repercussão geral firmada daria ensejo a inúmeras dúvidas quanto ao que efetivamente restou decidido, não cumprindo a sua finalidade de pacificar a controvérsia.

Na sequência, será abordado um novo capítulo no que diz respeito à temática do direito ao esquecimento, que se trata da apreciação do Recurso Extraordinário interposto pelo Diário de Pernambuco em face do acórdão proferido pelo STJ no REsp nº 1.369.571-PE, acima analisado (caso “Zarattini Filho”)[43].

[43] Vide tópico 4.1.4.

5.4
O direito ao esquecimento após o julgamento do caso “Zarattini Filho” e do tema de repercussão geral nº 995

Relembre-se que, no REsp nº 1.369.571-PE, interposto por Ricardo Zarattini Filho contra acórdão do TJPE, em ação na qual litiga contra o Diário de Pernambuco S/A, o STJ, reformando o acórdão, condenou o órgão de imprensa ao pagamento de indenização por danos morais, apresentando, para tanto, dois fundamentos: o primeiro, de que a imprensa, ao não oportunizar o contraditório, praticou ato ilícito a ensejar a reparação de danos; e o segundo, de que Zarattini Filho foi alcançado pela Lei de Anistia, diploma validado pelo STF no julgamento da ADPF nº 153, e, por tal razão, os fatos por ele praticados ou não, durante o regime de exceção, não poderiam ser relembrados.

Contra o acórdão do STJ, o Diário de Pernambuco interpôs o Recurso Extraordinário (RE) nº 1.075.412/SP, no qual, em 2018, fora reconhecida a repercussão geral da matéria atinente “à possibilidade ou não de responsabilizar civilmente veículo de comunicação ante publicação de entrevista de terceiro” (tema 995 de repercussão geral) (Brasil, 2018c).

O mérito desse recurso foi julgado em 29 de novembro de 2023, ocasião em que o Relator originário, Min. Marco Aurélio, votou pelo provimento do recurso interposto pelo Diário de Pernambuco, sob fundamento de que não “houve comprovação de conhecimento de falsa informação propalada pelo jornal ou intuito de injuriar” (Brasil, 2023, p. 4). Consignou que o jornal não emitiu opinião sobre os fatos, nem tampouco a atribuição delitiva foi a principal matéria da entrevista, sequer compôs o título da reportagem. Propôs a seguinte tese: “Empresa jornalística não responde civilmente quando, sem emitir opinião, veicule entrevista na qual atribuído, pelo entrevistado, ato ilícito a determinada pessoa” (Brasil, 2023, p. 7).

Houve divergência inaugurada pelo Min. Edson Fachin, que fundamentou seu voto no sentido de que houve lesão à honra de Zarattini, pois “a entrevista publicada não examinou o potencial lesivo da informação divulgada, nem tampouco empregou os mecanismos razoáveis de aferição da veracidade das informações” (Brasil, 2023, p. 8). Defendeu que o correto exercício da liberdade jornalística deve obedecer a três requisitos, “a veracidade da notícia, a relevância social e a moderação expressiva” (Brasil, 2023, p. 8).

Chama a atenção o voto do Min. Fachin no ponto em que afirma que o caso de Zarattini resulta na compatibilização do direito à verdade com o direito ao esquecimento. Isto é, para o Min. Fachin, Zarattini teria o direito de fazer prevalecer a sua verdade acerca dos fatos em que esteve envolvido, sob justificativa de que, por ser um dissidente político do regime, sua capacidade de produzir prova da sua inocência é reduzida, e que "os meios disponíveis ao cidadão para eventual debate, no seio da esfera pública, sobre autoria de crimes supostamente praticados contra o regime [militar] são escassos" (Brasil, 2023, p. 10). Nesse sentido, assinalou que:

> Essa é uma situação *sui generis* na qual os princípios irradiadores do direito à verdade se compatibilizam com o direito ao esquecimento. Este último, definido por Antonio Carlos Morato e Maria Cristina De Cicco como *'o direito de uma pessa a não ver publicadas notícias, já legitimamente veiculadas, concernentes a vicissitudes que lhe dizem respeito, quando entre o fato e a republicação tenha transcorrido um longo tempo'* (MORATO, Antonio Carlos; DE CICCO, Maria Cristina. Direito ao esquecimento: luzes e sombras. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (org.). **Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 92). [grifos no original] (STF, 2023, p. 10-11).

O excerto é importante, pois o Min. Fachin conscientemente ignora a tese firmada anteriormente pelo STF no julgamento do tema de repercussão geral nº 786, segundo o qual inexiste o direito ao esquecimento no sentido apontado.

Prosseguindo no julgamento, votou o Min. Alexandre de Moraes, o qual, em seu voto esclarece que o direito ao esquecimento foi invocado pelo próprio Zarattini, com fundamento na Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79)[44]. Consta o esclarecimento também de que um dos fundamentos sustentados pelo Diário de Pernambuco é o de que "a entrevista referia-se a fatos de relevante interesse histórico, e a circunstância de terem sido anistiados pelo Estado brasileiro não implica óbice à sua divulgação pela imprensa, ou a violação ao direito ao esquecimento" (Brasil, 2023, p. 8). Trocando em miúdos, além da discussão acerca da responsabilidade civil da imprensa pelos fatos narrados pelo entrevistado, também se discutiu, ainda que de forma marginal, se a Lei de Anistia é uma lei de esquecimento ou uma lei de memória. Diz-se que esse assunto foi debatido de forma marginal, pois não consta no tema de repercussão geral qualquer referência à Lei de Anistia.

---

[44] Conforme consta no voto do Min. Alexandre de Morais: "Noticiou [Zarattini] que, em razão de sua militância política em oposição ao regime instaurado no Brasil em 1964, foi processado por crimes dessa natureza, sendo condenado a pena de 3 anos de reclusão. Contudo, com a promulgação da lei de anistia (Lei 6.683/1979) teve sua pena extinta" (p. 30).

O Min. Alexandre de Moraes votou pela manutenção do acórdão do STJ, sob fundamento de que, embora o evento se revista de interesse histórico, era imprescindível que o jornal tomasse as devidas cautelas para evitar macular os direitos de personalidade de Zarattini, contextualizando a entrevista ao mencionar as outras versões já divulgadas sobre o episódio, ou mesmo colher a versão daquele que estava acusado na entrevista em foco (Brasil, 2023, p. 20). Ainda afirmou que o caso já se encontrava coberto pelo manto da anistia, sem, porém, tecer maiores considerações sobre a matéria(Brasil, 2023, p. 21). O Min. Gilmar Mendes seguiu o voto do Min. Alexandre de Moraes. Chama a atenção o fato de o Min. Gilmar Mendes, assim como o Min. Fachin, fazer referência ao direito ao esquecimento, em que pese à tese fixada pelo STF que nega a existência de tal direito.

Votou, na sequência, o Ministro Barroso, destacando, a princípio, a posição preferencial das liberdades de expressão, informação e imprensa. Afirmou, nesse sentido, que no conflito potencial entre a liberdade de expressão e a honra, no caso de divulgação, pela imprensa, de fatos criminosos ou procedimentos criminais, não se deve exigir a comprovação da veracidade da imputação, mas apenas a diligência razoável para apuração dos fatos; assim, ainda que o acusado seja absolvido ou se verifique a inveracidade da informação, não se deve responsabilizar civilmente o veículo de comunicação, salvo quando comprovado o dolo efetivo ou culpa grave na apuração e divulgação do fato (Brasil, 2023, p. 14).

Afirmou o Min. Barroso que se deve adotar, portanto, o *standard* da *actual malice*, ou seja, o conhecimento da falsidade da notícia (*knowledge of falsity*) ou a manifesta negligência na apuração de sua falsidade ou veracidade *(reckless disregard*). Sustentou que não se pode estabelecer um sistema de irresponsabilidade pela imprensa por toda e qualquer manifestação dos entrevistados; contudo, o regime de responsabilidade civil deve variar de acordo com o grau de controle exercido pelo órgão de comunicação sobre o conteúdo da entrevista.

Defendeu que, para não gerar um *chilling effect*, “a responsabilização pela falsidade na imputação de ato ilícito a terceiro em entrevista, como regra geral, deve recair sobre seu emissor, e não sobre o veículo de imprensa” (Brasil, 2023, p. 17). No entanto, essa regra pode ser excepcionada quando o ofendido conseguir demonstrar que “(i) à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade; e (ii) o veículo deixou de observar o dever de diligência na apuração da veracidade dos fatos ou na divulgação, ética, transparente e de boa-fé, de

ressalva relativa à existência de fundada dúvida quanto à autenticidade dos fatos criminosos impugnados pelo entrevistado. Tal ressalva pode se dar, por exemplo, por meio de: (i) observação, na própria publicação da entrevista, de que há elementos que contradizem a imputação, de que sua veracidade não pode ser verificada ou está pendente de definição; (ii) concessão do direito de resposta ou outra forma de contraditório ou direito de retificação; ou, ainda, (iii) publicação de matéria com outra versão ou com esclarecimentos, ainda que posteriormente" (Brasil, 2023, p. 17).

Em sua linha de raciocínio, para a responsabilização da imprensa, não basta somente a ausência de concessão de prévio contraditório ou direito de resposta, pois "representaria um ônus desproporcional e provocaria um indesejado efeito resfriador do discurso" (Brasil, 2023, p. 18). Outro ponto de seu voto é que a reparação deve ocorrer preferencialmente a partir da concessão de direito de resposta, e apenas excepcionalmente por meio de indenização (Brasil, 2023, p. 18). No caso de Zarattini, especificamente, votou por manter o acórdão do STJ, pois, à época da publicação, havia um conjunto robusto de indícios de que ele não participou do crime, além disso, não lhe foi concedido direito de resposta, nem realizada qualquer ressalva.

O acórdão foi redigido pelo Min. Edson Fachin, mas a tese de repercussão geral fixada resultou de uma conjugação dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, ficando redigida nos seguintes termos:

> 1. A plena proteção constitucional à liberdade de imprensa é consagrada pelo binômio liberdade com responsabilidade, vedada qualquer espécie de censura prévia. Admite-se a possibilidade posterior de análise e responsabilização, inclusive com remoção de conteúdo, por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais. Isso porque os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. 2. Na hipótese de publicação de entrevista em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada se: (i) à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; e (ii) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios.

Constata-se que dos debates entre os Ministros foi acrescentado, no apagar das luzes, a expressão "inclusive com remoção de conteúdo" (item 1), sobre a qual os Ministros não debateram com afinco. Outro ponto relevante é que o item 2 resultou escrito de forma bem mais resumida que a proposta apresentada pelo Min. Barroso e que refletia seu entendimento a respeito da doutrina da *actual malice*. Em outras palavras, não se sabe se a tese de repercussão geral firmada

pelo STF realmente adota essa teoria, ou não, uma vez que a expressão “deixou de observar o dever de cuidado” não reflete a teoria da *actual malice* e se distancia do voto apresentado pelo Min. Barroso.

Não por outra razão, foram interpostos embargos declaratórios, pendentes de julgamento, no qual a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo - ABRAJI pleiteia esclarecimentos acerca da tese firmada, além da aplicação de efeitos infringentes ao julgado, para especificar melhor quais situações estão retratadas nas expressões “dever de cuidado”, “indícios concretos da falsidade da imputação”, além de apontar omissão no tocante à consideração das entrevistas realizadas e transmitidas ao vivo. A embargante requer que o STF decida de modo expresso pela aplicabilidade do critério da *actual malice*. Até o momento da redação desta tese, os embargos declaratórios não foram julgados[45].

Contudo, após o julgamento do caso ora em análise, o STF, no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 7055 e 6792, acabou por adotar, por maioria, seguindo o voto do Min. Roberto Barroso, os parâmetros da *actual malice* quando estiver em análise a responsabilidade civil da imprensa[46], de modo que, acredita-se, os embargos declaratórios interpostos no caso Zarattini Filho (acima analisado) serão providos, a fim de que o entendimento da Corte Suprema seja uníssono quanto ao assunto.

Para encerrar a análise jurisprudencial acerca do tema, cabe trazer a lume a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) acerca de questões que tangenciam a problemática do direito ao esquecimento.

5.5 O posicionamento da CIDH e da Corte IDH a propósito do direito ao esquecimento

[45] 30 de abril de 2024.

[46] Referidas ADIs foram ajuizadas por associações de jornalistas, requerendo a interpretação conforme à Constituição, de dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil, visando coibir o assédio judicial contra a imprensa, o qual é caracterizado pelo ajuizamento de diversos processos sobre os mesmos fatos e contra a mesma pessoa, em diferentes cidades e Estados, com o objetivo de dificultar sua defesa ou intimidá-la, o que vem ocorrendo contra jornalistas que publicam notícias sobre pessoas públicas e assuntos de interesse público. O acórdão ainda não foi publicado, mas consta da ata de julgamento que o STF, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na exordial para (i) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 53, do CPC, determinando que, configurado o assédio judicial, sejam as demandas reunidas para julgamento conjunto no foro do domicílio do réu; e (ii) dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 186 e 927 do Código Civil, para estabelecer que a responsabilidade civil do jornalista, no caso de divulgação de notícias que envolvam pessoa pública ou assunto de interesse social, dependem de o jornalista ter agido com dolo ou com culpa grave, afastando-se a possibilidade de responsabilização na hipótese de meros juízos de valor, opiniões ou críticas ou divulgação de informações verdadeiras sobre assuntos de interesse público (Brasil, 2024)

Os sistemas internacionais de direitos humanos podem ser acionados quando o Estado falha na proteção desses direitos. Atualmente, além do Sistema Global ou Onusiano de Direitos Humanos, há três sistemas regionais – o Europeu, o Interamericano e o Africano (Simini, 2023, p. 78). Para fins desta pesquisa, somente será abordado o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), do qual o Brasil é parte, por ser membro da Organização dos Estados Americanos (OEA)[47]. Esse sistema é composto por diversos órgãos e procedimentos, os quais se encontram previstos na Carta da Organização dos Estados Americanos, de 1948, na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. Serão abordados os entendimentos de dois dos principais órgãos do SIDH, a CIDH e a Corte IDH.

A CIDH tem como principal escopo a promoção da observância e da defesa dos direitos humanos, podendo, para tanto, dentre outras medidas, formular recomendações aos governos dos Estados-membros, a fim de que adotem medidas em prol dos direitos humanos em suas leis e constituições, preparar estudos ou relatórios que julgar convenientes para o exercício de suas funções, e atender a consultas que os Estados-membros formularem sobre questões relacionadas com direitos humanos (artigo 41 da Convenção Americana sobre direitos humanos – OEA, 1969). Ainda, a CIDH tem competência para receber petições endereçadas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, entidade não-governamental ou Estado-membro da OEA, contendo queixas de violação da Convenção Americana. Nesse caso, fará o juízo de admissibilidade dessas petições, após o qual notificará o Estado-membro a responder à petição; subsequentemente, poderá buscar uma solução amistosa. Não sendo possível, poderá a CIDH submeter o caso ao julgamento da Corte IDH (artigos 49 a 51 da Convenção Americana sobre direitos humanos – OEA, 1969).

Já a Corte IDH é o órgão jurisdicional ao qual incumbe julgar os casos submetidos pela CIDH ou pelos Estados-membros à sua análise, proferindo sentença definitiva e inapelável (artigos 61 e 67 da Convenção Americana sobre direitos humanos – OEA, 1969). O Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, pelo Decreto Presidencial nº 678 e, em 1998 encaminhou mensagem ao Congresso Nacional solicitando a aprovação para reconhecer a competência obrigatória da Corte Interamericana de

[47] Atualmente, são membros da OEA: Antígua e Barbuda; Argentina; Bahamas; Barbados; Belize; Bolívia; Brasil; Canadá; Chile; Colômbia; Costa Rica; Cuba; Dominica; El Salvador; Equador; Estados Unidos da América; Grenada; Guatemala; Guiana; Haiti; Honduras; Jamaica; México; Panamá; Paraguai; Peru; República Dominicana; Saint Kitts e Nevis; Santa Lúcia; São Vicente e Granadinas; Suriname; Trinidad e Tobago; Uruguai; Venezuela (OEA, 2024b).

Direitos Humanos no tocante à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. A aprovação ocorreu pelo Decreto Legislativo nº 89/98, porém, somente foi promulgado internamente em novembro de 2022, pelo Decreto nº 4.463. Tem-se, então, que desde 2002 o Brasil reconhece que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o tribunal internacional a quem incumbe interpretar e aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos, submetendo-se à jurisdição dessa Corte (Ramos, 2009, p. 248-249).

No tocante ao tema em estudo, cabe frisar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) não possui nenhum julgado ou Opinião Consultiva[48] expressa a respeito do direito ao esquecimento. Com efeito, buscando-se no sítio eletrônico da Corte IDH sobre as expressões "*derecho al olvido*" ou "*right to be forgotten*", não se encontra qualquer caso em que determinada pessoa afirma ter o Estado brasileiro descumprido a Convenção Americana ao deixar de reconhecer o direito ao esquecimento, em ações intentadas contra a imprensa ou os meios de comunicação, ou mesmo buscadores da *web*.

No entanto, há decisões da Corte IDH que tangenciam essa questão, em dois eixos: no primeiro, estão as decisões proferidas a respeito de fatos ocorridos nas ditaduras militares ocorridas nos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos; no segundo, estão as decisões proferidas a respeito da liberdade de expressão e imprensa, nas quais a Corte IDH confere uma posição preferencial a esses direitos, quando colidem com outros direitos humanos. Relativamente à CIDH, é relevante conhecer as recomendações da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão e para a Memória, verdade e justiça[49].

---

[48] Opiniões Consultivas são pareceres que a Corte Interamericana de Direitos Humanos emite, quando provocada pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos acerca: a) da compatibilidade das normas internas desses Estados com a Convenção Americana de Direitos Humanos; b) sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. (OEA, 2024e).

[49] Conforme o art. 15 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, este órgão pode criar relatorias com mandatos relacionados ao cumprimento das suas funções de promoção e proteção dos direitos humanos em relação às áreas temáticas de especial interesse para este fim (artigo 15 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, 2009). Atualmente, existem as seguintes relatorias especiais: direitos dos povos indígenas; direitos da mulher; mobilidade humana; liberdade de expressão; direitos da criança e adolescentes; defensores de direitos humanos; direitos das pessoas privadas de liberdade; direitos dos afrodescendentes e contra a discriminação racial; direitos de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersex; direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais; memória, verdade e justiça; direitos do idoso; direitos da pessoa com deficiência (OEA, 2024d).

5.5.1
Atuação da Corte IDH e da CIDH em matéria de justiça transicional

Ressalta-se, de início, a importância de conhecer o posicionamento da Corte Interamericana em matéria de justiça transicional, até mesmo porque, embora questionamentos sobre o "direito ao esquecimento" não tenham chegado a esse tribunal internacional, foram suscitadas em processos que chegaram ao STJ, acima analisados (Casos "Ustra" e "Zarattini Filho").

Passa-se, então, à análise da jurisprudência da CIDH no contexto da justiça de transição na América Latina, o qual é bastante conhecido por aquela Corte. Esse termo, como bem explica José Maria Gómez, surgiu em razão das transições para a democracia ocorridas na década de 1980, tanto na América Latina quanto no Leste europeu, e compreende

> [...] as respostas políticas e jurídicas (principalmente, justiça penal, busca da verdade, políticas de reparação e memória, reformas das instituições) dadas por sociedades que transitam de situações de guerra para situações de paz ou de regimes altamente repressivos para democracias liberais, aos fins de enfrentar as consequências e evitar a repetição das atrocidades em massa de um passado violento (genocídio, tortura, execuções sumárias, desaparecimento forçado, estupro, escravidão e demais crimes contra a humanidade e crimes internacionais (Teitel, 2000; Brickford, 2004; Freeman e Marotine, 2007). [...] (Gómez, 2012, p. 262)

Como clarifica o mesmo autor, essas medidas são amplas e diversas em cada país, e perseguem uma ampla gama de propósitos (fazer justiça às vítimas, alcançar a pacificação e reconciliação, evitar a repetição de catástrofes, etc.) (Gómez, 2012, p. 262). No entanto, apesar das diferentes medidas adotadas em cada país e localidade, a justiça de transição tem quatro diferentes pilares, a saber:

> [...] 1) o binômio memória e verdade; 2) a reparação integral; 3) a reforma das instituições; e 4) a responsabilização ou justiça, e que também pode ser explicitado na expressão persecução aos violadores de direitos humanos. [...] (De Stutz e Almeida, 2021a, p. 9-10).

A respeito de fatos relacionados a esse contexto de justiça transicional, a Corte IDH já teve a oportunidade de se manifestar acerca das leis de anistia de vários países integrantes do América Latina, casos em que afirmou um direito à verdade (pode-se dizer que em contraposição a um direito ao esquecimento).

No caso *Barrios Altos vs. Peru*, julgado em 14 de março de 2001[50], a Corte IDH decidiu que as leis de autoanistia promulgadas pelos Estados-membros signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos são incompatíveis com as normas do sistema interamericano de direitos humanos, uma vez que impedem o esclarecimento de fatos ocorridos no passado autoritário. Esse entendimento foi ratificado nas sentenças proferidas no caso *Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, julgado em 24 de novembro de 2010[51], no qual se delineou que qualquer forma de anistia viola a Convenção Americana de Direitos Humanos (Bossi, 2021, p. 96-97).

---

[50] Resume-se o caso: Em 3 de novembro de 1991, indivíduos fortemente armados, membros do exército peruano, integrantes do "grupo Colina", que atuavam contra grupos "antissubverssivos", adentraram a uma casa na localidade Barrios Altos, situado em Lima, e mataram 15 (quinze) pessoas, ferindo outras. Apesar de o Senado peruano ter iniciado uma investigação, essa foi paralisada, pois em 5 de abril de 1992, o Congresso foi dissolvido. Em abril de 1995, foi reaberta uma investigação do incidente e denunciados cinco oficiais do Exército como responsáveis. Sucedeu que o Conselho Supremo da Justiça Militar editou uma resolução impedindo os denunciados de darem declarações perante os órgãos judiciais, sob justificativa de que estavam sendo processados na justiça militar. Nesse contexto, o Congresso peruano sancionou a lei de anistia nº 26.479, de 14 de junho de 1995, que exonerava de responsabilidade os militares, policiais e civis que cometeram, entre 1980 e 1985, violações contra os direitos humanos. Porém, em 16 de junho de 1995, a juíza Antônia Saquicuray decidiu pela inaplicabilidade da lei de anistia aos processos penais pendentes, sob fundamento de que essa lei violava as garantias constitucionais e as obrigações internacionais que a Convenção Americana impunha ao Peru. Então o Congresso peruano aprovou uma segunda lei de anistia, lei nº 26.492, em 14 de julho de 1995, segundo a qual a lei anterior não era revisável em sede judicial. O caso chegou à Corte IDH, que condenou o Peru por violações ao direito à vida, à integridade pessoal, e às garantias judiciais e à proteção judicial (arts. 4º, 5º, 8º e 25 da Convenção Americana). Declarou a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana e determinou que o Peru investigue os fatos e sancione os responsáveis, publicando os resultados das investigações, além de reparar o dano causado às vítimas, seus familiares ou representantes legais (OEA, 2001b).

[51] A Corte IDH declarou a responsabilidade internacional do Brasil pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal de 62 (sessenta e duas) pessoas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia; ainda, pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial em prejuízo de alguns familiares das pessoas desaparecidas, em razão da interpretação e da aplicação da lei de anistia (lei nº 6.683/79); pela violação da liberdade de pensamento e de expressão, das garantias judiciais e da proteção judicial em prejuízo dos familiares que ajuizaram ações ordinárias para obter informações sobre os fatos e o destino de seus familiares; e pela violação do direito à integridade pessoal de determinados familiares das vítimas, devido ao sofrimento causada pela falta de investigações efetivas para o esclarecimento dos fatos. Na ocasião, a CIDH rejeitou a alegação do Brasil de que não tinha competência para decidir sobre os fatos, em que pese ao reconhecimento da competência da Corte ter ocorrido somente em 2002, pelo fato de que os desaparecimentos forçados são delitos permanentes. Reafirmou a sua jurisprudência, ao decidir que a Lei de Anistia brasileira não tem qualquer efeito ou aplicabilidade. Decidiu também que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 153, que confirmou a validade da Lei de Anistia, desconsiderou as obrigações internacionais do Brasil derivadas do direito internacional. Ordenou ao Brasil: conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos a fim de esclarecê-los e aplicar as sanções penais cabíveis; realizar todos os esforços possíveis para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas; custear tratamento médico e psicológico para as vítimas; realizar as publicações determinadas na sentença; realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos narrados no caso; implementar programa ou curso permanente e obrigatório de capacitação e formação em direitos humanos dirigido aos membros das Forças Armadas; tipificar o delito de desaparição forçada de pessoas em conformidade com os estandartes de direito interamericano; buscar, sistematizar e publicar toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia e as violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar; pagar as indenizações por danos materiais e imateriais fixadas (OEA, 2010)

Em publicação organizada pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos (2021), são apresentados os *standards* consolidados no âmbito da Corte Interamericana em casos de justiça transicional. São esses de três tipos: *standards* em matéria de justiça[52]; *standards* em matéria de verdade e *standards* em matéria de reparação.

Mais de perto para a temática em estudo, importam os *standards* em matéria de verdade relevantes para os contextos transicionais. Nesse ponto, contrapondo-se ao possível reconhecimento de um direito ao esquecimento sobre fatos que se amoldam ao prisma das graves violações de direitos humanos, apresenta-se o direito à verdade, o qual, embora não esteja explicitamente reconhecidos nos instrumentos interamericanos de direitos humanos, foi extraído pela Corte Interamericana como implícito e derivado de uma análise global dos direitos estabelecidos, tanto na Declaração Americana, como na Convenção Americana (OEA, 2021, p. 75)[53].

Conforme o entendimento da Corte IDH, o direito à verdade compreende uma dupla dimensão. A primeira delas está afeta ao direito das vítimas e seus familiares de conhecerem a verdade com respeito aos fatos que ensejaram graves violações aos direitos humanos, assim como de conhecerem a identidade de quem participou de tais fatos. Por esse prisma, há

> [...] la obligación de los Estados de esclarecer, investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables de los casos de graves violaciones de derechos humanos, así como, dependiendo de las circunstancias de cada caso, garantizar el acceso a la información sobre graves violaciones de derechos humanos que se encuentran en instalaciones y archivos estatales. (OEA, 2021, p. 76-77).

A segunda dimensão do direito à verdade é titularizado pela sociedade como um todo, tratando-se de um direito irrenunciável de saber da verdade, das razões e das circunstâncias em que os delitos foram cometidos, direito esse que se liga à finalidade de evitar que voltem a ocorrer no futuro (OEA, 2021, p. 77).

---

[52] Nesse ponto, podem-se citar: a proibição de aplicar as figuras da anistia, da prescrição e do indulto; a proibição do uso da justiça penal militar em casos de violações a direitos humanos; a obrigação do Estado de incorporar certas condutas como delitos, em seu ordenamento interno; a obrigação de aplicar penas proporcionais; a obrigação de investigar; a obrigação de possibilitar a participação de vítimas e familiares; entre outras (OEA, 2021).

[53] O fundamento para extrair esse direito implícito está nas garantias judiciais e de proteção judicial, estabelecidos nos artigos XVIII e XXIV da Declaração Americana e nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. Ainda, está relacionado com o direito de acesso à informação, contemplado no art. IV da Declaração Americana e no art. 13 da Convenção Americana (OEA, 2021, p. 76)

Como decorrência do direito à verdade, pode-se falar que o Estado tem um verdadeiro “dever de recordar”, o qual deve ser cumprido para garantia de não repetição dos fatos do passado (OEA, 2021, p. 92-93).

Em alinhamento com o entendimento da Corte IDH, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio de sua Relatoria Especial em matéria de Memória, Verdade e Justiça, emitiu a Resolução nº 3/2019, que versa sobre Princípios sobre Políticas Públicas de Memória nas Américas. Nesse documento, a CIDH faz recomendações aos Estados-membros para que elaborem e implementem políticas públicas de memória, com o fim de promover uma cultura de direitos humanos e democracia, orientada para a não repetição dos fatos.

Assim, não há dúvidas de que tanto a CIDH quanto a Corte IDH se posicionam contra toda e qualquer anistia e contra toda e qualquer forma de fazer calar a verdade sobre fatos que configurem crime contra a humanidade. Para além desse posicionamento incisivo em matéria de justiça transicional, a Corte também tem um posicionamento expresso acerca dos *standards* que dever ser adotados em matéria de liberdade de expressão.

5.5.2
Standards da Corte IDH e da CIDH em matéria de liberdade de expressão

A Comissão Interamericana, por meio de sua Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão[54] emite regularmente relatórios sobre esse assunto. No relatório de 2015, ressaltou os avanços em matéria de liberdade de expressão, notadamente as decisões do STF que cassaram ou suspenderam decisões de instâncias inferiores que, com base na Lei de Imprensa (declarada inconstitucional), determinavam ao jornalista a revelação de suas fontes ou condenavam o órgão de imprensa a pagar altos valores de indenização por danos morais em razão de matérias de interesse público. Não obstante, consignou o grande número de assassinatos de jornalistas ocorridos no Brasil (87 assassinatos, entre 2012 e 2014), sendo que na maioria dos casos as vítimas são repórteres, jornalistas, fotógrafos ou apresentadores de televisão e blogueiros que fazem denúncias sobre informações de interesse público, como corrupção e

[54] A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH foi- criada em outubro de 1997, e foi estabelecida com um escritório permanente, estrutura operacional própria e independência funcional (OEA, 2024c).

irregularidades na gestão pública (OEA, 2015, p. 78). Ressaltou também a existência de muitos processos judiciais pelos crimes de calúnia, injúria, difamação e desacato ajuizados contra profissionais da comunicação (171 entre maio de 2013 e maio de 2014) (OEA, 2015, p. 78). Apontou que, na maioria dos casos, os assassinatos de profissionais da comunicação ou os processos judiciais intentados contra eles são cometidos/ajuizados por agentes do Estado (políticos, policiais, juízes) (OEA, 2015, p. 77-78). Constou no relatório que "*Brasil es el país décimo primero em el mundo y el segundo em América Latina com el mayor número de casos de violência contra periodistas sin resolver"* (OEA, 2015, p. 78).

No tocante às medidas cíveis contra jornalistas, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão observou a existência de ordens judiciais proibindo a manifestação sobre temas de interesse público na *internet* (OEA, 2015, p. 94-95). Especificamente no tocante ao direito ao esquecimento, a CIDH manifestou preocupação quanto à existência do projeto de lei nº 215/15, em tramitação na Câmara dos Deputados, que visava modificar o art. 19 do Marco Civil da Internet para incluir o parágrafo 3º-A, a fim de permitir que se requeira judicialmente, a qualquer momento, a indisponibilidade de conteúdo que associe o nome de uma pessoa ou sua imagem a um crime de que fora absolvido mediante sentença, ou a um fato calunioso, difamatório ou injurioso (OEA, 2015, p. 97).

Nesse cenário, a CIDH recomendou aos Estados-membros:

> a. Promover la derogación de las leyes que consagran el desacato, cualquiera sea la forma en la que se presenten, dado que estas normas son contrarias a la Convención Americana y restringen el debate público, elemento essencial del funcionamiento democrático.
> b. Promover la modificación de las leyes sobre difamación criminal a fin de eliminar la utilización de processos penales para proteger el honor y la reputación cuando se difunde información sobre asuntos de interés público, sobre funcionários públicos o sobre candidatos a ejercer cargos públicos. La protección de la privacidade o el honor y la reputación de funcionários públicos o de personas que voluntariamente se han interesado em asuntos de interés público, debe estar garantizada solo a través del derecho civil.
> c. Promover la incorporación de los estândares interamericanos a la legislación civil de manera tal que los procesos civiles adelantados contra personas que han hecho declaraciones sobre funcionários públicos o sobre asuntos de interés público apliquen el estándar de la actual o real malicia, de conformidade com lo dispuesto em el principio 10 de la Declaración de Princípios y que resulten proporcionales y razonables.
> d. Promover la modificiación de las leys penales ambíguas o imprecisas que limitan la libertad de expresión de manera desproporcionada, como aquellas destinadas a proteger la honra de ideas o de instituciones, a fin de eliminar el uso de procesos penales para inhibir el libre debate democrático sobre todos los asuntos de interés público. (OEA, 2015, p. 391-392)

Ainda, no que diz respeito à censura prévia, a CIDH ressaltou que "*el artículo 13.2 de la Convención Americana señala explicitamente que el ejercicio de la libertad de expresión no puede estar sujeto a censura previa"* e recomendou a eliminação de qualquer norma que implique, direta ou indiretamente, censura prévia, enquadrando como não conformes à Convenção Americana as exigências de veracidade, oportunidade e imparcialidade da informação (OEA, 2015, p. 393).

No tocante à liberdade de expressão na internet, a CIDH recomenda que, no exercício de ponderação entre direitos, deve-se levar em conta as características especiais da tecnologia, a fim de não restringir de modo indevido a liberdade de expressão. Assim, recomenda a regulação específica dessas situações, para que não haja discriminação, restrição, bloqueio ou interferência na transmissão do tráfego de internet, preservando-se o princípio da neutralidade da rede. Recomenda também que os atores que participam como intermediários na *internet* não sejam responsabilizados por conteúdos gerados por terceiros (OEA, 2015, p. 394).

Os padrões delineados pela CIDH encontram ressonância, em grande parte, na Corte IDH. Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já manifestou sua compreensão acerca da liberdade de expressão em um bom número de casos que foram levados à sua apreciação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, firmando alguns parâmetros importantes.

Em *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* (caso "A última tentação de Cristo")[55], julgado em 5 de fevereiro de 2001, a Corte IDH estabeleceu que o direito à liberdade de expressão não pode estar sujeito a censura prévia, senão a responsabilidades ulteriores, que devem estar fixadas em lei e ser necessárias para assegurar o respeito aos direitos e à reputação dos demais, e à proteção da segurança nacional, da ordem pública e da saúde ou moral públicas (OEA, 2001a, p. 27). A censura prévia só é admitida para restringir o acesso de crianças e adolescentes a espetáculos públicos considerados impróprios, ou para vedar a exibição de propaganda em favor da guerra ou apologia a ódio nacional, racial ou religioso que constituam incitações à violência. Decidiu também que a liberdade

[55] A Constituição chilena possuía um dispositivo legal que estabelecia um sistema de censura para exibição e publicidade de produções cinematográficas. Com base nesse dispositivo, o Conselho de Qualificação Cinematográfica proibiu a exibição do filme "A última tentação de Cristo", em 1988. Em 1996, autorizou a sua exibição para maiores de 18 (dezoito) anos, mas houve a interposição de recursos à Corte de Apelações de Santiago, que cassou a autorização de exibição, sob fundamento de que o filme do diretor Martin Scorcese resultava ofensivo à figura de Jesus Cristo e à sua honra. A decisão da Corte de Apelações foi mantida pela Suprema Corte chilena, o que ensejou o requerimento à CIDH. A Corte IDH declarou que o Estado chileno descumpriu os artigos 12 e 13 da Convenção Americana e determinou que o Chile modifique seu ordenamento jurídico interno, para suprimir de sua Constituição a censura prévia (OEA, 2001a).

de expressão não pode ser restringida por meios indiretos, inclusive por ordens judiciais (OEA, 2001a, p. 28-29).

A Corte IDH decidiu, nos casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*[56] e *Ricardo Canese vs. Paraguay*[57]*,* ambos julgados em 2004, que configura infringência do direito à liberdade de expressão a condenação criminal de jornalistas, quando, em razão do seu exercício profissional, publicam notícias de interesse público sobre funcionários públicos[58]. Também decidiu que a condenação civil ao pagamento de indenização por danos morais, nesses casos, configura medida desproporcional capaz de esfriar o debate público, configurando restrição indevida à liberdade de expressão (OEA, 2004a)

Em *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina,* julgado em julho de 2011, a Corte IDH declarou que a Argentina violou o direito à liberdade de expressão dos jornalistas Jorge Fontevecchia e Héctor D'Amico, em razão de publicações publicadas por estes em revista, informando que o Presidente da Nação argentina possuía um filho não reconhecido com a deputada Martha Meza, informando ainda, que o Presidente presenteou a deputada com joias de alto valor, além de lhe conceder uma pensão, apresentando, além disso, detalhes sobre as visitas do

---

[56] O jornalista Mauricio Herrea Ulloa foi condenado em 1999 pela prática de difamação, por ter publicado reportagens cujo conteúdo consistia em uma reprodução parcial de reportagens da imprensa belga, que atribuíam ao diplomata Félix Przedborski, delegado de Costa Rica ante a Organização Internacional de Energia Atômica (OIEA), fatos ilícitos graves. Também foi condenado, juntamente com o jornal La Nación, a pagar danos morais no valor de sessenta milhões de colones. A Corte IDH decidiu que o Estado de Costa Rica, ao impor sanções penais contra o jornalista Mauricio Herrera Ulloa, para proteger a honra e a reputação do senhor Przedborski, provocou um efeito amedrontador sobre a liberdade de expressão, calando a emissão de informações sobre assuntos de interesse público que envolvem funcionários públicos. Decidiu que as disposições penais sobre difamação, calúnia e injúria tem um fim legítimo, mas não podem ser utilizadas para sancionar condutas que envolvem expressão sobre questões de interesse público. Com relação às sanções civis impostas ao jornalista, a Corte IDH decidiu que a responsabilidade ulterior aplicada foi desproporcional e não se ajusta ao interesse social imperativo que a justifica, de modo que a sanção civil ressarcitória também implicou violação ao art. 13 da Convenção Americana (OEA, 2004a, p. 53-55).

[57] Ricardo Canese, engenheiro industrial exilado na Holanda, por ser contrário à ditadura de Alfredo Stroessner no Paraguai, publicou, em 1978, livros e artigos sobre a central hidroelétrica de Itaipu. Entre 1990 e 1991, apresentou denúncias de corrupção na construção da central hidroelétrica de Itaipu, relatando a evasão sistemática de imposições fiscais pela empresa CONEMPA, o que ensejou a constituição de uma Comissão Bicameral de Investigação de Ilícitos no Congresso Nacional, em 1992. Em 1993, Canese se candidatou à Presidência da República, concorrendo com Juan carlos Wasmosy, eleições ocorridas em um contexto de transição para a democracia. Nesse contexto eleitoral, Canese publicou artigos nos quais afirmava que o candidato da oposição aumentou sua fortuna porque o ex ditador lhe permitiu ser presidente da CONEMPA, e que esta empresa repassava os dividendos ao ditador. A empresa CONEMPA processou criminalmente Canese por difamação e injúria, e, em 1993, Canese foi condenado a quatro meses de prisão, além do pagamento de multa. (OEA, 2004b, p. 27-29). A Corte IDH reafirmou sua jurisprudência, no sentido de que os delitos contra a honra são incompatíveis com a Convenção Americana quando as condenações visam calar os debates públicos e as expressões políticas, configurando uma restrição indireta à liberdade de expressão.

[58] A Corte IDH reafirmou sua jurisprudência acerca das condenações criminais em casos em que é exercido o direito de crítica a instituições públicas ou a funcionários públicos em *Palamara Iribarne vs. Chile*, julgado em 2005 e em *Kimel vs Argentina*, julgado em 2008, em *Usón Ramírez vs. Venezuela*, julgado em novembro de 2009 (OEA, 2015, p. 10).

filho ao pai. As decisões das Cortes argentinas foram no sentido de que houve a violação da intimidade e privacidade do Presidente Menem, e condenou os jornalistas a pagarem uma alta soma a título de indenização por danos morais. A Corte IDH decidiu que as notícias relacionadas com o filho do Presidente e com seu relacionamento extraconjugal estavam estreitamente ligadas a informações de interesse público, como a disposição de grandes somas de dinheiro e presentes para essas pessoas. Com esses fundamentos, a Corte IDH tornou sem efeito as decisões judiciais que impuseram a condenação de reparação civil aos jornalistas, além de outras medidas (OEA, 2011, p. 1-4).

Em maio de 2022, a Corte IDH decidiu o caso *Moya Chacón y otro vs. Costa Rica*, no qual condenou o Estado de Costa Rica pela violação da liberdade de pensamento e expressão dos jornalistas Ronald Moya Chacón e Freddy Parrales Chaves, pela imposição de uma condenação civil em razão da publicação de uma nota de imprensa na qual relatavam irregularidades no controle de tráfico de licores entre a Costa Rica e o Panamá, e nas quais indicavam policiais envolvidos nesses fatos. Nesse caso, a Corte IDH resolveu que o jornalista possui um dever de constatar de forma razoável, ainda que não exaustiva, os fatos que divulga. Não se exige um dever de estrita veracidade, ao menos no que diz respeito a questões de interesse público, desde que se verifique a boa-fé da publicação, em conformidade com os *standards* mínimos de ética e profissionalismo na busca da verdade. Afirmou que, para que exista o jornalismo de investigação, é necessário deixar aos jornalistas “espaço para erro”, de modo que o jornalista só possa ser submetido a responsabilidade ulterior (OEA, 2022, p. 23). E, no caso examinado, embora as notícias não fossem exatas, a Corte IDH consignou que os jornalistas não tinham a intenção de afetar a honra do requerente, mas sim desenvolver seu trabalho de informar ao público. Ademais, não se poderia exigir do profissional de comunicação a consulta a uma fonte oficial que seja considerada obrigatória (OEA, 2022, p. 23). Com esses fundamentos, tornou sem efeito a condenação civil proferida pelo Judiciário costa-riquense, dentre outras medidas (OEA, 2022).

Ressalta-se que a Corte IDH se vale de um critério tripartite para a análise das restrições que podem ser impostas à liberdade de expressão, exigindo que as sanções ulteriores à liberdade de expressão (1) estejam definidas de forma precisa e clara através de uma lei formal e material preexistente, (2) estejam orientadas para a realização de objetivos legítimos autorizados pela Convenção (o respeito aos direitos ou à reputação dos demais, ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas), e (3) sejam

necessárias em uma sociedade democrática (cumprindo os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade) (OEA, 2022, p. 21)[59].

Nos casos examinados, verifica-se que a Corte IDH tem a posição de que o direito à liberdade de expressão deve ter uma posição preferencial frente a outros direitos de personalidade, em assuntos de interesse público. Contudo, a Corte não se manifestou claramente acerca dos critérios que devem ser aplicados no sopesamento entre esses direitos. A esse respeito, o julgamento do caso *Moya Chacón y otro vs. Costa Rica* gerou uma dúvida sobre se a Corte IDH aderiu ao critério há muito defendido pela CIDH, de que, quando em confronto a liberdade de imprensa e de informação com outros direitos de personalidade, em assuntos de interesse público, aplica-se a teoria da malícia real[60].

Como observa Vasconcellos (2023), o critério da *actual malice* é defendido há, pelo menos, vinte anos pela CIDH, que

> [...] vai até mesmo além, ao recomendar o estabelecimento de uma posição preferencial do direito de resposta sobre as condenações pecuniárias, e que a condenação judicial [...] deve (a) atender à regra da *actual malice*; (b) prever que o ônus de provar o falso e o conhecimento da falsidade incumbe à vítima; (c) prever que apenas os fatos geram responsabilização, e não as opiniões" (Vasconcellos, 2023, p. 24)

No caso *Moya Chacón y otro vs. Costa Rica*, há pontos da decisão que levam a crer que houve o acolhimento do argumento da CIDH[61]; contudo, faltou

---

[59] No que diz respeito ao critério da necessidade, a Corte IDH esclareceu que significa "*uma necesidad social imperiosa que justifique la restricción*", devendo-se examinar *"las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividade de aquéllas*". Quanto ao critério da proporcionalidade, asseverou, que *"las restricciones impuestas sobre el derecho a la libertad de expresión deben ser proporcionales al interés que las justifican y ajustarse estrechamente al logro de esse objetivo, interfiriendo em la menor medida posible em el efectivo goce del derecho*" (OEA, 2022, p. 22).

[60] Esse assunto será desenvolvido no sétimo capítulo, item 7.4.

[61] Destarte, em alguns momentos a fundamentação destaca que estava ausente o **dolo** de afetar a honra do querelante (o que induz à compreensão de que foi acolhido o argumento da CIDH e aplicada a teoria da *actual malice*). É o que se extrai do seguinte trecho: "*88. Resta, por tanto, analizar la necesidad y proporcionalidade de la sanción impuesta. Para ello, la Corte advierte com carácter preliminar que, si bien es certo que los señores Moya Chacón y Parrales Chaves publicaron uma información que a la postre resultó ser inexacta com respecto al señor J.C.T.R., no se demostró a nível interno – y así lo declaro la sentencia del Tribunal de Juicio al absolver penalmente a ambos periodistas – que las presuntas víctimas tuvieran inteción alguna de infligir um daño particular contra la persona o personas afectadas por la noticia. Así, la propia sentencia del Tribunal de Juicio indicó que no se observaba uma 'intencionalidad directa em afectar el honor del querelante, sino que muy probablemente su única intención al momento de publicar la noticia era desarrollar su trabajo de información al público"* (OEA, 2022, p. 25-26). Em reforço, o Juiz Ricardo Manrique, em seu voto concorrente, afirmou que a responsabilidade civil só deve ser aplicada em caso de dolo ou negligência extrema e de maneira proporcional, a fim de evitar um efeito amedrontador, sendo preferível a aplicação do direito de retificação ou resposta (OEA, 2022, p. 7-8). No mesmo sentido o voto concorrente do juiz Humberto Antonio Sierra Porto, para quem a decisão da Corte é afortunada ao admitir sanções penais ou civis para resguardo do direito à honra, mas desde que seja realizado o teste tripartido de responsabilidade no qual se possa avaliar o dolo de quem emitiu as opiniões, as

clareza a esse respeito, mormente porque a Corte IDH não acatou o pedido da CIDH de condenar a Costa Rica a adequar sua legislação ao padrão da *actual malice*, considerando suficiente a leitura da redação do Código Civil costa-riquense à luz da Convenção Americana de Drieitos Humanos. Para Vasconcelos (2023, p. 29), o que se extrai da sentença da Corte IDH nesse caso é que "houve, no caso concreto, uma revaloração das provas produzidas na justiça costarriquense, pela Corte IDH, para se declarar que o requisito da culpa não estava devidamente preenchido e, portanto, os jornalistas não poderiam ser responsabilizados".

Abordada a temática do ponto de vista da jurisprudência, nacional e interamericana, pode-se passar à análise da problemática do direito ao esquecimento, como vem sendo tratada pela doutrina.

5.6
A doutrina sobre o direito ao esquecimento no Brasil. Dois momentos: antes e depois do julgamento do tema de repercussão geral nº 786.

Os julgamentos, em 2013, dos casos Aída Curi e Chacina da Candelária, pelo Superior Tribunal de Justiça, e do caso Costeja González, em maio de 2014, deram ensejo a uma profusão doutrinária sobre o assunto. Dados do Google Scholar revelam que, entre 2013 e 2020, foram publicados e disponibilizados nesse motor de busca 717 (setecentos e dezessete) artigos científicos sobre o tema[62]. Para fins comparativos, nos sete anos que antecederam o julgamento desses casos pelo STJ, isto é, entre 2005 e 2012, foram publicados apenas 6 (seis) artigos sobre o tema[63].

Assim como ocorreu na doutrina e na jurisprudência europeia, onde primeiro o tema foi intensamente discutido, a doutrina brasileira apresentou diversas compreensões sobre esse direito. Antes do julgamento do tema de repercussão geral nº 786, a doutrina se dividiu entre aqueles que defendiam a sua existência, como direito implícito no ordenamento pátrio, e aqueles postularam a inexistência do direito ao esquecimento na ordem jurídica interna. Os primeiros se dividiram

características do dano produzido, e a natureza da expressão, a fim de conferir maior proteção a discursos de interesse público (OEA, 2022, p. 3). h

[62] Pesquisa disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?q=allintitle%3A+direito+ao+esquecimento&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2013&as_yhi=2020. Acesso em 1º jul. 2023.

[63] Pesquisa disponível em https://scholar.google.com.br/scholar?q=allintitle%3A+direito+ao+esquecimento&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2005&as_yhi=2012. Acesso em 5 jul. 2023.

em duas principais correntes: para uma delas, o direito ao esquecimento seria autônomo e decorrente da dignidade da pessoa humana e de uma interpretação sistemática de dispositivos esparsos da legislação; para outra, se trataria de um direito incluído na tutela da privacidade. Além dessas correntes, que podem se dizer majoritárias, havia uma terceira corrente, minoritária, apontando o direito ao esquecimento como uma manifestação do direito à identidade.

Defendendo o direito ao esquecimento como um direito da personalidade autônomo decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana estão, dentre outros, Viviane Nóbrega Maldonado (2017) e Ingo Wolfgang Sarlet e Arthur M. Ferreira Neto (2019).

Essa corrente de pensamento importou da Europa o conceito amplíssimo defendido pelo TGI de Paris no caso Mme. M. vs. Paris Match. Relembre-se, na ocasião, o TGI afirmou que qualquer pessoa que se envolveu em eventos públicos pode reclamar o direito ao esquecimento, caso a relembrança dos acontecimentos e do papel desempenhado pela pessoa seja ilegítima, isto é, não seja baseada nas necessidades da história ou tenha o condão de ferir a sensibilidade da pessoa. Conforme Sarlet e Ferreira Neto,

> [...] a delimitação do conteúdo fundamental do direito ao 'esquecimento' exige seja esclarecida tanto a fluência do tempo – para se definir se um determinado acontecimento já esgotou a sua relevância social ou as suas potencialidades informativas -, quanto sejam analisados aspectos intrínsecos dos estados mentais de um indivíduo – para avaliar em que medida a contínua exposição pública de determinado evento causa-lhe um abalo diferenciado que não poderá ser admitido nem tolerado pelo direito (Sarlet; Ferreira Neto, 2019, p. 34)

Na mesma toada seguiu o ensinamento de Viviane Nóbrega Maldonado, para quem o direito ao esquecimento se configura

> [...] como a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora seja verdadeira e que, preteritamente fosse considerada relevante, não mais ostenta interesse público em razão de anacronismo (Maldonado, 2017, p. 97)

Como fundamentos normativos, os autores que adotaram essa linha conceitual centram o direito ao esquecimento como decorrente diretamente da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) (Sarlet; Ferreira Neto, 2019, p. 122; Maldonado, 2017, p. 95). Ainda, se referem a uma plêiade de fontes legais muito diferentes entre si, como a previsão do *habeas data* (art. 5º, LVXXII, da CF); o direito à reabilitação criminal (arts. 135 do Código Penal e 748 do Código de Processo Penal; o direito de exclusão da Ficha de Antecedentes

Criminais, de atestados ou certidões, de qualquer notícia ou referência à condenação, após extinta a pena (art. 202 da Lei de Execuções Penais); o direito do consumidor de ter a exclusão de seus dados dos cadastros negativos após o transcurso do prazo de cinco anos (art. 43, §1º, do Código de Defesa do Consumidor); os dispositivos do Código Civil que tutelam o direito à privacidade, à honra e à imagem (arts. 20 e 21 do Código Civil) (Sarlet; Ferreira Neto, 2019, p. 122-130; Maldonado, 2017, p. 141-142).

Também no sentido de apontar a autonomia do direito ao esquecimento, fundamentado diretamente na dignidade da pessoa humana, houve a aprovação, em 2013, durante a IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, do Enunciado nº 531, segundo o qual "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". Tal enunciado foi vinculado ao artigo 11 do Código Civil, que dispõe sobre a intransmissibilidade, irrenunciabilidade e impossibilidade de limitação voluntária sobre os direitos da personalidade. Como justificativa para a aprovação do enunciado, constou o seguinte:

> 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. (Brasil, 2013d).

Para essa vertente teórica, portanto, o direito ao esquecimento se configura como um direito autônomo, diferenciado em relação aos demais direitos que o inspiram ou fundamentam, como o direito à privacidade, à personalidade, à intimidade, à honra e à imagem. Sarlet e Ferreira Neto (2019) apontam que o direito ao esquecimento estaria relacionado muito proximamente com os direitos à identidade, à autodeterminação informacional e à privacidade, porém, bastaria a fluência temporal que tornasse a informação socialmente irrelevante e o dano moral ao indivíduo para configurá-lo, o que justifica sua autonomia. Apreendendo a estrutura tipológica do direito ao esquecimento defendida pelo autor, aponta Costa que

> [...] ela é constituída sobre quatro elementos: a) a danosidade do fato; b) a veracidade do fato/informação; c) o transcurso de um prazo que torne o evento não contemporâneo; d) a ausência de historicidade, considerada a partir da ideia de interesse público; e) a falta de relevância informativa. (Costa, 2019, p. 62)

Nesse ponto, não haveria qualquer distinção entre o direito ao esquecimento invocado na web e fora dela:

> [...] o direito ao 'esquecimento' não deve ser compreendido como sendo uma simples especificação do direito à privacidade nem uma derivação do direito de proteção de dados, mesmo que com esses mantenha clara relação. Em verdade [...], o chamado 'direito ao esquecimento' está mais atrelado a uma pretensão de autodeterminação do indivíduo relativamente às informações – sejam aquelas armazenadas em meio digital, sejam as conservadas por outro suporte físico – sobre sua esfera pessoal que estejam colocados à disposição de todos por tempo indeterminado, visando, com isso, não apenas proteger a sua privacidade, mas especialmente a permitir que ele possa direcionar ou reconstruir a sua imagem, tal como apresentada publicamente perante os demais membros da sociedade (Sarlet; Ferreira Neto, 2019, p. 70).

Maldonado (2017, p. 163) concorda: para ela, não importa que a lesão tenha ocorrido por notícias publicadas na internet ou fora dela, pois se trata de um direito que pode se manifestar "em qualquer situação em que ocorra a repristinação de um fato". A título exemplificativo, a autora apresenta como casos de cabimento do direito ao esquecimento: (i) a possibilidade de apagamento de dados inseridos na internet por terceiros; (ii) a possibilidade de arrependimento em razão do conteúdo voluntariamente disponibilizado na internet; (iii) a possibilidade de apagamento de dados por força de atos praticados antes do atingimento da maioridade legal; e (iv) a possibilidade de obstar nova divulgação, pela imprensa, de fatos pretéritos.

Note-se que a conceituação proposta defende expressamente que toda e qualquer informação veiculada, seja na mídia tradicional, seja na web, seja pela imprensa, seja pelo Estado, seja por terceiros, pode ter sua circulação obstada pelo direito ao esquecimento, desde que a informação tenha perdido sua importância informativa, em razão da passagem do tempo, pelo fato de não mais se fazer relevante, do ponto de vista do interesse público na sua veiculação. De certo modo, condiciona-se a circulação de informações a um prazo de validade, o qual deve ser aferido de acordo com os elementos "interesse público em que a informação continue acessível ou seja novamente veiculada" e "potencialidade danosa da informação para o interesse do titular do direito". Na forma apresentada por Sarlet e Ferreira Neto (2019, p. 34), essa concepção também tem o condão de centrar a configuração de um direito fundamental na vontade individual, ao colocar excessiva ênfase no estado mental do indivíduo afetado pela informação.

Como forma de minorar o alcance desse direito, os defensores dessa concepção amplificada do direito ao esquecimento, logo em seguida, apontam que esse direito não é absoluto, e não fica configurado quando viola ou interfere gravemente na liberdade de expressão e outros direitos individuais ou da

coletividade. Nesse sentido, Sarlet e Ferreira Neto (2019, p. 77-78), logo após definirem o direito ao esquecimento naqueles termos amplíssimos, em destacar a posição *prima facie* ocupada pelo direito à liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro. Para os autores, o adequado balanceamento do direito ao esquecimento, em contraposição ao direito à liberdade de expressão, é necessário para não tornar aquele um instrumento a conferir aos indivíduos poder absoluto sobre as informações que lhes atingem, direta ou indiretamente (Sarlet; Ferreira Neto, 2019, p. 192).

De outra banda, outra parte doutrina negou autonomia ao direito ao esquecimento, para apontá-lo como parte do direito de privacidade, na sua faceta de controle de dados pessoais. Essa foi a posição assumida por Sérgio Branco, para quem o direito ao esquecimento tem uma aplicação limitada a informação de natureza eminentemente privada, não podendo atingir dado público ou sobre o qual paira interesse público (Branco, 2017, p. 171-172). Cabe esclarecer que, segundo o autor, um dado de interesse público pode, com o passar do tempo, tornar-se um dado privado, incidindo sobre ele o direito ao esquecimento. A respeito, ele escreve o seguinte:

> [...] como pode uma informação ser lícita quando de sua divulgação e tornar-se ilícita com o decurso do tempo? A bem da verdade, essa pergunta encontra resposta na tutela dos próprios direitos de privacidade e imagem. Um evento noticioso, por exemplo, pode levar seus protagonistas a serem expostos, ainda que contra sua vontade, em mídia nacional ou internacional. Passado o evento, contudo, a exposição dessas mesmas pessoas pode ser caracterizada como uma violação à privacidade ou à imagem. [...] Logo, não parece impossível que a divulgação de dados e fatos em um momento possa ser considerada lícita para se converter em ilícita após um lapso temporal. (Branco, 2017, p. 173-174)

Como elementos constituintes do direito ao esquecimento, o autor aponta os seguintes: (i) dado de natureza privada; (ii) decurso temporal; (iii) informação veraz; (iv) potencial dano. Como elementos extrínsecos, excludentes do direito ao esquecimento, aponta os casos de eventos históricos e da necessidade de tutelar a liberdade de expressão. Como destinatário do direito ao esquecimento, indica o meio de comunicação onde o dado se encontra, pois, no caso dos motores de busca, somente se falaria em pedido de desindexação, e não em direito ao esquecimento (Branco, 2017, p. 175-177). Em suas palavras:

> [...] o direito ao esquecimento deve ser aplicado de maneira excepcionalíssima, apenas quando presentes, em conjunto, todos os critérios anteriormente apresentados: violação à privacidade por meio de publicação de dado verídico, após lapso temporal, capaz de causar dano a seu titular, sem que haja interesse público, preservando-se em todo caso a liberdade de expressão e desde que não se trate

> de fato histórico, cuja demanda é direcionada, em última instância, ao Poder Judiciário, que deverá, se entender cabível, ordenar a sua remoção ao meio de comunicação onde a informação se encontra (e nunca ao motor de busca). (Branco, 2017, p. 179-180).

Cabe salientar que, para o autor, o direito ao esquecimento pode ser exercido tanto a respeito de informações que circulam na internet, como a respeito de informações que circulam nas formas mais tradicionais de mídia:

> Os pressupostos de existência de determinado direito devem ser entendidos em sua totalidade, ou seja, passíveis de aplicação independentemente da mídia em que circulam as informações acerca do fato que se pretende esquecer. A dificuldade imposta pela internet não diz respeito à aplicação da lei (no sentido de a lei ser ou não aplicável, ou em que extensão), mas à efetividade da decisão tomada, no caso de a decisão acolher o direito ao esquecimento (Branco, 2017, p. 152)

De outro lado, há quem concorde em conceituar o direito ao esquecimento como ligado à pretensão de controle de dados pessoais, mas discorde da sua incidência sobre dados que não circulam na internet. É essa a posição de Lima (2013, p. 280), para quem "esse direito é, tão somente, relacionado ao conteúdo da Internet e ao sofrimento decorrente da sua disponibilidade". Igualmente, para Colnago (2019, p. 251), o direito ao esquecimento se trata de "uma proteção especial à imagem individual, consistente na possibilidade de desindexar conteúdo negativo acerca da vida pregressa da pessoa", assim, o fundamento do direito ao esquecimento seria o direito de proteção dos dados pessoais.

Ainda há que se citar uma terceira corrente, até então minoritária, apontando o direito ao esquecimento como derivado do direito à identidade. Nessa linha se posicionaram sobretudo autores que trabalham com a temática dos direitos das "pessoas trans"[64]:

> Seria inconcebível que o transexual fosse forçado a viver com o seu passado de dualidade já minorado pelo procedimento cirúrgico. O recomeço da vida do transexual deve ser inteiramente aceito para que ocorra a sua integração social. Para isto é necessário esquecer a sua situação anterior, incluindo a omissão de dados anteriores à realização da cirurgia. O direito ao esquecimento para o transexual representa a realização da sua dignidade, livre desenvolvimento da personalidade e proteção da sua vulnerabilidade.

---

[64] Alguns autores utilizam a expressão "transexual", outros a expressão 'transgênero" Optou-se pela denominação "pessoas trans", pelo fato de que a palavra "transexual" não inclui os travestis e a palavra "transgênero", apesar de utilizada internacionalmente, não foi aceita pelo movimento brasileiro de gênero. Como apontam Carvalho e Carrara (2013, p. 347), "parece se fortalecer a proposta de utilização da noção de 'pessoas trans' como um dispositivo aglutinador das identidades 'travesti' e 'transexual'", pois, "diferentemente da proposta de emprego da categoria 'transgênero', o uso de 'pessoas trans', seja em 'mulheres trans', seja em 'homens trans', ou simplesmente 'trans', tem sido menos criticado".

> O conteúdo do direito ao esquecimento pode assumir dois aspectos diferentes – todavia não excludentes – concernentes ao: (a) direito de ser esquecido e (b) direito à esquecer. O primeiro assume uma perspectiva dirigida a terceiros, ou seja, quem deveria esquecer o seu passado. Já o segundo adota uma visão de primeira pessoa, pois é preciso que o ser humano esqueça o seu próprio passado para começar um novo modo de ser e viver.
> [...]
> Para além do direito de ser esquecido, o mais importante para o transexual é o direito à esquecer. Ligado à identidade pessoal, o direito ao esquecimento, nesta perspectiva, constitui a possibilidade da pessoa ser ela mesma, diferente daquilo que ela foi no passado. Isso permite a desconstrução de uma identidade antes de construir uma nova e diferente. (Moreira; Alves, 2015, p. 4-5).

Igualmente, para Alves e Gofas (2017, p. 89-90), as pessoas trans têm o direito ao esquecimento no sentido de um "direito de reescrever a própria história", a fim de "construir uma nova vida em igualdade de condições aos demais". Os autores vinculam o direito ao esquecimento ao livre desenvolvimento da personalidade e ao direito à identidade.

Em posição diametralmente oposta às delineadas anteriormente, apresentou-se corrente defendendo a inexistência, na ordem jurídica brasileira, do direito ao esquecimento. Daniel Sarmento capitaneou essa corrente, em um parecer produzido a pedido da Globo Comunicações e Participações S/A, publicado em 2016 na Revista Brasileira de Direito Civil. Nesse parecer, produzido em razão e tendo como pano de fundo os casos Aída Curi e Chacina da Candelária, o professor respondeu aos seguintes questionamentos:

> (a) Existe um direito fundamental do público de acesso à informação sobre fatos ocorridos no passado, ou o transcurso do tempo acarreta o perecimento deste direito?
> (b) É compatível com a tutela constitucional das liberdades de expressão e de imprensa a invocação do 'direito ao esquecimento' para impedir a divulgação, discussão ou encenação de fatos de interesse público ocorridos no passado, em qualquer veículo ou plataforma, cuja recordação seja embaraçosa, prejudicial ou dolorosa para alguém?
> (c) É cabível a responsabilização civil de veículos de imprensa em razão da divulgação, discussão ou encenação de fatos de interesse público ocorridos no passado?
> (d) Seria compatível com a Constituição a condenação da Consulente à reparação de danos, fundada no 'direito ao esquecimento', pela exibição, no programa televisivo 'Linha Direta Justiça', de matérias sobre os casos 'Chacina da Candelária' e 'Aída Curi'? (Sarmento, 2016a, p. 192)

Como argumentos para negar a consagração do direito ao esquecimento no Brasil, Sarmento (2016a, p. 193) apontou o risco de se atribuir a agentes do Estado, mesmo que juízes, o poder de definirem o que pode ou não ser lembrado pela sociedade, em detrimento da conservação da História e da memória coletiva, bem como referiu-se ao risco de que esse remédio seja utilizado por políticos e

pessoas poderosas para apagarem registros de episódios dos quais não querem recordar, impondo mordaças aos meios de comunicações.

Na sequência, defendeu que o direito à informação, compreendendo o direito de informar, se informar e ser informado, com relação à comunicação de fatos relevantes para o público, e o direito à liberdade de expressão, que abrange a proteção da manifestação do pensamento, ideias, juízos de valor, sentimentos e obras artísticas, são essenciais para o livre desenvolvimento da personalidade. Tais direitos, segundo sustentou, tem largo âmbito de proteção, abrangendo "a mais ampla variedade de matérias que tem relevo para a vida social", não só as atividades dos agentes públicos e a atuação dos poderes do Estado, mas também "temas atinentes aos costumes, criminalidade, práticas e relações sociais, mentalidades, vida econômica, esportes, entretenimento, artes, religião etc" (Sarmento, 2016a, p. 197). Tais direitos estariam comprometidos, segundo aponta, caso se confie ao Poder Judiciário "o poder de definir o que a sociedade tem ou não o direito de saber" (Sarmento, 2016a, p. 197).

Também a história e a memória estariam comprometidos com o reconhecimento do direito ao esquecimento, tendo em vista que a gramática dos direitos fundamentais envolve uma pretensão de generalização e extensão do direito a todas as pessoas. Isso não significaria que o direito à informação deve sempre prevalecer sobre os direitos da personalidade, mas somente que "a passagem do tempo não retira a importância e o interesse público das informações, porque a História é essencial para a sociedade" (Sarmento, 2016a, p. 201). Além disso, reconhecer um direito nos termos das decisões do STJ significaria reconhecer que "a sociedade não tem o direito de manter memória sobre esses fatos", estando ameaçada a memória coletiva, o que seria especialmente grave no Brasil, um país com um passado autoritário e no qual o problema "não é de excesso de memória, mas de amnésia coletiva" (Sarmento, 2016a, p. 2014).

Outro argumento apontado pelo jurista é o de que a liberdade de expressão e de imprensa devem ser vistos como direitos preferenciais em relação aos direitos da personalidade, o que não teria sido observado nos casos Aída Curi e Chacina da Candelária. Essa preferência deve ser observada não só na mídia tradicional, mas também nas manifestações lançadas na internet. Em razão da posição preferencial dessa liberdade, qualquer restrição está sujeita a reserva legal e é excepcional, devendo atender ao teste da proporcionalidade, devendo-se preferir a responsabilização a posteriori à censura (Sarmento, 2016a, p. 212-213). O direito ao esquecimento não resistiria a esses fundamentos, pois não está

previsto normativamente e não poderia ser extraído pela via interpretativa, seja do direito à privacidade, seja do princípio da dignidade da pessoa humana ou qualquer outro dispositivo (Sarmento, 2016a, p. 214).

O autor ainda apontou que a jurisprudência estrangeira comumente citada de modo a amparar o reconhecimento do direito ao esquecimento se encontra superada; com relação ao caso González, ponderou que foram tecidas críticas procedentes a esse julgado, por ter consagrado uma restrição muito ampla e genérica ao direito à informação. De todo modo, apontou que existem razões ligadas às características da ordem constitucional brasileira para se atribuir uma posição preferencial à liberdade de expressão e para não seguir a jurisprudência do TJUE nesse caso (Sarmento, 2016a, p. 216-223).

Seguindo a posição de Sarmento (2016a), Denise Pinheiro (2016) se dedicou, em sua tese doutoral, a desconstruir a ideia de um direito ao esquecimento, buscando mostrar como os direitos à dignidade humana e à privacidade não justificam o reconhecimento desse direito e como não se pode tratá-lo como um direito autônomo.

Outras vozes apontaram a desnecessidade de tutela do direito ao esquecimento, como direito autônomo, por entenderem que o direito assim chamado já estaria tutelado pelo direito à privacidade. Foram esses os apontamentos de Isabela Frajhof (2018, p. 153), para quem “a popularização da terminologia ‘direito ao esquecimento’ acabou por enviesar o debate sobre a importância de se discutir não apenas a questão dos dados pessoais, mas também as consequências que a internet traz para os direitos fundamentais”.

O julgamento do tema de repercussão geral nº 786 deu razão à parcela da literatura que apontava a inconstitucionalidade do direito ao esquecimento, construído como uma figura autônoma, por ameaçar a liberdade de expressão.

A decisão foi bem recebida por parte da doutrina. Para Rocha e Lopes (2021), a decisão foi acertada no ponto em que conferiu posição preferencial à liberdade de expressão, bem como no ponto em que negou a existência do direito ao esquecimento com relação a crimes ocorridos no passado, “pois a recontagem dos fatos, desde que condizente com as narrativas temporais em que restou apurado, constituir-se-ia numa situação de exercício regular de um direito” (Rocha; Lopes, 2021, p. 77). Não obstante, a decisão deixou espaço para a persistência do debate doutrinário, ao consignar, na segunda parte da tese firmada, que excessos e abusos no exercício da liberdade de expressão, que afetem os direitos à honra, imagem, privacidade e personalidade, serão aferidos no caso concreto (Brasil, 2020).

Diante disso, deu-se início a um novo *round* de discussões doutrinárias sobre a necessidade de se consagrar na doutrina e na jurisprudência o direito ao esquecimento. Dados do Google Acadêmico mostram que a discussão está muito viva – entre 2021 e 2023, foram indexados nessa plataforma 16.600 (dezesseis mil e seiscentos) artigos sobre o tema[65]. Com efeito, a voz uníssona da doutrina é no sentido de que a decisão do STF no caso Aída Curi não encerra o assunto, pelo contrário, lhe dá novo impulso. Nesse sentido:

> Embora uma leitura apressada da tese possa sugerir que o STF inviabilizou o reconhecimento do direito ao esquecimento no Brasil, é importante notar que o conceito do direito tido como incompatível com a Constituição Federal não corresponde à definição mais atualizada de direito ao esquecimento utilizada pela doutrina. Além disso, a segunda parte da tese menciona a necessidade da avaliação casuística de situações excessivas ou abusivas, dando margem, portanto, a eventual aplicação do direito ao esquecimento em sua acepção mais moderna. Como conclui Rafael Mansur, uma análise cuidadosa do julgamento revela que a decisão do Tribunal não representa uma 'pá de cal' no direito ao esquecimento no Brasil, e sim um passo rumo ao seu aperfeiçoamento. (Oliveira; Leite, 2022, p. 245)

Tendo em vista esse cenário, ganhou força a corrente doutrinária que defende o direito ao esquecimento como decorrente do direito à identidade. Para essa corrente, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o tema com base em um conceito ultrapassado sobre o instituto.

Essa é a posição de Anderson Schreiber (2022), para quem tanto o STJ quanto o STF apresentaram e apreciaram conceitos errôneos. O autor reputa equivocada a visão do STJ de que o direito ao esquecimento seria "um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas de que, posteriormente, fora inocentado" (Brasil, 2013b). Por outro lado, também reputa errônea a conceituação do direito ao esquecimento como "o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais" (Brasil, 2018b), pois entende que

> Nenhuma das duas abordagens examinadas afigura-se cientificamente adequada, à luz dos estudos especializados sobre o tema, no Brasil e no exterior. De um lado, não se pode acolher uma acepção de direito ao esquecimento que, sob ótica voluntarista, coloque a recordação de fatos pretéritos ao mero sabor do querer de cada indivíduo, o que acabaria por criar proprietários de passados. De outro lado, contudo, não se pode ignorar que a ordem constitucional brasileira, ao atribuir primazia à proteção da pessoa humana, assegura-lhe tutela em face de uma

[65] Disponível em https://scholar.google.com.br/scholar?q=direito+ao+esquecimento&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2021&as_yhi=2023.

> vinculação a fatos pretéritos tão intensa que impeça o indivíduo de exercer plenamente a liberdade de construir para si uma nova identidade pessoal, dissociando-se de rótulos e emblemas do passado. (Schreiber, 2022, p. 219).

Nessa linha de raciocínio, Schreiber (2022, p. 219) defende que o direito ao esquecimento não seja associado ao direito à intimidade ou à privacidade, mas sim ao direito à identidade, que apresenta como sendo o "direito de toda pessoa expressar sua verdade pessoal, 'quem de fato é', em suas realidades física, moral e intelectual". Nesse sentido, aponta o direito ao esquecimento como o

> [...] direito da pessoa humana se defender contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos, que se mostre apta a minar a construção e reconstrução da sua identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes (*sotto falsa luce*), de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à sua realidade atual. (Schreiber, 2022, p. 220).

O autor caracteriza o direito ao esquecimento, seus destinatários e seu escopo da seguinte forma:

> [...] o direito ao esquecimento é, portanto, um direito (a) exercido necessariamente por uma pessoa humana; (b) em face de agentes públicos ou privados que tenham a aptidão fática de promover representações daquela pessoa sobre a esfera pública (opinião social), incluindo veículos de imprensa, emissoras de TV, fornecedores de serviços de busca na internet etc.; (c) em oposição a uma recordação opressiva dos fatos, assim entendida a recordação que se caracteriza, a um só tempo, por ser desatualizada e recair sobre aspecto sensível da personalidade, comprometendo a plena realização da identidade daquela pessoa humana, ao apresentá-la sob falsas luzes à sociedade. (Schreiber, 2022, p. 221).

O exemplo citado pelo autor (Schreiber, 2022, p. 221) é, justamente, o da pessoa transsexual, ao qual se apega a corrente que aponta o direito ao esquecimento como um direito identitário.

Em sentido contrário, Isabela Frajhof (2021, p. 19) entende que o conceito de direito ao esquecimento que foi colocado em pauta pelo STF corresponde adequadamente ao que vinha sendo objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial no Brasil. Parte expressiva da doutrina, após o julgamento do tema de repercussão geral nº 786, aceita a conceituação do direito ao esquecimento tal como retratada na tese, porém, rejeita a solução dada, como se passa a dissertar.

Nessa linha, Freire de Sá e Oliveira Naves (2021) seguem apontando a possibilidade de reconhecer o direito ao esquecimento como um direito decorrente da privacidade. Os autores concordam com o voto divergente apresentado pelo Min. Edson Fachin, e definem o direito ao esquecimento como um direito "que permite ao indivíduo manter as informações a seu respeito dentro de um círculo

determinado de pessoas, o que abrangeria o direito de, em dadas circunstâncias, não ser lembrado contra a sua vontade" (Freire de Sá; Oliveira Naves, 2021, p. 22).

Apontam os autores, em sua crítica ao voto do Min. Toffoli, proferido no RE nº 1.010.606, que, embora tenham sido citadas três posições sobre a existência do direito ao esquecimento, apenas houve a análise da tese segundo a qual o direito ao esquecimento seria uma figura autônoma, não tendo sido objeto de análise as duas primeiras correntes, que o apontavam como sendo decorrente da dignidade ou da privacidade. Assinalam também que o voto foi equivocado no ponto em que rejeitou a possibilidade de se reconhecer um direito que visa à garantia de outros direitos, pois isso seria possível com base na tutela geral dos direitos de personalidade. Consideram que a visão do relator sobre o direito ao esquecimento é equivocada, porque não se trata de tomar a passagem do tempo como suficiente para transmutar o lícito em ilícito, mas sim de dizer se "reviver o passado é apenas uma curiosidade ou ainda é relevante para a sociedade como um todo" (Freire de Sá; Oliveira Naves, 2021, p. 199).

Sustentam, ainda, que a decisão é baseada em uma lógica de tudo ou nada, que não dá suficiente atenção às peculiaridades dos casos concretos ao abrigo do direito ao esquecimento; para ambos, não seria cabível sequer a aprovação de uma tese de repercussão geral nesse caso. Defendem a impossibilidade de se admitir, aprioristicamente, a liberdade de expressão como superior ao direito ao esquecimento, pois a concorrência de direitos só se dá no caso concreto, não ocorrendo em abstrato (Freire de Sá; Oliveira Naves, 2021, p. 200).

Para os autores, a decisão do STF no tema em questão apenas significou a rejeição do direito ao esquecimento como figura autônoma, não significando seu afastamento como decorrência de outros direitos fundamentais, como a privacidade, não sendo a tese aplicável, ainda, nos casos em que se requer a desindexação de conteúdo (Freire de Sá; Oliveira Naves, 2021, p. 204).

Também persiste a doutrina que aponta o direito ao esquecimento como direito autônomo decorrente da cláusula geral de tutela da pessoa humana e relacionado com a autodeterminação informativa, sendo esse o posicionamento de Martins (2021), para quem esse direito

> [...] deriva da necessidade dos indivíduos de determinar o desenvolvimento da sua vida de maneira autônoma, livres de serem perpetuamente ou periodicamente estigmatizados em consequência de uma ação específica realizada no passado. (Martins, 2021, p. 12)

De acordo com o autor, a tese de repercussão geral nº 786, firmada pelo STF, “espelha, em grande parte a visão do professor Daniel Sarmento”, de modo que teria havido “a importação acrítica de institutos oriundos do direito constitucional norte-americano, no tocante a uma visão exacerbadamente preferencial da liberdade de expressão” (Martins, 2021, pp. 65-66). O autor faz coro com a doutrina crítica à decisão do STF, endossando a tese de que o direito ao esquecimento deve ser reconhecido na sociedade da informação, não havendo qualquer posição apriorística de superioridade entre direitos fundamentais, devendo haver a análise dos direitos em conflito no caso concreto, devendo-se ainda, privilegiar a tutela inibitória em detrimento da tutela reparatória (Martins, 2021, P. 66-67).

Trilhando o mesmo caminho, Maria Cristina de Cicco (2021, p. 1) incisivamente afirma que “o direito ao esquecimento está vivo e goza de boa saúde, apesar da tentativa do STF de declarar a sua morte”. A autora apresenta esse direito segundo uma classificação em três gerações:

> Em extrema síntese, a primeira consiste no direito de não ver republicada uma notícia, já legitimamente publicada, quando transcorreu um período de tempo considerável e não haja um interesse público atual na republicação dessa notícia. A segunda, já pós Internet e delineada na decisão n. 5.252 de 2012 do Tribunal de Cassação italiano, é o direito de contextualizar a informação. A terceira, individualizada a partir do caso Google Spain e depois reafirmada no Regulamento Europeu 679/2016, é o direito de cancelar dados pessoais em determinadas circunstâncias. (De Cicco, 2021, p. 3).

Para a autora, na primeira geração há uma tutela do direito à reputação; na segunda, do direito à identidade pessoal e, na terceira, dos dados pessoais. Defende que o direito ao esquecimento, expresso nessas gerações de direitos, não é autônomo, mas instrumental, sendo destinado à concretização de outros direitos da personalidade (De Cicco, 2021, p. 4).

Por último, há que se referir a uma parcela da doutrina que, mais voltada à análise do direito ao esquecimento na internet, aponta-o como uma manifestação dos direitos à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa. Essa corrente aponta a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira como um fundamento apto ao reconhecimento do direito ao esquecimento (Martini; Bergstein, 2019).

Para Maldonado (2022, RB. 10.3), o direito ao esquecimento na internet com fundamento no direito à proteção de dados pessoais convive com o tradicional direito ao esquecimento. Caracteristicamente, o direito “tradicional” ao esquecimento tem como elemento central o transcurso do tempo, que tem o

condão de tornar ilegítima a recordação de algum fato prejudicial ao sujeito; já o direito ao esquecimento na internet, para estar configurado, depende unicamente de se verificar se a veiculação de um dado pessoal é necessária para a finalidade de tratamento para o qual foi coletado.

No mesmo sentido, aponta Martins (2021, p. 76) que o direito ao esquecimento na internet se configura quando "um indivíduo não deseja mais que seus dados pessoais sejam processados ou salvos por um processador de dados", caso em que os dados devem ser removidos, inexistindo razão legítima para mantê-los. O direito ao esquecimento na internet, então, estaria configurado nas seguintes situações: a primeira é o caso em que o próprio titular dos dados pessoais os disponibiliza na *internet* e, depois, pretende deletá-los; a segunda envolve a reprodução dos dados por terceiros, caso em que em regra deve o controlador dos dados deletá-los, salvo as isenções legais, como é o caso de dados pessoais publicados para fins jornalísticos, artísticos e expressão literária.

Por outro lado, parte da doutrina brasileira enfoca as diferenças entre o RGPD europeu e a LGPD brasileira, apontando que a legislação brasileira não previu o direito ao esquecimento, tratando-se de um silêncio eloquente por parte do legislador (Veronese; Melo, 2018).

5.7
A doutrina sobre o direito ao esquecimento em matéria de justiça de transição

Ao lado das discussões em torno do "tradicional" direito ao esquecimento e do direito ao esquecimento na *internet*, desenvolve-se outra discussão na seara da justiça de transição.

Antes de abordar propriamente o tema do direito ao esquecimento nessa matéria, cabe fazer breve referência à decisão proferida na ADPF nº 153, julgada em 29 de abril de 2010, na qual o STF decidiu que a CRFB/88 recepcionou a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979)[66]. Em referida ADPF, o Conselho Federal da OAB requereu ao STF que desse interpretação conforme à Constituição ao §1º do art.

[66] Houve voto divergente no Min. Ricardo Lewandowski, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 1º, §1º, da Lei nº 6.683/79. Em seu voto, o Ministro se referiu às obrigações internacionais assumidas pelo Brasil ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como ao entendimento sedimentado na Corte IDH sobre o dever que têm, os Estados-membros da OEA, de investigar e punir as violações graves aos direitos humanos (Brasil, 2010, p. 31). Também apresentou voto divergente o Ministro Ayres Britto, que votou no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido para dar interpretação conforme ao art. 1º, §1º, da Lei nº 6.683/79, a fim de "excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição [...] os crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados; homicídio, tortura e estupro, especialmente" (Brasil 2010, p. 13).

1º, da Lei nº 6.683/79, para declarar que a anistia concedida pela Lei nº 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar[67]. O pedido foi julgado improcedente. No entanto, os votos convergentes dos Ministros votantes foram no sentido de que a Lei de Anistia não elide a responsabilidade civil do Estado, uma vez que abrange somente os efeitos penais. Tampouco a Lei de Anistia obsta o direito à verdade e à história, de modo que está preservado o dever do Estado de investigar, divulgar e adotar providências sobre os crimes ocorridos no período ditatorial, como constou no voto da Ministra Carmen Lúcia (Brasil, 2010, p. 2).

Passando, propriamente, à questão pertinente ao direito ao esquecimento, o que se infere das decisões do STJ ligando essa temática à questão atinente à justiça de transição, é que a decisão proferida pelo STF na ADPF nº 153 tem servido como fundamento para amparar pedidos cíveis envolvendo reportagens/notícias veiculadas pela imprensa a respeito dos fatos ocorridos durante a ditadura militar (conforme análise no item 4.1.4, acima). No mesmo sentido:

> O direito ao esquecimento, nos casos associados à lei da anistia, tem sido reconhecido aos anistiados políticos, tanto aos agentes públicos quanto aos opositores do regime, para que não sejam responsabilizados por fatos criminosos pretéritos já 'perdoados' através do 'pacto social' que representou tal lei. No entanto, para muitos essa lei representa um esquecimento forçado que promoveu o perdão de torturadores e impede que a verdade venha à tona (Karam; Oliveira, 2019, p. 189).

Como ressalta a doutrina a respeito dessa temática, há um afastamento do bem jurídico tutelado pelo direito ao esquecimento, que passa a ser concebido como um instituto decorrente de uma lei específica (Karam; Oliveira, 2019, p. 189-190). Além disso, essa interpretação se afasta até mesmo do que se decidiu na ADPF nº 153 (na qual se decidiu sobre a persecução *penal*, e não cível, dos anistiados), além de operar com uma ficção jurídica de que teria havido um genuíno perdão social. Aponta-se que esse perdão não existiu, tanto assim que o caso Ustra (vide 4.1.4), apreciado pelo STJ, revela "a pretensão [...] de seres humanos violados em sua dignidade física, psicológica e moral que desejavam

[67] Arnaldo Vieira Sousa (2014, p. 2) contextualiza bem o pedido formulado na ADPF nº 153, apontando que "debaixo do manto dos 'crimes conexos' [expressão constante do §1º, do art. 1º, da Lei nº 6.683/79], foi dada anistia a todos os representantes da ditadura que cometeram crimes de tortura, assassinato, sequestro e terrorismo".

apenas que seu algoz reconhecesse as atrocidades cometidas sob suas ordens" (Karam; Oliveira, 2019, p. 192).

Ressalta-se que não há muita produção acadêmica ligando o direito ao esquecimento à lei de anistia. Essa é uma construção da jurisprudência (do STJ e do STF) que se aparta da origem e dos principais casos relacionados ao direito ao esquecimento. Com efeito, o que há, no campo da justiça de transição, é uma discussão vigorosa acerca de duas principais questões: (i) sobre a natureza da anistia consagrada na Lei nº 6.683/79 – se se trata de uma lei que institui a memória a respeito dos fatos praticados na ditadura, ou se é uma lei que institui o esquecimento acerca desses fatos[68]; e (ii) se a decisão do STF, proferida na ADPF nº 153 é correta, uma vez que contraria decisões da Corte IDH, havendo uma discussão latente sobre a recepção ou não recepção da Lei nº 6.683/79 pela CRFB/88.

Na sequência, apresentam-se as principais questões mapeadas no que diz respeito à temática do direito ao esquecimento.

5.8
O horizonte avistado a partir do debate jurisprudencial e acadêmico.

Como se pode ver a partir do escorço doutrinário engendrado nas linhas pretéritas, a discussão sobre o direito ao esquecimento está longe de ser pacificada no Brasil. Assim, persistem as correntes que enxergam o direito ao esquecimento como derivado da tutela da dignidade humana, ou como derivado do direito à privacidade. Além disso, ganharam força as correntes que o percebem como ligado ao direito à identidade e aquelas que o identificam como decorrente do direito à proteção de dados pessoais. Em outras palavras, permanece uma discussão de caráter conceitual[69].

Sintetizando o quanto foi até agora exposto, verificam-se três principais formulações do direito ao esquecimento

---

[68] A esse respeito, Enéa de Stutz e Almeida (2021b) defende que a natureza jurídica da Lei de Anistia deve partir da consideração de que não se trata de "anistia do esquecimento", mas sim de "anistia da memória". Desenvolve seu raciocínio apresentando dois tipos de anistia política: 1) anistia dos fatos ou do esquecimento e 2) anistia das condenações ou da memória. Segundo a autora, a lei 6.683/79 é uma anistia de memória, pois somente apaga as condenações, embora prevaleçam os fatos. Não obstante, observa que "paradoxalmente o debate público desde então [desde 1979] tem se empenhado na construção da narrativa como esquecimento" (Almeida, 2020, p. 41). Por outro lado, Sousa (2014, p. 5-6) assevera que o texto da Lei nº 6.683/79 trata de uma anistia dos fatos, uma verdadeira amnésia institucional.

[69] Ainda, há decisões judiciais e doutrina ligando o direito ao esquecimento à matéria de justiça transicional, embora essa ligação se afaste das origens e do desenvolvimento do chamado direito ao esquecimento, não contribuindo para a elaboração de um "novo conceito".

1. Na primeira formulação, tem-se o direito ao esquecimento como o direito de qualquer pessoa que se envolveu em fatos públicos reclamar a restrição à circulação de determinada informação que lhe seja prejudicial, caso a relembrança dos acontecimentos seja ilegítima, considerando-se o papel desempenhado pela pessoa na sociedade e as necessidades da história, ou tenha o condão de ferir a sensibilidade da pessoa. Por esse conceito, o direito ao esquecimento não detém autonomia, devendo ser constatada a lesão a algum aspecto da personalidade, tais como a privacidade, a identidade ou a honra. A raiz desse conceito é, como já extensamente referido, a famosa decisão do TGI de Paris no caso Mme. M vs. Paris Match (1983). A aplicação desse direito (não autônomo) supõe o sopesamento dos direitos contrários, em especial os direitos fundamentais à liberdade de expressão e informação;
2. Na segunda formulação, o direito ao esquecimento está ligado ao direito à identidade, trata-se de um direito de defesa contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos, de modo que aquele que o invoca possa reconstruir sua identidade pessoal. A aplicação desse direito supõe o sopesamento dos direitos contrários;
3. Na terceira formulação, o direito ao esquecimento consiste no direito de autodeterminação informativa, na sua faceta relativa à proteção de dados pessoais. Trata-se de um direito autônomo de restringir ou obstar a circulação de dados pessoais, sempre que a veiculação desses dados se der em desacordo com a finalidade para a qual foram coletados e sempre que ausente uma legítima razão do controlador de dados para continuar o tratamento. Esse direito se manifesta em duas situações: a primeira diz respeito aos casos em que o próprio titular dos dados os fornece ao controlador, passiva ou ativamente; a segunda diz respeito aos dados pessoais contidos em notícias ou manifestações publicadas por terceiros. Por esse prisma, pode haver ou não um conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão e informação.

Entende-se que, em todos os conceitos apresentados, se verifica a centralidade de uma questão, que diz respeito aos impactos da passagem do

tempo para que se considere lícita a circulação de determinada informação (Moncau, 2020, p. RB 1.1). Mais especificamente, o direito ao esquecimento é evocado a respeito de duas situações em que uma informação é posta em circulação. A primeira situação são casos em que há uma rememoração de fatos antigos que haviam sido, antes, licitamente publicados, casos em que o direito ao esquecimento normalmente é invocado contra veículos de comunicação e imprensa. A segunda situação são casos em que há o acesso permanente a notícias antigas, o qual é facilitado por meio da tecnologia da informação, caso em que o direito ao esquecimento normalmente é invocado contra editores de conteúdo *online* e contra motores de busca na *web* (Moncau, 2020). Cabe destacar que uma situação não exclui a outra, pois é perfeitamente possível a simultaneidade de situações e de pleitos[70].

Vê-se que a expressão “direito ao esquecimento” pode referir a situações muito distintas, o que leva ao questionamento quanto à utilidade dessa terminologia para tratar dessas situações. Acredita-se que essa conveniência depende de ser possível identificar um âmbito de autonomia para esse direito. Para isso, entretanto, é preciso dar um passo para trás, a fim de enxergar o cerne da real controvérsia.

Nesse passo, o ponto central que se discute em todas as invocações do direito ao esquecimento, é o seguinte: em que situações o fluxo de informação, na internet e fora dela, pode ser contido pelo Direito, para garantir o respeito aos direitos da personalidade, sem, com isso, afetar de maneira inaceitável a construção da memória individual e coletiva, e a liberdade de expressão e informação? Embora a jurisprudência utilize a expressão “direito ao esquecimento” em outras situações que não aquelas pertinentes à licitude da circulação de notícias (ou de sua permanência na *web*), entende-se que esses casos são exemplos de uso equivocado da expressão, que não guardam pertinência com a sua origem e os seus principais exemplos de uso.

Quando se põe em perspectiva essa pergunta, a expressão “direito ao esquecimento” decai em relevância, pois se vê que o enfrentamento do assunto dispensa o recurso a esse título, já que basta ter em mente os aspectos da personalidade humana que carecem de proteção jurídica nas situações em que há uma rememoração de um fato antes recaído no esquecimento ou a

[70] Relembre-se o caso, julgado pela Suprema Corte chilena, em que Alveal Antonucci demandou contra o Google, a Microsoft, o Poder Judiciário chileno, e os Jornais El Mercurio e La Tercera, requerendo simultaneamente a eliminação das notícias dos jornais e do site do próprio Poder Judiciário, e a desindexação dos motores de busca na *web*.

permanência em disponibilidade de uma informação antiga. Essa é a inquietação que move o presente estudo. Assim, por ora se colocará em suspenso a questão da utilidade da expressão “direito ao esquecimento” para que se passe a apreciar o problema a ser enfrentado, o da licitude de contenção do fluxo de informações a fim de garantir os direitos da personalidade. Assim, o enfoque do estudo será o de analisar os direitos fundamentais e da personalidade em jogo, e as situações concretas em que esses direitos colidem e nas quais o direito ao esquecimento é invocado.

Nesse ponto, transparece uma diferença de visões conforme a filiação do autor a um determinado campo de estudos. Os estudos desenvolvidos na área do direito constitucional tendem a concordar com inúmeros argumentos contrários ao direito ao esquecimento, dentre eles: a não previsão de tal direito expressamente na legislação; a posição preferencial da liberdade de expressão, o que repercute na forma de tutela dos direitos da personalidade, em caso de conflito, o que se daria somente *a posteriori*; o risco de se ter uma censura judicial da imprensa, com o aniquilamento da memória coletiva em favor da memória individual; a impossibilidade de um direito ficar sujeito à vontade de seu titular; a ausência de demarcação do campo de incidência desse direito, dos seus sujeitos ativo e passivo; e a ineficácia desse direito, em razão do efeito *streisand*. Já os estudos desenvolvidos na área do direito civil tendem a concordar com os argumentos favoráveis ao reconhecimento do direito ao esquecimento, tais como: a possibilidade de se extrair um direito do sistema jurídico apesar da ausência de sua previsão na legislação civil; a impossibilidade de se ter uma posição preferencial de qualquer direito da personalidade; a inexistência de censura judicial, pois a censura só seria realizada pelo Executivo e o Legislativo; a não configuração do direito ao esquecimento como sujeito à vontade de seu titular; a possibilidade de construção de certos requisitos para o reconhecimento do direito ao esquecimento nos casos concretos que sejam levados ao Judiciário.

Com efeito, constitucionalistas como Daniel Sarmento (2016a), Luís Roberto Barroso (2023), Ingo Wolfgang Sarlet e Ivar Alberto Martins Hartmann (2019), Fábio Carvalho Leite (2014) e Cláudio Chequer (2022) se posicionam favoravelmente a se entender a liberdade de expressão como um direito fundamental preferencial *prima facie*. Para tanto, são apresentados quatro tipos de argumento: a liberdade de expressão garante a livre expressão da personalidade e o desenvolvimento da autonomia individual; além disso, é um importante instrumento para a descoberta da verdade; é, também, importante instrumento de participação do cidadão na democracia; e se trata de um

instrumento para externar contrariedade ao governo (Chequer, 2022, p. 21; Barroso, 2023, p. 27). Em razão da centralidade da liberdade de expressão para a democracia e sua importância para o desenvolvimento da personalidade e da autonomia individual, entende-se que é necessário inverter o ônus argumentativo para a sua superação por outros direitos, consistindo nisso o caráter *prima facie* da liberdade de expressão (Barroso, 2023, p. 28).

Por outro lado, civilistas como Anderson Schreiber (2022), Felipe Soares e Rafael Mansur (2022), De Cicco (2021) e Martins (2021) defendem que, em razão da inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais e da personalidade, não se pode considerar a liberdade de expressão como preponderante *prima facie*, em eventual conflito de direitos. A doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão, argumenta-se, não confere a adequada importância aos direitos da personalidade, que igualmente gozam de intrínseca conexão com o princípio democrático; desse modo, a existência de eventual conflito entre liberdade de expressão e direitos da personalidade deve se resolver casuisticamente (Soares; Mansur, 2022, p. 37).

Essa questão de fundo teórico repercute na análise do direito ao esquecimento também quanto ao argumento seguinte. Para parte da doutrina constitucionalista, reconhecer a posição preferencial da liberdade de expressão diminui o risco de uma censura judicial da imprensa, com o aniquilamento da memória coletiva em favor da memória individual (Sarmento, 2016a). Já a parcela da doutrina que adere à vertente do direito civil-constitucional argumenta que a adoção da posição preferencial da liberdade de expressão, que induz à restrição da tutela dos direitos da personalidade, postergando-a para o momento seguinte à lesão, seja por meio de indenização, retratação, direito de resposta ou outros mecanismos “acaba por subverter completamente a hierarquia dos valores constitucionais, admitindo-se uma inaceitável mercantilização dos direitos da personalidade”, pois isso possibilitaria uma análise de custo-benefício mercadológica sobre a infringência de um direito (Soares; Mansur, 2022, p. 49). Argumenta essa parcela doutrinária, ainda, que não há que se falar em censura quando o Poder Judiciário determina a retirada de conteúdo da *web*, ou adota outras medidas de tutela específica de direitos da personalidade (Schreiber, 2022, p. 5).

Outro ponto de discordância diz respeito a questões de eficácia do direito ao esquecimento, notadamente no ambiente virtual, tendo em vista o que se chamou de *efeito streisand*, além de circunstâncias que podem dificultar a própria aplicação do direito em razão da arquitetura da rede.

Como se percebe, a clivagem teórica é profunda. Não se reduz à prática forense, mas remonta aos pressupostos filosóficos e teóricos que dão sustentáculo às decisões sobre essa temática. Em outras palavras, a reivindicação que muitos autores fazem pelo reconhecimento do direito ao esquecimento arrasta para o debate todo o arcabouço teórico construído, nos campos do Direito Constitucional e do Direito Civil (especialmente a vertente do direito Civil-Constitucional), acerca dos direitos fundamentais e de personalidade. Como aponta Moncau:

> Na qualidade de problema relativo à circulação de informação, o debate sobre um direito ao esquecimento recoloca diante de quem o examina uma disputa que opõe duas vertentes teóricas do direito. De um lado, a doutrina que aborda o desenvolvimento do direito civil-constitucional, apontando para uma textura aberta dos direitos da personalidade e atribuindo a tais direitos um status de importância constitucional, derivado diretamente da sua conexão com o princípio fundante de nossa ordem constitucional que assegura a proteção da dignidade da pessoa humana. De outro, uma vertente de estudos da liberdade de expressão a partir de seu status de direito humano e fundamental que repudia com veemência a imposição de restrições desproporcionais, abstratas ou indevidas à circulação de informação, apontando, entre outras coisas e com base nos tratados internacionais de direitos humanos, para a necessidade de que tais restrições sejam claramente estabelecidas por lei. (Moncau, 2020, p. RB 1.1)

Nesse contexto, e dadas as discordâncias sobre o tema em diversos níveis da teoria jurídica, salutar é a organização dos argumentos, o que se propõe de acordo com o seguinte quadro:

Posição pró-direito ao esquecimento (perspectiva civilista)	**Posição contra o direito ao esquecimento (perspectiva constitucionalista)**
✓ O direito ao esquecimento pode ser inferido do ordenamento jurídico, ainda que não tenha sido expressamente previsto na legislação, não obstante o sistema de *civil law* adotado no Brasil. ✓ Não obstante o silêncio do legislador, que optou por não prever o direito ao esquecimento nos moldes europeus, a legislação brasileira possui diversos dispositivos dos quais se pode extrair o direito ao esquecimento.	✓ O direito ao esquecimento não pode ser reconhecido, por estar ausente previsão legal. ✓ Além disso, o silêncio do legislador, nesse caso, é eloquente, pois deixou de prever esse direito na LGPD.
✓ No conflito entre os direitos fundamentais à liberdade de	✓ No conflito entre os direitos fundamentais à liberdade de

expressão (*lato sensu*) e os direitos da personalidade, não há posição preferencial de qualquer destes, pois somente as circunstâncias do caso concreto podem ditar a solução correta. ✓ Se fosse para haver uma posição preferencial, essa deveria ser da dignidade humana e dos direitos individuais à privacidade, identidade e honra.	expressão (*lato sensu*) e os direitos da personalidade, aquela goza de posição preferencial, o que não significa que sempre irá submeter a estes, mas apenas impõe um ônus argumentativo reforçado para aquele que invoca um direito da personalidade.
✓ A tutela de direitos da personalidade por decisão judicial não pode ser equiparada à censura, pois o Poder Judiciário funciona segundo uma lógica de aplicação de direitos. A censura, portanto, só seria praticada por meio de atos dos Poderes Executivo e Legislativo.	✓ Decisões judiciais que aplicam tutela inibitória preventiva, em casos nos quais está em jogo a liberdade de expressão, podem resultar em censura. Por essa razão, havendo lesão aos direitos da personalidade nesses casos, a tutela deve ser reparatória e *a posteriori*.
✓ O direito ao esquecimento não implica em risco para a conservação da memória coletiva e construção da memória individual, nem ameaça a História, pois não abarca os casos em que os fatos são “genuinamente de interesse histórico”.	✓ O direito ao esquecimento ameaça a construção das memórias coletiva e individual, e configura verdadeira ameaça à História, pois o interesse histórico não se limita à narrativa dos grandes eventos e das personalidades públicas.
✓ O reconhecimento do direito ao esquecimento não importa na sujeição de um direito à vontade de seu titular.	✓ O reconhecimento do direito ao esquecimento se dá sob uma ótica voluntarista, de modo que seria subordinar os requisitos de configuração de um direito à vontade de seu titular. Há um défice na doutrina que defende o direito ao esquecimento, quanto à identificação do seu campo de aplicação, dos seus requisitos de configuração, bem como do sujeito ativo e passivo.
✓ É possível a construção de parâmetros para o reconhecimento do direito ao esquecimento nos casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário, para reduzir a possibilidade de decisões judiciais que	✓ A construção de parâmetros para o reconhecimento do direito ao esquecimento se revela débil, ante o particularismo das decisões judiciais sobre essa questão, que enseja inevitável dano à

ocasionassem dano severo à circulação de notícias de interesse público.	circulação de notícias de interesse público.
✓ A dificuldade quanto à eficácia social de um direito não pode ser óbice para que o Judiciário engendre formas de aplicá-lo satisfatoriamente.	✓ A tentativa de remover ou restringir a fala pode despertar um maior interesse sobre o fato (efeito *Streisand*). ✓ Há dificuldades operacionais na aplicação do direito ao esquecimento, sobretudo na *internet*.

Note-se que o quadro acima compara as posições extremadas acerca do tema, sendo certo que há muitas posições intermediárias entre as duas correntes.

Esses assuntos podem, ainda, ser organizados, conforme sua natureza, em argumentos jurídicos (voltados à identificação de um direito segundo uma filosofia e teoria do direito e de acordo com uma organização doutrinária dos assuntos jurídicos) e não jurídicos (voltados a enfrentar as questões de natureza prática e sociológica relacionadas ao tema). Assim, podem-se classificar os argumentos da seguinte forma:

a) Argumentos referentes à filosofia e teoria do direito: dizem respeito aos critérios de identificação de um direito no ordenamento jurídico e de resolução de conflitos entre direitos. São desse tipo as seguintes questões: se há necessidade de previsão normativa explícita do direito ao esquecimento para que seja considerado um direito existente, válido e aplicável; se a vontade do legislador de prever ou não esse direito na legislação influencia a identificação do direito válido; se a avaliação das consequências sociais das decisões judiciais (argumentos consequencialistas) importam para a identificação do direito[71];
b) Argumentos de nível doutrinário, pertinentes ao campo da teoria da Constituição e dos direitos fundamentais[72]: qual o conteúdo do

[71] São desse tipo as seguintes questões: se uma decisão judicial, ao aplicar os direitos da personalidade, mediante a restrição do discurso, pode equivaler à censura; se uma decisão judicial, ao reconhecer o direito ao esquecimento, pode significar uma ameaça para a conservação da memória social e, consequentemente, afetar a formação da memória individual e da própria identidade; se uma decisão judicial, ao reconhecer o direito ao esquecimento, pode ameaçar os estudos da História.

[72] Seriam argumentos de dogmática especial, que diz respeito à "análise das dimensões de cada direito constitucionalmente garantido, considerando e avaliando sua concretização legislativa e jurisprudencial" (Dimoulis; Martins, 2014, p. 8). Essas questões se confundem com as questões filosóficas e teóricas explicitadas na "letra a", sendo certo que não há como desvincular o âmbito

princípio da dignidade da pessoa humana, apontado como fundamento genético dos direitos fundamentais e de personalidade; qual o conceito de direitos fundamentais e de personalidade; se há um campo específico de tutela da dignidade humana que reclama o reconhecimento do direito ao esquecimento; havendo (depende da resposta anterior), qual o âmbito de aplicação desse direito e seus sujeitos ativo e passivo; se o reconhecimento do direito ao esquecimento incorpora uma ótica voluntarista na sua identificação; se o direito ao esquecimento consiste em afetação inadmissível do âmbito de proteção da liberdade de expressão; qual a relação entre direitos fundamentais e da personalidade e as formas de resolução de conflitos entre uns e outros; se, no conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, há uma preponderância *prima facie* de qualquer desses direitos;

c) Argumentos relativos à eficácia social (ou efetividade) de um direito: referem-se à possibilidade de uma norma jurídica produzir efeitos na sociedade, influenciando o comportamento dos jurisdicionados. É desse tipo a questão de saber se as dificuldades de implementação do direito ao esquecimento, notadamente o *efeito Streisand* e a arquitetura da *internet*, são razões para que esse direito não seja reconhecido.

Na segunda parte do presente estudo, passa-se a analisar as principais questões teóricas identificadas acima, que influem na consideração do direito ao esquecimento.

---

mais prático de aplicação do direito dos pressupostos filosófico-teóricos de fundo. Portanto, essa separação dos assuntos só tem o intuito de tornar a exposição mais organizada e linear.

SEGUNDA PARTE

DIREITO AO ESQUECIMENTO: ENTRE A CLÁUSULA ABERTA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A LÓGICA RESTRITIVA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

6

Direitos de personalidade: dignidade da pessoa humana, direitos implícitos e colisões entre direitos

No capítulo anterior, foram suscitadas algumas questões em torno das quais gira a problemática do direito ao esquecimento. Apontou-se que as compreensões sobre o tema opõem duas vertentes do direito: de um lado, a linha do direito civil-constitucional identificando o direito ao esquecimento como um direito da personalidade implícito na Constituição; de outro lado, a linha do direito constitucional que se dedica à análise da liberdade de expressão, vendo-a como um obstáculo ao reconhecimento daquele direito como um direito da personalidade implícito. Há um embate sobre a lógica aberta da tutela da personalidade humana, por meio de uma cláusula geral, e a lógica da tutela da liberdade de expressão, que requer que a previsão de restrições a esse direito fundamental ocorra de maneira expressa e estrita.

Apontou-se que a clivagem teórica entre as duas correntes de pensamento é profunda, remontando aos pressupostos filosóficos das teorias, arrastando para o debate todo o arcabouço teórico construído, nos campos do direito Constitucional e do Direito Civil (especialmente a vertente do direito Civil-Constitucional) acerca dos direitos fundamentais e de personalidade.

Tendo em vista esse cenário, identificaram-se alguns grupos de questões pertinentes à matéria. Algumas questões pertencem ao campo da filosofia e da teoria do direito, e dizem respeito aos critérios de identificação de um direito no ordenamento jurídico. São elas: se há necessidade de previsão normativa explícita do direito ao esquecimento para que seja considerado um direito existente, válido e aplicável; se a vontade do legislador de prever ou não esse direito na legislação influencia a identificação do direito válido; se a avaliação das consequências sociais das decisões judiciais (argumentos consequencialistas) importam para a identificação do direito.

Passando para o campo da teoria da Constituição e da teoria dos direitos fundamentais, outras questões teóricas e conceituais se tornam importantes, como compreender o marco normativo estabelecido pela Constituição da República de 1988, em especial, a centralidade do princípio da dignidade humana no ordenamento constitucional, e o seu conteúdo. Especificamente, é importante compreender em que situações a dignidade da pessoa humana será fundamento para o reconhecimento de direitos implícitos, tendo em vista que este é um ponto nodal para destrinchar a problemática do direito ao esquecimento. Outros pontos de relevo são compreender os direitos fundamentais e de personalidade, o fenômeno da constitucionalização dos direitos de personalidade e a forma de resolução de conflitos entre esses direitos.

Esses aspectos da filosofia e da teoria do direito não são objeto direto desta tese, que se centra, especificamente, na análise da existência de um âmbito específico da personalidade humana que necessite do reconhecimento de um novo direito e na análise de conflitos que possam surgir com a liberdade de expressão. No entanto, não há como desenvolver esse tema sem apresentar os pressupostos teóricos que guiarão essa análise. Assim, esse capítulo inicial buscará trazer a lume essas premissas, anotando, naquilo que for relevante, as principais controvérsias. Com isso, no entanto, não se quer adentrar com profundidade a esses temas, que, certamente, mereceriam estudos aprofundados em apartado.

6.1
Concepção do direito como uma prática interpretativa e a possibilidade de o ordenamento jurídico conter direitos implícitos

Uma primeira questão que surge quando se pensa sobre o tema do direito ao esquecimento diz respeito à possibilidade de o ordenamento jurídico conter direitos implícitos. A resposta, à primeira vista, parece simples, pois a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88) dispõe, no art. 5º, §2º, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Em que pese à generalidade desse dispositivo constitucional, não há desacordo sobre o significado desta disposição normativa, que consiste em uma cláusula de abertura para direitos fundamentais implícitos (Abboud, 2023, p. RL-1.3).

A questão se coloca quando se pensa, por outro lado, como e a partir de quais argumentos se podem reconhecer e identificar direitos implícitos no ordenamento jurídico. Nesse sentido, não há como evitar adentrar em considerações de natureza filosófica sobre como identificar o direito. Permanecem sem resposta fácil alguns questionamentos: A vontade do legislador influencia na identificação de um direito implícito? A avaliação das consequências sociais das decisões judiciais influencia na consideração sobre a existência de um direito fundamental implícito? Afinal, como identificar um direito implícito no ordenamento?

A resposta a esse grupo de questões pressupõe algumas convicções político-filosóficas, que precisam ser declinadas à partida. É preciso responder, inicialmente, como identificar a existência de um direito fundamental em uma determinada ordem normativa constitucional. Há, nesse único ponto, muitas teorias que se propõem a definir como identificar um direito fundamental implícito. Essas teorias, no mais das vezes, divergem muito entre si, porque adotam como pano de fundo diferentes concepções do próprio Direito[73]. A concepção do direito ocasiona implicações práticas, pois resvala no raciocínio jurídico.

---

[73]Há quatro principais linhas de pensamento sobre o conceito direito: as correntes jusnaturalistas, as positivistas (formalismo jurídico, positivismo inclusivo, exclusivo, etc.), as correntes pragmáticas (realismo jurídico) e aquelas que, em distinção dessas anteriores, se agruparam sob a denominação "pós-positivistas", embora se distingam bastante entre si. Dentre as correntes denominadas "pós-positivistas", identificam-se aquelas filiadas à teoria da argumentação jurídica, de matriz filosófica analítica (como é o caso das teorias de Robert Alexy, Manuel Atienza e, no Brasil, Virgílio Afonso da Silva, dentre outras); identificam-se, ainda, correntes filiadas à teoria discursivo-comunicacional (que encontram inspiração na obra de Jürgen Habermas, como é o caso, no Brasil, das teorias de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Gisele Cittadino, dentre outras); situam-se, também, teorias filiadas a uma corrente interpretativista, de matriz hermenêutica (como é o caso das teorias de Ronald

A esse respeito, o ponto de vista a ser adotado aqui é o ponto de vista do juiz, daquele a quem incumbe adjudicar uma decisão. Isso por um motivo muito simples: as pretensões de reconhecimento do direito ao esquecimento são pretensões levadas ao judiciário, de modo que não se trata de avaliar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma medida legislativa ou administrativa, mas sim dizer se o judiciário pode reconhecer o direito ao esquecimento como um direito implícito em um caso concreto. Desse modo, aponta-se que esta pesquisa adotará uma perspectiva interna ao direito, e não, por exemplo, uma perspectiva externa acerca do fenômeno jurídico.

Assim, não obstante se aceite a existência de muitas visões sobre o fenômeno jurídico, cada qual contribuindo à sua maneira para a sua compreensão[74], o presente estudo se guia por uma concepção[75] específica acerca do direito, que o enxerga como uma prática interpretativa a qual deve ser desempenhada buscando um ideal de integridade. Essa concepção pode se dizer substancialista, no sentido de que manifesta adesão explícita a uma teoria de princípios e valores que devem ser observados pelos juízes na sua função de interpretar a Constituição, distinguindo-se das vertentes procedimentalistas, para as quais o juiz, no exercício da jurisdição constitucional, é apenas um "fiscal do funcionamento adequado do processo político deliberativo" (Barroso, 2018, p. 69).

De acordo com essa concepção, cujo autor é Ronald Dworkin (2010), o direito de uma comunidade não é identificável apenas a partir de *standards* socialmente designados por uma autoridade[76]. Contrariando as teses positivistas, nega-se que o critério central para identificar a existência ou o conteúdo do direito seja um fato social, aceitando-se que o direito pode conter normas vinculantes em

---

Dworkin[73], Friedrich Müller e, no Brasil, Flávio Quinaud Pedron e José Emilio Medauar Ommati, dentre outras).

[74] Como ensina Marcelo Cattoni (2022, p. 54), o estudo do direito "[...] não se deixa vincular a um único ponto de vista disciplinar, mas, pelo contrário, permanece aberta[o] a diferentes pontos de vista metodológicos (participante x observador), a diferentes objetivos teóricos (explicação interpretativa e análise conceitual X descrição e explicação empírica), a diferentes papéis sociais (do juiz, dos políticos, dos legisladores, dos clientes e dos cidadãos) e a diferentes atitudes pragmáticas de pesquisa (hermenêuticas, críticas, analíticas, etc.), a fim de que uma abordagem normativa não perca o seu contato com a realidade, nem uma abordagem objetiva exclua qualquer aspecto normativo, mas permaneçam em tensão [...]". No mesmo sentido, Noel Struchiner (2005, p. 20) discorre que "o direito é uma dessas realidades extremamente complexas, cuja essência ou natureza não pode ser capturada por um único modelo abstrato".

[75] A referência a uma concepção de direito, em vez de a um "conceito" tem o intuito de evidenciar que há uma controvérsia latente sobre o que é o direito (Dworkin, 2014, p. 87)

[76] Essa tese, proposta por Dworkin pela primeira vez em "O modelo de regras I", publicado originalmente em 1977, foi desenvolvida ao longo de toda uma carreira do autor, por meio de um longo debate com o seu principal interlocutor, H. L. A. Hart, contando com tréplicas feitas por Dworkin às críticas em "O modelo de regras II" e "O império do direito". Não se pretende, no presente trabalho, rememorar todo esse debate, o que escapa do objeto da pesquisa. Além disso, entende-se que esse debate é bastante conhecido e estudado, sendo prescindível adentrar nas suas minúcias.

razão de seu conteúdo moral, ainda que não tenham sido invocadas e servido de guias no passado (Shapiro, 2007, p. 18)[77].

Essa prática interpretativa, em que consiste o direito, deve levar em conta os propósitos a que serve. Na consideração dos propósitos da prática jurídica, o intérprete deve decidir se a observância de uma determinada norma prevista no ordenamento jurídico deve ser continuada ou abandonada, à luz dos propósitos da norma e do ordenamento jurídico como um todo. Deve decidir também se é possível inferir um direito juridicamente exigível das normas do sistema jurídico, ainda que não tenham sido positivadas e nem reconhecidas pela jurisprudência ou pelos costumes. Portanto, o conteúdo do direito é determinado a partir de uma discussão política sobre os direitos e deveres dos cidadãos (Luz, 2016). A teoria do direito visa, justamente, responder à pergunta sobre em que condições é possível dizer que as pessoas podem exigir uma decisão judicial em determinado sentido, isto é, exigir um direito, e não é possível especificar essas condições sem abordar o conteúdo moral do direito.

O conteúdo moral do direito é preenchido pela ideia de princípios, entendidos padrões que promovem a justiça ou a equidade. Nesse sentido, os intérpretes do ordenamento jurídico, em especial os juízes, não devem tomar decisões com base em metas sociais, mas apenas decisões fundamentadas em princípios (Dworkin, 2010, p. 36; Verbicaro; Fadei, 2018, p. 254). Essa forma de compreender o fenômeno jurídico se afasta de um modelo utilitarista (ou consequencialista puro), segundo o qual uma decisão judicial "deve gerar as melhores consequências possíveis, embora não se adote, de antemão, qualquer teoria do que é certo ou bom para selecionar ou valorar as consequências relevantes" (Dutra, 2015, p. 2-3). Nessa linha de raciocínio, admite-se que um direito individual possa ser assegurado mesmo que não venha a contribuir para um melhor futuro para a sociedade.

Nesse ponto, duas observações devem ser feitas. Primeiramente, à luz do paradigma de Estado Democrático de Direito, isso não significa que em todo caso

---

[77] Dworkin nega o que chamou de "tese do *pedigree*", segundo a qual o direito é identificado por meio de uma regra de reconhecimento que distingue aquilo que é ou que não é o direito, sendo essa regra de reconhecimento referida a fatos sociais, como, por exemplo, exigência de que as normas sejam promulgadas pelo legislador ou reconhecidas por tribunais. Ele também nega a "tese da discricionariedade", segundo a qual o direito consistiria em um sistema de regras e, quando tal sistema não previsse claramente uma solução para um caso, seja por ausência de regras aplicáveis ou porque a regra existente é vaga ou ambígua, caberia ao juiz exercer seu juízo discricionário para resolver a questão (Shapiro, 2007, p. 8). Mais relevantemente, Dworkin contrapõe o positivismo ao afirmar que esta corrente teórica é incapaz de dar conta sobre um certo tipo de desacordo que os participantes da comunidade frequentemente têm, aqueles concernentes aos fundamentos do direito, isto é, os participantes dessa prática não estão em acordo sobre como se pode identificar o próprio direito (Shapiro, 2007, p. 36-37).

prevalecerá um direito individual contra direitos da coletividade; em segundo lugar, isso não implica ignorar todas as consequências que advenham de decisões judiciais que reconhecem direitos individuais. A distinção entre princípios e metas sociais somente é útil para afastar uma visão utilitarista pura dos direitos; nessa perspectiva, fornece uma garantia da proteção do indivíduo contra os desejos da maioria. Contudo, é possível que políticas públicas destinadas a concretizar direitos da coletividade, previstos na Constituição e nas leis, possam se sobrepor aos direitos individuais. Nesse sentido, em cada caso é que se decidirá quando os direitos individuais devem prevalecer ou quando devem prevalecer os direitos da coletividade, quando esses conflitarem[78].

Por outro lado, a rejeição de um modelo consequencialista puro não significa ignorar todas as consequências que advenham das decisões judiciais. Aceita-se um modelo deontológico sensível a consequências, pelo qual a consideração de consequências sociais deve ser levada a sério quando afetarem de maneira relevante a reivindicação de um direito, e quando a argumentação pela relevância da consequência puder ser reconduzida a princípios do ordenamento jurídico[79]. Como expõe a doutrina:

---

[78] A distinção entre políticas (*policies*) e princípios (*principles*) não é evidente (Novais, 2021, p. 160), como se houvesse alguma característica essencial que distinguisse um fundamento de outro, pois realmente não é difícil a qualquer Estado justificar a realização de políticas em nome de direitos fundamentais. Aliás, em um Estado Democrático de Direito que consagra direitos individuais, sociais e coletivos, ou seja, no qual os direitos fundamentais possuem, simultaneamente, titularidade individual e transindividual, a maior parte das políticas públicas pode ser justificada como destinada a promover direitos fundamentais.

[79] Em alguns casos, a consideração das consequências de uma intepretação jurídica irá fazer com que prevaleça um direito de um grupo de pessoas ou mesmo da coletividade em detrimento de um direito individual; em outros casos, se dará o contrário. Dworkin (2010, p. 473) exemplifica com uma situação em que uma pessoa, denunciada por informante anônimo à Sociedade para a Prevenção da Crueldade contra as Crianças, ajuíza processo contra essa sociedade alegando danos à sua reputação, e pleiteia em juízo a revelação do nome do informante, a fim de prosseguir com a demanda. Nesse caso, a parte autora poderia argumentar que tem direito à revelação do nome do informante, ainda que isso signifique diminuir a eficiência do funcionamento da agência de proteção às crianças. Esse argumento é um argumento de princípio. Nesse caso, entretanto, o autor admite que seria possível argumentar, com êxito, que o dano às crianças protegidas pela Sociedade seria tão grande, que superaria o direito da demandante de ter acesso ao nome do informante. Embora pareça, à uma primeira visada, que o argumento em questão é um argumento de política (tem em conta o objetivo da comunidade de colocar as crianças a salvo de crueldades), esse argumento também é embasado em questões de princípios, isto é, nos direitos das crianças de se verem a salvo de crueldades, o qual só pode ser concretizado por meio de uma política adequada de proteção. Em outro contexto, por exemplo, em um processo criminal, porém, o argumento da demandante teria outro peso, podendo ser o caso de determinar a revelação do nome do informante. Torna-se claro que a caracterização de um argumento, num caso concreto, como sendo baseado em razões de princípio ou em razões de política, que podem, por sua vez, estar ligadas a considerações sobre as consequências das decisões judiciais, não é algo dado, mas sim uma questão de interpretação (Atienza; Manero, 1996, p. 5). Pode-se pensar, então, que a distinção não teria nenhuma utilidade prática, mas não é assim. Embora muitas razões possam ser caracterizadas como de política ou de princípio, a depender do caso concreto, há certamente aquelas que não se prestariam a justificar adequadamente uma decisão judicial a respeito de um direito que deva ser garantido a alguém. Desconfia-se, por exemplo, de razões que levam em conta o impacto econômico de uma determinada decisão judicial, em detrimento de direitos individuais. Esse é um tipo de razão

> [...] é possível adotar-se um consequencialismo não utilitarista. O utilitarismo se caracteriza pelos critérios escolhidos para avaliar as consequências: busca-se promover, na maior medida possível, o bem-estar, o prazer, a felicidade ou a realização das preferências do maior número de pessoas. [...] Ocorre que também é possível avaliar as consequências de uma decisão com base em outros parâmetros que não os preconizados pelo utilitarismo, como, por exemplo, a sua aptidão para promover, de fato, os direitos fundamentais, a democracia e os valores republicanos. Não haverá, então, utilitarismo, mas tão somente consequencialismo, e decisões comprometidas com a realização prática dos princípios fundamentais mais relevantes, e não apenas com a sua proclamação retórica no texto constitucional. (Souza Neto; Sarmento, 2012, p. 347)[80].

Esclarecidos esses pontos, afirma-se, então, que a prática do direito deve se dar em conformidade com padrões de justiça e equidade (princípios). Além disso, deve-se buscar interpretar esses princípios com integridade. Melhor clarificando, a concepção do direito como prática interpretativa guiada pelo ideal integridade tem um aspecto positivo e deontológico, a exigir "que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos" (Dworkin, 2014, p. 201). Esse ideal de integridade se volta tanto para o legislador quanto para o juiz: o primeiro deve procurar promulgar leis observando a coerência de princípios; o segundo deve procurar interpretar as leis conforme a integridade, ainda que as leis contenham falhas que se mostrem desafios a esse ideal. O ideal de integridade política exige que "o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos" (Dworkin, 2014, p. 202).

A colocação em prática desse ideal de integridade se dá por meio de uma interpretação criativa, que se volta "para a identificação dos propósitos que tornam o objeto o melhor possível diante do que se acredita, como intérprete, que ele deveria ser" (Theodoro Filho, 2016, p. 661). A interpretação criativa no direito tem

---

bastante comum na prática jurídica, mas que dificilmente poderia ser reconduzida para uma argumentação de princípios (Dutra, 2015, p. 7).

[80] A respeito do consequencialismo no direito, é interessante observar que a Lei nº 13.655, de 2018 modificou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 1942), para determinar, no art. 20: "Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas". A avaliação das consequências nas decisões do Poder Público é necessária em razão da complexidade da realidade social; entretanto, como leciona a doutrina, esse dispositivo não impôs uma concepção estritamente consequencialista do direito, "pois não estabeleceu que a avaliação dos efeitos determinará a solução a ser adotada, mas restringiu-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal considere os efeitos da decisão adotada", o que "não vai ao ponto de impor uma prevalência do paradigma consequencialista sobre a legalidade" (Dal Pozzo; Rocha, 2024, p. RB-3.5).

algumas características importantes, assemelhando-se à interpretação artística. Assim como nesta, no direito, pretende-se "interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas" (Dworkin, 2014, p. 61). Não há qualquer preocupação em tentar decifrar os objetivos, intenções e preocupações do "autor", entendido como outro participante da mesma prática social, como, por exemplo, "o legislador". No direito, a interpretação construtiva visa interpretar a prática em si, o que ela quer dizer, qual a sua finalidade, e não o que individualmente os participantes dessa prática querem dizer.

Para ilustrar esse ponto, concebe-se o direito como um romance em cadeia, um romance em série escrito por um grupo de romancistas. Para escrever um novo capítulo, cada romancista do grupo deve interpretar os capítulos anteriores. O novo capítulo acrescentado não deve transformar o romance radicalmente, em outra estória, mas sim, torná-la coerente com tudo aquilo que já foi escrito, afinal, o que se está a escrever é um romance, e não um livro de contos. Os romancistas também devem levar a sério suas responsabilidades, concebendo um só romance unificado, como se fosse obra de um único autor.

O direito funciona semelhantemente a um romance em cadeia, pois cada intérprete acrescenta um capítulo à longa estória que recebe de seus pares. Sua "parte" na escrita da estória tem que ser feita com coerência, visão de conjunto, cumprindo a tarefa de encontrar a finalidade da prática e mostrá-la à sua melhor luz. A atribuição de valor à prática jurídica, seguindo esse exemplo, não comporta um subjetivismo, uma discricionariedade no sentido forte, pois o intérprete não é livre para conceber a prática social como desejaria que fossem, afinal, "a História ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos" (Dworkin, 2014, p. 64). O juiz terá que decidir entre interpretações aceitáveis, fundamentando qual delas revela o direito à sua melhor luz, de acordo com o seu *point* valorativo[81]. O seu julgamento político "vai refletir

[81] É nesse sentido, e unicamente nesse sentido, que Dworkin defende a existência de uma resposta correta em direito, um dos pontos mais incompreendidos de sua teoria interpretativa. A existência de uma resposta correta em direito não decorre de uma visão segundo a qual as verdades estão aí para serem "descobertas": decorre, sim, de um exercício interpretativo/construtivo, no qual o intérprete, ao mesmo tempo que sofre a coerção de tudo aquilo que o antecedeu na prática do direito, vê a possibilidade de manter ou não essa mesma prática, isto é, a avalia, conforme o seu *point* valorativo, busca enxergá-la à sua melhor luz, julga-a de um ponto de vista substantivo e apresenta suas razões para tanto. Concorda-se com Ricoeur (1996, p. 147) no sentido de que Dworkin, em algumas passagens de suas obras, "exagerou" ao frisar a tese da "única resposta correta", dando a entender que essa resposta seria demonstrável. Esse exagero se deu como parte de uma estratégia para "enfraquecer" a teoria positivista, à qual Dworkin se opôs, lançando um *general attack*. Sucede que, no Direito, deve-se buscar escapar ao binômio "demonstrabilidade *versus* arbitrariedade". Justamente esse era o ponto de Dworkin ao apresentar a tese do romance em cadeia: embora uma tese jurídica não possa ser, de um lado, demonstrada (ao modo das ciências naturais), também não se pode assumir que seja arbitrária (discricionária no sentido forte), pois isso significaria conferir ao Poder Judiciário a possibilidade de criar o direito e aplicá-lo *ex post facto*. Por

não apenas suas opiniões sobre a justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si" (Dworkin, 2014, p. 306). O intérprete, portanto, não é neutro, mas engajado na tarefa de atribuir à prática uma intencionalidade e, assim, construir uma interpretação que lhe garanta a integridade. Isso significa que a prática do direito deve partir de um juízo crítico, que não apenas reproduza aquilo que se encontra na legislação, mas que efetivamente a avalia, do ponto de vista de um participante comprometido com princípios de justiça.

Adota-se, pois, uma visão problematizante, e não meramente dogmática, da prática jurídica. Isso não significa, porém, que possam ser extraíveis diretamente de uma razão abstrata, atemporal e anacrônica, princípios e direitos morais, desconsiderando-se o direito positivo e as leis. Pelo contrário, essa perspectiva do direito leva em conta a necessidade de se considerar o direito positivo (em especial os direitos consagrados na Constituição), as leis, os precedentes e a jurisprudência, como parte de uma tradição. Nesse sentido, a leitura moral dos direitos não postula que qualquer pessoa tem o direito de fazer o que quer que seja, conforme o seu próprio desejo. O que se postula é uma mudança na atitude do intérprete, pois "o sentido do direito passa então a ser uma questão de princípios, uma questão de interpretação coerente de princípios, e não mais uma simples questão semântica de subsunção e aplicação de regras" (Simioni, 2011, p. 209)[82]. Assim, a concepção do direito como integridade rejeita o argumento de que um direito subjetivo, para ser reconhecido, deve ser expressamente previsto na Constituição ou em leis infraconstitucionais, podendo estar implícito e latente, por outro lado, também se afasta o argumento de que princípios morais abstratos e a-históricos são suficientes para reconhecer um direito implícito.

---

isso, a tese da "única resposta correta" deve ser entendida como aquela que mostra o direito à sua melhor luz. Assim como na interpretação literária, é possível que uma interpretação seja melhor que outra, mais provável, mais plausível, mais aceitável. No mesmo sentido, Ronaldo Porto Macedo Junior (2014, p. 48) "a tese da resposta correta [...] está na base de uma concepção interpretativa da verdade e da objetividade, segundo a qual afirmar a objetividade de uma proposição significa reconhecer que ela está justificada pelos melhores argumentos disponíveis".

[82] Como observa Alexy (2015, p. 567), "[...] toda teoria dos direitos fundamentais, na medida em que não é passível de fundamentação inequívoca a partir do material dotado de autoridade preexistente, tem que se basear em uma teoria do Estado e da sociedade, o que dá ensejo a uma objeção de circularidade diante das tentativas de fundamentação baseadas apenas no texto ou em elementos imanentes à Constituição: o téorico retira do texto a teoria que, segundo sua própria teoria, deve ser extraída do texto". Assim como o autor, embora se reconheça a dificuldade de concatenar uma teoria do Estado e da sociedade a uma teoria da Constituição e dos direitos fundamentais, essa circularidade é inevitável, pois, ainda que se tente evitá-la, a "omissão" constitui a aderência implícita a uma determinada concepção do Estado e da sociedade.

Vertendo essa análise para o tema em estudo, a vontade do legislador de prever, ou não, o direito ao esquecimento na legislação, não é um argumento convincente *por si só*, podendo haver uma atuação do judiciário no sentido de conferir, a alguém, um direito subjetivo não previsto expressamente em lei. Por outro lado, os princípios constitucionais que consagram direitos, no mais das vezes, estão densificados nas leis, ou são reconhecidos na jurisprudência, em especial em sociedades com uma Constituição analítica e uma profusa atividade legislativa, como é o caso do Brasil e das demais sociedades que têm a tradição da *civil law*. O reconhecimento de um direito implícito, portanto, não é algo corriqueiro, banal.

Assim, embora admita que princípios de justiça possam originar direitos, não significa que seja possível extrair do terreno da moral transcendental qualquer direito subjetivo, pois é preciso atentar para a construção histórica dos direitos dentro de uma sociedade específica, como uma tradição que pode ser continuada ou não, a depender de considerações de natureza deontológica.

Com relação aos argumentos consequencialistas que são apresentados, contra e a favor do reconhecimento de um direito constitucional implícito ao esquecimento, deve-se pensar até que ponto esses argumentos podem ser reconduzidos a princípios do ordenamento jurídico, ou se se trata de argumentos meramente utilitaristas, que se contrapõem à perspectiva principiológica[83].

Em todo caso, a tarefa de identificar a presença do "direito ao esquecimento" nas situações concretas a que esse direito se refere consiste em uma tarefa de atribuir propósitos às normas do ordenamento jurídico pertinentes ao tema, tarefa essa que de maneira nenhuma é neutra, mas engajada. O intérprete, por sua vez, não atua segundo o seu querer subjetivo: o reconhecimento de um direito implícito no ordenamento jurídico não pode resultar de um voluntarismo do intérprete, em que ele substitui a vontade normativa da Constituição, das leis e dos costumes por sua própria vontade. Ao revés, a interpretação do ordenamento jurídico, para responder se uma determinada pessoa tem o direito implícito que alega ter, depende da consideração do ponto de vista normativo, e não do ponto de vista pessoal.

---

[83] No que diz respeito ao tema do direito ao esquecimento, devem ser enfrentados os seguintes argumentos (i) de que decisões judiciais que limitam a liberdade de expressão podem ensejar uma censura judicial do discurso e (ii) de que o reconhecimento do direito ao esquecimento pode significar uma ameaça para a conservação da memória social e para a formação da memória individual, podendo ainda ameaçar os estudos de História. Entende-se que esses argumentos, por poderem, ao menos em tese, ser reconduzidos a argumentos de princípios, merecem enfrentamento do ponto de vista substantivo, o que se fará no momento apropriado.

Até aqui, chegou-se a um entendimento sobre a possibilidade de existência de direitos subjetivos implícitos no ordenamento jurídico, pontuando-se que (i) é possível identificar direitos implícitos, desde que lastreados em princípios do ordenamento jurídico, os quais estabelecem padrões de justiça e equidade e, para isso (ii) a vontade do legislador não é determinante, embora tampouco possa ser desconsiderada; (iii) podendo, ainda, ser consideradas as consequências das decisões judiciais, desde que, com isso, não se adote uma visão utilitarista do ser humano. No entanto, essas conclusões parciais sobre o tema em estudo ainda são muito vagas, sendo preciso avançar no sentido de articular essa concepção do direito com uma teoria política e da Constituição, a fim de prosseguir pensando sobre quais argumentos devem ser considerados ao se decidir sobre a existência de um direito implícito ao esquecimento. Para tanto, pode-se avançar para o entendimento de como essa concepção do direito é a que melhor se adéqua a um modelo de Estado que se configura como Democrático de Direito e que está estruturado sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

6.2
Compreensão do Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito, a centralidade constitucional do princípio da dignidade humana e o fenômeno da personalização do Direito.

Um primeiro ponto de partida para a compreensão dos direitos fundamentais e de personalidade – e, portanto, para entender os argumentos que podem ser vertidos quando se trata de analisar a existência de um direito fundamental implícito - é o entendimento do que caracteriza o Estado Democrático de Direito, marco jurídico instaurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Seguindo o movimento das Constituições do Pós- 2ª Guerra Mundial, a CRFB/88 proclama, em seu primeiro artigo: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito*”. Pode-se dizer que o modelo constitucional brasileiro busca compatibilizar as características do Estado de Direito com as características do Estado Social[84], tendo como norte axiológico a

[84] O Estado de Direito surge no século XIX a partir das lutas da burguesia contra o paradigma do *Ancien Regime*, na Europa continental (Novais, 2013, p. 45). Naquele momento histórico, o Estado de Direito adjetivava-se como liberal, assentando-se na “ideologia das três separações”: a separação entre política e economia, incumbindo ao Estado apenas tutelar a segurança e a propriedade, mas não se imiscuir na vida econômica; a separação entre o direito e a moral, não devendo o Estado adentrar em assuntos de moralidade, que fazem parte da consciência individual; e a separação entre Estado e sociedade civil, cabendo ao Estado somente garantir a paz social, mas deixar o

dignidade da pessoa humana. Do modelo do Estado de Direito, mantém-se o "núcleo essencial das técnicas jurídicas associadas ao aparecimento do Estado de Direito, desde a divisão de poderes ao princípio da legalidade da Administração e à tutela dos direitos individuais" (Novais, 2013, p. 200). Por outro lado, do modelo de Estado Social retém a consagração dos direitos sociais (sociais, econômicos e culturais), a reinterpretação dos direitos e liberdades tradicionais à luz do princípio da socialidade[85] e, por fim, a agregação de outras dimensões dos direitos fundamentais, que não são mais vistos apenas como liberdades negativas, mas como valores impostos a toda a sociedade (Novais, 2013, p. 201).

Esse novo Estado Social de Direito só é possível, assim descrito, onde existe democracia e onde o fim último do Estado é a proteção da pessoa e o oferecimento das condições materiais de realização da personalidade. E é por isso que se qualifica, em razão dos valores que persegue, enfim, como Estado Democrático de Direito – um modelo de Estado que não é neutro, nem se arrima exclusivamente na legalidade formal, pois a certeza e a segurança jurídica se subordinam "à realização da axiologia material implicada na dignidade da pessoa humana" (Novais, 2013, p. 212).

Nesse sentido, pode-se enxergar a Constituição brasileira, não como uma Constituição de Estado Social, nem como uma forma mista de Estado, na qual há uma confluência do Estado de direito liberal e do Estado Social, mas como um novo modelo de Estado, que preserva os valores do Estado de Direito (divisão de poderes; princípio da legalidade; direitos e garantias individuais), mas que

---

desenvolvimento dos cidadãos para a autorregulação do mercado (Novais, 2013, p. 59). Nesse contexto, a consequência das lutas burguesas é o surgimento de um estado limitado pelo Direito, quando, então, são positivados os primeiros direitos fundamentais – os direitos individuais, civis e políticos, entendidos como liberdades frente ao Estado. Tais direitos são assimilados a partir de uma ideia de validade formal e legitimidade material: a validade dos atos estatais está relacionada com a conformidade à lei (princípio da legalidade), ao passo que a legitimidade é a concordância material do seu conteúdo com uma tábua axiológica anterior e superior (direito natural) (Novais, 2013, p. 103). O esgotamento do modelo liberal foi sentido após a 1ª Guerra Mundial, em especial no domínio econômico; foi assim que surgiu um movimento de oposição ao liberalismo, por meio de uma reação conservadora e anti-liberal, que ensejou as experiências autoritárias do fascismo, do nazismo e do comunismo. Paralelamente, e como alternativa às experiências autoritárias, apresentou-se o modelo de Estado Social, delineado na Constituição mexicana de 1917, e na Constituição de Weimar, de 1919, que serviram de inspiração para as várias Constituições que se tem hoje no mundo ocidental (Novais, 2013, p. 179). O Estado social surge como uma alternativa às perversões dos regimes totalitários, ao mesmo tempo em que busca sanar as deficiências do abstencionismo e do individualismo do Estado Liberal, comprometendo tendências ideológicas conflitantes (Silva, 2000, p. 37).

[85] Pelo princípio da socialidade, o Estado passa a ter o fim de perseguir a justiça social. Para isso, o Estado intervém de forma decisiva no domínio econômico, pois encara a esfera econômica como moldável às exigências de justiça social; além disso, se responsabiliza por prover o mínimo vital para os cidadãos, com a prestação de bens, serviços e infraestrutura material, "sem os quais o exercício dos direitos fundamentais não passa de uma possibilidade teórica e a liberdade uma ficção" (Novais, 2013, p. 183-184; 185).

reinterpreta os direitos e liberdades tradicionais à luz do princípio da socialidade (Novais, 2013, p. 201)[86].

Esse novo paradigma de Estado se alinha com uma concepção do direito não formalista, mas aberta à argumentação moral e principiológica (como antes defendido) e se orienta pela primazia da pessoa sobre o Estado, ideia essa consubstanciada no princípio da dignidade humana, erigido como fundamento da República Federativa do Brasil, no seu artigo 1º, inciso III, elemento que "costura" toda a ordem jurídica, pois "importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais" (Sarmento, 2004, p. 111). A essa ideia, segundo a qual o direito deve se orientar pela plena realização da pessoa, chamou-se "fenômeno da personalização do direito".

Não há, atualmente, qualquer dúvida sobre a centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico. Tal princípio foi previsto nos documentos internacionais e nas Constituições dos Estados Democráticos após a 2ª Guerra Mundial e reconhecido, no Direito Internacional, em documentos de relevância ímpar, tais como a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (1978). É o símbolo da personalização do direito, após as barbáries do fascismo, do nazismo e do comunismo. Também na Constituição de 1988 esse princípio aparece com destaque posicional e substancial, e, por tais motivos, reconhece-se que:

> A dignidade da pessoa humana não surge constitucionalmente consagrada como um de entre vários outros princípios constitucionais, mas como base em que se assenta a República, o que, mesmo sem ter um significado preciso e imediatamente apreensível, há-de ter, para a afirmação constituinte ser levada a sério, consequências normativas relevantes e correspondentes ao lugar especial que lhe foi reservado na Constituição. (Novais, 2015, p. 19-20)

A importância que o princípio da dignidade da pessoa humana assume, como verdadeiro alicerce do Estado Democrático de Direito, apresenta, no entanto, muitas dificuldades, no tocante à delimitação de seu "conteúdo". Esses desafios são especialmente sentidos quando se trata de pensar sobre a

---

[86] Conforme Fernandes (2010, p. 213): "[...] o Estado Democrático de Direito é muito mais que um princípio, configurando-se em verdadeiro paradigma – isto é, pano de fundo de silêncio – que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas. Vem representando, principalmente, uma vertente distinta dos paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social. Aqui a concepção de direito não se limita a um mero formalismo como no primeiro paradigma, nem descamba para uma materialização totalizante como no segundo."

problemática dos direitos implícitos, uma vez que, nesse campo, os estudiosos do tema remetem sempre ao conteúdo (indeterminado) da dignidade da pessoa humana. Justamente é o que ocorre com a temática do direito ao esquecimento, em que a todo momento surge o desafio de dizer o que é a dignidade da pessoa humana e o que ela exige.

No Brasil, além da discussão conceitual sobre o que significa e o que exige o princípio da dignidade da pessoa humana, há também um debate metodológico sobre a sua relevância no processo decisório, que é realizada entre os partidários da corrente do direito civil-constitucional, em contraposição com os críticos daquela corrente teórica. A seguir, será apresentada uma visão geral acerca desse debate, a fim de que se possa, na sequência, adotar algumas posições que permitam o desenvolvimento dos conceitos necessários ao enfrentamento da matéria.

6.3
O fenômeno da personalização do direito e as consequências metodológicas para o Direito

Brevemente, a corrente do direito civil-constitucional[87] parte da ideia de que o fenômeno da personalização do direito, que resultou na centralidade do princípio da dignidade humana nas Constituições do pós-2ª Guerra Mundial, fez com que o constituinte passasse a se ocupar de temas afetos ao direito civil, como a propriedade e a família, por exemplo, introduzindo princípios que demarcam “os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle de bens” (Tepedino, 2006, p. 41). Abandonou-se a ótica patrimonial, pois as novas Constituições têm, como mister, a tutela do desenvolvimento da personalidade, o que ocorreu de forma marcante na CRFB/88. Em termos de técnica legislativa, o constituinte e o legislador passam a preferir as cláusulas gerais, abrangentes e abertas, em vez de regras exaustivas e tipificadoras. Nesse cenário, defende-se que é forçoso “redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição”, de modo que ocorra o deslocamento da “tábua axiológica da Constituição da República” para o

[87] A corrente do direito Civil-Constitucional se desenvolveu, em meados dos anos 1990, a partir da necessidade de compatibilizar o Código Civil de 1916 com a Constituição da República. Um dos textos seminais dessa linha de pensamento é a aula inaugural do ano acadêmico de 1992, da Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro, ministrada por Gustavo Tepedino, sob o título “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. Nele, buscou-se responder à pergunta sobre o que significa a Constituição para o direito privado: teria havido uma absorção do direito privado pelo direito público, ou, ao contrário, apenas uma reformulação conceitual dos institutos jurídicos?

centro, não só do direito público, mas também do direito privado (Tepedino, 2006, p. 50).

Em acordo com essas premissas, Maria Celina Bodin de Moraes (1991) defende, como corolários da visão do direito Civil-Constitucional: a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado, com fundamento na unidade do ordenamento jurídico; a decisão judicial quanto à solução de casos concretos a partir dos valores constitucionais, em especial, aqueles valores tidos como existenciais, a saber, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza; a necessidade de justificar cada norma ordinária em harmonização com as normas constitucionais, de modo que "qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional" (Moraes, 1991, p. 9); a necessidade de justificar o resultado hermenêutico da interpretação, mesmo em presença de perfeita subsunção de uma norma ao caso concreto; o abandono da distinção entre direito público e privado, sendo possível apenas uma distinção quantitativa, segundo a qual "há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade" (Moraes, 1991, p. 6).

Essas premissas vêm sendo atacadas recentemente por muitos estudos na área do direito constitucional, que questionam se a posição hierárquica da Constituição e dos princípios nela acolhidos necessariamente implicam na adoção de toda a pauta defendida pela corrente do direito civil-constitucional. Para Fernando Leal (2015, p. 132), a orientação holística e particularista do raciocínio jurídico não traz quaisquer vantagens, pois resulta no aumento das variáveis no processo decisório, fazendo com que seja necessário escalar a justificação "até os mais rarefeitos compromissos constitucionais", de modo a ocorrer uma diluição entre os casos fáceis e difíceis, o que afeta, assim, a possibilidade de controle da discricionariedade judicial. Em especial, aponta-se a postura tendencial de desconsiderar a importância das regras, que, em um sistema jurídico, consistem no entrincheiramento de razões para agir, o que atende objetivos socialmente relevantes, tais como a estabilidade, a eficiência e a confiança (Leal, 2015, p. 134).

Um outro ponto questionado é a carência metodológica do movimento do direito civil-constitucional, pois se aponta que não são oferecidos modelos capazes de garantir minimamente alguma previsibilidade dos resultados e controle da discricionariedade judicial. Na visão de Leal (2015, p. 137-139), métodos como

o da ponderação de interesses e valores, da razoabilidade, da proporcionalidade, da adequação e da subsidiariedade são criticáveis e não oferecem a necessária previsibilidade para as decisões judiciais, sendo que, na prática, acabam por recair, ou em excesso, ou em déficit de racionalidade. Questiona-se, ainda, a bandeira da dignidade da pessoa humana como referência fundamental para a conformação do direito civil, em especial, para a interpretação extensiva dos direitos da personalidade em processos de justificação de decisões judiciais, ponto que toca em especial o tema ora em estudo (Leal, 2015, p. 140-141). Aponta-se que a dignidade da pessoa humana "está em todo lugar, mas não se sabe o que ela significa; ela serve para *explicar* tudo, mas é incapaz de *orientar* efetivamente processos de interpretação e aplicação do direito privado" (Leal, 2015, p. 141).

Ainda, assinala-se que o recurso constante à dignidade da pessoa humana resulta, na prática judicial, em um excesso de paternalismo estatal, pois esse princípio passa a justificar o exercício da coerção estatal para proteger o indivíduo de si mesmo ou para guiá-lo, contra sua vontade, àquilo que o Estado entende que é melhor para si; nesse sentido, "o Estado passa a se compreender como primordial guardião dos interesses individuais, atuando *como se* conhecesse as preferências dos seus cidadãos melhor do que eles mesmos" (Leal, 2015, p. 146). Interroga-se, ainda, se as determinações legislativas vinculam, nesse contexto de particularismo decisório aliado à onipotência judicial. Responde-se negativamente, pois

> Se [...] a busca por conformidade constitucional impuser ao juiz deveres tanto de anular as decisões legislativas que soem incompatíveis com a Constituição, como de desconsiderá-las, total ou parcialmente, ainda que sejam constitucionais, quando for possível construir diretamente da Constituição uma solução preferível para um caso concreto, corre-se o risco de mitigar a importância do legislador. Isso porque, mais uma vez, as decisões legislativas, como as disposições do Código Civil, só são vinculantes quando exteriorizam o que o magistrado entende ser a melhor resposta constitucional para o problema (Leal, 2015, p. 149).

Aponta-se que, embora existam casos difíceis, nem todos os casos o são, sendo possível que a maioria dos casos seja solucionado por meio da subsunção do fato à norma. Repisa-se que algum grau de formalismo é necessário na análise do direito, pois mesmo pensadores não positivistas assentem com a necessidade de se levar à sério as regras como razões para a ação, as quais devem ser consideradas, juntamente com aspectos institucionais, de maneira diferente do que se consideraria em um raciocínio exclusivamente moral (Leal, 2015, p. 157).

A justificativa para tanto é que a previsibilidade e estabilidade do direito são também virtudes morais importantes.

Confrontando-se as duas posições extremadas, vê-se que está em pauta, além das questões mais filosóficas atinentes ao próprio conceito de direito e à "metodologia" de adjudicação de um direito individual, se alguma diferenciação entre o direito público e o direito privado ainda faz sentido. Nesse ponto, enquanto os teóricos do direito civil constitucional apontam em sentido contrário, constitucionalistas defendem que essa distinção ainda se justifica, pois "mesmo sendo incontestável a intersecção entre os ramos do direito [...] mantêm-se vivas as esferas individual e pública, nada obstante o aparecimento de categorias que poderiam ser consideradas intermediárias, híbridas" (Zanini *et. al.*, 2018, p. 214). A relevância da distinção se justifica, ainda, pelo fato de que "a sociedade do século XXI não abdicou da proteção de sua esfera privada em favor da coletividade", ainda que a diferenciação tenha se tornado mais complexa (Zanini *et. al.*, 2018, p. 215).

No cerne dessa controvérsia estão os direitos da personalidade. Para muitos constitucionalistas, a constitucionalização de temas do direito civil não justifica a mera identificação entre direitos fundamentais e da personalidade, nem mesmo a chamada eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias *(Drittwirkung*). A indiferenciação total entre direitos públicos e direitos privados, nessa linha de raciocínio, recairia na regulamentação da vida do ser humano pelo direito público de modo completo, levando à despersonalização do ser humano, à socialização da sua personalidade (Zanini *et al.*, 2018, p. 217).

Fazendo um balanço do que até aqui foi exposto, entendem-se como sérias as objeções apresentadas à tese do direito civil-constitucional, que celebra a abertura sistêmica ocasionada pela consagração dos princípios e cláusulas gerais, e aposta em uma concepção particularista do direito, segundo a qual "cada caso é um caso". Essa objeção não deve levar o direito a retornar a uma postura formalista, que entende o fenômeno jurídico unicamente como produto de suas fontes sociais; por outro lado, a crítica tem sua razão de ser ao apontar que, em inúmeras situações, absolutamente idênticas do ponto de vista fático, a existência de regras e parâmetros decisórios pode ser alternativa melhor que a existência de apenas princípios ou cláusulas gerais, evitando-se que cidadãos que se encontram em uma mesma situação fática sejam tratados de forma dessemelhante.

Nesse sentido, entende-se que não há como adotar posturas radicais, seja no sentido de que "cada caso é um caso", devendo ser decidido de acordo com

cláusulas gerais e princípios e prescindindo-se totalmente de regras (conforme defende o direito civil-constitucional), seja no sentido de que o direito é apenas um conjunto de regras formalmente aprovados por uma autoridade competente (postura formalista).

O direito é uma prática construtiva, admitindo uma leitura moral, permeada por princípios e cláusulas gerais, mas isso não significa prescindir de regras. Dessa maneira, a crítica é procedente ao apontar a necessidade de que o direito não seja regulado *apenas* por princípios e cláusulas abertas, referidas ao ideal da dignidade da pessoa humana, que também é vago e indeterminado. Nesse sentido, uma orientação que aposta sempre na particularidade dos casos concretos ocasiona muitas dificuldades para o direito, uma vez que dá ensejo a que casos absolutamente iguais nas suas circunstâncias sejam tratados de modo diferente[88]. Com isso, cidadãos que se encontram em uma mesma posição fática são tratados diferentemente, ferindo-se um dos pilares do ordenamento jurídico, que é o princípio da isonomia; além disso, tem-se um cenário de absoluta insegurança jurídica, que de modo que os cidadãos ficam alijados de saberem os parâmetros de conduta que devem seguir.

No que diz respeito ao tema ora em estudo, nos capítulos anteriores foram mapeadas diversas dificuldades no sopesamento/ponderação de direitos, observadas em razão da deficiência de parâmetros jurídicos, sejam regras previstas em lei (no sentido formal), sejam regras estabelecidas pela jurisprudência a partir de casos concretos idênticos ou bastante semelhantes entre si. Nos próximos capítulos se irá refletir sobre a dificuldade de ponderação/sopesamento de direitos fundamentais de personalidade, quando verificado um conflito que envolve a liberdade de imprensa. O recurso *apenas* a cláusulas gerais e princípios, sem que a legislação ou a jurisprudência trabalhem no sentido de oferecer parâmetros e critérios mais concretos de análise, resulta em perplexidades para aquele que precisa decidir um caso concreto: escolhe-se uma das opções no balcão das soluções jurídicas.

Nessa linha de raciocínio, defende-se que os princípios e regras constitucionais devem ser considerados na análise de todo e qualquer caso concreto, pois irradiam efeitos sobre todo o ordenamento jurídico; todavia, o

---

[88] Relembrem-se as reflexões apresentadas no item 4.3.4 (acima), na qual se verificou uma discrepância de tratamento, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.961.581/MS e 1.774.425/RJ, quando comparados com o Recurso Especial nº 1.660.681/RJ, pois, em situações praticamente idênticas do ponto de vista fático, foi dada uma solução jurídica diferente ao caso em que a parte autora ocupa o cargo de Promotora de Justiça, restando ferido de forma indubitável o princípio da isonomia.

afastamento de regras infraconstitucionais, oriundas da atuação do legislador, ou das regras construídas pela jurisprudência[89], deve ocorrer apenas de maneira excepcional, porque, normalmente, quando uma regra é incorporada no ordenamento jurídico positivo, já é o produto de considerações *a priori* sobre os casos que se destina a regular e sobre os princípios constitucionais incidentes nesses casos[90]. Especificamente *quando não há regra posta pelo legislador,* entende-se que cabe ao judiciário indicar parâmetros seguros para a ponderação de direitos, tendo em vista situações semelhantes ou iguais que possam ser trazidas à sua análise. Isso é imprescindível para que (i) o jurisdicionado saiba como deve agir, de antemão; e (ii) seja assegurada a isonomia entre os cidadãos.

Na sequência, abordam-se as críticas mais específicas com relação à banalização do princípio da dignidade humana e a uma completa identificação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, as quais devem ser enfrentadas com mais vagar.

6.4
O conteúdo do princípio da dignidade humana e suas consequências para a identificação de direitos implícitos

Atualmente, inexistem dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana consiste no verdadeiro alicerce do Estado Democrático de Direito, de modo que sua observância é imposta tanto ao Estado, nas relações com o cidadão

---

[89] No direito brasileiro, há numerosos mecanismos pelos quais os Tribunais podem construir regras e parâmetros objetivos para guiar a ponderação de direitos, quando o sopesamento for necessário. Tem-se, por exemplo, a repercussão geral e a edição de súmulas vinculantes (no STF), os recursos repetitivos (no STJ), o Incidente de Assunção de Competência (IAC) e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nos Tribunais em geral, a edição de súmulas e a orientação firmada pelos órgãos plenários dos Tribunais nos casos submetidos ao seu julgamento, que devem ser observadas pelos juízes que tiverem vinculação com o Tribunal em questão.

[90] Excepcionalmente, pode haver situações em que a regra deve ser afastada porque, em determinado caso concreto, a sua concretização ensejaria infringência aos princípios que, em primeiro lugar, fizeram com que aquela regra específica fosse consagrada. Pense-se, por exemplo, nos casos que o Poder Judiciário, sem declarar a inconstitucionalidade da regra do artigo 44, II, da Lei nº 9.394/96, a afasta para determinar a expedição de certificado de conclusão do ensino médio ao estudante que é aprovado no vestibular antes de concluir tal nível de ensino. Ou, ainda, nos casos em que o Poder Judiciário, sem declarar a inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei nº 9.263/96, o afasta para determinar a realização de procedimento de esterilização voluntária em mulheres que recorrem à justiça porque, embora não preencham os requisitos da regra prevista em tal lei, não pretendem mais ter filhos. Nesse sentido, não há dúvidas de que todas as normas do ordenamento jurídico devem ter sua compatibilidade com a Constituição analisadas e pensadas com referência ao caso concreto. O que se critica, aqui, é a postura de entender que as regras têm pouca importância nos processos decisórios, do que resulta o pensamento de que (i) não é preciso desenvolver regras, parâmetros e critérios para guiar processos decisórios, bastando recorrer a cláusulas abertas e princípios e de que (ii) quando existem regras, facilmente podem ser afastadas por referência a princípios, sem que se tenha qualquer trabalho de os conceituar a apontar seu âmbito normativo.

e com outros Estados, quanto ao indivíduo, nas suas relações públicas e privadas. Disso resulta que, nas relações privadas, os conflitos não podem mais ser solucionados apenas sob uma ótica exclusivamente patrimonial e privatista. Isso significa que o reconhecimento de que bens e direitos patrimoniais não são fins em si mesmos, mas são meios para a realização da pessoa, o que envolve, na prática do direito, um exercício de difícil equilíbrio entre duas diferentes concepções de pessoa:

> Uma exegese atenta da nossa Carta permitirá que se entreveja a opção do constituinte por solução intermediária e compromissória entre o individualismo – que vê no Homem um ser abstrato e sem raízes, perseguindo seus interesses privados numa sociedade atomizada, em que os laços de integração são frouxos, e que funciona de modo semelhante ao mercado -, e o coletivismo transpersonalista, de matriz aristotélica, que vislumbra na pessoa humana apenas uma parte do todo social, concebendo a sociedade como um organismo superior a qualquer dos membros que a compõem. Trata-se do personalismo, que considera o ser humano um valor em si mesmo, axiologicamente superior ao Estado e a qualquer coletividade à qual se integre, mas que vê na pessoa humana um ser situado, concreto, que desenvolve a sua personalidade em sociedade, no convívio com seus semelhantes. Sob esta perspectiva, a autonomia privada – a 'liberdade dos modernos', do indivíduo no 'jardim', com seu 'direito de ser deixado só' (right to be let alone) – e a autonomia pública – a 'liberdade dos antigos', do cidadão na praça, decidindo coletivamente o destino da sua comunidade – vão compor, em pé de igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana. (Sarmento, 2004, p. 117-118).

Nessa linha de pensamento, tem-se que a dignidade da pessoa humana é verdadeiro princípio estruturante do Estado de Direito e, nesse sentido, vale "em qualquer Estado de Direito enquanto Estado organizado e limitado juridicamente com vista à garantia dos direitos fundamentais" (Novais, 2022, p. 13). Afirma-se, pois, que esse "princípio dos princípios" (Novais, 2015, p. 20), é norte axiológico e hermenêutico de todo o ordenamento jurídico, inclusive nas relações privadas (Novais, 2022, p. 93).

Se é certo que o princípio da dignidade humana "é de aplicabilidade geral, directa e imediata em quaisquer circunstâncias, em quaisquer domínios e ramos de Direito" (Novais, 2022, p. 93), por outro lado não há consenso sobre quais consequências concretas podem ser extraídas dessa vinculação. Assim, não obstante o reconhecimento pacífico do papel central que a dignidade da pessoa humana para o direito como um todo (público e privado), há pouco consenso sobre o que esse princípio efetivamente é (qual seu conteúdo) e o que exige (quais posições jurídicas podem ser extraídas dela). Esse problema diz respeito ao fato de que a dignidade da pessoa humana pode ser invocada em praticamente

qualquer situação, o que efetivamente vem ocorrendo no Brasil, muitas vezes de forma descompromissada (Sarmento, 2016b, p. 15-16).

No que diz respeito ao presente estudo, o direito ao esquecimento não raro é invocado como um direito constitucional implícito decorrente *diretamente* da dignidade da pessoa humana. Em razão desse argumento, é necessário pensar o que a dignidade da pessoa humana é e o que ela exige, de forma concreta. Essa necessidade é tanto mais premente quando se tem em conta a necessidade de evitar o recurso puramente retórico e vazio à dignidade, que a apequena e banaliza (Sarmento, 2016b, p. 18).

Antes de iniciar essa empreitada, deve-se fazer uma distinção terminológica: deve-se distinguir dignidade humana de dignidade da pessoa humana. A primeira expressão se refere à dignidade da humanidade como um todo, enquanto a segunda expressão se refere à pessoa concreta, que pode sofrer violações (Sarlet, 2006, p. 51-52). O que interessa, para essa pesquisa é a dignidade da *pessoa* humana, do indivíduo concretamente atingido e historicamente situado e que, em juízo, invoca o direito ao esquecimento. Nessa senda, rechaça-se um individualismo atomista que vê o indivíduo como uma abstração, desenraizado e desencarnado: a dignidade é pensada a partir da pessoa concreta, "que é racional, mas também sentimental e corporal; que é um fim em si mesmo, mas não uma 'ilha' separada da sociedade" (Sarmento, 2016b, p. 70)[91].

Esse enquadramento é da maior importância, pois, analisando-se a dignidade da pessoa humana concreta, deve-se ter em mente as singularidades do brasileiro. Nesse sentido, é certo que em todas as sociedades, a identidade pessoal é formada, em alguma medida, dentro de uma teia de relações sociais que a constitui. No Brasil, entretanto, isso é ainda mais forte, pois nesse país as pessoas efetivamente são percebidas pelos outros com os quais convive, a partir de elementos como classe social, cor, profissão, relações familiares e de amizade. Essa percepção social constitutiva da identidade pessoal, no Brasil, não tem feições emancipatórias, pelo contrário, é fruto de um passado escravocrata e de "uma compreensão pré-moderna, hierárquica e estamental das relações sociais, em que direitos e deveres são concebidos não em bases universalistas, mas a partir da posição ocupada por cada indivíduo na estrutura social" (Sarmento, 2016b, p. 60).

---

[91] Não obstante, a pretensão de universalidade do valor dignitário ainda está presente em alguma medida, e, na prática, haverá sempre certa tensão entre as pretensões universais e concretas da dignidade da pessoa humana.

O Brasil de pessoas concretas é o Brasil do homem cordial, que tem dificuldade em seguir regras impessoais de conduta, privilegiando as relações íntimas e de afeto em situações nas quais se exigiria impessoalidade; e é o Brasil do patrimonialismo, característica segundo a qual agentes públicos confundem a coisa pública com a sua vida privada. As relações sociais são marcadas pela desigualdade, a qual é naturalizada desde o nascimento, e que advém, dentre outros fatores, de uma consciência identitária entranhada no brasileiro, que pauta toda a sua compreensão de mundo, sem que, muitas vezes, o próprio brasileiro se dê conta disso. A desigualdade está nas entranhas do brasileiro, que logo cedo "aprende o seu lugar" na hierarquia social (Sarmento, 2016b, p. 61-62), sendo que a realização prática da igualdade e da dignidade depende de um verdadeiro esforço de desfazimento dessas pré-compreensões de mundo, que pautam o seu comportamento irrefletido e espontâneo.

No que interessa ao tema ora em estudo, a desigualdade por vezes se manifesta, de forma palpável, em julgamentos de casos nos quais se decidem conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade de pessoas públicas, tais como os direitos à honra e à privacidade. Em muitos casos se pode constatar, de forma implícita ou explícita nas decisões judiciais, o argumento de que o fato de uma pessoa exercer um cargo público relevante lhe confere um direito a uma proteção mais especial da sua honra, intimidade e privacidade, comparativamente com os direitos das pessoas "comuns". Lembre-se, a propósito, o julgamento do REsp nº 1.660.168/RJ, em que o Superior Tribunal de Justiça, excepcionando a regra até então firmada por aquela Corte nos casos de pedido de desindexação, manteve a decisão anterior que determinou o desreferenciamento, dos motores de busca, do nome de Promotora de Justiça anteriormente investigada por fraude em concurso público, e inocentada.

Fechando esse parêntese, anota-se que, embora o enfoque da pesquisa esteja na dignidade da pessoa humana concreta, para não deixar o texto enfadonho, serão utilizadas com o mesmo sentido as menções à "dignidade", "dignidade humana" e "dignidade da pessoa humana".

Firmado esse ponto, e tendo em vista a anterior caracterização da dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional supremo, verdadeiro fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CRFB/88), deve-se pensar como se podem compreender as exigências do princípio da dignidade humana.

Nesse ponto, a doutrina aponta para duas formas de caracterizar o princípio da dignidade da pessoa humana. A primeira delas, defendida por Novais (2015;

2018), é concebê-la como uma garantia forte, não sujeita à ponderação, isto é, como um princípio[92] absoluto, que funciona como um *knock-down argument* (Novais, 2018, p. 163)[93]. O "preço" que se paga, ao se adotar essa concepção, é o de conceber a dignidade humana com um conteúdo mais limitado, reduzido às situações mais graves, pois a estratégia que se adota é a delimitação negativa do conceito, de modo que a preocupação central não é a de apurar quais são os elementos do conceito de dignidade, mas as ações ou omissões que a violam (Novais, 2018, p. 88-89). A segunda é o fazer de forma amplificada, concepção adotada por Sarmento (2016b, p. 96), para quem a dignidade da pessoa humana tem um "amplo raio de incidência e capacidade para incidir diretamente em vastos domínios da vida social". Decorre daí que a dignidade da pessoa humana, assim como outros princípios, pode ser relativizada, ponderada, com outros direitos.

Adere-se à tese de que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto, pois tem uma dimensão relacional. A dignidade é a qualidade da pessoa que a distingue das coisas e impõe, nuclearmente, que nenhum ser humano possa ser coisificado ou instrumentalizado. Contudo, há que se ter em vista que a dignidade humana não tem um espectro apenas individual, visto que as pessoas nascem, vivem e morrem dentro de uma sociedade. Portanto, há a dimensão social e relacional da dignidade humana, uma dimensão intersubjetiva, que deve ser avaliada (Gama, 2011, p. 256). A esse respeito, aponta-se que:

> O tema envolvendo a dignidade da pessoa humana e as relações intersubjetivas conduz à polêmica quanto à instauração de um conflito entre as dignidades de pessoas diferentes [...] Por óbvio que, neste caso extremo, a dignidade da pessoa humana relativamente a um dos envolvidos – ou quiçá de ambos – deverá ser relativizada, dentro de um juízo de valor realizado no caso concreto, o que denota o princípio (e não o valor) da dignidade da pessoa humana não é absoluto, diversamente do que alguns apregoam. A segregação do criminoso ao cárcere, diante de uma condenação por infração grave, demonstra a efetiva atuação estatal no sentido de proteger a dignidade dos particulares que devem ter sua vida, liberdade e dignidade protegidas, o que não ocorreria caso a pessoa que delinquiu

---

[92] Por essa conceção (dita "absoluta") da dignidade humana, a sua incidência ocorre à semelhança de uma regra, porém, a terminologia "princípio" é mantida unicamente por ser a mais usual e consagrada, não se querendo, com isso, dizer, que a dignidade humana é suscetível de ponderação (Michael; Morlok, 2016, p. 162).

[93] Essa também é a posição defendida pelos alemães Lothar Michael e Martin Morlok (2016, p. 158): "[...] defende-se que a dignidade humana seja entendida como garantia puramente modal contra determinados tratamentos por parte do Estado. O entendimento em abstracto da dignidade humana pode, consequentemente, ser inferido a partir do habitual segundo nível de controlo jurídico-fundamental, isto é, a partir da ingerência. [...] as tentativas vão no sentido de, por assim dizer, começar o controlo 'às avessas', isto é, de limitar a garantia da dignidade àquilo que no fundo se pode garantir também de maneira absoluta, isto é, sem ponderação e sem excepções. O princípio da dignidade humana tem não só uma importância relativamente destacada, mas é concretizado no sentido de que, no fundo, só são garantidos conteúdos à prova de ponderação. Na aplicação, a dignidade humana desvia-se, assim, fortemente das normas de optimização a realizar em geral no caso concreto através de ponderação."

> gravemente não fosse sancionada com a medida mais extrema de privação da liberdade [...] (Gama, 2011, p. 264-265)

A ideia de dignidade humana está relacionada com uma visão da comunidade e do indivíduo, que devem ser bem compreendidas. A comunidade representa o conjunto de cidadãos, os quais podem ser vistos como agentes atuantes em uma democracia coparticipativa, que cooperam no empreendimento de autogoverno. O Estado e os cidadãos, como regra, devem respeitar a concepção de vida digna que cada pessoa possui; por outro lado, cada indivíduo deve assumir sua parcela de responsabilidade quanto a seus atos e decisões. Portanto, a ideia de dignidade da pessoa humana está relacionada a dois princípios: o do valor intrínseco, segundo o qual toda vida humana possui valor objetivo; e o da responsabilidade pessoal, segundo o qual cada ser humano é moralmente responsável pelas escolhas que faz (Verbicaro; Fadei, 2018, p. 261-266).

Com isso em mente, pode-se partir para a identificação de um conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, pois, embora se admita uma concepção amplificada desse princípio, isso não afasta a necessidade de se pensar em que situações pode haver o recurso a esse argumento nas situações concretas da vida. Daniel Sarmento (2016b) desenvolve reflexões a esse respeito, apresentando quatro direções em que se pode verificar o conteúdo autônomo da dignidade da pessoa humana.

O conteúdo nuclear da dignidade da pessoa humana, como já se mencionou, diz respeito ao reconhecimento do valor intrínseco da pessoa, devendo as pessoas serem tratadas como fins em si mesmos e não apenas como meios para atingir determinados fins (Sarmento, 2016b, p. 109). Esse conteúdo se apresenta contrário ao sacrifício do indivíduo em favor de “interesses superiores” de uma entidade ou organismo maior; opõe-se à ideia de que a comunidade tem uma prioridade em detrimento dos indivíduos (Sarmento, 2016b, 117). Também contraria teorias utilitaristas puras, que aceita como princípio moral a maximização dos interesses ou preferências individuais, admitindo o “sacrifício de um membro da comunidade quando dele decorra um ganho superior nos interesses de outros indivíduos” (Sarmento, 2016b, 127). Isso não significa, porém, que em um conflito entre interesses/direitos individuais e interesses/direitos da coletividade, aqueles prevalecerão sempre. Apenas significa que, de antemão, as preferências da maioria em termos de resultado final, ou os interesses do Estado, não são superiores aos interesses individuais. Não se

afasta, contudo, a característica relacional da dignidade da pessoa humana, pois, em muitas situações, apresenta-se a necessidade de comprimir direitos individuais para assegurar direitos de outras pessoas ou da coletividade.

Outra direção em que se desenvolve o conteúdo do princípio da dignidade humana é a garantia de uma esfera de autonomia individual (privada), dentro da qual se reconhece à pessoa o "seu direito de realizar escolhas pessoais e de segui-las, quando isto não fira direitos alheios" (Sarmento, 2016b, p. 135). Parte do pressuposto de que o indivíduo é um agente racional, que tem capacidade de tomar decisões "por quaisquer motivações: juízos morais, cálculos instrumentais, sentimentos, desejos e até idiossincrasias incompreensíveis para terceiros" (Sarmento, 2016b, p. 141). Pressupõe também que, como regra, o Estado não tem o direito de intervir nessas decisões pessoais: é uma dimensão antipaternalista. Contudo, há um outro lado da ideia de autonomia, que reconhece a possibilidade de intervenção estatal na autonomia para garantia da própria dignidade, muitas vezes sendo essa intervenção necessária para garantir a autonomia pública (reverso da moeda da autonomia privada) (Sarmento, 2016b, p. 171). Basta pensar, por exemplo, na necessidade de se regular relações sociais de trabalho, limitando-se a autonomia individual, ou, em um exemplo mais corriqueiro, impor normas de segurança no trânsito, como o uso de cinto de segurança (Sarmento, 2016b, p. 171). Assim, embora a premissa fundamental da esfera de autonomia seja a impossibilidade de intervenção do Estado, em cada caso é que se deve verificar *até que ponto* a autonomia individual deve prevalecer e *até que ponto* é necessária a intervenção nessa esfera de autonomia.

Integra o conteúdo autônomo da dignidade da pessoa humana, ainda, a exigência de um mínimo existencial, que se traduz no acesso a elementos mais básicos para a vida humana, como alimentação, água, moradia, vestimentas e saúde, como também configura um piso que deve ser garantido no tocante a direitos de natureza sociocultural ligados à dignidade, como, por exemplo, o direito à educação (Sarmento, 2016b, p. 331).

Outra dimensão da dignidade da pessoa humana diz respeito à necessidade do reconhecimento social de pessoas e grupos de pessoas que, historicamente, são marginalizados e tratados como inferiores (em razão do gênero, etnia, orientação sexual, religião, deficiência, nacionalidade, profissão, etc) (Sarmento, 2016b, p. 242). Trata-se de garantia ao "igual respeito da identidade pessoal", e sua garantia significa que o Estado deve vedar políticas e práticas que se dirigem a estigmatizar pessoas em razão da sua identidade, além de buscar eliminar "as

valorações negativas conferidas pela cultura hegemônica a certos grupos" (Sarmento, 2016b, p. 334).

Apresentado o âmbito normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, cabe abordar as múltiplas funções que exerce no ordenamento jurídico. Aponta-se que dignidade da pessoa humana funciona como fundamento material dos direitos fundamentais e como critério de identificação de direitos constitucionais implícitos, conformando as relações sociais, seja entre Estado-particulares ou entre estes. Afora isso, opera na interpretação do conteúdo dos direitos fundamentais, seja impondo a exclusão de certas justificativas do Estado para limitá-los, seja contribuindo para preencher e conformar o conteúdo essencial daqueles direitos e serve como parâmetro de controle de inconstitucionalidade de atos do poder público ou de particulares[94].

No tocante à função do princípio que diz respeito à identificação de direitos implícitos no ordenamento jurídico, cabe salientar que é amplamente aceita pela doutrina a tese de que a Constituição brasileira pode conter princípios implícitos, posição essa que é reforçada pela disposição contida no §2º, do artigo 5º da CRFB.

A questão espinhosa é, justamente, saber como identificar um direito constitucional implícito. Sarmento (2016b, p. 85) aponta que o principal critério para o reconhecimento de um direito fundamental (explícito ou implícito) é a conexão com a dignidade da pessoa humana. Exemplificando essa conexão, afirma que a maior proximidade com a dignidade humana é o que faz com que a fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF) seja reconhecida como direito fundamental, ao passo que não é reconhecido como tal o direito dos titulares dos serviços notariais e registrais a manterem seus cartórios (art. 32, ADCT).

Entende-se que a conexão com a dignidade da pessoa humana é, deveras, o indicativo mais forte da fundamentalidade de um direito, contudo, desde que se tenha o cuidado de analisar de forma cuidadosa a presença e a necessidade de

---

[94] O princípio da dignidade humana pode servir como parâmetro para controle de constitucionalidade nas seguintes situações: quando se verificar violação dos deveres de respeito, proteção e promoção da dignidade humana; quando os poderes públicos intervirem restritivamente em um direito fundamental com violação da dignidade humana ou afetando o núcleo essencial de um direito fundamental; quando os poderes públicos ficam aquém do que é normativamente exigido, não realizando o conteúdo essencial dos direitos positivos que estão fundamentados na dignidade humana, ou não realizando o mínimo social; quando os particulares ou entidades privadas violarem o dever de respeito da dignidade da pessoa humana exigível de todos os membros da sociedade (Novais, 2018, p. 148-149).

um “novo” direito fundamental para a finalidade de garantir a dignidade da pessoa. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado um “direito-mãe”, do qual se podem extrair direitos mais específicos não contidos no texto constitucional, mas, nesse caso, incide um pesado ônus argumentativo sobre o intérprete da Constituição, que deve justificar da forma mais detalhada e minuciosa possível, o porquê de se necessitar de um novo direito fundamental em um catálogo de direitos já bastante recheado de normas protetivas da dignidade, pois

> [...] a afirmação de um direito fundamental gera graves impactos na ordem jurídica e na sociedade, ao ensejar o surgimento de deveres correlatos para o Estado e para particulares. Mais que isso, ela impõe limites para a deliberação das maiorias políticas. Tratando-se de direitos fundamentais, tais limites são oponíveis inclusive ao poder de reforma da Constituição (art. 60, §4º, IV, CF). Portanto, no pano de fundo da questão da afirmação de direitos não enumerados, faz-se presente, mais uma vez, a conhecida tensão entre constitucionalismo e democracia. vários riscos devem ser evitados nessa atividade, especialmente o decisionismo na ‘invenção’ de novos direitos, a banalização da dignidade e o recurso ao princípio para fundamentar privilégios não universalizáveis ou promover agendas morais autoritárias e conservadoras (Sarmento, 2016b, p. 89).

Nesse sentido, somente se deve recorrer ao princípio da dignidade da pessoa humana, para fundamentação de uma pretensão, quando não for possível recorrer a outros direitos fundamentais (mais específicos) consagrados no ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, se for possível formular uma pretensão recorrendo-se ao direito à imagem, não há por que invocar o princípio da dignidade humana. Assim, “haverá a delimitação de balizas mais claras para a decisão judicial, o que aumenta a sua previsibilidade e reduz o risco de arbítrio” (Sarmento, 2016b, p. 337).

Com essas observações, prossegue-se, na sequência, para entender a conexão desse princípio com os direitos fundamentais, notadamente por meio da configuração desses direitos na forma de normas principiológicas. Esse ponto da exposição funcionará como um degrau para, mais à frente, se analisar o fenômeno da constitucionalização do direito e as consequências que se podem extrair daí para o entendimento da relação entre direitos fundamentais e direitos da personalidade.

6.5
Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais

Anteriormente, explorou-se como o princípio da dignidade humana foi erigido à condição de elemento unificador do sistema constitucional, a partir da colocação da pessoa no centro do ordenamento jurídico. Esse fenômeno, conhecido como personalização do direito, se deu em concomitância com a valorização dos princípios no ordenamento jurídico e a constitucionalização dos direitos, fatores esses que estão imbricados.

Antes vistos como meras normas programáticas, os princípios constantes da Constituição passam a ter reconhecida a sua força normativa, e funcionam no sentido de abrir a ordem jurídica para uma leitura moral, impondo a conformação do ordenamento aos valores neles sedimentados. Nesse sentido, a Constituição passa a ser vista não só como um documento que organiza o poder estatal, mas também como uma fonte de princípios e valores norteadores de todo o sistema jurídico (Sarmento, 2004, p. 70-77).

Para entender de que se fala ao evocar a força normativa dos princípios, deve-se abordar sobre a relação entre princípios e direitos fundamentais. Originalmente, os direitos fundamentais surgiram como direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, daí a metáfora dos direitos fundamentais como trunfos, o que significa que “os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos desejam ter ou fazer” (Dworkin, 2020, p. XV). De acordo com esse entendimento, os direitos fundamentais são garantias fortes contra o Estado, que o Estado só pode derrubar por uma justificação de peso indiscutível (Novais, 2021, p. 154-155). Isso significa que o ônus de justificação para restrição de um direito fundamental é atribuído ao Estado, que, por sua vez, não pode se valer de certas justificações com esse desiderato, como é o caso daquelas que imponham certas concepções e planos de vida ao indivíduo, ou que se baseiem unicamente na vontade da maioria democrática, sem proteger adequadamente os direitos das minorias (Novais, 2021, p. 156).

Na sua origem, portanto, ligada ao constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais eram considerados direitos subjetivos individuais oponíveis ao Estado. As funções dos direitos fundamentais, na condição de direitos subjetivos, se resumiam em quatro dimensões, captadas por Jellinek: a sujeição do indivíduo à lei (*status subjectionis* ou passivo); a delimitação de um âmbito no qual o Estado não pode intervir na liberdade do cidadão (*status libertatis* ou negativo); um âmbito no qual o particular pode exigir do Estado prestações positivas (*status* positivo ou *civitatis*); e por fim um âmbito no qual o cidadão tem o direito à participação política na vida estatal (*status* ativo) (Duque, 2014). Essa concepção dos direitos

fundamentais, porém, passou a ser insuficiente, a partir da incorporação, nas Constituições, de direitos sociais e difusos e do reconhecimento de que a Constituição não contempla apenas direitos subjetivos, mas possui uma dimensão objetiva[95], relacionada aos valores constitucionais (Bello Filho, 2007, p. 37)[96]. À luz desse novo paradigma, pode-se ainda os definir como trunfos, desde que se admita que essas garantias fortes incluem, em si, uma reserva imanente de ponderação. Isso significa que, conquanto sejam garantias fortes, os direitos individuais podem ter de ceder a outros interesses ou princípios jusfundamentais, o que, contudo, deve observar quais argumentos são aptos a fazer ceder um direito fundamental e quais, por outro lado, são inservíveis para fazê-lo (Novais, 2021, p. 193-201).

Essa nova concepção dos direitos fundamentais decorre da complexidade que deriva da adoção de um Estado Democrático de Direito, nem Estado Liberal,

---

[95] A ideia de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva aparece na doutrina constitucional alemã de Rudolf Smend, segundo a qual os direitos fundamentais são a representação de uma ordem de valores que simboliza a cultura de uma dada sociedade e é responsável pela integração nacional. Essa concepção da Constituição como uma ordem de valores foi acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão no julgamento do caso Lüth[95], no qual se entendeu que a ordem constitucional contém valores que configuram uma ordem hierárquica a qual serve como parâmetro para o controle de constitucionalidade (Nascimento, 2011, p. 8). Sinteticamente, o caso Lüth-Urteil (BVERFGE 7, 198), julgado pela Corte Constitucional alemã em 15/01/1958, foi motivado pelo fato de Erich Lüth ter conclamado um boicote a filme lançado, à época, por Veit Harlan. Lüth manifestou à imprensa alemã, na ocasião da "Semana do filme alemão" o deu descontentamento e oposição quanto à possibilidade de Harlan recuperar a sua reputação como roteirista e diretor, pelo fato de ter produzido filmes nazistas, tais como o filme *Jud Süß*. Nesse cenário, Harlan e os demais produtores do filme *Unterbliche Geliebte* ajuizaram ação pugnando pela condenação de Lüth a obrigação negativa, de deixar de conclamar o público a boicotar o filme. O pedido foi julgado procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Lüth apresentou reclamação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo, alegando a violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão. A alegação foi acolhida. Conforme os comentários de Leonardo Martins (Schwabe, 2005, p. 381): "Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo". O caso Lüth e a ideia de que os direitos fundamentais contêm uma dimensão objetiva deu ensejo a uma discussão doutrinária, sobre a equivalência entre princípios e valores. Jürgen Habermas se opôs à jurisprudência dos valores manifestada pelo Tribunal Constitucional alemão, apontando que os valores, por seu viés meramente teleológico, não podem ser confundidos com a normas, que têm um viés deontológico (Habermas, p. 316-317). Um dos teóricos que respondeu à crítica de Habermas foi Robert Alexy. Corretamente, Alexy aponta que toda teoria normativa acerca dos direitos fundamentais pressupõe uma teoria de valores (axiológica). Uma teoria liberal do direito é, portanto, *uma* teoria axiológica; uma teoria social é *outra* teoria de valores, e assim por diante (Alexy, 2015, p. 563). Assim, há uma conexão intrínseca entre princípios e valores, que não pode ser ignorada. No presente estudo, adere-se à ideia de que os direitos previstos na Constituição não contemplam apenas uma dimensão subjetiva, mas, também, uma dimensão objetiva.

[96] Para dar conta dessa complexidade, difundiu-se a teoria das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, pela qual se tem a impressão de que apenas os direitos de primeira geração confeririam a maior proteção jurídica à pessoa, na forma de direitos subjetivos. Trata-se de um mito, que traz outros inconvenientes, como o de associar cada geração de direitos a uma função, como se os direitos de liberdade tivessem somente uma função negativa, os direitos sociais tivessem somente a função prestacional, e assim por diante (Hachem, 2013, p. 620-621).

nem Estado Social[97]. Aponta-se, hoje, para uma dupla titularidade (individual e transindividual) e, ainda, para uma dupla dimensão (subjetiva e objetiva) dos direitos fundamentais. Compreende-se que todos os direitos fundamentais impõem deveres negativos, bem como prestações fáticas e normativas, ao Estado, e ostentam titularidade, simultaneamente, individual e transindividual – são, portanto, multifuncionais (Hachem, 2013, p. 621). Além disso, os direitos fundamentais têm uma estrutura normativa bidimensional, um regime jurídico especial, pois, além de conferirem posições subjetivas de vantagem aos seus titulares, frente ao Estado, "expendem deveres objetivos ao Poder Público que o obrigam a proporcionar condições de exercício e de proteção de tais direitos, independentemente de provocação do particular" (Hachem, 2013, p. 624).

O que permite essa multifuncionalidade dos direitos fundamentais é a sua previsão, geralmente, como princípios. Esse ponto pode ser mais bem compreendido trazendo-se a lume aquilo que vem sendo denominado, na doutrina constitucional, como a estrutura das normas de direitos fundamentais. A estrutura dos direitos fundamentais é um ponto ainda bastante discutido na teoria do direito, havendo, basicamente, duas posições sobressalentes: a de que os direitos fundamentais podem ser distinguidos entre regras e princípios (Ronald Dworkin e Robert Alexy); e a de que não é possível distinguir regras e princípios, sendo o ordenamento jurídico composto, unicamente, de normas que oferecem razões *prima facie* (Aulis Aarnio e Klaus Günther) (Vale, 2009; Sgarbi, 2013). Dentre os defensores da distinção entre regras e princípios, há ainda uma discussão sobre as características inerentes aos princípios, se podem ou não ser entendidos, como proposto por Alexy, como mandados de otimização. Por essa tese, os direitos fundamentais são normas principiológicas, configuradas como comandos *prima facie*, as quais exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (Alexy, 2015, p. 90).

Não se deseja adentrar a este rico debate, o que estaria muito além do presente estudo. No entanto, faz-se premente apresentar, neste trabalho, o que se entende como sendo as principais formas de funcionamento das normas de direitos fundamentais e de personalidade.

---

[97] Conforme Novais (2021, p. 197): "[...] a qualidade de *trunfo* deve ser adequadamente compreendida. Se é verdade que a vontade de muitos vale o mesmo que a vontade de um para efeitos de peso na ponderação em que esteja em causa a eventual cedência de um direito fundamental – e aí se revela a força de *trunfo contra a maioria* -, isso não significa uma prevalência indiscriminada dos direitos fundamentais no confronto com outros bens, que podem, também, ser considerados *trunfos* eventualmente mais elevados, quando apoiados por outros princípios ou interesses jusfundamentais (por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana ou direitos fundamentais colidentes)".

Entende-se que as normas jurídicas[98] podem ser chamadas regras quando a sua formulação linguística e o seu uso na prática judiciária, ou seja, no processo de interpretação/aplicação, aponta para uma aplicação disjuntiva. Assim, as regras são aplicáveis à maneira "tudo ou nada", o que significa que, se são válidas, devem ser aplicadas; se não são válidas, não devem ser aplicadas. Já os princípios funcionam de maneira diferente, pois "não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas" (Dworkin, 2010, p. 40). Os princípios, na verdade, enunciam razões que apontam o argumento em uma certa direção[99]. Pode haver outros princípios e políticas que apontem em outra direção, mas o fato de um ser aplicável em vez de outro não significa que o princípio não aplicado deixa de ser um princípio do ordenamento jurídico. Nesse sentido, os princípios têm uma dimensão de peso ou importância. Regras e princípios não se diferenciam apenas em razão do grau de generalidade e abstração de uns e outros, mas pelas diferentes formas pelas quais operam na resolução de conflitos (Pedron; Ommati, p. 603).

Esclarecida essa distinção, pode-se dizer que os direitos fundamentais estão, geralmente[100], previstos como princípios, cuja aplicação se dá na dimensão

---

[99] Nesse ponto, entende-se que a expressão "estrutura das normas de direitos fundamentais" pode passar a impressão de que o direito funciona conforme uma estrutura canônica, um conjunto fixo de padrões ou uma estrutura pré-fixada. Não é o que se entende no presente estudo, pois a distinção entre regras e princípios é interpretativa. Na trilha do referencial teórico dworkiano, entende-se que "a normatividade do direito se manifesta concretamente na própria prática interpretativa e não em um sistema lógico previamente delimitado, sendo, portanto, o conceito de norma remetido a um nível pragmático" (Pedron; Ommati, 2023, p. 603). Logo, não existe uma "estrutura canônica" a ser observada, tanto é assim que há doutrinadores que propõem outros tipos de classificação/estrutura, tais como postulados normativos, etc. Isso, todavia, não faz com que a distinção entre regras e princípios seja desimportante: como se verá, essa diferenciação tem sido útil para discutir a aplicação de direitos, além de gozar de grande aceitação teórica, constituindo um solo firme para posteriores desenvolvimentos. Assim, se não há uma "estrutura canônica" no direito, capaz de tudo resolver, aprioristicamente e fora do caso concreto, tampouco se pode dizer, de forma radical, que são inúteis as categorias analíticas produzidas pela doutrina. Há que se evitar esse tipo de polarização. Nos usos práticos do direito é que essas categorias analíticas têm que ser postas à prova, quanto à sua utilidade e possibilidade de aplicação para resolver um caso concreto. Como observa Adrian Sgarbi (2013, p. 90), a distinção entre regras e princípios não é de caráter ontológico (essencial), mas sim prático, pois "não há como se assentar uma linha diferenciadora clara e definitiva entre ambos de modo incontestável e não opinativo caso a caso". Por outro lado, e feitas essas observações, na prática jurídica há disposições normativas que estão tão assentadas como possuindo determinada "natureza" (de regra ou de princípio) que muito dificilmente se poderia argumentar em sentido contrário. Por isso muitas vezes se diz que determinadas normas "são" regras ou "são" princípios. Tome-se, por exemplo, o direito fundamental de não ser submetido à tortura (art. 5º, III, CRFB): na prática jurídica há tão ampla aceitação de que se trata de uma regra, portanto, imponderável, que dificilmente alguém argumentaria que essa previsão legal pode ser qualificada como um princípio. Nesse sentido, é útil e vale a pena investir na distinção entre regras e princípios, no domínio das normas de direitos fundamentais (Novais, 2021, p. 61), desde que se apreenda toda essa complexidade que essa "classificação" implica.

[100] "A metodologia orientada pelas *regras* e a metodologia orientada pelos *princípios* não se excluem categoricamente, mas merecem, juntas, consideração. Em princípio, os direitos fundamentais devem ser entendidos como *princípios* que são susceptíveis e necessitados de ponderação.

do peso. Justamente pelo fato de não preverem suas condições de aplicação, os princípios são descritos com alto grau de generalidade; assim, os princípios orientam os Poderes do Estado para a realização dos valores neles consubstanciados e conformam a interpretação dos direitos positivados. A questão é que, em razão desse funcionamento principiológico dos direitos constitucionais, muitas vezes a Constituição é vista como "um catálogo de desejos", o que Duque (2014) aponta, corretamente, como sendo um "desenvolvimento patológico que se alastra no âmbito social, gerando a falsa ideia de que a constituição pode muito mais, do que em verdade ela é capaz".

Essa problemática – da hiperinflação dos direitos – requer que se separe o joio do trigo, isto é, os direitos que efetivamente devem ser reconhecidos e amparados como tais, daqueles que não devem. É nesse ponto que se deve aprofundar o estudo dos direitos fundamentais de personalidade nas relações privadas, já que os casos a que se refere são descritos como colisões entre direitos certos direitos de personalidade (privacidade, identidade, honra, imagem, etc.) e o direito à liberdade de expressão. É o que se faz adiante.

6.6
Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade

É comum apontar que "direitos da personalidade", "direitos humanos", "direitos fundamentais" e "direitos do homem" são expressões que têm uma mesma função, de assegurar a proteção de aspectos da personalidade humana. Assinala-se que a diferença entre as expressões diz respeito ao campo do direito em que são tutelados aspectos da personalidade humana[101]: assim, "direitos da personalidade" é a nomenclatura utilizada para tratar daqueles direitos nas relações privadas, por outro lado, "direitos fundamentais" se usa como referência aos direitos consagrados na Constituição e "direitos humanos" e "direitos do homem" são expressões usadas no direito internacional (Schreiber, 2014, p. 13). Também no presente estudo, a referência a direitos fundamentais será feita aos direitos consagrados (explícita ou implicitamente) na Constituição Federal,

---

Contudo, o modelo das regras merece pontualmente consideração, que devíamos fixar de preferência como excepções [...]" (Michael; Morlok, 2016, p. 64).

[101] Conforme Schreiber (2014, p. 6), a noção de personalidade deve ser considerada sob dois aspectos distintos. Sob o aspecto subjetivo, trata-se da "capacidade que tem toda pessoa (física ou jurídica) de ser titular de direitos e obrigações". Pelo prisma objetivo, "tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada com objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico"; nesse último aspecto é que se pode falar em direitos da personalidade.

enquanto direitos que têm como destinatário o Estado. Por outro lado, a referência a direitos da personalidade será feita a direitos que protegem aspectos da personalidade humana e que possuem como destinatários outros particulares, nas relações privadas. Ressalte-se que muitos direitos consagrados na CRFB/88 são, simultaneamente, direitos fundamentais e direitos da personalidade: os direitos à honra, à privacidade, etc., que encontram previsão no texto constitucional, são invocáveis tanto nas relações entre ente privado e Estado (direitos da personalidade públicos), quanto nas relações entre entes privados (direitos da personalidade privados)[102][103].

O desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais precede o surgimento dos direitos de personalidade. Remonta às origens do constitucionalismo liberal, modelo que se delineou pela imposição de limites ao poder estatal, que devia ser mínimo, e, por outro lado, pela previsão da mais extensa esfera de liberdade nas relações privadas (Schreiber, 2014, p. 3). Os direitos de personalidade são construção mais recente, iniciada na segunda metade do século XIX e que somente alcançou o perfil que porta atualmente no século XX (Schreiber, 2014, p. 5; Doneda, 2005, p. 76). Percebeu-se, naquele tempo, que a ideia de livre contratação, vigorante durante o Estado Liberal, não protegia o homem de si mesmo ou, ainda, não o protegia adequadamente em situações nas quais havia desigualdade de poder (Schreiber, 2014, p. 4).

Na sua origem, os direitos da personalidade foram concebidos como "poderes que o homem exerce sobre a própria pessoa", sendo o seu objeto o próprio homem (Bittar, 2015, p. 34)[104]. Depois, desenvolveu-se a teoria dos direitos sem sujeito, segundo a qual os direitos da personalidade consistiriam em deveres a serem respeitados pelos outros indivíduos, pois não há como conceber

---

[102] Elimar Szaniawski (2005) distingue os direitos da personalidade em públicos, privados e sociais. Para ele, os primeiros tem por escopo "a defesa do indivíduo dos atentados praticados pelo próprio Estado ou, ainda, objetivam a defesa da sociedade, considerada como um todo, das agressões praticadas por certos particulares" (p. 87); já os direitos da personalidade privados "abrangem os direitos inerentes à pessoa humana que dizem respeito aos aspectos privados da personalidade" (p. 87), enquanto os direitos da personalidade sociais são "originários da evolução de certos direitos humanos de categoria social e econômica, surgindo entre os direitos de personalidade o direito à saúde, o direito ao trabalho, o direito à informação, o direito ao silêncio e assim sucessivamente" (p. 88). Neste estudo, se fará referência unicamente, a duas categorias, direitos da personalidade públicos (quando estiver em jogo uma relação ente privado/Estado) e direitos da personalidade privados (quando estiver em jogo uma relação entre entes privados).

[103] Ensina Schreiber (2014, p. 14): "Interessante notar [...] que a maior parte dos direitos da personalidade mencionados pelo Código Civil brasileiro (imagem, honra, privacidade) encontram previsão expressa no art. 5º do texto constitucional. Mesmo os que não contam com previsão explícita nesse dispositivo são sempre referidos como consectários da dignidade humana, protegida no art. 1º, III, da Constituição. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais".

[104] Conforme Szaniawski (2005, p. 80-81), a ideia de "direito sobre a própria pessoa" consistia em um apego à antiga concepção romana que, em razão da instituição da escravatura, concebia a possibilidade de alguém ser ao mesmo tempo sujeito e objeto de direitos".

a personalidade humana como objeto e direito (Bittar, 2015, p. 34). Atualmente, essas teorias estão superadas, tendo logrado êxito a corrente que entende ser objeto dos direitos da personalidade "determinados atributos ou qualidades físicas ou morais do homem", que têm a característica de essencialidade, consistindo no "*minimum* necessário e imprescindível" ao ser humano, "direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável", uma vez que "todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo, e a pessoa não existiria como tal" (Bittar, 2015, p. 35; 37-38)[105].

Diante da essencialidade dos direitos da personalidade, aponta-se que são intransmissíveis, indispensáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e oponíveis *erga omnes* (Bittar 2015, p. 43). É comum apontar-se também que os direitos de personalidade são absolutos (Bittar, 2015, p. 43), contudo, no presente estudo se entende que não há direitos de personalidade absolutos, pois esses direitos são ponderáveis, quanto mais quando estiverem em conflito direitos de personalidade privados[106].

Um ponto acerca desse tema que foi muito discutido diz respeito à existência, ou não, de um rol taxativo de direitos da personalidade, e, na mesma toada, se os direitos da personalidade devem ser entendidos como direitos subjetivos ou como um direito objetivo. Conforme Campos (2006, p. 35-37), parte da doutrina preconizava que os direitos da personalidade são direitos tipificados e, portanto, são necessariamente direitos subjetivos. Esse posicionamento, por incompatibilidade lógica, não admitia a existência de uma feição objetiva dos

---

[105] Conforme Schreiber: "As críticas seriam, pouco a pouco, superadas. Estudos de relevo demonstrariam que a noção de personalidade deve ser considerada sob dois aspectos distintos. Sob o aspecto subjetivo, identifica-se com a capacidade que tem toda pessoa (física ou jurídica) de ser titular de direitos e obrigações. Sob o aspecto objetivo, contudo, 'tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. Nesse último sentido é que se fala em direitos da personalidade." (2014, p. 6)

[106] Explicitando com mais detalhe essas características, leciona a doutrina: "[...] são direitos dotados de generalidade, isto é, são naturalmente concedidos a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou pelo único fato de ser; extrapatrimoniais, uma vez que são insuscetíveis de avaliação econômica, embora sua lesão possa causar efeitos patrimoniais; absolutos, porque se impõe à coletividade o dever de respeitá-los; indisponíveis, pois seu titular não pode deles dispor, sendo, portanto, também irrenunciáveis e impenhoráveis; imprescritíveis uma vez que uma lesão a um direito da personalidade não enseja perecimento da pretensão ressarcitória ou reparadora; por fim, são também intransmissíveis, extinguindo-se com a morte do seu titular, uma vez que têm caráter personalíssimo (Campos, 2006, p. 410)". No entanto, esse rol de características, de forma consensual na doutrina civilista, sofre atenuações. Aceita-se a limitação voluntária do exercício dos direitos de personalidade, desde que não de forma permanente nem de forma geral (Schreiber, 2014, p. 29). Além disso, admite-se que os direitos de personalidade, ao contrário da sua formulação original, não podem ser tratados a partir de "soluções absolutas, definitivas, fechadas", que "não se ajustam bem à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade" (Schreiber, 2014, p. 12).

direitos da personalidade. Por outro lado, outra parcela da doutrina preferia se referir aos direitos da personalidade como “interesses jurídicos relevantes”, colocando o enfoque, não na existência de uma situação de vantagem ativa, mas nas funções promocionais desses direitos. Em sentido próximo a este último, outra parcela da doutrina se posicionou no sentido de que os direitos ou bens da personalidade são tutelados por meio de uma cláusula geral, ou seja, como bens objetivamente protegidos pelo ordenamento jurídico, podendo, inclusive, ensejar o reconhecimento de posições subjetivas de vantagem.

Hoje, há pouca ou nenhuma discussão sobre a configuração dos direitos de personalidade na forma de um direito geral, isto é, “um direito único, de conteúdo indefinido e variado, sem necessidade da previsão específica do *fattispecie* em lei” (Doneda, 2005, p. 79). Assim como os direitos fundamentais em geral (os direitos da personalidade são também direitos fundamentais), reconhece-se a inviabilidade de proteção da personalidade unicamente por meio da figura do direito subjetivo:

> [...] é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (potestà), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes. Devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos) da personalidade. Nestas discussões controvertia-se principalmente sobre a possibilidade de assimilar a personalidade à categoria (em aparência ‘geral’ e, portanto, vista – sem razão – como ‘universal’) do direito subjetivo, como tinha sido elaborado pela tradição patrimonialística. Não parece fundada, portanto, a opinião de quem nega uma tutela jurídica, ainda que na fase patológica, a tais situações porque não qualificáveis como direitos, ou no pressuposto de que elas não apresentariam interesses substanciais.
> [...]
> A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento pra realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre-exercício da vida de relações.
> [...]
> O fato de a personalidade ser considerada como valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes [...] O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em nível judicial. (Perlingieri, 1999, apud Campos, 2006, p. 45-46).

Como já delineado, os direitos da personalidade têm o seu fundamento e origem genética no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), que consagra uma cláusula aberta ao reconhecimento de direitos da personalidade implícitos e não tipificados (Schreiber, 2014, p. 15). Para parte da doutrina, além da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, haveria também uma cláusula geral de proteção da personalidade no artigo 12 do Código Civil de 2002[107] (Campos, 2006, p. 44). Admite-se, pois, como superada a discussão sobre a configuração de uma cláusula geral de tutela da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo primeiro fundamento, seja pelo segundo.

Ressalte-se, contudo, que, como desenvolvido anteriormente, o fato de os direitos de personalidade serem previstos na forma de cláusulas abertas não deve levar à completa inexistência de parâmetros para sua verificação no caso concreto, ou mesmo para dirimir os conflitos que possam surgir entre esses direitos. Embora a teoria da tipificação dos direitos de personalidade realmente não mereça guarida, é necessário que a legislação, a doutrina e a jurisprudência envidem esforços no sentido de apresentar em concreto os delineamentos desses direitos e os parâmetros para resolução de conflitos. Certamente isso não veda que novos direitos possam ser reconhecidos, mas faz com que se coloque um ônus argumentativo sobre quem alega a necessidade de um novo direito, que deve conseguir relacionar a sua imprescindibilidade com a necessidade de tutelar a dignidade da pessoa humana.

Pode-se dizer então que, em concomitância com a adoção de um novo modelo de Estado, desenvolveram-se, no direito privado, os chamados direitos de personalidade, reconhecidos como “projeções, na esfera privada, dos direitos humanos” (Sarmento, 2004, p. 123). Os direitos de personalidade estão, assim, umbilicalmente ligados aos direitos humanos e aos direitos fundamentais (Zanini *et. al*., 2018, p. 216), os quais encontram sua unidade no princípio da dignidade da pessoa humana, do que resulta o desmonte da antiga distinção entre direito público e direito privado. Disso se extrai a impossibilidade de se afirmar uma separação estanque entre direito público e direito privado: na verdade, “o que se está vendo nos últimos tempos é justamente o reflexo da unidade do direito, que sempre existiu” (Zanini *et. al.*, 2018, p. 216). Resta saber se a constitucionalização

---

[107] Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o terceiro grau.

dos direitos da personalidade leva, automaticamente, à adoção de uma mesma metodologia para análise de conflitos envolvendo direitos contra o Estado e conflitos envolvendo direitos entre entes privados.

Sinteticamente, há três teses sobre a eficácia dos direitos fundamentais (como direitos subjetivos) nas relações entre particulares: a tese da eficácia mediata ou indireta; a tese dos deveres de proteção e a tese da eficácia imediata e direta. Pela tese da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais, dominante no direito alemão, “os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição” (Sarmento, 2004, p. 238). Isso significa que a proteção dos direitos privados ocorre por mecanismos do direito privado, os quais devem ser interpretados de acordo com os valores constitucionais; especialmente as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados são portas de entrada do direito constitucional no direito privado (Sarmento, 2004, p. 238-240). A teoria dos deveres de proteção se aproxima desta última, porém, inclui uma exceção, resguardando a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário “quando o legislador não proteger adequadamente o direito fundamental em jogo, bem como quando ele, agindo de modo inverso, não conferir o devido peso à proteção da autonomia privada dos particulares” (Sarmento, 2004, p. 261). Por essa teoria, a atuação do Judiciário no sentido de garantir um direito constitucional de um ente privado contra outro é sempre excepcional. Por último, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas sufraga o entendimento de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador (Sarmento, 2004, p. 245).

No Brasil, a premissa majoritária é de que os direitos fundamentais são normas principiológicas que tem como destinatários diretos não somente o Estado, mas também os particulares (Sarlet, 1998; Sarmento, 2004; Barroso, 2018). Os principais argumentos da corrente majoritária são no sentido de que a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do modelo de Estado Social e das funções promocionais assumidas pelo Estado, além de ser consequência direta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Também seria uma necessidade da constatação de que particulares (poderes privados) podem afetar direitos fundamentais tanto quanto o Estado (Sarmento, 2004, p. 369). Aponta-se, também, um fundamento normativo, qual seja, o §1º, do art. 5º, da CRFB/88, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Embora se entenda que o assunto mereceria um estudo aprofundado à parte, será adotada a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, pois as situações em que há a invocação do direito ao esquecimento normalmente acontecem em um contexto de assimetria de poder, envolvendo um conflito entre um ente privado e a imprensa tradicional ou entre um ente privado e os motores de busca na internet (Sarlet; Hartmann, 2019), o que pode justificar, em tese, a necessidade de intervenção direta do Poder Judiciário para garantir/tutelar os direitos de personalidade de um ente privado, ainda que na ausência de norma infraconstitucional regulando a matéria[108]. Com essas reflexões em mente, pode-se prosseguir para outra questão importante na análise do direito ao esquecimento, que diz respeito aos critérios para solução das colisões entre direitos fundamentais e de personalidade.

6.7
Colisões entre direitos fundamentais de personalidade

Até agora, avançou-se na compreensão dos direitos fundamentais e de personalidade, em conformidade com o princípio da dignidade humana, o qual configura um norte axiológico e hermenêutico de todo o ordenamento jurídico, inclusive nas relações privadas. Progrediu-se, também, na compreensão das situações em que se poderia reconhecer um direito constitucional implícito decorrente do princípio da dignidade humana, apontando-se que isso deve ocorrer quando se verificarem ações ou omissões que violam de forma grave a dignidade da pessoa humana, o que se dá de forma contida e excepcional. Fez-se a distinção entre direitos fundamentais e de personalidade, para, em seguida, ressaltar-se que a CRFB/88 prevê estes como verdadeiros direitos fundamentais, motivo pelo qual se pode falar em “direitos fundamentais de personalidade”. Expôs-se a característica da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que além de terem como titulares os indivíduos, têm também uma dimensão transindividual; além disso, possuem dimensões subjetiva e objetiva, expedindo deveres ao Poder Público no sentido de proteger esses direitos.

---

[108] Deve-se apontar, porém, que, mesmo nessas circunstâncias, a prioridade na concretização dos direitos fundamentais é do legislador, de modo que, havendo legislação infraconstitucional regulando o direito, esta goza de presunção de constitucionalidade, cabendo a quem argumenta pela inconstitucionalidade demonstrá-la (Sarmento, 2004, p. 284). Além disso, mesmo nas situações de assimetria de poder, “será sempre necessário levar em consideração, na resolução do caso concreto, a autonomia do ator privado”, pois “os particulares detentores de poderes sociais são também titulares de direitos fundamentais, e a sua autonomia privada não deixa de ser protegida constitucionalmente” (Sarmento, 2004, p. 307).

Diante do conceito e das características dos direitos fundamentais de personalidade, que, comumente, se apresentam como normas principiológicas, expôs-se a compreensão de que não é possível entendê-los a partir de uma concepção unicamente formalista do fenômeno jurídico. Por essas razões, entendeu-se que, apesar das dificuldades inerentes de se interpretar direitos a partir dessas compreensões, não há como negligenciar o papel do princípio da dignidade humana como vértice axiológico do ordenamento jurídico; contudo, isso não significa desembocar em uma identificação completa do direito com a moral, ou mesmo prescindir de um algum grau de formalismo. Quando existentes, as regras devem ser efetivamente consideradas; e, quando inexistentes, cabe à doutrina e ao Poder Judiciário desenvolverem regras e parâmetros seguros para atuarem nos casos semelhantes entre si, nos quais ocorrer alguma colisão entre direitos de personalidade. Passa-se, na sequência, a abordar de que modo é possível solucionar as colisões entre direitos fundamentais de personalidade[109].

Nesse ponto, faz-se necessário trazer a lume uma reflexão útil para o entendimento da problemática ora em análise. A doutrina e a jurisprudência em geral vêm tratando os casos de invocação do direito ao esquecimento como situações em que há um conflito entre um direito fundamental (o direito à liberdade de expressão) e um direito da personalidade (o direito ao esquecimento). No entanto, a liberdade de expressão não se trata, unicamente, de um direito oponível ao Estado, podendo também ser oposto a entes privados, nas relações horizontais. A liberdade de expressão, sem dúvidas, é um direito da personalidade[110], pois constitui o *minimum* dos direitos que o indivíduo possui no sentido de desenvolver a sua personalidade. Essa constatação é relevante principalmente no contexto da sociedade da informação, em que grandes companhias dominam o principal meio de manifestação do pensamento na realidade contemporânea: a *internet*. A esse propósito, pertinente é o apontamento feito por Rodrigo Gaspar de Mello:

> Embora não receba equivalente atenção da doutrina civilista, o direito à liberdade de expressão também deve ser incluído no rol dos direitos da personalidade na medida em que a expressão do pensamento constitui atributo inerente ao homem,

[109] Importante salientar a distinção entre concorrência e colisão entre direitos. Diz-se que há concorrência de direitos quando, em uma determinada situação fática, se verifica a incidência do âmbito de proteção (pressupostos de fato) de vários direitos fundamentais; trata-se de uma "acumulação de direitos". A colisão é situação diversa, e se configura quando há um conflito entre direitos de vários titulares de direitos fundamentais ou quando há um conflito entre direitos fundamentais e interesses da comunidade ou do Estado (Marques, 2010, p. 105-107).

[110] Conforme Campos (2006, p. 37): "Alguns direitos da personalidade são previstos fora do capítulo destinado aos direitos individuais, como é o caso do art. 220 da Constituição brasileira, que garante a liberdade de manifestação de pensamento, de criação, de expressão e de informação".

> sendo seu exercício necessário ao livre desenvolvimento da personalidade. (Mello, 2016, p. 57)

À luz dessas premissas, é preciso avançar um pouco mais na compreensão de como se podem solucionar conflitos como o retratado acima. A doutrina vem trabalhando essa questão sob a ótica dos limites aos direitos fundamentais.

Quando se fala em limites aos direitos fundamentais, advém uma primeira dificuldade que consiste em entender se atos infraconstitucionais podem, legitimamente, restringir direitos estabelecidos pelo constituinte (Novais, 2021, p. 9). Em outras palavras, é relevante saber se os direitos fundamentais (aqui, os direitos fundamentais de personalidade) podem ser legitimamente restringidos pelo legislador ordinário. São, principalmente, duas as teorias que disputam espaço nessa temática, comumente chamadas “teoria interna” e “teoria externa”.

Para a teoria interna, ou teoria dos limites imanentes, o problema relatado não se verifica, pois os poderes constituídos não podem restringir direitos constitucionais: podem apenas revelar os seus limites. O que existe, portanto, é o direito constitucional, com seus próprios limites, não se distinguindo o direito para em seguida se distinguirem as restrições que lhe são impostas. Os direitos conferidos pela Constituição são, em si mesmos, direitos limitados em razão da necessidade de compatibilização do seu exercício com o exercício de outros direitos constitucionais. Em controle de constitucionalidade, cabe ao juiz unicamente verificar se o legislador infraconstitucional apenas revelou os limites intrínsecos e imanentes ao direito constitucional ou se foi além, caso em que haverá inconstitucionalidade (Novais, 2021, p. 15-16). Como aponta Ozai (2020, p. 112), a teoria interna tende a perfilhar uma concepção muito restritiva do suporte fático ou âmbito de proteção do direito fundamental.

A teoria externa critica essa visão porque, embora do ponto lógico pareça irrepreensível, acaba por mascarar a forma de resolução dos problemas jurídicos, por não evidenciar as situações em que a intervenção estatal efetivamente restringe a liberdade e os direitos constitucionalmente assegurados, não garantindo que seja efetuado um apropriado controle da constitucionalidade da intervenção (Novais 2021, p. 21; 24). Por tal razão, a teoria externa pressupõe que é possível distinguir o conteúdo dos direitos fundamentais das limitações que são, de fora, impostas a esses direitos, tudo com o objetivo de facilitar o controle das restrições (Novais, 2021, p. 25). Assim, o âmbito de proteção do direito fundamental (recorte da realidade ou esfera de vida protegida pelo direito

fundamental) se distingue do âmbito de garantia efetivo, que se apresenta após se verificarem os limites impostos ao direito fundamental[111].

Adere-se à teoria externa, pelas vantagens que apresenta no sentido de evidenciar os direitos, interesses e valores contrapostos quando, na prática judicial, se deve analisar um conflito (Novais, 2021, p. 160)[112][113]. Contudo, sufraga-se o entendimento de que a teoria externa deve sofrer mitigações advindas da teoria interna, uma vez que, sozinha, é insuficiente para conferir uma resposta apropriada a casos difíceis envolvendo direitos fundamentais, como se desenvolverá adiante.

Para entender melhor como, então, opera na prática a teoria externa, cabe inicialmente retomar a concepção de direitos fundamentais como "trunfos contra a maioria sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação" (Novais, 2021, p. 164)[114]. Seguindo essa visão, não é difícil concordar que, em muitas situações, os direitos constitucionalmente consagrados podem ter que ceder quando direitos, bens ou interesses contrapostos se apresentam com maior peso ou força, nas situações a serem resolvidas na prática jurídica, sendo admissível, inclusive, que as situações de cedência sejam previstas em lei infraconstitucional, pelo legislador ordinário, ou seja, pela maioria (Novais, 2021, p. 193-201)[115].

---

[111] Há, ainda, um outro entendimento sobre o assunto, defendido por Michael e Morlok (2016, p. 76-77), para os quais a adoção das teorias interna ou externa "não deveria ter uma resposta abstracta, mas uma resposta para cada direito fundamental na sua relação com outros direitos fundamentais".

[112] Por tais razões, evita-se o recurso a outras teorias neutralizadoras do conflito, como é o caso das teorias que buscam uma "delimitação apriorística e ultra-restritiva do âmbito de protecção do direito fundamental" ou aquelas que visam "a conformação, a harmonização, o condicionamento ou a regulamentação dos direitos fundamentais", como é o caso dos chamados princípio da concordância prática ou quando se recorre a uma hierarquização rígida entre direitos fundamentais (Novais, 2021, p. 161).

[113] A teoria externa é mais compatível com a forma como a Constituição Federal prevê os direitos fundamentais, a indicar uma limitação recíproca. Como ensina Claudio Chequer (2022, p. 73-74), nos Estados Unidos, ao se analisar um conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos, como a honra, a jurisprudência se preocupa em verificar se uma determinada situação se encontra nos limites imanentes da liberdade de expressão: adota-se, portanto, a teoria interna. Isso se dá pela forma como é escrita a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, a indicar que os direitos da personalidade constituem limites internos à liberdade de expressão. Já em outros países, como a Espanha, em que Constituição adota outra técnica redacional, os direitos de personalidade são apresentados como limites externos à liberdade de expressão.

[114] Essa concepção se aplica à maior parte dos direitos fundamentais, no entanto, não se aplica àqueles que são assegurados na forma de normas-regra, e que, por isso, consistem em garantias definitivas e absolutas contra as pretensões do Estado (Novais, 2021, p. 172), como é o caso, por exemplo, da dignidade da pessoa humana e da proibição da tortura.

[115] "No domínio dos limites dos direitos fundamentais há, nos textos constitucionais, dois tipos de situações excepcionais, de sentido oposto, mas com a característica comum da clareza e da inequivocidade: a situação em que a Constituição proíbe a aposição de qualquer ulterior limite ao direito fundamental (quando consagra os direitos a título definitivo e absoluto) e a situação em que a própria Constituição prevê a possiblidade de cedência e autoriza expressamente os poderes públicos a restringir os direitos fundamentais. Porém, na generalidade ou na maior parte dos casos não existe, a propósito dos limites, qualquer previsão constitucional e o problema que se coloca é o de saber como interpretar, então, o silêncio constitucional. Ora, a nosso ver, nessas situações de silêncio da Constituição, é a referida existência de uma reserva geral imanente de ponderação afectando a generalidade dos direitos fundamentais que, sem prejuízo da necessidade e do ónus de

À luz dessas premissas, e alcançando o cerne da problemática ora em análise, que diz respeito à colisão entre direitos fundamentais de personalidade (direito ao esquecimento *versus* direito à liberdade de expressão), pode-se dizer que as normas infraconstitucionais podem restringir/afetar o exercício desses direitos, de modo a constituírem limites externos a estes direitos, e estão sujeitas a controle de constitucionalidade. Quanto a isso, não há maiores dificuldades e um exemplo que pode ser lembrado é o caso da ADI 4.815/DF, conhecido como caso das biografias não autorizadas, em que o STF, realizando o controle de constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, decidiu dar interpretação conforme à Constituição à lei infraconstitucional, em razão de verificar a afetação inconstitucional da liberdade de expressão.

Pode-se dizer que a regulação/afetação/restrição infraconstitucional de direitos constitucionais é, mesmo, benéfica, pois a instituição de limites ao exercício dos direitos previstos na Constituição Federal, e a regulamentação do seu exercício, faz com que exista maior segurança jurídica na sua concretização, especialmente quando se trata de decidir casos judiciais. Nessa direção, foi positiva, por exemplo, a promulgação do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, pois a discussão doutrinária passa a se centrar na constitucionalidade das restrições impostas por essas leis ao exercício de direitos fundamentais, em vez de se centrar no reconhecimento de direitos subjetivos a partir de princípios constitucionais genéricos que asseguram direitos fundamentais de personalidade.

Entretanto, a temática do direito ao esquecimento não gira em torno da imposição de limites, pelo legislador ordinário, a direito constitucional. Não há norma infraconstitucional prevendo o direito ou ao esquecimento, o que faz com que seja mais difícil analisar a possibilidade de esse direito restringir a liberdade da expressão (também um direito constitucional de personalidade). Nesse caso, coloca-se a questão de como realizar a análise da existência de um direito ao esquecimento e da constitucionalidade das restrições impostas, sob esse título, à liberdade de expressão. Para boa parte da doutrina, e esse é o entendimento majoritário no Brasil, não há outra solução senão recorrer, diretamente, à ponderação (Duque, 2014).

Entende-se, contudo, que nem sempre será necessário o recurso direto à ponderação. Nessa linha de raciocínio, o primeiro passo para a resolução de

---

justificação – e do respectivo controlo judicial – fundamenta a possibilidade de restringir os direitos fundamentais em função da necessidade de prosseguir a realização de outros fins que merecem igualmente protecção jurídica.” (Novais, 2021, p. 202-203).

conflitos entre direitos constitucionais deve ser a apuração interpretativa do âmbito de proteção do direito fundamental e a verificação sobre a existência de uma afetação desvantajosa desse direito (Novais, 2021, p. 214). Esse primeiro passo é importante, como se vem defendendo, porque cabe à jurisprudência e à doutrina oferecerem elementos/critérios mais seguros para a identificação dos direitos de personalidade em jogo e para a resolução de conflitos entre esses direitos. Por esse prisma, não se pode entender que, em cada caso, um direito de personalidade poderá ter um conceito diferente, ou mesmo conceito nenhum (bastando a referência abstrata ao princípio da dignidade humana), caso contrário, a prática do direito ficará sem qualquer operabilidade.

Seguindo esse modo de pensar, e no intuito de construir interpretativamente o âmbito de proteção de um direito fundamental, rejeita-se a adesão a uma delimitação ultra-restritiva, que "só considera, à partida, como sendo verdadeiro exercício de direito fundamental tudo aquilo que é consensual e indiscutivelmente aceite como tal" (Novais, 2021, p. 216). Por outro lado, também não se adere inteiramente à estratégia ampliativa sufragada por defensores da teoria externa, que consiste em só excluir, inicialmente, do âmbito do direito fundamental, aquilo que em uma análise liminar já salta aos olhos como inadmissível (Novais 2021, p. 216). Apoia-se uma estratégia intermediária[116], segundo à qual se deve considerar como exercício de direito fundamental "tudo aquilo que, de uma forma não desrazoável, mantenha uma relação estreita com o programa normativo que levou à consagração constitucional do direito" (Novais, 2021, p. 218). Nesse sentido, só se deve excluir ao início da análise aquilo que constituir ilícito penal inquestionável, ou, ainda, situações que, consensualmente, são tidas como comportamentos inadmissíveis em uma sociedade democrática, ou, por fim, casos de invocação abusiva e fraudulenta de um direito fundamental, configurada pelo preenchimento dos elementos formais do direito, "mas com propósito de obtenção de resultados ou de benefícios totalmente estranhos aos que justificam a

[116] Em sentido convergente, e desenvolvendo as insuficiências e a necessária complementaridade entre teoria interna e externa, Ivan Ozai (2020, p. 136): "[...] o intérprete, ao se deparar com um problema jurídico, deverá sempre aplicar, preliminarmente, o que se convencionou designar de teoria interna, na medida em que a *apreensão* do suporte fático do direito fundamental exige a *delimitação*, por intepretação jurídica, de seu conteúdo. Após verificar se a situação analisada está ou não inserida no suporte fático, poderá ocorrer uma das três hipóteses seguintes: a) se a situação estiver excluída do conteúdo do suporte fático do direito fundamental, o sopesamento será desnecessário; b) se a situação estiver incluída no conteúdo do suporte fático e não se verificar a ocorrência de conflito com outro direito fundamental, o sopesamento será da mesma forma desnecessário; c) se a situação estiver incluída no conteúdo do suporte fático e for constatada a ocorrência de conflito com outro direito fundamental, o sopesamento será necessário para solucionar a questão".

protecção constitucional privilegiada conferida ao direito em questão" (Novais, 2021, p. 218)[117].

Ainda nessa primeira etapa, da delimitação do âmbito normativo do direito fundamental, deve-se perquirir sobre a natureza da proteção constitucional atribuída ao direito fundamental, ou seja, se se trata de uma norma-regra, não sujeita à ponderação, ou uma norma-princípio, sujeita a ponderações. Verificando-se que o direito foi garantido na forma de um princípio, que pode requerer a estratégia de ponderação, deve-se prosseguir para a etapa seguinte, em que ocorre o controle das justificativas apresentadas para restringir o direito fundamental (Novais, 2021, p. 218-219).

Nessa segunda etapa, em se tratando da análise de uma restrição imposta, a um direito fundamental, pelo legislador ordinário, há que se adotar uma posição de autocontenção frente ao princípio da separação de poderes, o que, porém, não inviabiliza o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou da medida em caso de ser afetado desproporcionalmente o direito fundamental. A dificuldade assoma quando não se trata de analisar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, mas quando se trata de verificar se a restrição de um direito fundamental é necessária para salvaguardar direitos de outras pessoas, para perseguir interesses públicos ou mesmo para garantir direitos do próprio titular. Nesse caso, reconhecendo-se a inviabilidade de elencar todas as possíveis situações práticas em que um direito fundamental precisa ser restringido, recorre-se a uma estratégia que consiste em identificar quais razões são inadmissíveis para restringir direitos fundamentais (Novais, 2021, p. 234-248).

Configuram razões inadmissíveis para justificar restrições a direitos fundamentais o argumento maioritário, a força do número ou o sentimento social em torno da questão jurídica analisada; também são inadmissíveis razões que ignoram a "concreta redacção da norma de direito fundamental" ou os "fundamentos que conduziram à recepção constitucional desse direito"; por fim, razões que "põem em causa a igual dignidade ou a independência ética do titular do direito" (Novais, 2021, p. 236).

---

[117] Alguns exemplos são fornecidos por Novais (2021, p. 218): "[...] não seriam, por exemplo, considerados exercício de direito fundamental: *(i)* uma violação sexual praticada, sem consentimento da vítima, para conferir um maior realismo à realização de uma cena cinematográfica; *(ii)* a *grafitagem*, com oposição do proprietário, de um veículo estacionado na via pública; *(iii*) a convocação de uma greve para uma empresa ou para um sector de actividade para todo o ano civil, renovada anualmente, o que permitiria aos aderentes faltar injustificadamente ao trabalho sempre que o quisessem".

A inadmissibilidade do argumento maioritário e do sentimento social não carece de maiores explanações, pois decorre diretamente da caracterização dos direitos fundamentais como trunfos. Também dispensa outras elucubrações o fator que consiste na expressa previsão no dispositivo constitucional de razões inadmissíveis para restringi-lo. Algum esclarecimento deve ser feito, no entanto, quanto às últimas razões que são inadmissíveis para restringir um direito fundamental.

Inadmite-se, como razão para restringir um direito fundamental, aquela que viola o seu conteúdo essencial, o qual pode ser entendido precisamente a partir dos fundamentos que conduziram, em primeiro lugar, à sua consagração constitucional:

> [...] há direitos fundamentais que foram constitucionalmente consagrados ou adquiriram um lastro de resistência especialmente dirigido contra tipos especiais de justificação e, nesse sentido, essas justificações, quando concretizadas, podem ser liminarmente excluídas por serem constitucionalmente inadmissíveis, já que foi sobretudo contra elas que o direito fundamental em causa foi acolhido pela Constituição, mesmo quando a respectiva norma apresenta um âmbito de protecção bem mais vasto.
> Por exemplo, restringir a liberdade de consciência ou de culto de alguém em nome da superior bondade de uma outra religião seria liminarmente inadmissível, dado que a liberdade de religião enquanto direito fundamental é expressamente consagrada, em primeiro lugar, para proteger, em absoluto, contra tal tipo de imposições. [...]" (Novais, 2021, p. 239).

Também é inadmissível, como razão para restringir um direito fundamental, aquela que compromete a dignidade ou independência ética do titular do direito. A identificação desse tipo de razões inadmissíveis ocorre pelo recurso ao princípio da dignidade humana, já desenvolvido anteriormente[118].

Efetuado o controle da afetação de um direito fundamental por meio da identificação do âmbito normativo do direito e verificação se há, de fato, situação de conflito; e, havendo situação conflituosa, não sendo identificada qualquer razão que seja, a princípio, inadmissível para restringir um direito fundamental, prossegue-se para a terceira fase de análise da constitucionalidade da restrição de um direito fundamental, na qual reside a possibilidade de ponderação, à luz do critério da proporcionalidade, segundo o qual se deve analisar a adequação, a

---

[118] Nessa fase, verifica-se o comprometimento da independência ética do titular do direito quando "se pretende suprimir, inviabilizar, denegrir ou desqualificar uma visão alternativa, quando se pretende impedir ou afectar significativamente a possibilidade de outros poderem ter e formar diferentes concepções de bem, definir os seus planos de vida em função de outras mundividências e interagir com outras pessoas à luz de concepções próprias, e operando-se essa afectação, não porque tais concepções, formas ou planos de vida provoquem danos em terceiros, mas simplesmente porque são considerados pela maioria como desvaliosos, incorrectos, falsos ou maus" (Novais, 2021, p. 246).

necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida restritiva do direito fundamental. A adequação consiste na coerência do meio com o fim perseguido; por sua vez, a necessidade é a comprovação de que não existe meio menos gravoso para a limitação do direito fundamental; por fim, a proporcionalidade em sentido estrito significa o sopesamento da intensidade da restrição ao direito fundamental relativamente à importância da realização do direito fundamental colidente (Nakamura, 2016, p. 162-164).

Tecidas essas considerações sobre os direitos fundamentais de personalidade, quando em conflito, é importante pensar, dentro da ótica brasileira, também a respeito da dinâmica dos direitos humanos que são sufragados pelo Estado brasileiro, em seus compromissos internacionais. Em especial, essa análise se faz premente porque pode impactar o tema do direito ao esquecimento, uma vez que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – que possui ampla jurisprudência acerca da liberdade de expressão, um dos pontos de toque do tema ora em estudo. É o que se passa a considerar na sequência.

6.8
Direitos humanos, controle de convencionalidade e seus impactos na análise dos direitos fundamentais de personalidade em conflito

Como já escrito em linhas pretéritas, os direitos humanos são os direitos da pessoa humana consagrados no plano internacional. Há uma grande convergência, atualmente, entre a proteção assegurada ao indivíduo na ordem constitucional interna e a proteção que lhe é dada na órbita internacional (Guerra, 2017, p. 3). Não obstante, é possível que a Corte Constitucional interna dê distinta interpretação aos direitos da personalidade em conflito, comparativamente com a interpretação que é dada pela Corte internacional. Nesse caso, coloca-se o problema sobre qual posição deve prevalecer.

Atualmente, essa é uma questão relevante a se pensar, pois o Brasil é parte do "Sistema Interamericano de Direitos Humanos"[119] e reconhece, desde 1998, a jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão da Organização dos Estados Americanos e previsto na

[119] Conforme Ramos (2009, p. 248): "Há quatro diplomas normativos principais que compõem o chamado 'sistema interamericano de Direitos Humanos': a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e também o Protocolo de San Salvador, assinado em 1988, relativo aos direitos sociais e econômicos".

Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante Convenção Americana ou Convenção)[120]; no entanto, no tocante ao posicionamento hierárquico da Convenção em relação à Constituição brasileira, nota-se uma desagregação entre a interpretação feita pela Corte IDH e o STF. Enquanto aquela tem o entendimento de que a Convenção Americana é um documento análogo a uma Constituição, devendo-se realizar, a partir dela, o controle de convencionalidade das leis e dos atos dos Estados-membros (incluindo o controle da própria Constituição dos Estados-membros)[121], o Supremo Tribunal Federal mantém o entendimento de que a Convenção Americana não se sobrepõe à Constituição Federal. Coloca-se a questão, então, de saber qual desses posicionamentos deve prevalecer.

Do ponto de vista do direito internacional (e, portanto, do prisma da Corte Interamericana de Direitos Humanos), essa dificuldade teórica inexiste. Como bem explica André de Carvalho Ramos (2009, p. 253), as Cortes Internacionais veem o direito interno como um mero fato, que expressa a vontade do Estado. Não se aceitam escusas típicas do direito interno para evitar ou negar o cumprimento dos tratados internacionais, cabendo unicamente analisar se o Estado cumpriu, ou não, seus compromissos internacionais. Os conflitos que possam existir na interpretação do direito interno e do direito internacional devem ser resolvidos a partir de um diálogo entre as fontes e em conformidade com o

[120] O Brasil é signatário também de outros tratados e convenções internacionais, além da Convenção Americana de Direitos Humanos, no entanto, no cenário atual as principais condenações do Brasil no cenário internacional foram proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, além disso, esta Corte tem uma atuação bastante ativa no sentido de realizar o controle de convencionalidade das normas jurídicas dos países que são signatários da Convenção Americana, inclusive no sentido de reconhecer a preponderância das decisões da Corte sobre a Constituição nacional dos países signatários e mesmo sobre as decisões das Cortes Constitucionais. Por essa razão, a análise se concentrará nas perspectivas que se tem dos direitos humanos a partir desse cenário e em comparação com o que se tem no cenário interno.

[121] A Corte Interamericana de Direitos Humanos desenvolveu, a partir da segunda metade dos anos 2000, a doutrina do controle de convencionalidade das leis e atos dos Estados-membros. Diferentemente do que faz a Corte Europeia de Direitos Humanos, que adota a doutrina da "margem de apreciação" nacional, e que, em suas condenações, privilegia a reparação individual e a partir de compensações pecuniárias, a Corte Interamericana, se coloca como a intérprete última da Convenção Americana, além de emitir decisões esmiuçadas, determinando a adoção de várias medidas concretas a serem adotadas pelos Estados, "incluindo a positivação de delitos, revisão de políticas públicas e a reabertura de ações judiciais concretas, muitas vezes, dotando as decisões de efeito *erga omnes*"; além disso, a própria Corte Interamericana fiscaliza o cumprimento de suas decisões, diferentemente do que faz a Corte Europeia (Torelly, 2017, p. 325).

princípio *pro homine*, segundo o qual deve haver a adoção da solução jurídica mais favorável ao indivíduo (Guerra, 2017, p. 14)[122][123].

Nesse sentido é o posicionamento da Corte IDH[124], que, no bojo do desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade, já decidiu: que a Convenção Americana se sobrepõe à Constituição de Estado-membro da Convenção, podendo a Corte determinar, inclusive, a alteração do texto constitucional; que o Estado não pode justificar a separação interna de poderes para se furtar ao cumprimento das obrigações internacionais contraídas; que os juízes dos Estados-membros se vinculam à Convenção Americana de Direitos Humanos, devendo exercer, inclusive de ofício, o controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas e a Convenção; que o papel da Corte Interamericana é o de ser a intérprete última da Convenção Americana, portanto, os juízes dos Estados-membros, ao exercerem o controle de convencionalidade, devem decidir se a lei interna conflita com a Convenção tal qual interpretada pela Corte IDH (Torelly, 2017, p. 328-347).

Do ponto de vista do direito interno, contudo, a questão se coloca de forma mais complexa. O STF, ao debater sobre o *status* jurídicos dos tratados internacionais aos quais o Brasil aderiu, no contexto da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que introduziu o §3º, ao art. 5º da Constituição Federal[125], decidiu que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados com o *quórum* qualificado previsto nesse dispositivo constitucional têm *status* constitucional, ao passo que os tratados de direitos humanos não aprovados de

---

[122] Do ponto de vista do direito interno, há uma discussão antiga entre a adoção dos critérios dualista ou monista para a resolução de um conflito entre a ordem interna e a internacional. Conforme Silva e Ormelesi (2015, p. 233-236), o monismo jurídico consiste em uma concepção unitária do ordenamento jurídico; por essa concepção, ou prevalece o direito interno, ou prevalece o direito internacional, podendo o Estado prever qual prevalecerá. Já a posição dualista vê o direito interno e o direito internacional como isolados e distintos e, por essa ótica, existe a necessidade de as normas internacionais serem inseridas no direito interno para terem vigência. Apontam os autores que o sistema brasileiro é um sistema misto, pois seria dualista na forma de incorporação das normas internacionais no direito interno, e monista no tocante à resolução das controvérsias normativas.

[123] E, não sendo possível aplicar a norma *pro homine*, imagine-se, em um caso no qual dois direitos pertencentes a indivíduos distintos entram em colisão, aplica-se a técnica da ponderação (Ramos, 2009, p. 257), observada a necessidade de que previamente se verifiquem os âmbitos de proteção de cada direito, a fim de analisar se há efetivamente uma colisão de direitos no caso concreto.

[124] Conforme Ramos (2009, p. 255), a cláusula *pro homine* (primazia da norma mais favorável), é encontrada em vários tratados de direitos humanos, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 5.2), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 5º), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 60) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 29, b).

[125] Art. 5º. [...] §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

acordo com esse procedimento qualificado têm *status* supralegal (abaixo da Constituição, porém, superior à lei infraconstitucional).

Esse posicionamento do STF significou um incremento[126] na visão da Corte sobre a posição jurídica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro; contudo, a partir da visão da doutrina internacionalista, que defendida o *status* constitucional de tais tratados, nos termos do §2º, do art. 5º, da CRFB/88, a promulgação da EC nº 45/2004 representou um retrocesso.

O tema é da maior importância para o estudo do direito ao esquecimento, pois, na prática, já existe um conflito entre interpretações da Corte IDH e do STF até agora não resolvido plenamente. Trata-se da condenação do Brasil no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil,* no qual a Corte Interamericana proferiu, em 2010, sentença condenatória contra o Brasil, reconhecendo a inconvencionalidade material da Lei nº 6.683/79, que legitimou a anistia dos agentes de repressão (civis e militares) responsáveis por graves violações aos direitos humanos cometidas durante o regime militar, estabelecendo a obrigação de o Estado brasileiro investigar, realizar a persecução penal e punição de referidos agentes pelos crimes de tortura, desaparecimento forçado e execução extrajudicial. Sucede que a decisão da Corte Interamericana foi de encontro a uma decisão anterior do Supremo Tribunal Federal, proferida *meses* antes, no bojo da ADPF nº 153, na qual o STF decidiu que a Lei nº 6.683/79 foi

126 Sinteticamente, o entendimento do STF sobre o *status* jurídico dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, antes da EC nº 45/2004, era de que equivaliam à lei ordinária federal, e, portanto, os conflitos entre leis deveriam ser resolvidos pelos critérios cronológico e da especialidade. Nesse sentido, o STF decidiu acerca da aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, em seu art. 7º, item 7, só permitia a prisão por dívida em caso de obrigação alimentar, resolvendo que o texto da Convenção não subordinava o texto constitucional brasileiro, que, no art. 5º, LXVII permitia também a prisão por dívida no caso do depositário infiel (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 73.044/SP. Paciente: Paulo Sandoval Moreira, Impetrante: Ednesio Geraldo de Paula Silva. Coator: Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. Relator: Min. Maurício Correa. Brasília, 19/03/1996. Publicado em 20/09/1996). Esse entendimento era muitíssimo criticado pelos internacionalistas, que desde 1998 sufragava o entendimento de que houve a incorporação automática das normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, com *status* constitucional, por força do art. 5º, §§1º e 2º, da CRFB/88. A partir da EC 45/2004, o entendimento do STF sobre o tema sofreu revisão, no bojo do RE nº 466.343 (Rel. Min. Cesar Peluso, julgado em 03/12/2008), julgado com repercussão geral, no qual se revisitou a possibilidade de prisão do depositário infiel, ocasião em que se firmou a tese da sua ilicitude, efetuando-se controle de convencionalidade da legislação civil em face da Convenção Americana de Direitos Humanos. Prevaleceu, então, a tese capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, que sustentou "que os tratados internacionais de Direitos Humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, §3º da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei" (Ramos, 2009, p. 241-244). Na ocasião, restaram vencidos os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, para os quais todos os tratados sobre Direitos Humanos, aprovados ou não pelo rito especial do art. 5º, §3º, da CRFB/88 (acrescido pela EC nº 45/2004), possuem hierarquia constitucional. Na doutrina, Valério Mazzuoli (2016) também sustenta que, apesar da inclusão do §3º, ao art. 5º, do texto constitucional, é possível continuar entendendo que os tratados internacionais de direitos humanos, mesmo os não aprovados pelo *quórum* qualificado previsto na CRFB/88, podem ser entendidos como constitucionais, pois integram o bloco de constitucionalidade.

recepcionada pela CRFB/88. Atualmente, está pendente de análise a ADPF nº 320, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade -PSOL, na qual se pleiteia a adequação do entendimento do STF à interpretação da Corte Interamericana. Até o presente momento, a ADPF nº 320 não foi pautada, estando os autos conclusos ao Relator[127].

No presente estudo, entende-se que a melhor interpretação constitucional acerca da posição dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário é aquela que não insiste em um dualismo de ordenamentos jurídicos (como faz o STF até o presente momento), pois, efetivamente, quando um país se compromete no campo internacional, não pode, por outro lado, na ordem interna, adotar truques ilusionistas[128] para afastar a responsabilidade assumida naquela órbita. Sem ingressar a fundo no debate a esse respeito (por não ser esse o cerne desta pesquisa), entende-se que a única tese capaz de dirimir as dificuldades impostas pela redação do §3º, do art. 5º, da CRFB/88 é a que considera como materialmente constitucionais os tratados internacionais de direitos humanos, mesmo aqueles que não foram aprovados em conformidade com o *quórum* e o procedimento previsto naquele parágrafo e dispositivo legal[129]. Esse é o entendimento de Valério Mazzuoli (2016, p. 85), para quem o §3º, do art. 5º, da CRFB/88 não impede que se reconheça a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos sob o prisma material, com fundamento no §2º do mesmo artigo, pois o que o §3º estabelece é somente uma regra que pode atribuir eficácia constitucional formal a esses tratados, que já são materialmente constitucionais. Somente assim pode-se pensar em um ordenamento jurídico que observe o ideal de integridade, não entrando em contradição. Com efeito, esse ideal exige que "o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos" (Dworkin, 2014, p. 201). Certamente o comprometimento do Estado brasileiro com os direitos humanos, no plano internacional, não pode resultar em apenas um adereço vistoso: deve haver efetivamente, na prática, esse compromisso, que deve ser respeitado.

À parte desse argumento interpretativo de natureza estritamente jurídica, pode-se apresentar ainda outro argumento de natureza prática, que consiste na

---

[127] Conforme pesquisa realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal em 24 de abril de 2024.
[128] Expressão de André Carvalho Ramos (2005, *apud* Silva e Ormelesi, 2014, p. 231), para se referir a casos em que o Estado firma um compromisso perante o Direito Internacional, somente para em seguida violar os compromissos assumidos e se defender dizendo, ao revés, que os compromissos foram cumpridos sob seu ponto de vista peculiar.
[129] Em sentido contrário, Georges Abboud e outros (2017).

capacidade maior do tribunal internacional de resistir, na defesa dos direitos humanos, a circunstâncias locais que podem influenciar as decisões do judiciário dos Estados-membros da Convenção Americana de Direitos Humanos. Justamente uma das razões que explica a jurisprudência “ativista” da Corte Interamericana de Direitos Humanos (no sentido de ser pouco deferente às decisões das Cortes de justiça dos Estados-membros) é a história recente da América Latina, marcada por um contexto ditatorial, que resultou na promulgação de leis “compromissórias”, as quais validaram a anistia dos responsáveis pelos cometimentos de crimes que violam direitos humanos (Torelly, 2017).

Não se ignora que esse entendimento contraria as decisões do STF a esse respeito, ao contrário, parte do pressuposto de que os posicionamentos anteriores sobre a matéria estão equivocados, sendo que a ADPF nº 320 configura uma chance para que esse posicionamento seja revisto.

Nessa linha de raciocínio, as normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais devem ser, também, consideradas direitos fundamentais, nos termos do §2º, do art. 5º, da CRFB/88. Como decorrência dessa afirmação, as disposições previstas nos tratados, assim como as interpretações dadas a essas normas pelos Tribunais internacionais – em especial, no que diz respeito ao ordenamento brasileiro, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – devem ser considerados na análise dos conflitos entre direitos fundamentais de personalidade.

Com essas considerações acerca da análise a ser feita quando houve uma colisão entre direitos fundamentais e humanos de personalidade, pode-se passar, adiante, para a análise dos direitos envolvidos na problemática do direito ao esquecimento.

7

Direito ao esquecimento: um novo direito da personalidade?

No capítulo anterior, delineou-se que o primeiro passo para resolver um conflito entre direitos fundamentais e da personalidade, é buscar delimitar o âmbito de proteção desses direitos. Para tanto, deve-se adotar uma estratégia que inclui no âmbito de proteção do direito aquilo que mantém uma relação próxima com seu programa normativo, ou seja, com as razões que primeiramente levaram à sua consagração constitucional (incluindo-se aqui, como materialmente constitucionais, os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário). Devem ser excluídas, porém, situações que configurem ilícitos penais, comportamentos consensualmente inadmissíveis em uma sociedade democrática, ou casos de invocação abusiva e fraudulenta do direito (Novais, 2021, p. 218).

No presente estudo, a compreensão do âmbito de proteção dos direitos de personalidade comumente apontados pela doutrina como “direitos-mãe” do direito ao esquecimento se revela importante como um passo para saber se, realmente, há um novo direito autônomo ao esquecimento. Somente após respondida essa primeira pergunta é que se pode pensar no confronto entre o direito ao esquecimento, de um lado, e o direito à liberdade de expressão, de outro, nas situações práticas em que esse conflito normalmente ocorre.

Nesse sentido, busca-se desenvolver respostas para as seguintes questões antes colocadas a respeito do direito ao esquecimento: se há um campo específico de tutela da dignidade humana que reclama o reconhecimento do direito ao esquecimento (como direito autônomo); havendo (depende da resposta anterior), qual o âmbito de aplicação desse direito e seus sujeitos ativo e passivo; e se o reconhecimento do direito ao esquecimento incorpora uma ótica voluntarista na sua identificação.

À luz dessa estratégia, se buscará trazer a lume os âmbitos de proteção dos direitos da personalidade consagrados no ordenamento jurídico e que estão

especialmente relacionados ao direito ao esquecimento. Em um segundo momento, se retomará a questão sobre a necessidade de se tutelar, de forma autônoma, o direito ao esquecimento.

7.1
Os direitos da personalidade em espécie

Como já se mencionou anteriormente, há pouca ou nenhuma discussão sobre a configuração dos direitos de personalidade na forma de um direito geral, isto é, “um direito único, de conteúdo indefinido e variado, sem necessidade da previsão específica do *fattispecie* em lei” (Doneda, 2005, p. 79). A existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade é uma exigência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), uma vez que o constituinte e o legislador não possuem meios de antever todas as situações que podem ocorrer, nas quais os aspectos que constituem o núcleo da personalidade humana podem ser afetados.

Assim, não faz sentido exigir que os direitos da personalidade estejam, todos, previstos na legislação ordinária, ou mesmo na Constituição Federal. Por outro lado, em um cenário de hiperinflação de direitos, no qual a dignidade da pessoa humana é invocada, por vezes, nas mais comezinhas situações do dia a dia, deve-se adotar uma postura interpretativa que reserve a invocação daquele princípio somente para as situações de violação da personalidade mais graves.

Nessa linha argumentativa, sustenta-se a existência de um direito implícito da personalidade decorrente da cláusula aberta de tutela da personalidade somente quando não houver, na legislação, previsão normativa que, em si, já abarque a tutela desse direito, ou, ainda, quando não houver reconhecimento doutrinário suficientemente consensual acerca de um direito da personalidade dotado de autonomia, ainda que não previsto expressamente na legislação. Entende-se, pois, que para reconhecer um direito da personalidade implícito, o recurso ao argumento da dignidade humana deve ser usado em caráter subsidiário. Além disso, deve preceder de um esforço de delimitação dos âmbitos normativos dos direitos de personalidade já consagrados na legislação e na prática jurisprudencial, pois a existência de uma cláusula geral de tutela das situações existenciais não pode ser invocada para tutelar qualquer situação que se queira. Por tais motivos, verte a análise agora para buscar delimitar o âmbito normativo dos direitos de personalidade comumente invocados ao lado do direito ao esquecimento (ou mesmo como fundamentos genéticos desse direito), a fim

de verificar se há, ou não, a necessidade de invocar um novo direito, “o direito ao esquecimento”.

7.1.1
Direito à identidade

Dentre os direitos da personalidade mais comumente ligados ao direito ao esquecimento, encontra-se o direito à identidade[130]. A matéria teve o seu primeiro desenvolvimento na jurisprudência e na doutrina italianas, nas quais se podem verificar duas fases de elaboração desse direito.

Na primeira fase, o direito à identidade pessoal abrangia, unicamente, “as conotações e signos distintivos pessoais quanto ao nome”, ou seja, compreendia “aquilo que serve para distinguir um indivíduo do outro, o que o individualiza aos olhos da coletividade e da administração pública” (Campos, 2006, p. 62). Abrangia o nome (civil e comercial), o pseudômino e os títulos nobiliárquicos.

De forma mais próxima ao que hoje se entende por direito à identidade pessoal, houve o reconhecimento desse direito em decisões judiciais proferidas na Itália, na década de 1970[131], podendo-se falar em uma segunda fase de desenvolvimento do tema. A partir desse momento, passou-se a compreender o

---

[130] O direito à identidade se apresentou sob diversas nomenclaturas no direito italiano, no qual primeiro se desenvolveu. Foi chamado, por Adriano de Cupis, “interesse à individualidade pessoal” ou direito “à verdade pessoal”; Antonio Gambaro o denominou “direito à identidade moral” ou “falsa luz nos olhos do público”; Piraino Leto cunhou a expressão “o direito de ser si mesmo” (Campos, 2006, p. 50). Na França, é chamado de *“droit à l’indentité personelle”* ou, igualmente, *“droit à l’authenticité”* (Campos, 2006, p. 81). Aqui, será chamado “direito à identidade pessoal” ou, simplesmente, “direito à identidade”.

[131] A primeira decisão sobre o tema foi proferida pelo Tribunal de Roma, em 1974. Tratou-se de uma ação proposta por um homem em uma mulher, que tiveram uma fotografia de ambos, tirada 18 (dezoito) anos antes, utilizada e vinculada a um manifesto de um comitê de expressão nacional que instigava as pessoas a votarem contra lei que instituía o divórcio. Por não terem autorizado a utilização da fotografia e por não concordarem com o posicionamento político contido nesse manifesto (o homem e a mulher retratados não eram casados e eram convictos e notórios partidários do divórcio, inclusive, foram coautores da lei), os retratados ajuizaram ação, que resultou na proibição da publicação do manifesto e na condenação da parte requerida a divulgar, na imprensa, comunicado explicitando que a frase retratada não refletia a opinião dos retratados que a fotografia foi utilizada sem o consentimento deles. Reconheceu-se não só a violação ao direito de imagem, mas também que a identidade dos retratados foi violada, pois a fotografia deles foi ligada a um posicionamento político contrário ao que defendiam (Campos, 2006, p. 52-54). Em 1979, o Tribunal de Turim julgou outro caso envolvendo o direito à identidade. Sinteticamente, constou em um panfleto que Marco Pannella, político italiano, tinha se inscrito como candidato de um partido com inspiração ideológica diversa da que efetivamente era manifestada por aquele político, que, na verdade, integrava partido contrário. Pannella requereu em juízo a suspensão da distribuição dos panfletos, obtendo êxito. Na fundamentação da decisão judicial, não se reconheceu qualquer ofensa à honra do político, pois “não se pode considerar desonroso o fato de se pertencer a um determinado partido político cuja ideologia seja compatível com o Estado Democrático de Direito e com o sistema constitucional” (Campos, 2006, p. 55). No entanto, reconheceu-se que houve um desvirtuamento da identidade política de Pannella, pois foi atrelado a posicionamento ideológico diverso daquele ao qual efetivamente aderia (Campos, 2006, p. 55).

direito à identidade como um direito de não ter as suas características pessoais (pensamento, posicionamento político ou ideológico, etc.) distorcidas perante terceiros, de não ser apresentado “sob falsas luzes”. Assim, a violação ao direito à identidade passou a ser tida como aquela que “atribui a uma pessoa uma posição social, uma orientação ideológica, uma característica pessoal não verdadeira” (Campos, 2006, p. 53).

Vertendo agora a análise para o contexto brasileiro, o direito à identidade pessoal não se encontra previsto de forma expressa na CRFB/88, nem na Convenção Americana de Direitos Humanos, tampouco na legislação infraconstitucional[132]. Assim, o fundamento do direito à identidade, no ordenamento brasileiro, é a cláusula geral de tutela da personalidade, que dispensa a tipificação das posições jurídicas subjetivas de vantagem que se afigurem necessária para a proteção da personalidade[133]. Não é difícil extrair do conteúdo autônomo do princípio da dignidade humana o fundamento do direito à identidade, pois este está intrinsecamente ligado à ideia de integridade humana, ao reconhecimento da pessoa como sujeito da sua própria vida, e, nesse sentido, à ideia de que a pessoa deve poder desenvolver as suas capacidades, inatas ou adquiridas (Novais, 2021, p. 135)[134].

Reconhecida a existência do direito à identidade, de forma implícita, como derivado da cláusula geral de tutela da pessoa humana, deve-se voltar a análise para a compreensão do seu âmbito de proteção. Em um sentido amplo, aponta-se que o direito à identidade

> [...] pode ser definido, de uma maneira muito básica, como o direito a ter seus *indicia*, atributos das facetas da personalidade que são característicos ou exclusivos

---

[132] Parte da doutrina vem interpretando extensivamente os artigos 16 e 19 do Código Civil, que tratam do direito ao nome e ao pseudônimo, para abarcar a tutela da identidade. Entende-se que esse não é, porém, o melhor argumento para sustentar a existência do direito à identidade pessoal, pois não há a fixação de quaisquer contornos desse direito nos mencionados dispositivos de lei.

[133] A doutrina civilista de forma unânime aponta que o Código Civil de 2002, apesar de ter representado um avanço quanto ao tema dos direitos da personalidade, ao prevê-los em capítulo próprio, adotou, inconsistentemente com a Constituição Federal de 1988, a técnica de tipificação dos direitos da personalidade (Campos, 2006, p. 49; Schreiber, 2014, p. 12).

[134] Também na doutrina alemã o direito à identidade é reconhecido como sendo o âmago do direito geral de personalidade: “Em última instância, todo o exercício jurídico-fundamental – desde o exercício de religião, passando pela expressão de opinião, pela vida familiar e pela actividade profissional, até à organização dos tempos livres – contribui para a modelação e para a realização da personalidade. O direito geral de personalidade não está orientado para tal conduta, mas para a própria identidade: de que precisa o ser humano para se conhecer a si mesmo, para desenvolver uma auto-apresentação como pessoa muito particular e para, seguindo essa orientação, percorrer o seu caminho na sociedade? Do direito geral de personalidade fazem parte as condições fundamentais para a descoberta da identidade. Assim, são reconhecidos como essenciais, por exemplo, o conhecimento da filiação própria e a autodeterminação sexual, mas também a entrada não onerada na maioridade e a ressocialização dos reclusos. (Michael; Morlok, 2016, p. 347)”

> de uma pessoa em particular (como aparência, nome, caráter, voz, história de vida e assim por diante) reconhecidos e respeitados pelos outros. A jurisprudência italiana acrescentou uma dimensão mais substantiva ao direito à identidade pessoal, descrevendo-o 'como o direito que todos têm de aparecer e ser representados na vida social (especialmente pelos meios de comunicação) de uma forma que se encaixe com, ou pelo menos não falsifique ou distorça sua identidade pessoal' (Pino: 2000: 225). Segundo essa assertiva, o direito à identidade pessoal diz respeito à imagem correta que se pretende projetar na sociedade. Em um nível mais geral, o direito à identidade pode ser definido como 'o direito de ser você mesmo', ou seja, o direito de ser diferente dos outros, o direito de ser único. [...] De acordo com esta conceptualização, a identidade de uma pessoa é violada se algum dos seus indícios for utilizado sem autorização de formas que não possam ser conciliadas com a identidade (e imagem social, projecção) que pretendem transmitir (Andrade, 2014, p. 67-68)[135]

Essa ampla definição, porém, precisa ser pensada com mais detalhe, pois inclui elementos concernentes a outros direitos especificamente previstos na legislação brasileira. Para tanto, pode-se trazer a lume os ensinamentos de Campos (2006, p. 85), a respeito dos aspectos da personalidade abrangidos por esse direito. Para a autora, a identidade pessoal, em um sentido amplo, pode ser entendida como compreendendo um aspecto estático e um aspecto dinâmico. O aspecto estático diz respeito a aspectos em regra imutáveis, como o nome, a identificação física[136] e a imagem. Com relação a esses aspectos, o direito à identidade é garantido por normas de direito civil, por exemplo, aquelas que regulamentam o registro e utilização do nome[137]; é também tutelado por normas de direito penal, como, por exemplo, aquelas que sancionam crimes de falsidade ideológica[138] (Campos, 2006, p. 59). Mas não há vantagem em recorrer à alegação do "direito à identidade pessoal" quando incidem normas mais concretas em que a identidade é tutelada. A vantagem em se reconhecer o direito à identidade

---

135 Tradução nossa. No original: The right to identity can be defined, in a very basic manner, as the right to have de indicia, atributes of the facets of personality witch are characteristic of, or unique to, a particular person (such as appearance, name, character, voice, life history, and so on) recognised and respected by others. The Italian jurisprudence has added a more substantive dimension to the right to personal identity, describing it 'as the right everybody has to appear and to be represented in social life (especially by the mass media) in a way that fits with, or at least does not falsify or distort, his or her personal identity' (Pino: 2000: 225). According to this assertion, the right to personal identity concerns the correct image that one wnats to project in society. At a more general leve, the right to identity can be defined as the 'right to be oneself', that is, the right to be different from others, the right to be unique. (...) According to this conceptualisation, a person's identity is infringed if any of his/her indicia are used without authorisation in ways which cannot be reconciled with the identity (and social image, projection) that they wished to convey."(Andrade, 2014, p. 67-68)

136 A identificação física corresponde àquilo que se pode apreender da pessoa por meio de exames físicos, como cicatrizes, imperfeições, calosidades, forma, dimensão, cor, características genética, antropométrica, fotográfica, datiloscópica, morfologia dentária, timbre da voz, desenho da íris, entre outras (Campos, 2006, p. 95)

137 Arts. 16 e 19 do Código Civil; Lei 6.015/1973 (Dispõe sobre os registros públicos).

138 Art. 299 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940).

reside, justamente, na possibilidade de ocorrerem situações que não sejam tuteladas por leis que fixam condições de exercício do direito mais concretas[139].

Nessa linha de raciocínio, o direito à identidade pessoal, como figura autônoma, tutela o aspecto dinâmico da identidade da pessoa, que consiste no direito "de não ser representado de maneira deformada, distorcida" (Campos, 2006, p. 94). Pode-se afirmar que haverá lesão ao direito à identidade pessoal sempre que a pessoa for apresentada, no âmbito social, como aquilo que não é, quando for apresentada sob falsas luzes. Para isso, é desnecessário que a honra (reputação) da pessoa seja atingida, basta que seja veiculada uma informação falsa sobre aspecto identitário da pessoa. O reconhecimento da lesão ao direito à identidade pessoal pode ocorrer mesmo quando a representação feita acerca do sujeito for melhor que a representação verdadeira (Campos, 2006, p. 78). Assim, há lesão à identidade pessoal quando, por exemplo, se apresenta de forma falsa o posicionamento intelectual, cultural, ideológico, social, político, religioso, da pessoa; ou quando esses posicionamentos são apresentados de forma descontextualizada (Campos, 2006, p. 65).

Para além desse aspecto, defende Campos (2006, p. 111) que a tutela do direito à identidade engloba também "o direito de a pessoa ser retratada como é o momento presente, e não apenas a vedação a se retratar de forma deturpada", o que se pode entender como "o direito de ser si mesmo". No mesmo sentido, Elimar Szaniawski (2005, p. 165-166) defende que o direito à identidade é atingido "na hipótese de falsa representação da pessoa, omissão ou insuficiência nos elementos ou sinais retratados". Nesse sentido, há lesão à identidade quando a representação da pessoa for inexata, porque foram omitidos aspectos essenciais ao completo entendimento da característica ou qualidade pessoal retratada (Campos, 2006, p. 65). Nesse ponto, entretanto, a reflexão deve ser aprofundada, pelo potencial que tem de atingir outros direitos, como é o caso do direito de emitir opiniões acerca de alguém, abarcado pela liberdade de expressão. Entende-se que o direito à identidade não pode ser interpretado de forma tal que se venha a nulificar a possibilidade de alguém emitir opiniões acerca de outra pessoa. O que a pessoa "é" não é um fato apreensível, e as características pessoais de cada um

[139] Atualmente, encontra-se praticamente superada a questão da autonomia do direito à identidade pessoal em relação a direitos mais específicos, como é o caso do direito ao nome e à imagem. Como se verá, o direito à imagem, assim como o direito ao nome, tutela apenas a situação de confusão entre sujeitos; já o direito à honra diz respeito à tutela do respeito perante terceiros, sendo que o direito à identidade pessoal não pressupõe situação de atribuição de fatos desabonadores da conduta do retratado (Campos 2006, p. 75-76).

podem ser vistas de modo diferente pelas pessoas do seu convívio ou pela sociedade em geral. Ao se emitir uma opinião sobre alguém, o emitente normalmente ressalta algum aspecto da personalidade da pessoa, muitas vezes ligando esse aspecto ressaltado a algum fato relacionado com a pessoa que é objeto do assunto. Mesmo quando não se trata da apresentação de uma opinião sobre alguém, mas sim da narrativa de fatos acerca de uma pessoa, entende-se que não é possível exigir uma representação "exata" do que "a pessoa é", pois isso consistiria em uma exigência desarrazoada ante o direito à liberdade de expressão.

Não obstante, deve-se admitir a hipótese de uma representação incompleta da pessoa ocorrer de tal forma que tenha o condão de falsificar a imagem da pessoa perante terceiros. Isso ocorrerá excepcionalmente quando houver amplo e notório conhecimento sobre aspectos da vida daquela pessoa que não podem ser ignorados quando da narrativa de fatos relacionados a ela. Nesse sentido, deve-se admitir, de acordo com a estratégia da teoria externa dos direitos da personalidade, que esse aspecto se encontra no âmbito de proteção do direito à identidade, embora desde já se verifique uma possibilidade de real colisão com a liberdade de expressão e informação, que deverá ser aferida no caso concreto.

Nesse ponto, vale ressaltar que o direito à identidade, nessa acepção que se está apresentando, não deve ser subjetivamente aferido, ou seja, não deve ser aferido unicamente a partir daquilo que o sujeito afirma que é parte de sua identidade. Embora esse aspecto não possa ser também simplesmente descartado, deve-se verificar se a identidade pessoal foi lesionada a partir das exteriorizações da conduta e do pensamento do sujeito perante a sociedade. A importância é dada mais a questões de fato do que a alegações feitas subjetivamente[140]. A prova da lesão ao direito à identidade é, deveras, mais uma questão de apresentar *situações fáticas, intersubjetivamente aferíveis,* que comprovem essa lesão, que *argumentos subjetivos, intrapsíquicos*, sobre o que constitui a identidade do sujeito. A identidade não é uma questão apenas intrapsíquica e subjetiva, uma vez que só é formada socialmente.

Todavia, esse aspecto continua não sendo de fácil aferição. A identidade de todo ser humano é, ao mesmo tempo, formada por experiências e características

---

[140] "[...] A ocorrência de pronunciamentos jurisprudenciais que se sucediam sobre o tema demonstrou, no entanto, uma dimensão um tanto mais simples, segundo a qual a identidade pessoal se resolve no delineamento, com base em provas e contraprovas fornecidas pelas partes, da veracidade do fato que se assume como representativo da personalidade do sujeito". (Campos, 2006, p. 79).

passadas e por experiências e características presentes. Há sempre um aspecto de permanência, e um aspecto de mudança. Assim:

> Se por identidade pessoal entendermos o fato de que cada indivíduo humano permanece mesmo, isto é, permanece idêntico a si mesmo durante todo o curso da sua existência, podemos dizer que esse é um 'fato' cuja evidência é garantida pela consciência que cada um tem de si. Mas não se poderia duvidar que uma pessoa não seja ela mesma desde que era criança ou adolescente só porque subitamente sofreu uma grave mutilação, ou por ter se convertido a uma outra religião ou mudado de partido político, a ponto de ter mudado a noção da própria vida. Há algo na pessoa que faz com que a consideremos – a ela e a si mesma – como um mesmo indivíduo, permanente, apesar das diversas transformações físicas, psicológicas, intelectuais que possa ter atravessado: o constatamos quando encontramos um velho amigo depois de muitos anos, quando se marca um encontro com alguém no dia seguinte ou depois de muito tempo, quando se processa alguém por um delito cometido em momento pretérito e concordamos que agora, tempos depois, seja ele a responder por isso. (Campos, 2006, p. 119-120).

É comum que as pretensões apresentadas em juízo apresentem distintas "verdades pessoais", uma sobre o que a pessoa pensa acerca de si mesma e de sua trajetória de vida (verdade pessoal subjetiva) e outra sobre o que a sociedade pensa a respeito dela (verdade objetiva). Sendo esse o caso, o que se tutela com o direito à identidade pessoal é, como regra, a verdade objetiva, "aquela que se extrai por meio de certos feitos, historicamente comprováveis, de opiniões realmente vertidas, de idéias efetivamente expressadas" (Campos, 2006, p. 120).

Um último ponto que merece atenção é a conceituação do direito à identidade na forma de um direito mais amplo, um direito à promoção da identidade pessoal, ou o direito ao reconhecimento. A questão é trazida por Carlos Nelson de Paula Konder (2018, p. 5), para quem o direito à identidade protege "o sujeito não apenas contra a imputação de uma identidade que não seja compatível com a sua, mas igualmente contra a ausência ou insuficiência do reconhecimento de sua identidade". Em sentido contrário, Campos (2006, p. 123-125) defende que a obtenção, "nos mais variados âmbitos da vida social, [d]o respeito à própria especificidade religiosa e cultural, por meio de tratamentos diferenciados, isenções, exceções em relação ao regime geral aplicável aos demais cidadãos" não se enquadra no âmbito de proteção do direito à identidade.

Ao contrário do que pensa Campos (2006), defende-se que não há como deixar de reconhecer uma nova dimensão do direito à identidade, atualmente, que se revela no direito ao reconhecimento, como é o caso das pessoas trans. Esse aspecto está ligado ao coração do direito à identidade, que importa em reconhecer a pessoa como sujeito da sua própria vida, e dotá-la da possibilidade de desenvolver, socialmente, suas capacidades inatas ou adquiridas (Novais, 2018,

p. 108). O fundamento para reconhecer esse direito está na necessidade de "combater as hierarquias de *status* incrustadas na cultura social, que constituem obstáculo à paridade de participação de certas pessoas e grupos" na sociedade (Sarmento, 2016b, p. 253). Nesse sentido, o Estado teria um dever de reconhecer a identidade social das pessoas trans, para não as subjugar a uma condição de socialmente subordinadas, para não as condenar a não serem vistas como iguais (Konder, 2018, p. 5)[141].

No Brasil, as pessoas trans lograram obter, pela via judicial, o direito ao reconhecimento de sua identidade social de gênero. Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 58, da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) e reconheceu às pessoas trans o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes[142]. Ao se analisar a extensão em que esse direito foi reconhecido, verifica-se que o único requisito solicitado para a alteração de nome e sexo civil

[141] As questões relativas ao reconhecimento da identidade das pessoas transsexuais se liga à teoria do direito ao reconhecimento, que, conforme ensina Sarmento (2016b, p. 244), segue uma linha hegeliana, que "é vista como contraponto ao atomismo dos iluministas liberais, ao apontar não apenas o caráter histórico do sujeito, como também a dinâmica intersubjetiva de formação da personalidade". A questão do reconhecimento foi primeiramente abordada pelo filósofo canadense Charles Taylor, todavia, relativamente a uma questão diversa, qual seja, a preservação de culturas e modos de vida ameaçados "pelas forças desagregadoras da sociedade envolvente" (Sarmento, 2016b, p. 245). Outro teórico que pensou o tema do reconhecimento foi Axel Honneth, cuja abordagem é mais próxima à linha daqueles que defendem a causa transsexual. Honneth aborda a necessidade de reconhecimento, pelo direito, a partir da figura do desrespeito e suas formas de lesão (violação, privação de direitos e degradação). A violação ocorre quando há o desrespeito que recai sobre o corpo da pessoa, como nos casos de estupro e tortura. A privação de direitos ocorre quando se nega a alguém a possibilidade de se ver como um sujeito merecedor de igual respeito na vida social. E a degradação ocorre quando há a desvalorização social do indivíduo, que abala sua autoestima (Sarmento, 2016b, p. 248). As teses de Honneth se situam, porém, em torno de ideias psicologizantes, pois centradas "nos reflexos dos processos de desrespeito sobre a autoimagem das pessoas" (Sarmento, 2016b, p. 250). Por essa razão, não se aceita a perspectiva de Honneth como fundamento do direito à identidade. Uma terceira visão a respeito do tema é ofertada por Nancy Fraser, que tematiza a questão mostrando que as injustiças econômicas e culturais estão imbricadas, além de reconhecer que há uma complexidade quanto a esse tema, consistente no dilema entre a redistribuição-reconhecimento (Sarmento, 2016b, p. 252-253). Assim, Fraser elaborou um critério normativo para dirimir questões em que o direito ao reconhecimento é alegado, que é o da paridade da participação, exigindo-se, a partir deste, que a distribuição de recursos materiais assegure à pessoa sua independência e que os padrões institucionalizados de valor cultural garantam oportunidades iguais para que todos conquistem a estima social. Nesse sentido, a demanda por reconhecimento se situa no plano das instituições e práticas sociais, não em uma esfera psicologizante das subjetividades (Sarmento, 2016b, p. 253). Esse é o fundamento que, acredita-se, apresenta como mais sólido a amparar o direito à identidade das pessoas transsexuais.

[142] A decisão do STF nessa matéria se encontra em acordo com os *standards* interamericanos a respeito da matéria, firmados pela Corte IDH na Opinión Consultiva OC-24, de 24 de novembro de 2017, sobre Identidade de gênero, e não discriminação a casais do mesmo sexo e no julgamento de casos contenciosos, a exemplo do caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentenciado em 24 de fevereiro de 2012.

da pessoa trans no registro público é a autodeclaração. Constou no acórdão, da lavra do Ministro Edson Fachin:

> A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. (Brasil, 2018a)

Ainda no ano de 2018, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento nº 73, de 2018[143], para regulamentar a decisão do STF, exigindo, para a alteração do registro público no tocante ao nome e ao sexo civil, unicamente a autodeclaração, e a apresentação de documentos que informem a existência de pendências com as justiças criminal, eleitoral, do trabalho, e junto aos tabelionatos de protestos do local de residência, não com o fito de obstar a alteração do registro, mas apenas com o intuito de comunicar a alteração do registro em caso da existência de anotações (Silva, 2021, p. 157-158).

Nesse ponto, compreende-se que o direito à identidade, nessa dimensão em que se apresentam as demandas pelo reconhecimento, contempla, em certa medida, o direito à autodeterminação da sua apresentação perante terceiros. O pleito da pessoa trans nada mais é que o pedido pelo reconhecimento do seu direito de autodeterminar a sua identidade, de não a ter pré-determinada pelo Estado, a partir de categorias elaboradas na ciência dominante, em especial a ciência médica (Silva, 2021, p. 48).

O assentimento quanto à existência de uma nova faceta do direito à identidade, que diz respeito à autodeterminação da identidade perante terceiros, traz algumas dificuldades quanto à extensão desse direito, notadamente porque, como já se expôs anteriormente, em regra, não é adequado fundamentar um direito somente na vontade subjetiva da pessoa, ou seja, em sentimentos psicológicos e não controláveis intersubjetivamente. Essa perspectiva voluntarista coloca dificuldades para a gramática dos direitos, por conferir um poder extremado ao indivíduo, que passa a poder ditar aos outros como quer ser visto e qual identidade quer ter reconhecida.

---

[143] Atualmente sucedido pelo Provimento nº 149, de 30/08/2013, que “Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registros”. Nesse provimento, o assunto está regulado no Capítulo VI.

Não obstante essa dificuldade, pode-se contorná-la ao perceber que, em relação a alguns aspectos da personalidade, em especial aqueles ligados a aspectos íntimos da vida da pessoa, como é o caso da orientação sexual e identidade de gênero, a autodeterminação individual deve prevalecer sobre os aspectos identitários que a sociedade (leia-se, a maioria política) está disposta a reconhecer. A justificativa para sobressair a autodeterminação individual é a necessidade de o judiciário atuar contramajoritariamente, para garantir que a pessoa integrante de uma minoria política seja tratada com a mesma consideração e respeito que os demais membros da sociedade. A Ministra Rosa Weber, em seu voto proferido na ADI nº 4.275, julgada em 2018, externou esse ponto:

> [...] o direito ao tratamento igualitário, em consideração e respeito entre os cidadãos, exige que a sexualidade e sua manifestação como expressão da personalidade da pessoa humana sejam asseguradas, ainda que esse reconhecimento implique diferenças nas formas de expressão dessa identidade de gênero, quando confrontadas com o padrão esperado pela sociedade. (Brasil, 2018a, p. 80).

Outro aspecto de relevo para reconhecer o direito à identidade nesse caso, colocando em primeiro plano o aspecto da autodeterminação individual, é o fato de que o reconhecimento, pelo Estado, da identidade das pessoas trans, não implica em qualquer prejuízo para terceiros. Como anotou o Ministro Edson Fachin, “o Estado deve abster-se de interferir em condutas que não prejudicam a terceiros e, ao mesmo tempo, buscar viabilizar as concepções e os planos de vida dos indivíduos, preservando a neutralidade estatal” (Brasil, 2018, p. 36). A ministra Rosa Weber também ressaltou esse ponto, anotando que

> [...] a tutela do direito à identidade de gênero não denota a imposição de restrição na liberdade ou autonomia dos demais indivíduos, integrantes da opinião pública majoritária da sociedade, mas sim um limite à invasão na esfera individual dessas pessoas que integram um rupo minoritário e estigmatizado pela comunidade política e jurídica. (Brasil, 2018, p. 81).

Isso não significa que em qualquer caso no qual está em jogo a identidade de alguém deve prevalecer a autodeterminação. No caso da pessoa trans, especificamente no tocante ao pleito, dirigido ao Estado, de modificação do nome social e do sexo civil, há bastante clareza quanto à prevalência da identidade autodeclarada[144]. Mas muitos outros casos que envolvem o direito à identidade

[144] Há que se ter o cuidado de diferenciar os pleitos de reconhecimento, quando são dirigidos ao Estado, e quando atinem entes privados. A demanda da pessoa trans, por exemplo, pelo reconhecimento do gênero psicológico no registro público não atinge, diretamente, nenhum ente

são distintos. Especificamente, quando se tem os “tradicionais” casos de direito à identidade – apresentação da personalidade sob falsas luzes, descontextualização, desatualização, incompletude sobre aspectos centrais da personalidade individual – a situação é bastante diversa, sobressaindo o aspecto relacional da identidade. Com essas reflexões, prossegue-se para a análise do âmbito de proteção do direito à honra.

7.1.2
Direito à honra

O conceito de honra tem uma origem pré-moderna, em uma estrutura social que não reconhecia igual dignidade a todos os seres humanos. Em sua origem, estava relacionado aos papéis sociais e institucionais exercidos pela pessoa, que, por sua vez, se encontravam muito ligadas à classe social e ao gênero; com efeito, na sociedade pré-moderna, apenas algumas pessoas eram tratadas com respeito, apenas alguns *tinham honra*[145]. Para Sarmento (2016b, p. 39-40), o reconhecimento da igual dignidade de todos os seres humanos, na modernidade (século XVIII), rompeu com o paradigma da honra, ocorrendo, então, um “nivelamento por cima” do tratamento dado às pessoas.

Em sentido contrário, Reis Júnior (2013) aponta que, apesar de ter um conteúdo fluido e variante, a honra é um valor que continua a ter valor em toda e qualquer sociedade. O problema é que o seu conteúdo moral nem sempre é correto do ponto de vista da moral pública, razão pela qual, em nome da honra, muitas barbaridades foram cometidas. Para o autor, o que houve, a partir do reconhecimento da igual dignidade de todos os seres humanos, não foi uma superação do paradigma da honra, mas uma alteração do seu conteúdo:

---

privado: o que se requer é o reconhecimento, pelo Estado, do direito ao igual respeito e consideração da sua identidade. Outra situação seria se o pleito fosse dirigido a um ente privado: nesse caso, há que se ter o cuidado para não incorrer em um “totalitarismo dos direitos fundamentais”. Como aponta Sarmento (2016b, p. 259), “[...] o Direito pode se tornar perigosamente autoritário se pretender regular todas as interações humanas com o fito de promover o reconhecimento intersubjetivo, asfixiando e roubando a espontaneidade das relações sociais. É uma lástima, por exemplo, que algumas pessoas ainda façam expressões faciais de desagrado quando se deparam com um casal gay que se comporte de modo carinhoso em público. Essas expressões, mesmo que sutis, podem ferir profundamente. Mas seria também lamentável se o Estado, em nome do reconhecimento das minorias vulneráveis, se arvorasse à condição de polícia das expressões faciais que as pessoas fazem nas suas interações cotidianas”.

[145] Conforme Mello (2016, p. 59-60): “[...] A honra, tal como a entendemos hoje em dia, é o resquício de um valor que se originou e se desenvolveu nas classes aristocráticas. [...] No campo dos costumes, a honra era valor fundamental da sociedade aristocrática. O que importava, na verdade, era a defesa da honra da família e da honra individual do homem. [...] A defesa da honra nem sempre significou a defesa de uma conduta moralmente correta e, em nome da honra, todo tipo de repressão foi praticada; diversos costumes indignos já foram defendidos”.

> [...] a despeito da existência desta face sombria da honra, há também uma potente característica que lhe é peculiar. As maiores revoluções morais que datam de passado recente, incluindo a extinção e a desvalorização generalizada da cultura do duelo, do enfaixamento dos pés e da escravidão, tiveram como primeiro motor a própria honra. Definitivamente, o fim de tais práticas não ocorreu por força da religião, nem da moral, muito menos por força de lei, mas sim, curiosamente, por uma questão de honra.
> Explica-se: em todas as culturas de violência e morte nas quais se realizavam condutas ilegais, imorais ou pecadoras, em nome da honra, ou da desonra, de uma classe de sujeitos (nobres, mulheres ou negros), seguia-se um código à margem das leis civis, morais e religiosas, que sempre tiveram grande profusão na sociedade, dotadas, portanto, de eficácia notória. Em todas as tentativas de pôr termo aos comportamentos violentos realizados em nome da honra, a única realmente eficaz foi, justamente, a própria honra. (Reis Júnior, 2013, p. 8).

De fato, constata-se que a honra é um valor que continua sendo considerado fundante da sociedade. No Brasil, esse valor sempre esteve presente, embora, como já se apontou, nem sempre com um conteúdo moralmente correto de um ponto de vista objetivo, firmado em razões públicas e universalizáveis. Por exemplo, na sociedade brasileira da Primeira República, a honra era definida pela honestidade dos homens e mulheres, de modo que "o homem honesto era aquele considerado um bom trabalhador, respeitável e leal, que não desoneraria uma mulher ou voltaria atrás em sua palavra"; já "a honestidade feminina se referia à virtude moral no sentido sexual" (Reis Júnior, 2013, p. 4). Essa ideia de honra consistia em um fardo muito grave para as mulheres[146] e, em nome de preservar a honra feminina (que se confundia com a honra da família), inúmeras atrocidades foram cometidas. Esse conceito de honra (familiar) dividia espaço com o conceito de honra aristocrático, ligado à posição da pessoa na sociedade e perante o Estado, segundo o qual nobres, políticos, funcionários públicos teriam "mais honra" que outras pessoas.

Ainda hoje esses antigos conceitos de honra são encontrados na sociedade e repercutem no direito, embora sejam completamente incompatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana e um de seus mais naturais corolários, o princípio da igualdade. Como observa Mello (2016, p. 63), "a origem histórica do direito à honra e as vinculações classistas desse direito ainda vêm determinando a interpretação jurisprudencial atualmente praticada pelos tribunais". Para

---

[146] O conceito de honra feminina se manteve não só na sociedade, mas, inclusive, na legislação, até a recente ab-rogação do Código Civil de 1916. Esse Código previa normas extremamente graves para as mulheres, por exemplo, autorizando o desquite em caso de injúria grave (art. 317, III do CC/1916), autorizando a deserdação por desonestidade da filha que vive na casa paterna (art. 1.744, III, do CC/1916) e prevendo que a mulher agravada em sua honra (leia-se: mulher "deflorada") poderia exigir reparação pelo dano correspondente ao dote (art. 1.548 do CC/1916), sendo que o dote ou o casamento, nesse caso, constituíam meios de recuperar a honra da mulher.

entender como isso vem ocorrendo, como impacta ao se pensar o âmbito de proteção do direito à honra, e como este âmbito deve ser compreendido normativamente, pode-se partir da análise da legislação brasileira acerca do tema.

O direito à honra é tutelado, no direito brasileiro, no artigo 5º, X, da Constituição da República[147] e no artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[148] (internalizada por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992). Na legislação infraconstitucional, é previsto nos artigos 20 e 953 do Código Civil de 2002[149]. Sob o aspecto penal, tutela-se esse bem jurídico por meio da tipificação dos crimes contra a honra, os quais se encontram previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal brasileiro[150].

---

[147] Art. 5º. [...] X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

[148] 11.1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
11.2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
11.3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ataques.

[149] Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.
Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

[150] Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
Pena- detenção de seis meses a dois anos, e multa.
§1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação a propala ou divulga.
§2º - É punível a calúnia contra os mortos.
Exceção da verdade
§3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:
I- se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;
II- se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;
III- se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.
Art. 139 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.
Parágrafo único – A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.
Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.
§1º- O juiz pode deixar de aplicar a pena:
I- quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;
II- no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.
§2º- Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:
Pena- detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.
§3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência:
Pena- reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.
Art. 141 – As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:
I- contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;
II- contra funcionário público, em razão de suas funções, ou contra os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal;

Nem a Constituição da República, nem o Pacto de *San José* da Costa Rica e tampouco o Código Civil de 2002 oferecem qualquer definição de honra. Além disso, a redação do artigo 20 do Código Civil de 2002 é muitíssimo criticada, por atrelar à honra outros direitos, conferindo-lhes proteção demasiadamente ampla. Em razão disso tudo, aponta-se que "a ideia de direito a honra (individual) foi associada à defesa contra atos de injúria, difamação ou calúnia, relação a qual os civilistas tomaram de empréstimo" (Reis Júnior, 2013, p. 10). Uma das teorias emprestadas do direito penal pelo direito civil foi a da distinção entre honra subjetiva e honra objetiva. A doutrina tradicional recorrentemente afirma que o direito à honra protege a reputação da pessoa em dois aspectos: o primeiro diz respeito à consideração da pessoa pela sociedade (honra objetiva) e o segundo diz respeito ao sentimento que a pessoa tem acerca de si própria (honra subjetiva). No entanto, essa conceituação dicotômica da honra é problemática, pois relacionada à origem aristocrática do direito à honra, quando a honra era entendida "como proteção do decoro pessoal e familiar" ou como "proteção da autoestima subjetiva" (Mello, 2016, p. 61). Como aponta Reis Júnior (2013, p. 11) essa dicotomia foi recebida de modo acrítico no direito civil, sendo submetida, recentemente, a diversos questionamentos.

Critica-se a ideia de honra objetiva porque ligada à ideia de reputação, bom nome, boa fama, que só a "pessoa honrada" (no sentido aristocrático antes mencionado) poderia ter. Por outro lado, critica-se também a ideia de honra subjetiva, pelo fato de se centrar em questões psicológicas e que não podem ser objetivamente aferidas (Silva, 2000, p. 170-171). Aponta-se que o princípio da dignidade humana, origem genética dos direitos da personalidade, tem um viés objetivo, pois "não representa um valor particular, subjetivo, o homem em relação a si mesmo, mas, ao contrário, traduz o valor universal reconhecido a cada homem enquanto seres autônomos e racionais" (Reis Júnior, 2013, p. 16). Assim, o

---

III- na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.
IV- contra criança, adolescente, pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou pessoa com deficiência, exceto na hipótese prevista no §3º do art. 140 deste Código.
§1º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.
§2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena.
Art. 142- Não constituem injúria ou difamação punível:
I- a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;
II- a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;
III- o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.
Parágrafo único – Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

conteúdo normativo do direito à honra não deve girar em torno de considerações sobre o fato de a pessoa ter, ou não, reputação ou boa fama, nem mesmo em torno da visão subjetiva que a pessoa tem de si mesma. Assim:

> [...] o conteúdo da honra reside não na defesa da reputação, do bom nome ou da boa fama, como direito subjetivo da pessoa, porque traz consigo uma discriminação ilegítima contrária ao valor da igualdade, a merecer tutela apenas aqueles que têm uma reputação ou boa fama construída.
> [...] o conteúdo da honra repousa na pretensão de *respeito* inserido dentro do *contexto social* e que resulte em repercussão necessária na *esfera social*, devido a toda pessoa enquanto tal, pelo simples fato de existir como ser racional autônomo e, dessarte, detentor de dignidade, prescindindo de referência expressa à reputação, bom nome ou boa fama. (Reis Júnior, 2013, p. 23-24).

Nessa linha de intelecção, em uma sociedade democrática, pautada pela ideia de igualdade e dignidade, o direito à honra deve ser concebido como "direito ao respeito social", o qual é devido a todos, e não apenas ao "homem bem afamado" ao "cidadão de bom nome e boa reputação" (Mello, 2016, p. 61), não se confundindo, também, com sentimentos subjetivos. Com isso, supera-se a "tradicionalmente acrítica dicotomia entre a honra subjetiva e a honra objetiva para adotar uma ideia de *honra normativa*" (Reis Júnior, 2013, p. 24[151]. A proteção da honra, portanto, gira em torno dos seguintes elementos:

> [...] (i) a presumida situação e autonomia e autodeterminação de todos os sujeitos, a conferir-lhes aptidão para o desenvolvimento de suas personalidades no mundo social; (ii) a presumida situação de igualdade de todos perante a lei e a ordem social, a afastar as situações de hierarquia ou de graus de honra diferenciados conforme o

[151] A doutrina penal em sua maioria, ainda está apegada à dicotomia honra objetiva e honra subjetiva. Assim, por exemplo, Rogério Sanches Cunha ainda se refere à "honra objetiva da vítima, isto é, sua reputação perante terceiros", como sendo o bem jurídico tutelado pelos crimes de calúnia e difamação, e à "honra subjetiva do ofendido, ou seja, sua autoestima (dignidade e decoro)", como o bem jurídico tutelado pelo crime de injúria (Cunha, 2020, p. 188; 196;199). Mas há vozes dissonantes, no sentido de abandonar essa vetusta distinção. Conforme Luis Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2015): "A honra [...] é um conceito normativo, entendido como o direito que tem o indivíduo de ser respeitado e a pretensão ao reconhecimento dos pressupostos necessários à sua função social, direito este que não se confunde nem com o respeito objetivo, a reputação que ele possui em seu ambiente social, nem com o sentimento da própria dignidade. Opõe-se, em síntese, à aludida distinção esquemática, perfilhada pela opinião majoritária. A honra é o bem jurídico mediatamente atingido pela ofensa; mas o bem jurídico imediatamente protegido é a pretensão jurídica ao respeito que o Direito assegura a todos, diretamente violada nos delitos contra a honra. Ofendida a pretensão ao respeito, a honra, em qualquer de seus aspectos, é também lesada, embora isso não seja imprescindível para a consumação do delito". Também no sentido de apontar a necessidade de um conceito normativo de honra, e o abandono de um conceito factual, ver "Liberdade de expressão e direito penal no Estado Democrático de Direito", de Tadeu Antonio Dix Silva (2000). Nessa dissertação, o autor apresenta o entendimento de que a intervenção penal para proteção dos bens jurídicos honra, imagem e privacidade não é a melhor opção, ante os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade, intervenção mínima e proporcionalidade. Assim, defende a adoção de medidas alternativas à intervenção penal como resposta a conflitos entre liberdade de expressão e aqueles direitos de personalidade, como a compensação por danos morais ou materiais, o direito de resposta e medidas administrativas de caráter punitivo e a adoção de manuais de qualidade (Silva, 2000, p. 409-439).

> *status quo* (boa fama ou bom nome) do indivíduo; (iii) a presumida situação de componentes de um grupo social dentro do qual não podem vir a sofrer ofensa capaz de marginalizá-los ou excluí-los da convivência com os demais. (Reis Júnior, 2013, p. 25).

Assim concebido o âmbito normativo do direito à honra, tem-se que o titular é sempre determinada pessoal, e não um grupo ou classe social, tratando-se de um direito personalíssimo, como regra (Rodrigues Junior, 2023, p. 101). É, porém, passível de extensão à pessoa jurídica, à qual também é devido o respeito social, independentemente de gozar de boa imagem perante a sociedade[152].

Há que se trazer a lume que o direito à honra tem um potencial muito grande de colisão com o direito à liberdade de expressão, em especial quando em jogo a honra de pessoas públicas e a liberdade de imprensa. No Brasil, essa questão é especialmente delicada, tendo em vista que o direito à honra vem sendo aplicado, na jurisprudência, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça, como um direito preferencial em relação à liberdade de expressão, mesmo quando a manifestação realizada está relacionada a assuntos de interesse público e envolve pessoas públicas (Mello, 2016, p. 205).

Nesse sentido, vale ressaltar que, como todos os demais direitos da personalidade, o direito à honra sofre limitações (Moncau, 2020, p. RB-2.11). No âmbito penal, há limitações previstas nos próprios tipos penais que consagram esse direito[153]. Na esfera cível, vislumbram-se situações em que o direito à honra

---

[152] Conforme Reis Júnior (2013, p. 26): "[...] a pretensão de respeito à pessoa jurídica não decorre da defesa da sua suposta 'honra objetiva'. Isto porque, segundo posicionamento consolidado do STJ, a pessoa jurídica não precisa comprovar a sua boa fama ou reputação prévia, de modo que até mesmo aquela pessoa jurídica mais 'malquista' no mercado sofre dano moral em razão do protesto indevido de títulos, por violar a sua honra, isto é, 'o conceito de que goza na praça', ainda que este conceito já não gozasse de prestígio. Vale dizer, ainda que de maneira inconsciente, a jurisprudência já não aplica a ideia subjacente à honra objetiva correspondente à aferição de graus de reputação ou boa fama. O que se analisa, de fato, é a *igual respeitabilidade social* que as pessoas jurídicas devem fruir em razão da interpretação extensiva da tutela da honra por força do art. 52 do Código Civil, partindo deste comando a compatibilidade jurídica para a aplicação da defesa da honra à pessoa jurídica, embora ontologicamente incompatível."

[153] Embora não seja objeto direito de consideração neste estudo, há grandes problemáticas suscitadas pelos artigos 138 a 140 do Código Penal. O §3º, do artigo 138, estampa uma concepção da honra em termos aristocráticos, por exemplo, ao prever que não é possível apresentar exceção da verdade quando o ofendido é o Presidente da República ou Chefe de Governo estrangeiro. Trata-se de um dispositivo que não coaduna com a ordem constitucional, na qual a honra deve ser entendida como direito ao respeito, e não como privilégio de certas classes de indivíduos, ainda que políticos de alto escalão. Atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal a ADPF nº 826, na qual a Associação Brasileira de Imprensa requer, dentre outros pedidos, a declaração da inconstitucionalidade de preceitos do Código Penal e do Código Eleitoral que preveem penas mais graves para a calúnia e a difamação, quando a vítima é autoridade pública. Outro ponto relevante é a redação do inciso I, do art. 3º, do artigo 138 do Código Penal, segundo o qual não se admite exceção da verdade quando o ofendido, embora tenha sido processado criminalmente, não foi condenado por sentença irrecorrível. Como observa Moncau (2020, p. RB-2.11), a Lei de Imprensa continha idêntica previsão, que foi julgada inconstitucional em bloco, na análise da ADPF 130. Entende-se que os artigos 138 a 141 do Código Penal devem ser relidos à luz da CRFB/88 e do entendimento do direito à honra como um direito ao respeito, e não ao privilégio social. Entretanto, não se desenvolve mais o tema, por fugir ao escopo deste estudo.

pode ser limitado caso se encontre em colisão com outros direitos fundamentais. Esse é o ponto que interessa a este estudo, e que será objeto de aprofundamento mais à frente, quando se analisar as situações de colisão entre a liberdade de expressão e os demais direitos da personalidade. Na sequência, passa-se à análise do âmbito de proteção do direito à imagem, também constantemente associado com um dos fundamentos do direito ao esquecimento.

7.1.3
Direito à imagem

O direito à imagem surgiu na jurisprudência, em especial na França e na Alemanha, em meados do século XIX, a partir da percepção de que os direitos já reconhecidos no ordenamento jurídico não tutelavam adequadamente a representação física e imagética da pessoa. Naquele momento inicial, o direito a imagem, como os direitos da personalidade em geral, era considerado absoluto. Aos moldes de um direito de propriedade, entendia-se que ninguém poderia publicar imagens da fisionomia de alguém sem o seu consentimento ou de seus familiares, ainda que se tratasse de uma celebridade (Zanini, 2018, p. 36-38)[154]. Atualmente, os contornos do direito à imagem ainda têm relação com essa origem, ou seja, com a necessidade de obter, em regra, o consentimento para publicação de imagens da fisionomia de alguém; contudo, admitindo-se hoje que nenhum direito de personalidade é absoluto, essa forma originária do direito à imagem sofre mitigações. Com essas reflexões, passa-se, na sequência, a refletir sobre o âmbito de proteção do direito à imagem.

No Brasil, o direito à imagem se encontra tutelado de forma autônoma no art. 5º, V, X e XXVIII, *a*, da Constituição Federal de 1988[155]. A Convenção Americana de Direitos Humanos não prevê especificamente o direito à imagem. Por sua vez, o Código Civil de 2002 traz, no artigo 20[156], previsão sobre a matéria,

---

[154] Relativamente à vertente francesa desse direito, pode-se relatar decisão do Tribunal Civil do Sena que, em 1855, proibiu a exposição de um quadro em que a diretora de uma congregação católica foi retratada sem o seu consentimento. Em outra decisão, no ano de 1858, o mesmo tribunal proibiu a exibição de desenho de famosa atriz de teatro, retratada em seu leito de morte (Zanini, 2018, p. 36).

[155] Art. 5º. [...] V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
XVIII- são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais e obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

[156] Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização

contudo, de forma problemática, pois em associação com outros direitos da personalidade, ocasionando-se, com isso, dúvidas quanto ao âmbito de proteção do direito à imagem, que não raro é confundido com outros direitos, como o direito à honra. Nesse sentido:

> [...] existe na jurisprudência pátria uma série de equívocos na compreensão do direito à imagem, que não se limitam às decisões das instâncias inferiores, mas alcançam também os tribunais superiores. A análise dos julgados deixa claro que a compreensão do direito à imagem a partir do Código Civil tem dificultado a tutela autônoma da imagem. É que o Código Civil reconhece que a tutela do direito à imagem sempre deve estar associada a outro direito da personalidade, como a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou na hipótese de destinação comercial da utilização (art. 20). (Zanini, 2018, p. 97).

Em razão do exposto, não é incomum que a doutrina se refira à tutela da imagem distinguindo entre os aspectos imagem-atributo, imagem-retrato e imagem como direito autoral (Campos, 2006, p. 108). No entanto, essa classificação não contribui para a compreensão da autonomia do direito à imagem, a qual é prevista no texto constitucional. Caminhando para o entendimento do âmbito de proteção autônomo desse direito, deve-se distinguir o direito à imagem de outros que já lhe foram associados.

O direito à imagem tem o seu conteúdo autônomo fixado em torno da ideia de imagem, que pode ser definida no sentido de abranger qualquer pessoa ou coisa, "constituída em duas ou três dimensões, que tenha algum efeito sobre o olho humano" (Zanini, 2018, p. 127). De forma mais analítica, pode-se descrever a imagem como "a projeção ou reprodução de uma figura original 'em um suporte físico estático, a exemplo da fotografia, máscara, desenho, escultura, caricatura, pintura, pichação; ou sob a modalidade dinâmica, como ocorrem nas filmagens em geral" (Selders, 2015, p. 48). Nesse passo, o direito à imagem gira em torno da imagem física da pessoa, apreendida e apreensível pela visão, ou seja, pelo olho humano. Assim, pode-se dizer que o âmbito de proteção do direito de imagem pode ser definido como "toda representação de aspectos exteriores de uma pessoa que tenha sido reproduzida de forma a permitir o seu reconhecimento por terceiros" (Zanini, p. 133). Protege-se a captação, fixação, publicação, exposição ou utilização da imagem reconhecível de pessoa natural[157].

---

que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

[157] Pessoa jurídica não tem direito à imagem, pois esse se limita à representação gráfica do ser humano (Zanini, 2018, p. 162). Em todos os casos em que a imagem da pessoa pode ser reproduzida, há possibilidade de infringência do direito à imagem, assim, embora o Código Civil de 2002, no artigo 20, somente se refira à "publicação, exposição ou utilização da imagem", deve ser interpretado ampliativamente para incluir a captação e fixação da imagem (Zanini, 2018, p. 169).

Para que o direito à imagem seja infringido, basta que a pessoa retratada seja reconhecível pelas pessoas que compõem o seu círculo de amizades, não se exigindo que seja reconhecível por toda a sociedade; também não se exige fidelidade absoluta entre a pessoa retratada e o retrato, sendo suficiente a semelhança que permita o reconhecimento; assim, fotomontagens e caricaturas, por exemplo, estão no campo do direito à imagem (Zanini, 2018, p. 133-137). Não se exige que a imagem capturada contemple o semblante pessoal: qualquer aspecto e parte do corpo da pessoa que a torne reconhecível pode ser retratado e, assim, resultar reconhecida a infringência ao direito à imagem (Zanini, 2018, p. 134). Assim, o direito à imagem é violado quando há captação não autorizada da imagem física de alguém, bem como quando há 'veiculação desautorizada ou injustificada da imagem (seja ela integral ou parcial), mas também pela distorção e mesmo falsificação da imagem quando de sua veiculação" (Selders, 2015, p. 53).

Nesse ponto, deve-se afastar uma confusão bastante comum na doutrina brasileira, que, em razão da dicção do artigo 20 do Código Civil, confunde imagem e identidade ou honra, distinguindo entre imagem-retrato e imagem-atributo, ou, se se quiser, entre imagem física e imagem social (Zanini, 2018, p. 129-130). Como ensina Selders (2015, p. 50), parte da doutrina entende que o conceito de imagem deve ser ampliado para abranger não só a projeção imagética da pessoa, mas também para englobar a expressão de sua personalidade, sob a justificativa de que "a imagem carrega consigo não só um fator de identificação, mas também de comunicação, de tal sorte que a representação do aspecto físico pode evocar uma série de sentimentos e associações" (Selders,2 015, p. 50). Contudo, essa concepção ampliada do direito à imagem não confere a autonomia a esse direito, que é reconhecida pela própria Constituição, além de não ser vantajosa na prática.

A imagem atributo, na verdade, não cuida das características fisionômicas do indivíduo, não se tratando propriamente do direito à imagem. A afetação da "figura pública assumida pelo indivíduo, representando seu 'retrato social'" (Zanini, p. 129-130) pode, a depender da circunstância, significar o desrespeito à identidade ou à honra da pessoa. O uso da nomenclatura imagem, nesse caso, se deu pela utilização vulgar, e não técnica, desse termo (Campos, 2006, p. 108; Zanini, p. 130). A imagem-retrato é propriamente o objeto do direito de imagem, abarcando a fisionomia pessoal (imagem estática) e sua reprodução (imagem dinâmica) (Campos, 2006, p. 108).

Há vantagem em se distinguir a violação da imagem-atributo (identidade pessoal) da violação da imagem-retrato (direito à imagem), pois há situações em

que a mera veiculação da imagem (fotografia, filmagem, etc.) da pessoa causará ofensa à personalidade, mesmo quando essa veiculação não atingir a identidade pessoal ou a honra (Campos, 2006, p. 110). Com efeito, se o direito à imagem estivesse contido dentro do direito à identidade pessoal, ou dentro do direito à honra, não se poderia impedir a representação da pessoa quando correspondesse à sua verdade pessoal e não ofendesse a honra; nessa toada, "não seria necessário qualquer tipo de autorização para a realização de publicidade com a imagem alheia, desde que tal ato fosse inofensivo" (Zanini, 2018, p. 106).

Não se nega que o direito à imagem se encontra muito próximo do direito à identidade pessoal, pois a imagem é um elemento identificador da pessoa, que a individualiza de outros, inclusive homônimos. Mais que o nome, é a aparência física o elemento identificador da pessoa, pois "a existência de uma pessoa sem nome não é algo impensável, mas uma pessoa sem fisionomia é algo que não existe" (Zanini, 2018, p. 110). Todavia, o direito à imagem não é protegido somente quando o núcleo do direito à identidade é atingido. Não se protege a pessoa da veiculação de sua imagem somente quando houver uma associação da imagem a uma característica falsa ou descontextualizada de sua personalidade (Zanini, 2018, p. 111).

Não há, também, que se confundir o direito à imagem com o direito de autor: o direito de autor protege as criações da pessoa, que estejam fixadas em qualquer meio ou suporte, e, no Brasil, encontra-se garantido no artigo 7º, da Lei nº 9.610/1998; o direito à imagem não tutela qualquer criação humana. Não obstante, em muitos casos a imagem de uma pessoa pode inspirar uma criação e, nesse caso, haverá uma concorrência de direitos (Zanini, 2018, p. 104).

Enfocando mais de perto a questão do âmbito de proteção do direito à imagem, a grande dificuldade se dá em separá-lo do direito à privacidade, constantemente associado àquele, em razão de sua origem histórica. Como aponta Bittar (2015, p. 154-155), o direito à imagem se baseou, inicialmente, no denominado *'right of privacy*, evitando-se exposições públicas não desejadas". Para parte da doutrina, a imagem da pessoa só merece proteção jurídica quando estiver associada à vida privada e à intimidade (Zanini, 2018, p. 107). Segundo essa vertente, a imagem da pessoa captada em público não estaria juridicamente protegida, podendo ser veiculada ainda que sem autorização da pessoa. Em sentido contrário, afirma-se que o bem jurídico protegido pelo direito à imagem "é a autodeterminação da pessoa sobre sua aparência exterior", de modo que "só a ela cabe determinar em que medida quer ser identificada, e ter sua personalidade exposta pela publicação e sua imagem" (Zanini, 2018, p. 146). Nesse sentido,

pode haver proteção da imagem mesmo quando essa for captada em público e não estiver propriamente relacionada com a privacidade e a intimidade. Um exemplo constantemente citado diz respeito a caso julgado na Alemanha, em 1979. Decidiu-se se a realização de um filme sobre a atividade profissional de um empregado de um cassino, que foi filmado sem a sua autorização, consistia em violação da imagem. Decidiu-se que "o interesse de não ser fotografado ou filmado às ocultas não constitui, por si só, uma área da vida privada" (Zanini, 2022, p. 91)[158].

Nesse ponto, apresenta-se desde já uma dificuldade, que é a de saber até que ponto alguém pode requerer a não veiculação de sua imagem quando estiver em público. Como ensina Magalhães (2014, p. 7), a regra em tema de veiculação da imagem é exigir-se a autorização do retratado, expressa ou tácita; no entanto, há casos em que a veiculação desautorizada da imagem pode ocorrer em razão da colisão com outros interesses merecedores de tutela, não se podendo aplicar indistintamente critérios como "lugar público" e "pessoa pública" sem que o contexto seja analisado. Esse ponto, entretanto, deve ser explorado nos casos específicos de colisão entre o direito a imagem e outros direitos merecedores de tutela jurídica. Não é o caso agora, em que o esforço teórico se concentra em identificar o âmbito de proteção desse direito. Nesse sentido, deve-se caracterizar o direito de imagem com âmbito de proteção mais amplo, admitindo-se, ao menos em tese, que podem existir situações reais em que o direito à imagem deve ser protegido ainda que a imagem tenha sido captada em público[159]. Assim, há vantagem teórica em caracterizar de modo mais amplo o âmbito de proteção do direito à imagem, distinguindo-o do direito à privacidade, sobre o qual se trata na sequência.

---

[158] Outros exemplos interessantes, julgados no Brasil, são citados por Zanini (2022, p. 96). Em um caso estudado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou uma pessoa a pagar indenização por danos morais por publicar foto de outra pessoa, sem o seu consentimento, em aplicativo de celular e sem o objetivo de informar, considerando que houve dano à imagem. O mesmo tribunal condenou um homem a indenizar em danos morais uma mulher que foi fotografada, sem seu consentimento, em uma fila de banco, e cuja fotografia foi compartilhada em grupo de *whatsapp* composto apenas por homens.

[159] A doutrina aponta, como exemplo, o caso de captação de atos sexuais praticados em público. Zanini (2018, p. 108) aponta o caso da atriz Daniela Cicarelli, filmada nessa situação, em praia aberta ao público, em plena luz do dia. Para o autor, a decisão judicial que negou a remoção de vídeos das intimidades da internet laborou em equívoco, confundindo o direito à imagem com os direitos à privacidade e honra. Esse ponto será trabalhado mais à frente, quando se tratar do direito à privacidade.

7.1.4
Direito à privacidade

O direito à privacidade talvez seja, dentre os direitos da personalidade, aquele em que se coloca de forma mais premente a dificuldade de argumentar quais os aspectos devem figurar no seu âmbito de proteção. Muitos direitos da personalidade hoje entendidos como direitos autônomos (como é o caso do direito à imagem, por exemplo), foram derivados ou associados a esse direito. Não há, sequer, uma unicidade na terminologia utilizada para se falar de privacidade: é comum a utilização de termos como “vida privada”, “intimidade”, “segredo”, “sigilo”, “recato”, “reserva”, entre outros, o que certamente não contribui para a compreensão do tema[160]. Além disso, a forma como se apresenta o direito à privacidade nas mais variadas ordens jurídicas mostra que se trata de um conceito sobremaneira fluido, capaz de proporcionar soluções para questões jurídicas desafiadoras, prestando-se a uma certa manipulação pelo ordenamento jurídico (Doneda, 2021, p. RB-1.7).

Não obstante essa dificuldade, e ainda que sem a pretensão de superá-la, deve-se buscar delinear o âmbito de proteção do direito à privacidade. Não se quer, com isso, fechar a compreensão desse direito para novas realidades que possam surgir – aqui se assume que a fluidez do que se entende por privacidade é mais uma vantagem que uma desvantagem, e que não se pode reduzir a definição de privacidade a uma perspectiva meramente conceitual. Não obstante, assume-se também que um problema ligado à fluidez do que se entende por privacidade é a carga emotiva que dificulta sua operacionalidade pelo direito (Doneda, 2021, p. RB-1.7), problema esse que requer o exercício reflexivo acerca das situações em que o direito à privacidade deve ser assegurado.

Colocadas essas premissas, serão apresentados muito brevemente os contornos fáticos em que esse direito surgiu, nos Estados Unidos e na Europa, e como ele se desenvolveu diferentemente nesses locais; posteriormente, será abordado o desenvolvimento do direito à privacidade no Brasil, a fim de abordar, por último, o âmbito de proteção desse direito.

Historicamente, “privacidade” tem sido definida em contraposição ao que é “público”. Buscando a etimologia da palavra, Peixoto (2017, p. 45) aponta que, na Roma antiga, o adjetivo *privatus* se opunha ao que era *publicus*, e público era

[160] Adotou-se neste estudo a terminologia “direito à privacidade”, por ser mais ampla e mais genérica que as demais.

aquilo que pertencia ao povo romano. Mais recentemente, aponta-se que a distinção entre público e privado no contexto europeu se afirmou como um aspecto central da organização social na modernidade, situando em polos opostos o indivíduo e o Estado (Moncau, 2020, p. RB-2.1). Desde então, a dicotomia público/privado vem sendo utilizada para distinguir não só Estado e indivíduo/sociedade, como também vida doméstica e não doméstica (Okin, 2008, p. 306). O direito à privacidade se desenvolveu, pois, em torno dessa dicotomia entre recolhimento/exposição (Peixoto, 2017, p. 27).

Como ensina Silva (2000, p. 178), o direito à privacidade nasceu como um direito de propriedade na *common law*; assim, tratava-se de "um direito de dispor (tornar público) determinados aspectos da vida privada e da intimidade (*propriedade* do indivíduo), e ocultar outros (i.e., direito de utilizar/dispor livremente de sua propriedade)". Nesse sentido, a definição de "privado", em oposição a "público" ficava inteiramente à disposição dos sujeitos de direito, que, nesse momento, enquadravam-se na realeza ou na burguesia nascente. Não é esse o sentido que se quer explorar, porém, uma vez que se encontra ultrapassada essa compreensão de privacidade.

Mais próximo ao sentido atual de privacidade, isto é, como direito de personalidade, pode-se traçar a origem do direito à privacidade a 1890, quando os americanos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis publicaram, em conjunto, o artigo *The Right do Privacy*, na *Harvard Law Review*. Nessa afamada publicação, Warren e Brandeis partem do raciocínio de que a *common law*, há muito, possui remédios para a proteção da vida e da propriedade, porém, não possui remédios para a proteção da natureza espiritual do homem, dos seus sentimentos e intelecto, da sua personalidade[161]. Defendem, pois, o reconhecimento do valor legal dos sentimentos (*legal value of sensations*), de modo a se tutelar o direito de "ser deixado só" (*right to bel et alone*), como um direito derivado do direito à vida (Warren; Brandeis, 1890, p. 193; 205; Peixoto, 2017, p. 49)[162].

---

[161] O texto foi bastante inovador nesse aspecto, ao desvincular a privacidade de uma base estritamente proprietária. Além disso, também é interessante perceber que Warren e Brandeis (1890) buscaram delinear os contornos do direito à privacidade fazendo a distinção desse direito em relação à honra, protegida pelas leis de difamação, e em relação aos direitos de autor (Rodriguez, 2021, p. 39).

[162] Conforme Peixoto (2017, p. 49): "Warren e Brandeis colocaram o direito à privacidade dentro da categoria mais geral do direito de o indivíduo ser deixado em paz. O próprio direito de ser deixado em paz foi parte de um direito ainda mais geral, o direito de gozar a vida, o qual era, por sua vez, parte do direito fundamental do indivíduo à própria vida. O direito à vida foi parte de uma tríade familiar de direitos fundamentais próprios do indivíduo, refletido na quinta emenda da Constituição Americana".

A publicação ocorreu em um contexto particularmente interessante. Warren e Brandeis foram colegas na Escola de Direito de Harvard, e cultivaram “uma amizade que transcendeu região, religião e classe” (Richards, 2015, p. 16). Enquanto Brandeis era um judeu de classe média, Warren pertencia a uma família distinta. Warren se casou com Mabel Bayard, que passou a se chamar Mabel Warren. A sra. Mabel era membro de uma família rica, aristocrática e antissemita. Em razão da origem social dos Warren, o casamento foi amplamente noticiado e um fato chamou a atenção da imprensa: o sócio do noivo, Louis Brandeis, não foi convidado. Para além desse fato – amplamente comentado – a imprensa constantemente publicava sobre a vida do novo casal, que foram objeto de notícias em mais de sessenta publicações da década de 1880 (Richards, 2015, p. 16-17).

Nesse sentido, o direito à privacidade, segundo aponta a doutrina estadunidense, surgiu em razão de uma preocupação das elites de terem suas vidas escrutinadas pelas classes populares. Notadamente, essa preocupação surge em um contexto de popularização das fotografias instantâneas e da facilidade de disseminação de notícias pela imprensa[163]. Em tal contexto, E. L. Godkin, editor do *The Nation*, publicou um ensaio exigindo maior proteção à privacidade, que conceituou como

> [...] o direito de uma pessoa ‘para decidir quanto conhecimento de seu pensamento e sentimento pessoal, e quanto conhecimento, portanto, de seus gostos e hábitos, de suas próprias ações e assuntos privados, e os de sua família sob o seu próprio teto, o público em geral deve ter’. (Richards, 2015, p. 16-17)

O direito à privacidade se configuraria, então, como um poder de impor, à imprensa, limites quanto à divulgação de fatos verdadeiros que dizem respeito à esfera pessoal de uma pessoa pública. Esse poder girava em torno de um aspecto psicológico, portanto, “o direito à privacidade era o direito de cada indivíduo de proteger sua integridade psicológica, exercendo controle sobre informações que refletiam e aferravam a sua personalidade” (Peixoto, 2017, p. 48).

Essa formulação do âmbito de proteção do direito à privacidade, como facilmente se percebe, faz com que esse direito antagonize com a liberdade de expressão, pois se apresenta como uma restrição à imprensa e ao debate público, e requer a atuação dos tribunais no sentido de policiar o que o público pode ou

---

[163] Esse contexto é externado por Warren e Brandeis (1890, p. 195), em conhecida frase: “Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of priate and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that ‘what is whispered in the closet shall bem proclaimed from the house-tops’”.

não saber (Richards, 2015, p. 18). Busca-se a proibição da imprensa de publicar informações verdadeiras, mas consideradas privadas. Essa concepção da privacidade requer uma estrita demarcação entre esfera "pública" e esfera "privada": tudo o que fosse relativo a hábitos, atos e relações individuais, estaria dentro da esfera de privacidade; por sua vez, a esfera pública seria demarcada em torno das matérias que fossem de interesse público ou geral (Richards, 2015, p. 21).

O desenvolvimento posterior do direito de privacidade nos Estados Unidos se deu no sentido contrário ao advogado inicialmente por Warren e Brandeis. Embora se aceite a existência de um "direito a ser deixado em paz", consistente em um direito "de não sofrer intromissão ou vigilância sem motivo justo" (Cohen, 2012, p. 9)[164], a extensão desse direito tornou-se muito contestada. Durante o século XX, notadamente após o ingresso dos Estados Unidos na I Guerra Mundial, desenvolveu-se na jurisprudência americana uma forte convicção de que o direito à privacidade, nos termos pensados por Warren e Brandeis, contraria frontalmente a Primeira Emenda Americana e que a liberdade de expressão deveria prevalecer, como um direito preferencial, em face da privacidade. O direito à privacidade passou a ser intensamente criticado, principalmente por requerer a demarcação, pelo Poder Judiciário, daquilo que pode ou não ser divulgado em um debate público. Para a doutrina americana, cabe aos próprios leitores – e não ao Judiciário – decidir o que é adequado para o público ler. Nesse sentido, passou-se a entender que o dano emocional eventualmente causado pela liberdade de expressão é um preço a ser pago por uma sociedade livre (Richards, 2015, p. 45-48)[165][166].

---

[164] A Constituição dos Estados Unidos não assegura explicitamente o direito à privacidade, porém, prevê salvaguardas para o ambiente doméstico e a confidencialidade das comunicações, contra intromissões do governo. Com base na Quarta Emenda da Constituição dos EUA, a Suprema Corte decidiu que o direito à privacidade está protegido na Constituição, contra investidas do governo, desde que em acordo com uma expectativa razoável de privacidade. Também garantiu uma zona de privacidade em torno de decisões pessoais envolvendo a conduta sexual, controle de natalidade e saúde, e contra divulgação de informações pessoais (Solove, 2008, p. 3).

[165] Richards (2015, p. 59-69) aponta que não são protegidas pela Primeira Emenda a divulgação de informações falsas, ou que não são de interesse legítimo para o público (nesse caso, afirma que os Tribunais são muito reticentes quanto a julgar o interesse editorial, sendo que na maioria das vezes só aplicam essa exceção quando há envolvimento de atos íntimos, como imagens de relações sexuais), informações obtidas ilegalmente e interesses governamentais convincentes.

[166] Atualmente, pensadores como Richards (2015, p. 56) mostram que a privacidade não necessariamente deve ser pensada como frontalmente oposta à liberdade de expressão. Para ele, o direito à privacidade não deve ser pensado como um direito de pessoas públicas se oporem a divulgações da mídia, e tampouco devem ser pensadas com referência a problemas do século XIX; pelo contrário, deve ser pensada tendo como referência as pessoas comuns e para responder a questões e problemas do século XXI. Assim, verifica-se um esforço da doutrina estadunidense de estudar em que dimensões a privacidade está protegida nos Estados Unidos, em termos compatíveis com a Primeira Emenda.

Não obstante, o conceito de privacidade à maneira Warren-Brandeis não foi o único reconhecido nos Estados Unidos. Como ensina Jean L. Cohen (2012, p. 173), há uma segunda forma de se entender a privacidade que goza de menor aceitação nos Estados Unidos[167]: trata-se da ideia de privacidade decisória, que consiste em não ser submetido a regulação ou a controle indevidos. Nesse sentido, o direito à privacidade envolve "autonomia decisória com relação à 'zona de intimidade' – casamento, divórcio, relações sexuais, procriação, criação dos filhos, aborto, e assim por diante" (Cohen, 2012, p. 173). Essa compreensão acerca do tema se deu no julgamento do conhecido caso *Roe vs. Wade*, julgado em 1973, no qual se garantiu a mulher gestante o direito ao aborto, com fundamento na privacidade[168]. Recentemente, essa decisão foi revista pela Suprema Corte, no caso *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, julgado em 24/6/2022, tendo em vista a grande controvérsia em torno desse tema[169].

Para além dessas duas perspectivas acerca da privacidade, fala-se também neste direito quando se tem em mira as leis que regulam dados pessoais, como crédito ao consumidor, informações dadas a médicos e advogados, dentre outras situações. A partir da década de 1960, surgiram novas preocupações nesse campo, relacionadas com o desenvolvimento tecnológico e o crescimento do fluxo de informações, além da criação de bancos de dados, especialmente os governamentais (Doneda, p. RB-1.1). Nos Estados Unidos, a privacidade como controle a dados pessoais é amplamente aceita, sendo neste país que se desenvolveu, em primeiro lugar, um conjunto de princípios regulador das relações

---

[167] Os questionamentos em torno dessa dimensão do direito à privacidade são direcionados a partir dos pensadores comunitaristas e de uma vertente do pensamento feminista. Para os críticos, a ideia de privacidade como autonomia decisória não deve ser amplamente reconhecida, pois reproduz a ideia liberal de indivíduo como um átomo, privilegiando valores individualistas sobre valores comunitários, além de subordinar à vontade individual um conceito jurídico (Cohen, 2012, p. 181).

[168] Jane Roe era o pseudônimo de Norma MacCorvey, usuária de drogas e moradora de rua, mãe de dois filhos cuja guarda já havia perdido. Ela queria interromper a sua terceira gestação, mas em condições seguras, o que não era permitido pela lei do Texas, que apenas assegurava o direito ao aborto em caso de risco para a mãe. Por isso, Roe requereu ao Tribunal Federal de Dallas autorização para abordar, suscitando a inconstitucionalidade das leis estaduais que baniam a prática. O pedido encontrou a oposição de Henry Wade, promotor do estado do Texas, que argumentou pela proibição do aborto e pela impossibilidade de ser a questão decidida em âmbito nacional. A justiça decidiu pela possibilidade do aborto, com amparo nas Nona e Décima Emendas da Constituição americana, mas o proibiu no caso de Roe, pois a gravidez já passava de seis meses (Guimarães *et al*., 2022).

[169] Sinteticamente, em *Dobbs vs. Jackson Womens's Health Organization*, esta organização alegou a inconstitucionalidade de uma lei do estado de Mississipi que proibia o aborto caso a gestação ultrapassasse o período de 15 (quinze) semanas, salvo situações excepcionais. O Tribunal Federal Distrital deu razão à pleiteante, e proibiu a aplicação da lei em questão, por ser incompatível com *Roe vs. Wade*. Essa decisão foi reformada pela Suprema Corte americana, que firmou o entendimento de que a Constituição não prevê o direito ao aborto, devendo tal matéria ser decidida pelo legislador eleito, em razão de se tratar de uma questão altamente controvertida na sociedade americana (Guimarães *et al*., 2022).

entre empresas e entidades governamentais que coletam, usam e divulgam informações pessoais sobre pessoas comuns (“titulares de dados”), o qual ficou conhecido como *Fair Information Practices – FIP*. São os seguintes princípios:

> (...) 1. Não deve haver sistemas de manutenção de registros de dados cuja própria existência seja secreta. 2. Deve haver uma maneira de um indivíduo descobrir quais informações sobre ele estão em um registro e como são usadas. 3. Deve haver uma maneira de um indivíduo evitar que informações obtidas sobre ele sejam usadas para um propósito ou feitas disponíveis para outros fins sem o seu consentimento. 4. Deve haver uma maneira de um indivíduo corrigir ou alterar um registro de dados pessoais identificáveis sobre ele. 5. Qualquer organização que cria, mantém, usa ou divulga registros de dados pessoais identificáveis deve assegurar a confiabilidade dos dados para o uso pretendido e deve tomar precauções razoáveis para evitar o uso indevido de dados. (Richards, 2015, p. 73-74)

As FIPs foram cunhadas nos Estados Unidos na década de 1970 e, após, se espalharam pelo mundo, e têm o objetivo de garantir o processamento de dados de acordo com regras que informem aos titulares dos dados como estes são coletados e usados. As Diretrizes de Privacidade da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) e a Diretiva de Proteção de Dados da União Europeia de 1995 se basearam nas FIPs americanas. Como esclarece Richards (2015, p. 75-76), as FIPs e os regulamentos acerca da proteção de dados pessoais não desafiam a Primeira Emenda, nem ameaçam à liberdade de expressão, não se qualificando como censura. Não há restrição a fluxo de dados, apenas regulação.

Na Europa, também os primeiros casos envolvendo o direito à privacidade envolviam pessoas públicas que postulavam aos tribunais o direito de não se confrontarem com a opinião pública. Nesse sentido, aponta a doutrina que

> [...] podemos comparar a crônica judiciária referente à privacidade em épocas passadas (e, em boa parte, também no nosso tempo) com algo semelhante a um elenco de celebridades: na Inglaterra, o caso que é mencionado como o exórdio da matéria nos tribunais envolvia os literatos Alexandre Pope e Jonatham Swift e outro ainda o próprio casal real, Príncipe Albert e Rainha Vitória; na França, o primeiro caso que envolveu a *vie privée* foi o *affaire Rachel*, envolvendo a então famosa atriz francesa Elisa Rachel Félix; na Itália, entre os primeiros julgados que envolviam (propriamente ou não) a privacidade, encontramos envolvidos nomes como o do tenor Enrico Caruso ou o ditador Benito Mussolini e sua amante Clara Petacci. (Doneda, p. RB-1.1)

Ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, onde a pessoa pública posteriormente passou a gozar de mínima proteção do direito à privacidade, em razão de se entender que não cabe ao Judiciário fixar quais matérias jornalísticas o público tem interesse de ler, na Europa a pessoa pública continua a gozar de

uma proteção mais intensa do seu direito à privacidade. Isso ocorre porque, na matriz americana, comumente se associa o direito à privacidade às ideias de liberdade, autonomia individual e proteção contra a intervenção do Estado na vida dos cidadãos; por outro lado, no direito europeu, a privacidade é um direito dignitário, uma forma de proteção da reputação de uma pessoa, o que importa em uma transferência do fardo do indivíduo para a sociedade, ou seja, a privacidade deixa de ser um poder que pode ser exercido por uma pessoa e passa a ser um dever dos membros da sociedade para com a pessoa (Byrum, 2020, p. 104; Larson III, 2013, p. 10).

À luz desse paradigma dignitário, um dos primeiros desenvolvimentos teóricos sobre o direito à privacidade na Europa, e que influenciou muitas legislações pelo mundo, foi a teoria das esferas, de Heinrich Hubmann, que adquiriu notoriedade na doutrina e na jurisprudência alemãs, na década de 1950 (Peixoto, 2017, p. 23). Essa teoria vê a privacidade ainda em conformidade com o binômio recolhimento/exposição, e busca critérios para identificar aquilo que pode ou não ser considerado privado, em contraposição ao que pode e deve ser considerado público.

Para Hubmann, é possível distinguir três círculos concêntricos (esferas) de proteção da personalidade. A esfera individual corresponderia à esfera mais alargada de proteção individual, consistiria na proteção da vida do indivíduo na esfera pública, nas suas relações com o mundo. Dentro dessa esfera, estaria contida uma segunda, chamada “esfera privada”, na qual estariam incluídas relações pessoais mais restritas do ser humano, como, por exemplo, aquelas mantidas na sua vida cotidiana, no exercício da profissão, as relações de amizade e as relações familiares. Por último, e no núcleo desse modelo, estaria a “esfera do segredo”, correspondente à esfera mais íntima do ser humano, a qual incluiria aquelas situações e relações que o indivíduo quer manter longe do conhecimento, não só do público em geral, mas também das pessoas que fazem parte da sua vida privada (familiares, amigos, colegas de trabalho). De acordo com Hubmann, a proteção da personalidade seria tão mais intensa quanto mais a intervenção se aproximasse do núcleo da personalidade (esfera secreta) (Peixoto, 2017, p. 21). Essa teoria foi aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal (TCF) da Alemanha e obteve notoriedade no julgamento do caso Elfes, em 1957, no qual o TCF analisou a constitucionalidade da decisão de órgão público de não conceder passaporte a cidadão alemão, à luz do direito ao livre desenvolvimento da personalidade garantido pela Constituição Alemã (Rodriguez, 2021, p. 43). Ela é muito influente e continua ecoando na jurisprudência do TCF, embora tenha sido

desde o início criticada “por ser impossível determinar cientificamente as fronteiras entre as referidas esferas e em face da incontrolável relatividade destas” (Schwabe, 2005, p. 188). Ela também influenciou legislações no mundo inteiro, inclusive a Constituição brasileira, que apresenta a distinção entre “intimidade” e “vida privada” (Peixoto, 2017, p. 23).

Assim como sucedeu nos Estados Unidos, a partir da década de 1960 a Europa passou a se preocupar com as questões de privacidade relacionadas com a proteção de dados pessoais. Pode-se falar em um novo desenvolvimento no conceito de privacidade, que se ligou à ideia de autodeterminação informativa, cujo desenvolvimento ocorreu na jurisprudência alemã, na análise, pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, acerca da constitucionalidade da Lei do Recenseamento da População, de 1983.

Como aponta Doneda (2021, p. RB-2.8), a Alemanha foi o primeiro país a possuir uma lei federal de proteção de dados pessoais, a lei do *Land* de Hesse, de 1970. Quando promulgada a Lei do Recenseamento, de 1983, estava vigente uma lei federal de proteção de dados pessoais, de 1977 (*Bundesdatenshutzgesetz*), de modo que havia uma cultura de desconfiança quanto à coleta de informações, especialmente pelo governo. Por tal razão, a Lei do Recenseamento foi recebida com desconfiança, especialmente pelo fato de estipular que os cidadãos deveriam responder a 160 (cento e sessenta perguntas), que seriam, posteriormente, tratadas de modo informatizado.

Foi nesse contexto que o Tribunal Constitucional da Alemanha, mirando “o desenvolvimento moderno” e as “novas ameaças à personalidade humana, associadas àquele desenvolvimento”, reconheceu “o poder do indivíduo, decorrente da idéia de autodeterminação, de decidir por si próprio, quando e dentro de que limites fatos pessoais serão revelados” (Schwabe, 2005, p. 237). Na sequência, afirmou que esse direito de autodeterminação sobre a informação, porém, não é ilimitado, pois o indivíduo não tem um direito absoluto sobre seus dados, pois “a informação, também quando ela é relativa à pessoa, representa um recorte da realidade social que não pode ser associado exclusivamente ao indivíduo atingido” (Schwabe, 2005, p. 238). Nesse sentido, o direito à autodeterminação informativa, como concebido pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, e que exerce bastante influência em países do sistema romano-germânico (Doneda, 2021, p. RB-2.8), é concebido como um direito relacional, não tutelando o indivíduo como um átomo isolado, mas como um membro da comunidade.

Acompanhando esse descortinar de ideias, o italiano Stefano Rodotà (2008, p. 74-75) aponta que a tradicional definição de privacidade, como o "direito a ser deixado só", deu lugar à concepção desse direito como o "direito de controlar o uso que os outros façam das informações que me digam respeito", em razão da influência da tecnologia dos computadores. Nesse sentido, afirma o direito à privacidade vem assumindo, cada vez mais, um enfoque funcional, pois requer a análise da relação entre informações e finalidades para as quais foram coletadas (Rodotà, 2008, p. 85). A noção de privacidade, à luz desse novo enfoque funcional, sofre uma ampliação, de modo que

> [...] compreende agora situações e interesses antes excluídos de proteção jurídica específica, e que, qualitativamente, se projeta muito além da mera identificação de um sujeito e seus comportamentos 'privados'. Desta forma pode-se definir a esfera privada como aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo. Em consequência, a privacidade pode ser identificada com 'a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social', em um quadro caracterizado justamente pela 'liberdade das escolhas existenciais'. [...] Nessa perspectiva, ao se falar em 'privado' não se identificam necessariamente áreas às quais se atribuiu uma proteção especial por razões de intimidade. Aquela noção tende agora a abranger o conjunto das atividades e situações de uma pessoa que tem um potencial de 'comunicação', verbal e não verbal, e que pode, portanto, se traduzir em informações. 'Privado' aqui significa *pessoal*, e não necessariamente secreto. (Rodotà, 2008, p. 92-93)

Aponta que, embora a verificação da violação à privacidade seja bastante contextual, pode-se dizer que há um "núcleo duro" do direito à privacidade, que engloba informações sobre opiniões políticas, sindicais[170], fé religiosa, raça, saúde, hábitos sexuais (Rodotà, 2008, p. 78). Ele alerta para a necessidade de um enfoque global para o tema da proteção de dados, conglomerando tanto as informações coletadas pelo setor público, como aquelas coletadas pelo setor privado, e sem distinguir os dados manuais dos dados eletrônicos (Rodotà, 2008, p. 63-65).

Atualmente, tem prevalecido, nas produções estrangeiras acerca do direito à privacidade, o enfoque funcional antes referido por Rodotà (2008). Ambrose e Ausloos (2020, p. 14) e outros apontam o direito à privacidade na perspectiva do controle informacional.

---

[170] Relativamente a esse núcleo duro de proteção da privacidade, verifica-se que não está livre de paradoxos. Por exemplo, a proteção dada às opiniões políticas e sindicais, inserindo-as na esfera privada, mostra como é difícil separar aquilo que é privado do que é público. Isso porque essas informações, normalmente, estão destinadas a ser compartilhadas na esfera pública; no entanto, por se tratar de informações que têm potencial discriminatório, deve-se assegurar a privacidade do indivíduo quanto ao seu compartilhamento, o seu direito de controlar o acesso a essas informações (Rodotà, 2008, p. 96).

Para além dessa perspectiva funcional, uma contribuição às reflexões sobre o tema foi apresentada por Helen Nissenbaum (2010, p. 1-2). A filósofa identifica duas principais abordagens a respeito desse direito, uma enfocando o direito à privacidade como constrição de acesso e outra abordando-a como uma forma de controle sobre informações pessoais. Outras abordagens buscam combinar essas dimensões da privacidade, combinando privacidade física (reclusão e solidão), privacidade informacional (confidencialidade, segredo, controle de dados e controle sobre informações pessoais) e privacidade proprietária (controle sobre nomes, semelhanças e informações pessoais) (Nissenbaum, 2010, p. 71).

Nissembaum (2010) desenvolve seu pensamento no sentido de superar essas visões da privacidade, seja como restrição de acesso, seja como controle. Para ela, assegurar a privacidade não é apenas limitar o acesso a informações pessoais e garantir o controle sobre informações sobre si, significa controlar o fluxo apropriado de informações pessoais (Nissenbaum, 2010, p. 127). Nessa direção, a filósofa desenvolve o conceito de integridade contextual, segundo o qual a privacidade é violada quando há uma frustração das expectativas sobre o fluxo de informações pessoais, expectativas formadas não apenas pela força do hábito e da convenção, mas também por uma confiança geral nos princípios da vida social.

Essa proposta de conceituação da privacidade leva em conta que as regras de privacidade são muito variáveis entre e dentro dos grupos sociais, de modo que saber quando a privacidade foi ou é violada é muito mais uma questão de interpretar uma predileção culturalmente relativa, que de aplicar um valor humano universal (Nissenbaum, 2010, p. 129). Nesse sentido, saber quando houve uma violação da privacidade significa considerar os ambientes socialmente estruturados, no qual as pessoas desenvolvem atividades, assumem papéis, contraem relacionamentos, se posicionam em uma estrutura de poder, observam normas (legais e sociais) e se comportam de acordo com seus valores internos (objetivos, fins e propósitos) (Nissenbaum, 2010, p. 132). Há dissenso quanto à natureza e à extensão do direito à privacidade em razão da variabilidade dos contextos, notadamente porque os estudiosos divergem entre si quanto aos fatores a considerar para interpretar o direito à privacidade: alguns, por exemplo, consideram que devem aplicar somente os elementos reconhecidos na lei, enquanto outros consideram normativamente outras expectativas sociais relacionadas à situação (Nissenbaum, 2010, p. 136). Assim, dizer o que afeta a privacidade é uma questão de interpretar contextos, atores, atributos e princípios de transmissão da informação, em acordo com o que aquela sociedade específica

entende como sendo uma manifestação do direito à vida privada (Nissenbaum, 2010, p. 136). Muito resumidamente, a privacidade é preservada quando há um fluxo apropriado de informações pessoais, e é infringida quando esse fluxo não é preservado.

Tendo em vista essas principais direções em que se desenvolveu o conceito de privacidade, nos Estados Unidos e na Europa, é possível abordar em que termos se tem travado o debate acadêmico no Brasil, a fim de defender um âmbito de proteção normativo do direito à privacidade. Para tanto, é preciso abordar, em linhas gerais, o arcabouço normativo sobre o tema, em torno do qual a doutrina desenvolve suas reflexões.

No Brasil, a tutela da privacidade decorre da previsão genérica, contida na Constituição da República, da inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, X) e das previsões mais específicas da inviolabilidade das interceptações telefônicas, telegráficas ou de dados e da correspondência (art. 5º, XII) e da inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI)[171]. Como aponta Peixoto (2017, p. 78), houve rica discussão na Assembleia Constituinte sobre o direito à privacidade, inclusive considerando-se o impacto da tecnologia e dos bancos de dados sobre informações pessoais; no entanto, o resultado, após o texto ser submetido à Comissão de Sistematização, jogou por terra todas as profícuas discussões sobre o assunto, resultando em um texto conservador e que pouco ilumina as situações concretas em que o direito à privacidade pode ser invocado.

Recentemente, a Emenda Constitucional nº 115, de 2022, acrescentou ao artigo 5º, da CRFB/88, o inciso LXXIX, passando a constar que "é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais". Essa inserção não se deu por acaso: há muito a doutrina nacional defendia o reconhecimento do direito implícito à proteção de dados pessoais (Machado, 2014). Além disso, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema, já havia manifestado o entendimento de que existe, no Brasil, um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais[172].

---

[171] Art. 5º. X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.
XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

[172] Esse entendimento foi firmado no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393. Em referidas ADIs, foram questionados dispositivos da Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020, que dispunha sobre "o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço

Além da CRFB/88, o quadro normativo atual inclui a Convenção Americana de Direitos Humanos (internalizada por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) que, no artigo 11, também prevê a vedação a ingerências arbitrárias na vida privada e familiar[173]. Já no plano infraconstitucional, o direito à privacidade é garantido no artigo 21 do Código Civil, da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso a Informações), da Lei nº 12.965/2015 (Marco Civil da Internet-MCI), da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD). Cabe tecer alguns comentários sobre a legislação nacional acerca do direito à privacidade, para elucidar se traz algumas pistas sobre o âmbito de proteção desse direito.

O artigo 21 do Código Civil dispõe que "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma". O dispositivo em nada contribui para delimitar o que se entende por privacidade, pois apenas repete o que está na Constituição Federal, na forma de uma cláusula geral (Schreiber, 2014, p. 147).

A Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso a Informações) não regulamenta especificamente o direito à privacidade. Sua finalidade declarada é regulamentar o acesso à informação, direito previsto nos arts. 5º, XXXIII, 37, §3º, II e 216, §2º, da CRFB/88[174], que tratam sobre o direito, individual e coletivo, de obter dos órgãos públicos, informações de interesse particular, coletivo ou geral. Nesse sentido, a lei aborda muito mais um direito à publicidade dos atos administrativos

---

Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020". A MP nº 954/2020 determinava às operadoras de telefonia que disponibilizasse, à Fundação IBGE, a relação de nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores, para produção de estatística oficial, com a finalidade de realizar entrevistas em caráter não presencial. Em resumo, os argumentos giraram em torno da violação de dados telefônicos dos brasileiros, em razão do modo genérico e impreciso pelo qual a medida provisória previu o compartilhamento de dados para produção de estatística oficial. Os argumentos foram acatados pelo STF, que deferiu medida cautelar para suspender a eficácia da MP nº 954/2020.

[173] 11.1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
11.2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
11.3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ataques.

[174] Art. 5º. [...] XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.
Art. 37, §3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...] II- o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos do governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
Art. 216 §2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

que o direito à privacidade. O único ponto em que a lei se refere ao direito à privacidade diz respeito à garantia de sigilo das informações pessoais, que têm o seu acesso considerado restrito, independentemente de classificação e pelo prazo de 100 (cem) anos a contar da data de sua produção (art. 31).

A lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet tem como escopo estabelecer princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil. Foi chamada, pela literatura especializada, de "a Constituição da Internet", assentada em três pilares: a neutralidade da rede, a privacidade dos usuários e a liberdade de expressão (Guerra Filho; Carnio, 2014). No tocante à regulamentação do direito à privacidade, devem ser ressaltados alguns pontos.

Primeiramente, a tutela da privacidade no bojo do MCI foi influenciada pelo escândalo causado pelas revelações de espionagem feitas por Edward Snowden: a partir desse contexto particular, o projeto de lei que resultou no MCI sofreu diversas alterações registrando a preocupação em tutelar o direito à privacidade (Souza; Lemos; Bottino, 2018). Como narra Tomasevicius Filho (2016, p. 273), diante desse episódio, o governo brasileiro pressionou o Congresso nacional para aprovação de uma lei regulamentando comportamentos na internet. O projeto de lei nº 2.126/2011 já existia antes do escândalo Snowden, que se deu em 2013. Porém, foi somente com o requerimento de urgência que ele acabou sendo votado e promulgado.

Peixoto (2017, p. 95-97) critica acidamente o MCI, lamentando que nela estão ausentes "as diretrizes sobre privacidade que circulam pelo mundo desde os anos setenta". Em sua leitura, o MCI não apresenta novidades, e falhou especificamente em deixar de estabelecer regras de proteção a dados pessoais, além de utilizar os termos "privacidade" e "dados pessoais" como se fossem coisas distintas. Na sua visão, trata-se apenas de uma imprecisão no texto, pois "privacidade é o gênero e o direito à proteção de dados pessoais é espécie" (Peixoto, 2017, p. 95). Outra leitura negativa é feita por Tomasevicius Filho (2016, p. 249), para quem o MCI é redundante, ao reproduzir, em muitos de seus artigos, o que já consta na CRFB/88.

Em sentido contrário, aponta-se que o MCI não tem por escopo ser uma lei geral de proteção de dados, não tratando de questões como transferência internacional de dados, vazamento de dados, e anonimização, por exemplo (Souza; Lemos; Bottino, 2018). No tocante à tutela específica dos direitos do usuário da internet, dentre eles a privacidade e a proteção de dados pessoais, o MCI poderia ter estabelecido regras mais concretas, mas optou por não o fazer:

trata-se de uma lei “essencialmente principiológica”, que “se abre naturalmente para a construção jurisprudencial” (Souza; Lemos; Bottino, 2018).

Com efeito, o artigo 3º, II, do MCI, prevê a proteção da privacidade como um princípio da disciplina do uso da internet no Brasil; o artigo 7º, que prevê os direitos do usuário da internet, especifica dentre eles a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (inciso I). Observa-se que essas normas têm um caráter mais abstrato e sujeito à ponderação, configurando-se como normas principiológicas. Em que pese a esse caráter preponderantemente principiológico, o MCI estabelece algumas regras importantes no tocante ao direito à privacidade. Por exemplo, o art. 7º, incisos II e III, do MCI, exige ordem judicial para que seja quebrado o sigilo do fluxo de dados das comunicações do usuário na internet, bem como para que seja quebrado o sigilo das comunicações privadas armazenadas. O art. 8º, parágrafo único, prevê ainda a nulidade de cláusulas contratuais que visem burlar a regra da inviolabilidade e do sigilo das comunicações privadas realizadas pela internet. O art. 10, §§1º e 2º, sujeita à ordem judicial a disponibilização de registros de conexão e acesso à internet, dados pessoais e conteúdo das comunicações privadas. Outro ponto importante da lei é regulamentar a ausência de responsabilidade civil do provedor de conexão à internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, salvo quando não cumprir ordem judicial específica para tornar indisponível o conteúdo infringente (art. 19). A exceção é feita aos casos em que há veiculação de imagens de nudez ou atos sexuais de caráter privado: nessa hipótese, o provedor de conexão à internet será subsidiariamente responsável pela divulgação quando deixar de indisponibilizar o conteúdo, após ser notificado pelo retratado ou seu representante legal (art. 21).

Ainda visando entender a normatização em torno do direito à privacidade no Brasil, cabe trazer a lume alguns aspectos da Lei nº 13.709, de 2018 (LGPD). Assim como a CRFB/88 e o MCI, a LGPD prevê o direito à proteção de dados pessoais como um direito autônomo em relação à privacidade. O seu artigo 1º trata o direito à proteção de dados como um direito instrumental no sentido de tutelar a privacidade:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural. (Brasil, 2018).

Outro ponto de relevo é que, assim como a CRFB/88, faz-se menção separada à privacidade e à intimidade, como sendo aspectos diversos do direito à autodeterminação informativa (art. 2º, I, II e IV, LGPD)[175]. Além disso, diversas situações que poderiam estar relacionadas com o direito à privacidade são excluídas do escopo da LGPD, como é o caso, por exemplo, de tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, ou realizados para fins exclusivamente jornalísticos e artísticos ou acadêmicos (art. 4º, incisos I e II, da LGPD).

À luz desse quadro normativo, e atenta às reflexões que vem sendo desenvolvidas em nível mundial sobre o tema, a doutrina brasileira vem buscando apresentar um conceito normativo de privacidade adequado às circunstâncias jurídicas brasileiras. Marcel Leonardi (2011, p. 51) apresenta a impossibilidade de se conceituar privacidade seguindo a estratégia de identificar um conjunto de "elementos necessários e suficientes para distinguir a privacidade de outros direitos", o que inclui buscar um núcleo ou uma essência do direito à privacidade. Exemplos dessa metodologia são encontrados quando se define o direito à privacidade como "o direito a ser deixado só", ou como o direito ao "resguardo contra interferências alheias", ou, ainda, como o direito "ao segredo ou ao sigilo", e, por fim, como o direito "ao controle sobre informações e dados pessoais". Ele aponta que esse método tende a fracassar, ora por resultar em conceitos muito amplos, ora por resultar em conceitos muito restritivos.

Nesse sentido, aponta Leonardi (2011, p. 54), o conceito de "direito a ser deixado só" é muito amplo, caracterizando uma pretensão de se imunizar perante terceiros, motivo pelo qual "seria possível concluir que qualquer conduta direcionada a outra pessoa, quer ilícita ou não – uma agressão física, ou simplesmente pedir informações quando se está perdido, por exemplo – seria uma violação de sua privacidade". O conceito de "resguardo contra interferências alheias" também seria insuficiente, pois depende da aceitação da teoria das esferas, a qual é falha, pois pressupõe uma relação necessária entre o grau de intimidade de uma informação e os danos causados por sua divulgação, que não se revela verdadeira quando se tem em mira os desafios das novas tecnologias, pois "é possível montar perfis completos a respeito de um indivíduo, revelando inúmeros aspectos de sua personalidade, sem que se tenham coletado quaisquer

[175] Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
I- o respeito à privacidade;
II – a autodeterminação informativa;
[...] IV- a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem.

informações íntimas de seu exclusivo conhecimento" (Leonardi, 2011, p. 60). A concepção de privacidade como "segredo ou sigilo" tampouco é suficiente, por ser muito restritiva, por levar à conclusão de que qualquer fato que tenha sido publicado não pode mais ser considerado privado (Leonardi, 2011, p. 64). Por último, a concepção de privacidade como controle sobre informações e dados pessoais também resulta limitada, pois "exclui certos aspectos privados que não têm relação com informações, notadamente a autodeterminação do indivíduo, isto é, o direito de uma pessoa tomar decisões fundamentais sobre sua própria vida, corpo, crenças" (Leonardi, 2011, p. 74). Além disso, esse conceito põe o enfoque sobre o que o indivíduo quer controlar, e não sobre aquilo que a sociedade adequadamente quer proteger, sendo também um aspecto problemático dessa conceituação. Nesse sentido, Leonardi (2011, p. 78) defende um conceito plural de privacidade, que leve em conta esses aspectos, mas não se reduza a estes.

Peixoto (2017, p. 92) também endossa um conceito da privacidade que engloba três diferentes dimensões desse direito, recusando teorias reducionistas, normalmente centradas na ideia de privacidade informacional. Para o autor, a privacidade consiste na proteção contra o acesso indesejado por terceiros, o que pode ter uma conotação física ou metafórica. Diz-se que o controle se refere a algo físico quando relacionado a um aspecto espacial, assim, por exemplo, um quarto de uma residência é um local privado. Já o controle de acesso diz respeito a coisas intangíveis, e pode se referir à interferência indesejada nas decisões e ações pessoais (dimensão decisional da privacidade) ou à proteção da informação pessoal (dimensão informacional da privacidade).

Entende-se que, para compreender o âmbito de proteção do direito à privacidade no Brasil, faz-se necessário pensar: se faz sentido ainda a distinção público/privado; se deve ser aceita a distinção (feita na CRFB/88 e na legislação infraconstitucional) entre privacidade e intimidade; e, por fim, se faz sentido a distinção (feita na CRFB/88 e na legislação infraconstitucional) entre privacidade e direito à proteção de dados pessoais.

Relativamente à primeira questão, parece haver uma tendência de apontar para a falência da distinção entre o que é público e o que é privado. Se se pensar em uma estrita dicotomia, há muitos exemplos nos quais não é possível vislumbrar com clareza se uma determinada ocorrência viola ou não o direito à privacidade. Um argumento de derrubada dessa dicotomia é a possibilidade de que se tenha situações em que a privacidade deve ser protegida mesmo em público. Como aponta Schreiber (2014, p. 147), "ninguém deixa em casa sua privacidade quando sai à rua", pois "ninguém está autorizado a captar com tecnologias de ponta o que

uma pessoa cochicha a outra em praça pública e divulgar o diálogo nas redes de televisão".

Pensa-se que, embora não se possa falar em uma dicotomia rígida, o que implicaria estabelecer critérios fixos para definir se em uma situação há ou não violação da privacidade, isso não significa abrir mão totalmente da ideia de privacidade. Também não implica deixar de lado, por completo, os critérios desenvolvidos há muito tempo para distinguir o público do privado. O que ocorre é uma reconfiguração do que se entende por privacidade, que, de certa maneira, ainda continua a ser distinguida daquilo que é público. Mesmo quando se fala em "privacidade em público", ainda se verifica que essas duas noções continuam presentes: o público e o privado. Desenvolvendo esse assunto, Jean L. Cohen (2012) mostra a insustentabilidade das teorias que recusam, por completo, a distinção público/privado, muitas vezes se opondo frontalmente ao direito à privacidade, como é o caso de algumas teorias feministas e comunitaristas[176]. Seguindo essa linha de pensamento, aceita-se que o conceito de esfera pública e, de outro lado, a admissão de uma esfera privada, continua sendo crucial não só nas discussões em teoria política, mas também no direito (Cohen, 2012, p. 168). Assume-se que "como todos os conceitos passíveis de discussão, os de 'público' e 'privado' estão abertos a serem reinterpretados e podem ser mobilizados em diversos discursos" (Cohen, 2012, p. 168).

Acompanhando a reconfiguração do conceito de privacidade, identifica-se que há três principais propostas teóricas para identificar aquilo que é privado. A primeira é a privacidade como constrição de acesso, que está ligada à ideia de privacidade como uma liberdade negativa, que impõe a não intromissão do Estado em assuntos dos cidadãos, ou que reconhece certos domínios pessoais (domínios físicos, como a casa, ou ainda domínios não físicos, como as decisões sobre aspectos íntimos da vida) em que as pessoas podem exigir a não intromissão do

---

[176] A autora sintetiza as principais críticas dirigidas à ideia de privacidade, por parte de algumas teorias feministas e comunitaristas: as teorias feministas acusam a dicotomia público/privado de reforçar um modelo ideológico liberal, que serve para justificar a desigualdade entre os gêneros; já os comunitaristas afirmam que reconhecer um direito à privacidade significa reforçar uma concepção atomística do indivíduo, como apartado dos valores comunitários. Ela mostra como a identificação da privacidade com esses sentidos que lhe são atribuídos não é essencial: no caso das mulheres, o direito à privacidade tem o condão de assegurar a elas, como indivíduos, a autonomia decisória quanto a aspectos de sua intimidade, consistindo em uma garantia das mulheres justamente no interior das relações íntimas. Com relação às críticas comunitaristas, a autora argumenta que "conceitos abstratos como o de personalidade legal, direitos fundamentais, privacidade ou autonomia decisória não são equivalentes a uma descrição ontológica do ego ou a um conceito particular de agente", pois "o princípio de que os direitos individuais de privacidade protegem a autonomia decisória (escolha) com respeito a certos assuntos pessoais ou íntimos é perfeitamente compatível com o reconhecimento do caráter intersubjetivo dos processos de formação da identidade pessoal e com a consciência das fontes históricas e contextuais de nossos valores" (Cohen, 2012, p. 183).

olhar dos outros. A segunda é a privacidade como controle de acesso, que está principalmente relacionada com as informações pessoais (dimensão informacional da privacidade). Uma terceira proposta é enxergar a privacidade segundo um fluxo apropriado de informações pessoais. Essa ideia também está restrita à dimensão informacional da privacidade, exigindo que se identifique o que é privado a partir da análise do contexto informacional.

Compreende-se que todas essas dimensões configuram o âmbito normativo do direito à privacidade. Ainda se pode falar em privacidade como uma proteção contra o acesso indesejado por terceiros (dimensão espacial), que é assegurada, por exemplo, por meio da inviolabilidade domiciliar. Também se pode dizer que o direito à privacidade está relacionado a uma dimensão decisional, relativamente às decisões mais íntimas da vida de alguém. Nesse aspecto, a privacidade é um direito instrumental de garantia da própria formação da identidade pessoal[177], daí a conexão muitas vezes apontada entre identidade e privacidade. Assegura-se a privacidade para que o indivíduo possa decidir a respeito de assuntos íntimos e que estão relacionados com a sua própria identidade, como é o caso das relações íntimas de afeto, como o casamento, a procriação, a criação de filhos, etc. Por último, pode-se falar na dimensão informacional da privacidade, que confere ao indivíduo o controle das informações que lhe dizem respeito. No tocante a esse último aspecto (privacidade informacional), concorda-se com Nissenbaum (2010), no sentido de que a identificação de uma violação à privacidade deve ocorrer mediante a análise do fluxo adequado das informações pessoais[178].

---

[177] Conforme Cohen (2012, p. 189): "Os direitos à privacidade pessoal protegem as precondições constitutivas mínimas para que se tenha uma identidade própria. [...] quando entendidos adequadamente, os direitos à privacidade garantidores da autonomia decisória em certos assuntos pessoais não apenas a protegem como também o fazem com respeito à chance de cada indivíduo desenvolver, revisar e buscar sua própria concepção do bem e sua identidade. Permitam-me formular o padrão subjacente a esse aspecto da privacidade como *o direito de não ter as necessidades constitutivas de sua identidade violadas ou submetidas à interferência do Estado ou de terceiros sem que, para tanto, haja razões de fato inevitáveis*."

[178] Como desenvolve Nissenbaum (2010), sua concepção de direito à privacidade, na perspectiva informacional, como um direito ao fluxo apropriado de informações pessoais se assemelha (mas não se identifica totalmente) com o padrão americano da "expectativa razoável de privacidade". Tendo em conta que a autora aborda especificamente o problema das novas tecnologias que podem configurar ameaças ao direito à privacidade, sua teoria parte da assunção, *a priori*, de que qualquer nova prática violadora das normas de comunicação arraigadas é vista como problemática. No entanto, desenvolve o argumento no sentido de que a privacidade como fluxo apropriado de informações pessoais (o que chama de "quadro de integridade contextual") não significa assumir uma "tirania do normal", pois, se for possível demonstrar a superioridade moral de novas práticas, aquilo que foi reconhecido como uma violação *prima facie* da privacidade pode ser aceita como moralmente legítima. Ela conecta sua teoria, no plano do direito, à visão de Dworkin do direito como integridade: "A aspiração de integridade contextual é semelhante àquela de integridade legal: há uma presunção em favor de regras arraigadas em vez do que a adesão estrita à letra que pode ser anulada se novas práticas forem comprovadamente mais eficaz em alcançar valores contextuais, fins e propósitos ou o equivalente; no caso da integridade jurídica, satisfazendo de forma mais eficaz ou promovendo o esquema de uma comunidade política devidamente constituída de princípios". Tradução livre. No original: "The aspiration of contextual integrity is similar to that of legal integrity:

Trilhando esse caminho, de admitir uma tripla dimensão da privacidade, pode-se prosseguir para outra inquietação frequente quando se discute o âmbito de proteção desse direito: se faz sentido a distinção, feita pela legislação brasileira e por parte da doutrina, entre privacidade e intimidade. A esse respeito, Leonardi (2011, p. 80) sufraga o entendimento de que a distinção entre intimidade e vida privada é uma "discussão preponderantemente acadêmica, sem repercussão prática". Por outro lado, Carlos Alberto Bittar (2015) se posiciona no sentido de distinguir intimidade de vida privada. Segundo aponta:

> [...] No campo do direito à intimidade são protegidos, dentre outros, os seguintes bens: confidências; informes de ordem pessoal (dados pessoais); recordações pessoais; memórias; diários, relações familiares; lembranças de família; sepultura; vida amorosa ou conjuga; saúde (física e mental); afeições; entretenimentos; costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares (ou pequeno circuito de amizade) e, portanto, afastados da curiosidade pública. (Bittar, 2015, p. 173-174)

Segundo Bittar (2015, p. 174), o âmbito de proteção do direito à intimidade é menor quando a pessoa é dotada de notoriedade (políticos, atletas, artistas e outros que mantêm em contato com o público de maior intensidade), além de poder ser limitado por uma série de outros fatores, tais como exigências de ordem histórica, científica, cultural ou artística; de cunho judicial ou policial; de ordem tributária ou econômica; exigências de informação, pela constituição de bancos, empresas, centros de dados; por interesses negociais; exigências de saúde pública, entre outras (Bittar, 2015, p. 177).

Assumir, como faz Bittar (2015), a existência de alguma diferença entre privacidade e intimidade significa adotar a teoria das esferas, admitindo que há, relativamente ao indivíduo, esferas da vida pessoal em que a intromissão pode ser mais danosa. Em que pese às críticas apontadas a essa teoria, entende-se que a ideia de intimidade (ou núcleo do segredo ou confidencialidade) é fundamental para bem se compreender o direito à privacidade. Somente se pode

---

there is a presumption in favor of entrenched rules Rather than strict adherence to the letter that can be overriden if new practices are demonstrably more effective at achieving contextual values, ends, and purposes or the equivalente; in the case of legal integrity, more effectively satisfying or promoting a duly constituted political community's scheme of principles" (Nissenbaum, 2010, p. 179). Na doutrina brasileira, aderindo ao padrão da "expectativa razoável de privacidade", Schreiber (2014, p. 147) escreve: "[...] o que deve ser analisado não é o caráter público ou privado do local, mas a expectativa de privacidade em torno do ato captado naquelas circunstâncias concretas. O político que abre sua casa para uma coletiva de imprensa não pode ostentar expectativa de privacidade em relação ao que declara aos jornalistas, ainda que em ambiente privado. Do mesmo modo, uma sala de audiências consiste seguramente em local de acesso aberto ao público, mas nem por isso se pode assumir como legítima a captação de mensagens ou comentários trocados naquele ambiente por meio de computadores, com evidente convicção de confidencialidade".

falar em uma dimensão decisional da privacidade, por exemplo, se se aceitar que há assuntos da vida pessoal que estão resguardados de toda e qualquer intromissão, por serem de caráter íntimo. Nesse sentido, concorda-se com Peixoto (2017, p. 122) no sentido de que a teoria das esferas – embora seja insuficiente para lidar com boa parte dos problemas contemporâneos relacionados à privacidade – persiste sendo útil como parâmetro para decidir casos envolvendo o direito à privacidade. No mesmo sentido:

> Apesar disso, ainda hoje a teoria das esferas é reconhecida como uma ferramenta útil para determinar os níveis de gravidade de uma violação da privacidade, por oferecer um parâmetro, ainda que pouco preciso, para determinar em que a personalidade de um indivíduo é afetada por intrusões ou pela divulgação de aspectos da vida privada. (Moncau, 2020, p. RB-2.2).

A esse respeito, deve-se dar alguma relevância ao texto de lei que efetivamente distingue "vida privada" de "intimidade", reconhecendo-se a relevância da teoria das esferas na doutrina brasileira (Moncau, 2020, p. RB-2.2). Na mesma direção, aponta Silva (2000, p. 190-195) para a possibilidade de uma leitura da teoria das esferas adequada ao Estado Democrático de Direito, e em conformidade com uma visão não proprietária do direito à privacidade.

Nesse sentido, as três dimensões do direito à privacidade a aplicação dos parâmetros fornecidos pela teoria das esferas, devem ser interpretados de acordo com uma visão relacional da privacidade. Isso significa que a distinção daquilo que é privado (e, portanto, não é público), não deve ficar ao alvedrio da vontade do titular do direito. Em nenhuma hipótese se pode imaginar que o direito à privacidade configura uma propriedade sobre informações pessoais. A esse respeito:

> A dimensão intersubjetiva da dignidade humana é a única passível de ser traduzida como princípio-guia do Estado Democrático de Drieito, e a "*privacy*" que ela fundamenta, passa a constituir não apenas na garantia de que a pessoa não irá ser objeto de humilhações e ofensas, mas pressupõe também a *afirmação positiva* do pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo: esse pleno desenvolvimento supõe, por sua vez, o reconhecimento à *autodisponibilidade* (inexistência de interferências ou impedimentos externos sobre a possibilidade de atuação próprias de cada homem) e à *autodeterminação* (que ao invés de ser uma predeterminação dada pela natureza, surge da livre projeção histórica da razão humana). (Silva, 2000, p. 194-195)

Admitir a aplicação da teoria das esferas não significa, sob esse prisma, aplicar mecanicamente os parâmetros construídos, sem problematizá-los em relação ao contexto. Assim, adere-se à doutrina que identifica uma esfera mais íntima do direito à privacidade, a esfera da intimidade.

Uma última questão relevante para descortinar o âmbito de proteção do direito à privacidade é se há uma equivalência entre este direito e o direito à proteção de dados pessoais, ou se se trata de uma relação entre gênero e espécie. Esse ponto será abordado no item seguinte.

7.1.5
Direito à proteção de dados pessoais

O direito à proteção de dados pessoais existe no sistema normativo brasileiro há bastante tempo, podendo ser inferido do *habeas data*[179] (art. 5º, LXXI, CFRB/88)[180], dos artigos 43 e 44, do Código de Defesa do Consumidor[181], da Lei

[179] Conforme Doneda (2021, p. 45-46), "o *Habeas Data* brasileiro surgiu basicamente como um instrumento para a requisição das informações pessoais em posse do poder público, em particular, dos órgãos responsáveis pela repressão durante o regime militar e sem maiores vínculos, portanto, com uma eventual influência da experiência europeia ou norte-americana relativa à proteção de dados pessoais, já em pleno desenvolvimento à época". Ocorre que, mesmo após a regulamentação pela Lei nº 9.507, de 1997, o *Habeas Data* não se fez acompanhar de instrumentos para a tornarem célere e eficiente, motivo que leva a ser subutilizada. Alguns dos defeitos apontados são: a necessidade de impetração por intermédio de advogado e a necessidade de comprovar a recursa do fornecimento dos dados.

[180] Art. 5º. LXXII- conceder-se-á "*habeas data*": a) para assegurar o conhecimento e informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados,quando nãos e prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

[181] Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.
§1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.
§2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.
§3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.
§4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.
§5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.
§6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.
Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulga-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.
§1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.
[...]

nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação)[182], da Lei nº 12.414/2011[183] e da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)[184]. Contudo, passou a ter reconhecimento explícito e de modo sistematizado a partir da promulgação e vigência da Lei nº 13.709/2018 – LGPD (Moncau, p. RB-2.1), alçando o *status* de direito constitucional de personalidade a partir da Emenda Constitucional nº 115, de 2022, que incluiu no art. 5º o inciso LXXIX, o qual dispõe ser assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Como já se adiantou preteritamente, uma questão que surge quando se tem em mira os desenvolvimentos do direito à privacidade é se esse direito se distingue, no seu âmbito de proteção, do direito à proteção de dados pessoais. A legislação brasileira parece apontar nesse sentido. A CRFB/88, o Marco Civil da Internet e o RGPD expressamente preveem em separado os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais. Para Peixoto (2017, p. 94), não há razão para conceber a proteção de dados pessoais como um direito autônomo, devendo-se entender a relação entre um e outro direitos como uma relação de gênero e espécie. Outro é o posicionamento de Moncau (p. RB-2.1), para quem "o escopo e o alcance das normas de proteção de dados pessoais e das regras gerais de proteção de privacidade são notadamente distintos", possuindo, além disso, distintos níveis de detalhamento e concretude.

Entende-se que há uma vantagem prática de distinguir os âmbitos normativos de ambos os direitos, muito embora se reconheça que o direito à proteção de dados pessoais é um "direito filho" do direito à privacidade. Como aponta Doneda (2021, p. RB-2.9), há uma disciplina para os dados pessoais, embora essa disciplina mantenha o nexo de continuidade com o direito à privacidade. Nesse sentido, com o intuito de entender em que medida o direito à proteção de dados pessoais se aproxima e se distingue do direito à privacidade, cabe trazer a lume um breve histórico do desenvolvimento desse direito. O enfoque será no desenvolvimento do assunto na Europa, onde alcançou maiores

---

[182] São muitos os artigos da Lei nº 12.527/2011 que tangenciam o tema da proteção de dados pessoais, motivo pelo qual opta-se por não os reproduzir. A título de referência, o art. 4º prevê os conceitos legais de "informação", "informação sigilosa", "informação pessoal", "tratamento da informação", referindo, ainda, às características da informação (disponibilidade, autenticidade, integridade, primariedade). O art. 6º determina aos órgãos e entidades do poder público a proteção da informação, em específico da informação sigilosa e pessoal; os arts. 7º a 9º versam sobre as informações que podem ser acessadas com fundamento nessa lei e as formas de assegurar esse acesso; os arts. 10 a 20 regulam o procedimento de acesso a informações; os arts. 21 a 31 regulam a classificação, reclassificação e desclassificação de informações, a proteção e o controle de informações sigilosas, e o tratamento das informações pessoais.

[183] Essa lei trata do Cadastro Positivo de consumidores

[184] As considerações sobre o MCI, no tocante à regulamentação do direito à proteção de dados, foram tecidas no item anterior, sendo despicienda a retomada desse ponto.

proporções, a fim de posteriormente se realizar uma comparação com o quadro normativo brasileiro.

O direito ao controle de dados pessoais, na trilha dos desenvolvimentos do direito à privacidade, surgiu em razão das preocupações ocasionadas pelo desenvolvimento tecnológico, em especial os bancos de dados e os computadores. As primeiras leis de proteção de dados pessoais surgiram na década de 1970, tanto nos Estados Unidos (*Privacy Act*, de 1974), quanto na Europa (Lei do *Land* de Hesse, 1970; *Datalog* sueco, de 1973; e Lei Federal da República Federativa da Alemanha sobre Proteção de Dados Pessoais, de 1977). Nesse primeiro momento, o direito à proteção de dados pessoais surge a partir de uma desconfiança do cidadão em relação ao Estado e os bancos de dados nacionais, de modo que o foco das leis de proteção aos dados pessoais era submeter a criação de tais sistemas à autorização e ao controle *a posteriori*, além de controlar o uso das informações pelo Estado e seus órgãos (Doneda, 2021, RB-2.10)[185]. Assim, com a primeira geração de leis para proteção de dados pessoais, passou-se a considerar o processamento de dados como uma interferência ilegítima na esfera pessoal da pessoa, submetendo o Estado à apresentação de fundamento legítimo (Moncau, 2020, p. RB-2.3).

Logo se mostrou a insuficiência dessas leis para a proteção dos dados pessoais, em razão da multiplicação dos centros de processamento de dados e dos problemas por estes gerados. Percebeu-se que não bastava regular o funcionamento dos bancos de dados, submetendo-os à necessidade de autorização e controle, pois não havia qualquer instrumento para permitir ao indivíduo o exercício de qualquer controle sobre seus dados. Assim, na segunda metade da década de 1970, surgem leis de proteção de dados voltados para conferir ao cidadão a possibilidade de exercer uma liberdade negativa face aos bancos de dados, como foi o caso da lei francesa *Informatique et Libertés*, de 1978 (Doneda, 2021, RB-2.10).

No entanto, mesmo essa segunda geração de leis não foi suficiente para conferir uma efetiva proteção aos dados pessoais, pois a tutela individual dos direitos acabava por se revelar inócua, na medida em que a oposição ou o questionamento do fluxo de dados pelo cidadão poderia ensejar prejuízos para a sua vida social, uma vez que a sua própria inserção na sociedade demandava o compartilhamento de informações (Doneda, 2021, p. RB-2.10; Moncau, 2020, p.

---

[185] A classificação das leis de proteção de dados em gerações foi inicialmente desenvolvida por Viktor Mayer-Schonberger em seu artigo “Generational development of data protection in Europe” (1997), e reproduzida, dada a sua relevância, em quase todas as obras que tratam sobre o assunto.

RB-2.4). Foi assim que uma terceira geração de normas, gerada na década de 1980, buscou reforçar os direitos individuais de participação no tratamento de dados, em todas as fazes do processamento de informações; afirmou-se, então, o direito à autodeterminação informativa. (Moncau, 2020, p. RB-4). Seguiram-se leis de quarta geração, procurando aprofundar o equilíbrio entre o indivíduo e os processadores de dados, regulando de forma mais detalhada as relações envolvendo processamento de dados (Doneda, 2021, RB-2.10; Moncau, 2020, p. RB-2.4)[186].

Observa-se que as leis de proteção de dados pessoais surgem como decorrência de uma alteração no conceito de privacidade, que passa a abarcar a dimensão do controle informacional. Tem-se, então, uma redefinição de privacidade como autodeterminação informativa[187], que, até certo ponto, tendeu a suplantar outras dimensões do direito à privacidade, como as dimensões espacial e decisional. Atualmente, concebe-se o direito à proteção de dados pessoais como um "direito-filho" especificamente "nascido" da dimensão informacional da privacidade, que, contudo, não é a única.

Coloca-se, então, a questão de entender em que o direito à proteção de dados pessoais é específico em relação ao direito à privacidade. Como ensina De Hert e Gutwirth (2009, p. 4), a regulação dos dados pessoais não abrange unicamente mecanismos de proteção do direito à privacidade, no sentido de garantir ao indivíduo o controle sobre suas próprias informações pessoais. Na verdade, o direito à proteção de dados pessoais estabelece as condições sob as quais se legitima o processamento de dados pessoais, determinando que os dados só sejam coletados para fins específicos, explícitos e legítimos e até que esses propósitos sejam atingidos. Dentro daquilo que se chama de regulação dos dados pessoais, há alguns direitos subjetivos garantidos aos titulares dos dados pessoais que podem, instrumentalmente, garantir o direito à privacidade.

Pode-se dizer que o direito à proteção de dados pessoais gira em torno das ideias de informação pessoal e dados pessoais. Informação pessoal, na lição de

---

[186] No plano internacional, também se observou uma preocupação no sentido de padronizar e harmonizar as legislações sobre proteção de dados pessoais. Nesse aspecto, as iniciativas mais impactantes ocorreram no Conselho da Europa e na OCDE. Em 1980, a OCDE estabeleceu diretrizes para a proteção de dados, as quais foram atualizadas em 2013. Em 1981, o Conselho da Europa aprovou a Convenção nº 108, que se tornou o primeiro tratado internacional sobre dados pessoais com força vinculante para seus membros (Moncau, 2020, p. RB-2.3).

[187] Entende-se que a expressão "direito à autodeterminação informativa" coloca – ao menos em uma primeira evocação da expressão – o enfoque excessivamente em aspectos psicológicos e voluntaristas do sujeito de direito. Nesse sentido, torna-se preferível a expressão "proteção de dados pessoais", que evoca tanto o problema da privacidade, como o problema da informação, sem colocar o enfoque sobre um aspecto psicológico e voluntarista do sujeito (Doneda, 2021, p. RB-2.8).

Doneda (2021, p. 34) é qualquer informação que possui um vínculo objetivo com a pessoa. Explicitando melhor, a informação deve dizer algo sobre as características ou ações da pessoa, como, por exemplo, nome, domicílio, hábitos de consumo, opiniões que manifesta, localização, etc. Fora desse espectro estão informações que, mesmo referentes à pessoa, não podem ser consideradas informações pessoais, por ausência de vínculo objetivo. Assim, por exemplo, as opiniões de terceiros sobre a pessoa não podem ser consideradas informações pessoais. “Dados pessoais”, por outro lado, é uma expressão que remete à fragmentação da informação, ou seja, transmite a ideia de “uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida, [...] anterior à interpretação e a um processo de elaboração” (Doneda, 2021, p. 35).

Certamente há uma grande proximidade entre informações privadas e informações pessoais, entre dados pessoais e privacidade, uma vez que a privacidade também é garantida por uma menor difusão de dados pessoais. No entanto, o direito à privacidade não se esgota como direito ao controle de dados pessoais, tampouco este se esgota na garantia de privacidade (Doneda, 2021, p. 35). Estabelecida essa premissa, e para descortinar o âmbito de proteção do direito à proteção de dados pessoais no Brasil, é útil comparar os modelos europeu e brasileiro.

Na Europa, o direito à proteção de dados pessoais se encontra positivado no artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Os instrumentos de proteção de dados mais relevantes são a Diretiva 95/46/EC (revogada) e o Regulamento Geral de Proteção de Dados nº 679/2016 (RGPD), que lhe seguiu. A Diretiva 95/46/EC teve um grande impacto não só no âmbito da União Europeia, mas no mundo inteiro, influenciado inclusive a relatoria do Projeto de Lei nº 5.276/2016, que resultou na Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (Moncau, 2020, p. RB-2.5). Não serão abordadas, porém, especificidades da Diretiva: o enfoque será dado às proximidades e diferenças entre o RGPD europeu e o LGPD brasileiro.

A respeito do âmbito material de aplicação do RGPD, prevê o art. 2º que o regulamento se aplica “ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados”. Dados pessoais são, nos termos do artigo 4º, I, “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (‘titular dos dados’)”, sendo considerada identificável uma pessoa que, de forma direta ou indireta, possa ser identificada por referência a um elemento identificador, tal como o nome, número de

identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica, fisiologia, genética, identidade física, econômica, cultural ou singular. Excluem-se da aplicação do RGPD o tratamento de dados realizado em atividade não sujeita à aplicação do direito da União Europeia, efetuado pelos Estados-Membros no exercício de atividades relativas à politica externa e segurança comum (Título V, capítulo 2, do Tratado da União Europeia), efetuado por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas e efetuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública (art. 2º).

Já a LGPD brasileira prevê o seu âmbito material de aplicação nos artigos 3º e 4º, a seguir reproduzidos:

> Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:
> I- a operação de tratamento seja realizada no território nacional;
> II- a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou
> III- os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.
> §1º Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta.
> §2º Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do caput do art. 4º desta Lei.
> Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:
> I- realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;
> II- realizado para fins exclusivamente:
> a) jornalístico e artísticos; ou
> b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;
> III- realizado para fins exclusivos de:
> a) segurança pública;
> b) defesa nacional;
> c) segurança do Estado; ou
> d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou
> IV- provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.
> §1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.
> §2º É vedado o tratamento dos dados a que se refere o inciso III do caput deste artigo por pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, que serão objeto de informe específico à autoridade nacional e que deverão observar a limitação imposta no §4º deste artigo.

> §3º A autoridade nacional emitirá opiniões técnicas ou recomendações referentes às exceções previstas no inciso III do caput deste artigo e deverá solicitar aos responsáveis relatórios de impacto à proteção de dados pessoais.
> §4º Em nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata o inciso III do caput deste artigo poderá ser tratada por pessoa de direito privado, salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público.

A LGPD conceitua “dado pessoal” de forma mais sintética que o RGPD, como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5, inciso I), discriminando, ainda, os dados pessoais sensíveis, como aqueles que dizem respeito a “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico”. O seu âmbito de aplicação material é bastante extenso, pois a regra geral é sua aplicação para qualquer atividade de tratamento de dados pessoais, sendo que o conceito de “tratamento” previsto na lei é também amplo, comportando toda e qualquer operação realizada com dados pessoais, independentemente do meio, englobando meios físicos e digitais. Não se aplica a LGPD, porém, para tratamentos de dados de pessoas jurídicas, ou para tratamento de dados pseudonimizados e informações anônimas (2019, p. RB-1.12). Também não se aplica quanto às excepções previstas no artigo 4º, dentre as quais interessa a exceção quanto aos fins exclusivamente jornalísticos e artísticos.

Cotejando o artigo 2º do RGPD com os artigos 3º e 4º da LGPD brasileira, notam-se algumas diferenças significativas no âmbito de proteção do direito à proteção de dados pessoais, sendo o espectro do RGPD mais amplo que o da LGPD. Em específico, verifica-se que a LGPD especificamente destacou a inaplicabilidade da disciplina de proteção de dados pessoais para fins exclusivamente artísticos ou jornalísticos, sinalizando que as especificidades dessa matéria devem ocorrer de maneira diferente, seja por meio da análise judicial e sopesamento de direitos colidentes, seja futuramente por uma regulação em apartado (2019, p. RB-1.14). Nesse ponto, a LGPD seguiu uma tendência das legislações de proteção de dados promulgadas nos países da América do Sul: a Lei nº 1.581, de 2010, da Colômbia, expressamente não se aplica a conteúdos editoriais e jornalísticos; igualmente, a Lei nº 19.628, de 1999, do Chile, exclui dados referentes ao exercício da liberdade de expressão.

Nesse ponto, especificamente, o legislador europeu deixa clara a aplicação do RGPD aos casos envolvendo liberdade artística e jornalística. Ademais, a tutela do titular de dados que seja envolvido em publicações artísticas e jornalísticas, à

luz do RGPD, é sobremodo abrangente, pois esse regulamento consagra o direito do titular dos dados de obter a retificação dos dados pessoais e inexatos que lhe digam respeito (art. 16 do RGPD) e o direito ao apagamento dos dados ("direito a ser esquecido" – art. 17 do RGPD), limitando a liberdade de expressão e informação segundo o critério da necessidade. Esse ponto é de extremo relevo para compreender a temática do direito ao esquecimento, motivo pelo qual se reproduz os artigos do RGPD referidos:

> CAPÍTULO III
> Direitos do titular dos dados
> [...]
> Secção 3
> Retificação e apagamento
> Artigo 16º
> Direito de retificação
> O titular tem o direito de obter, sem demora injustificada, do responsável pelo tratamento a retificação dos dados pessoais inexatos que lhe digam respeito. Tendo em conta as finalidades do tratamento, o titular dos dados tem direito a que os seus dados pessoais incompletos sejam completados, incluindo por meio de uma declaração adicional.
> Artigo 17º
> Direito ao apagamento dos dados ('direito a ser esquecido')
> 1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:
> a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
> b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6º, nº 1, alínea a), ou do artigo 9º, nº 2, alínea a), e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
> c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21º, nº 1, e não existem interesses legítimos prevalentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21º, n. 2;
> d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
> e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
> f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8º, nº 1.
> [...]
> 3. Os nºs 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário:
> a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação;
> b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento;
> c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9º, nº 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9º, nº 3;
> d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou história ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89º, nº 1, na medida em que o direito referido no nº 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou
> e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

O RGPD europeu parece acolher a teoria defendida por Viktor Mayer-Schönberger, que, em sua famosa publicação *"Delete: the virtue of forgetting in the digital age*" (2009) sustenta que, no contexto da sociedade da informação, na qual se tem uma *internet* que jamais esquece, o ser humano precisa resgatar a sua capacidade de esquecer. Ele propõe que esse resgate deve ser feito por meio da imposição de uma condição àquele que quer inserir uma informação na rede: a escolha de uma data de expiração. Sua proposta é de que os serviços digitais de armazenamento sejam automaticamente feitos para deletar informações na data de expiração, e que os usuários, ao salvar um documento, tenham obrigatoriamente que selecionar essa data (Mayer-Schönberger, 2009, p. 102). Ele sustenta a possibilidade de fazer isso por meio da arquitetura da *internet* e defende que a legislação expressamente imponha essa arquitetura para o funcionamento de *softwares* (Mayer-Schönberger, 2009, p. 103).

O RGPD não chega tão longe, pois não impõe uma arquitetura para o funcionamento da *internet* segundo a qual toda informação salva deveria vir com uma data de expiração escolhida por aquele que a disponibilizou. Mas, como aponta Maldonado (2022, p. RB-10.3), a previsão do direito ao apagamento/esquecimento, no artigo 17 do RGPD, deixa claro que qualquer informação tem uma data de validade – mesmo aquelas veiculadas no exercício da liberdade de informação e expressão, que se submetem ao critério da necessidade da sua manutenção. A influência de Mayer-Schönberger é especialmente marcante quando se considera o parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (European Data Protection Supervisor -EDPS), intitulado "Uma abordagem global da protecção de dados pessoais na União Europeia", publicado em 4 de novembro de 2010. Nesse parecer, a EDPS esclarece que "o direito a ser esquecido garantiria o desaparecimento automático das informações ao fim de um certo período, mesmo que a pessoa em causa nada faça para isso, nem esteja sequer ciente de que os dados chegaram a ser armazenados". Nesse sentido, todo e qualquer dado teria um prazo de validade, de modo que caberia ao responsável pelo tratamento se esforçar por conservar esses dados por mais tempo, sob a premissa da necessidade de continuar o tratamento de dados. No tocante às informações publicadas nos meios de comunicação social, na internet ou mesmo nas redes sociais, registrou a EDPS que:

> [...] o direito a ser esquecido se poderia revelar particularmente útil no contexto dos serviços da sociedade da informação. Uma obrigação de apagar ou de não continuar a divulgar as informações após um prazo estabelecido faz particular sentido nos meios de comunicação social ou na Internet e, nomeadamente, nas redes sociais. Também seria útil no que diz respeito aos equipamentos terminais: os dados armazenados em dispositivos móveis e computadores seriam automaticamente apagados ou bloqueados no fim de um determinado período, quando já não estivessem na posse das pessoas. Nesse sentido, o direito a ser esquecido pode traduzir-se numa obrigação de 'privacidade desde a concepção'.

Ressalte-se, porém, que o artigo 85 do RGPD prevê que os Estados-membros da União Europeia poderão, por regulação própria, prever exceções e derrogações aos dispositivos do regulamento, a fim de reconciliar a proteção de dados com o direito à liberdade de expressão e informação e com os propósitos jornalísticos, acadêmicos, artísticos e literários.

Assim, em que pese haver bastante similitude entre a LGPD brasileira e o RGPD europeu, notadamente quanto aos princípios e conceitos consagrados, verifica-se que o âmbito material de aplicação do RGPD é mais amplo que o da LGPD, e, especificamente, a LGPD exclui da sua incidência dados pessoais utilizados para fins jornalísticos e artísticos. A LGPD também não prevê o direito ao esquecimento ou apagamento, na amplitude e aos moldes do art. 17 do RGPD.

Por essas razões, entende-se que o que há no Brasil – garantido na LGPD – é o direito do titular dos dados de requerer a exclusão ou retificação dos dados que ele mesmo forneceu para terceiros, ou de dados que foram coletados sem o seu consentimento, o que se poderia chamar de direito ao apagamento, conforme propõem Ambrose e Ausloos (2020, p. 14-15)[188]. Não há, na LGPD, qualquer suporte para o reconhecimento do direito ao esquecimento "tradicional" do ex-condenado, com vistas à ressocialização, e exercido contra a imprensa (*droit à l'oubli judiciaire*); tampouco há o reconhecimento do direito ao esquecimento na *internet* aos moldes da decisão do caso González, ou seja, um direito de requerer a exclusão ou desindexação de notícias disponibilizadas pela imprensa (oficial ou não oficial) em motores de busca na *internet*. Em acordo com a redação expressa da LGPD, esses direitos não podem ser extraídos desta lei, porque ela não se aplica em casos de exercício da liberdade de expressão e de informação.

Com esses aspectos em mente, pode-se prosseguir para a análise de uma pergunta crucial neste estudo, que é a possibilidade de reconhecimento da autonomia do direito ao esquecimento.

---

[188] As autoras criticam o RGPD europeu justamente por misturar o tradicional direito ao esquecimento com o direito ao apagamento, sugerindo que este seja reservado aos dados fornecidos pelo próprio titular, ou coletados sem o seu consentimento.

7.2
Possibilidade de reconhecimento da autonomia do direito ao esquecimento: existe algum aspecto residual da personalidade humana a ser tutelado por esse direito?

Até o momento, buscou-se delinear o âmbito de proteção dos direitos da personalidade relacionados mais proximamente com o que se vem chamando de direito ao esquecimento. Esse esforço teórico se fez necessário ao se entender que, não obstante a personalidade humana seja tutelada na forma de uma cláusula geral, abrindo-se, com isso, a possibilidade de reconhecimento de direitos implícitos da personalidade, o surgimento de um novo direito exige uma fundamentação reforçada, no sentido de identificar uma nova dimensão em que a personalidade humana carece de tutela. Nesse sentido, aponta-se que:

> A existência de um direito ao esquecimento *strictu sensu* (ou definido com precisão jurídica), portanto, somente pode ser aferida se identificarmos situações em que o direito deva socorrer o indivíduo independentemente da existência de outros tipos de proteção legal ou, em outras palavras, que tal direito socorra o indivíduo por fundamentos ou circunstâncias que lhe sejam próprios. Em outras palavras, só faz sentido falar na existência de um direito ao esquecimento se entendermos que a proteção de uma pessoa ou interesse exige uma possibilidade de restringir a circulação de (ou o acesso à) informações a partir de um raciocínio jurídico distinto. (Moncau, 2020, p. RB-3.1).

Para refletir acerca de tal ponto, pode-se resgatar as três principais formulações sob as quais se vem entendendo o direito ao esquecimento, apresentadas na primeira parte deste estudo. São elas:

1. Na primeira formulação, tem-se o direito ao esquecimento como o direito de qualquer pessoa que se envolveu em fatos públicos reclamar a restrição à circulação de determinada informação que lhe seja prejudicial, caso a relembrança dos acontecimentos seja ilegítima, considerando-se o papel desempenhado pela pessoa na sociedade e as necessidades da história, ou tenha o condão de ferir a sensibilidade da pessoa. Por esse conceito, o direito ao esquecimento não detém autonomia, devendo ser constatada a lesão a algum aspecto da personalidade, tais como a privacidade, a identidade ou a honra. A raiz desse conceito é, como já extensamente referido, a famosa decisão do TGI de Paris no caso Mme. M vs. Paris Match (1983). A aplicação desse direito (não

autônomo) supõe o sopesamento dos direitos contrários, em especial os direitos fundamentais à liberdade de expressão e informação;

2. Na segunda formulação, o direito ao esquecimento está ligado ao direito à identidade, trata-se de um direito de defesa contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos, de modo que aquele que o invoca possa reconstruir sua identidade pessoal. A aplicação desse direito supõe o sopesamento dos direitos contrários;
3. Na terceira formulação, o direito ao esquecimento consiste no direito de autodeterminação informativa, na sua faceta relativa à proteção de dados pessoais. Trata-se de um direito autônomo de restringir ou obstar a circulação de dados pessoais, sempre que a veiculação desses dados se der em desacordo com a finalidade para a qual foram coletados e sempre que ausente uma legítima razão do controlador de dados para continuar o tratamento. Esse direito se manifesta em duas situações: a primeira diz respeito aos casos em que o próprio titular dos dados os fornece ao controlador, passiva ou ativamente; a segunda diz respeito aos dados pessoais contidos em notícias ou manifestações publicadas por terceiros. Por esse prisma, pode haver ou não um conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão e informação.

Na primeira formulação, verifica-se a conexão entre as seguintes ideias: (1ª) a passagem do tempo pode fazer com que a relembrança de algum acontecimento se torne ilícita e (2ª) a ilicitude pode ser aferida (2.1) conforme o papel social da pessoa objeto da notícia rememorada e conforme a "importância" da notícia para a narrativa da história ou (2.2) conforme fira a sensibilidade da pessoa.

Inicialmente, deve-se rechaçar qualquer tentativa de conceituar um direito com base na sua capacidade de ferir a sensibilidade da pessoa. Trata-se de um parâmetro individual subjetivo que é imprestável para definir os contornos de qualquer direito. Assim, só restam como elementos normativos dessa primeira formulação, (1) a passagem do tempo e (2) a ilicitude aferível em conformidade com a importância da notícia para narrativa da história, o que vem sendo aferido conforme os conceitos de pessoa pública e interesse público[189].

[189] De acordo com Costa (2018, p. 285), o direito se apropria de conceitos da história a seu próprio modo. É o que acontece com a noção do que são "fatos históricos", ou "fatos importantes para a narrativa da história". No discurso jurídico, vem-se ligando historicidade à relevância público-política

Não parece que esses elementos sejam definidores de um novo direito da personalidade. Com relação à passagem do tempo, deve-se notar que não é de hoje que este é um fator a ser considerado na casuística que envolve os direitos de personalidade. A análise dos direitos à identidade, honra, imagem, privacidade e proteção de dados pessoais devem levar em conta uma perspectiva temporal da personalidade humana; contudo, a passagem do tempo não é *o único* fator a se considerar nessa análise.

Exemplificando, o direito à identidade abrange o direito de não ser retratado "sob falsas luzes", o que envolve justamente a análise da trajetória de construção e reconstrução do indivíduo em uma perspectiva temporal. Porém, não basta a passagem do tempo para que a retratação da identidade de alguém seja reconhecida como deturpada, pois há a necessidade de comprovar que houve uma representação distorcida (falsa, descontextualizada ou insuficiente) da pessoa[190]. Naturalmente, a discussão em torno da configuração desse direito levará em consideração a projeção dos aspectos identitários da pessoa na esfera pública, considerando-se se a pessoa retratada é uma pessoa pública ou não, e se o assunto versado na publicação é ou não de interesse público.

Alguns casos que foram decididos com recurso ao "direito ao esquecimento", na verdade poderiam ser discutidos à luz do direito à identidade. Por exemplo, o caso Mme. Monanges vs. Kern e Marque-Maillard (1990) girou em torno da alegação de que Mme. Monanges, antes condenada por traição à pátria, já não era mais a pessoa que traiu, mas uma nova pessoa, perdoada e reabilitada. A questão era se o direito à identidade de Mme. Monanges tinha sido infringido pelo fato de um livro de História fazer referência à sua condenação anterior, sem apresentar a atualização posterior de seu *status* de pessoa reabilitada. Nesse caso, foi realizada uma representação prejudicialmente incompleta a respeito de características pessoais contemporâneas de Mme. Monanges? A Justiça francesa decidiu que não, porque os fatos narrados no livro estavam explicitamente dentro do recorte temporal que o autor fez, de modo que não houve descontextualização.

O direito à imagem também pode suscitar questões envolvendo a passagem do tempo e os elementos "pessoa pública" e "interesse público": é o caso, por

---

do fato, o que se mede de acordo com o interesse público. Assim: "De acordo com os cultores do direito ao esquecimento, só é possível pleitear o olvido, o apagamento, a desindexação, a interdição à narrativa pública de fatos que não se revistam de uma historicidade. E essa historicidade estaria medida pelo interesse público na informação e o interesse público é concebido como a medida da relevância que esse tal fato tivesse para a formação de uma memória coletiva, pensada a partir de uma noção de história do Estado".

[190] Aqui somente se está abordando um dos aspectos do direito à identidade, o aspecto que está relacionado às demandas pelo esquecimento.

exemplo, de uma pessoa pública que se arrepende de ter cedido os direitos sobre sua imagem para revista ou jornal e requer a retirada dessas imagens da *internet*, onde foram disponibilizadas na hemeroteca digital do veículo de comunicação. Também nesse caso, o aspecto temporal é insuficiente para verificar se o direito à imagem deve ou não ser tutelado, devendo-se perquirir sobre a validade e amplitude do consentimento, por exemplo. Outro aspecto a ser analisado é a responsabilidade daquele que captou, armazenou, publicou ou de qualquer outra forma compartilhou a imagem.

Alguns casos discutidos com referência ao "direito ao esquecimento" poderiam ser entendidos sob a perspectiva do direito à imagem. Por exemplo, nos casos Rodriguez vs. Google Inc. e Yahoo (Argentina, 2014), Gimbutas-Carlóin Valeria vs. Google Inc (Argentina, 2017) e o Ag. Int. no REsp nº 1.593.873/SP (Brasil, 2016d), o que estava em jogo era a disponibilização e permanência, na internet, de imagens de nudez de ex-modelos, e a responsabilidade do mecanismo de pesquisa na internet pela veiculação dessas imagens.

Outros casos relacionados ao direito ao esquecimento foram discutidos com base no direito à privacidade. Por exemplo, no caso Lebach I, o Tribunal Constitucional da Alemanha decidiu que "a televisão não pode se ocupar da pessoa do criminoso e de sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual" (Schwabe, 2005, p. 488). A Corte externou, pois, o entendimento de que um fato público e de interesse público pode se tornar privado em razão da passagem do tempo.

Ao estudar o direito à privacidade, chegou-se ao entendimento de que o seu âmbito de proteção abrange a constrição de acesso a espaços privados (por exemplo, a casa), bem como a vedação a que alguém se imiscua em aspectos da intimidade decisória da pessoa (assuntos como a vida doméstica, a procriação, etc.), e, ainda, o controle de acesso a informações sobre a pessoa, o que se deve analisar sob o prisma do fluxo adequado de informações pessoais (parâmetro da expectativa razoável de privacidade). Todos esses critérios são importantes, e, ao mesmo tempo, são isoladamente insuficientes para compreender a privacidade, que se trata de um direito bastante complexo.

A questão em torno da reabilitação daqueles que foram condenados por crimes é um dos pontos nevrálgicos do direito ao esquecimento e que está constantemente relacionado com o direito à privacidade, na perspectiva do controle do fluxo adequado de informações pessoais (privacidade informacional). No entanto, entende-se que essas questões seriam mais adequadamente discutidas à luz do direito à identidade, pois o ponto nodal dessa discussão não é

se um fato público e de interesse público, ao deixar de ser rememorado por algum tempo, voltou para a esfera de privacidade dessas pessoas, mas se tais pessoas têm um direito a reconstruir as suas identidades perante a sociedade, mediante a ocultação ou obscurecimento dos fatos ocorridos no passado.

No caso Lebach I, por exemplo, não se pode dizer que o ex-condenado tinha uma expectativa razoável de privacidade no tocante à não rememoração do crime praticado. É duvidoso dizer que um fluxo adequado/apropriado da informação deveria observar a vontade do ex-condenado de não ser relembrado o crime praticado, pois isso significaria submeter um direto à vontade do seu titular. Na verdade, o que está em jogo não é o direito à privacidade, nesse caso, mas sim, o direito à identidade. Somente de uma maneira indireta é que essa questão está relacionada com a privacidade informacional: se se entender que há um direito subjetivo de alguém que fora condenado pela prática de um crime, de reconstruir sua identidade perante a sociedade, então um fluxo adequado de informações pessoais deve observar esse direito subjetivo. A privacidade, nesse sentido, estaria a serviço da reconstrução da identidade.

Com essas reflexões, pode-se passar à análise do segundo conceito proposto a título de conteúdo do direito ao esquecimento, que parece seguir na direção de reconhecer um direito à reconstrução da própria identidade. Schreiber (2022), que é o autor dessa tese, caracteriza o direito ao esquecimento, seus destinatários e seu escopo da seguinte forma:

> [...] o direito ao esquecimento é, portanto, um direito (a) exercido necessariamente por uma pessoa humana; (b) em face de agentes públicos ou privados que tenham a aptidão fática de promover representações daquela pessoa sobre a esfera pública (opinião social), incluindo veículos de imprensa, emissoras de TV, fornecedores de serviços de busca na internet etc.; (c) em oposição a uma recordação opressiva dos fatos, assim entendida a recordação que se caracteriza, a um só tempo, por ser desatualizada e recair sobre aspecto sensível da personalidade, comprometendo a plena realização da identidade daquela pessoa humana, ao apresentá-la sob falsas luzes à sociedade. (Schreiber, 2022, p. 221).

A leitura da proposta de Schreiber (2022) revela que o âmbito de proteção do direito ao esquecimento coincide com o do direito à identidade. Ao se exigir, para sua configuração, que a representação da pessoa ocorra de forma desatualizada ou “sob falsas luzes”, o direito ao esquecimento nada mais é que o direito à identidade, em seu aspecto dinâmico.

Analisando essa conceituação de um ponto de vista abstrato, parece intuitivo que o direito à identidade deve contemplar os meios para que uma pessoa possa reconstruir sua identidade perante a sociedade. As controvérsias a esse

respeito não ocorrem no nível da identificação do âmbito de proteção do direito à identidade, mas sim nas questões práticas e casos concretos nos quais esse direito é invocado. Assim, por exemplo, entende-se que o direito a reconstruir a própria identidade é muito menos discutível no caso das pessoas trans (exemplo referido por Schreiber) e muito mais controversa no caso daqueles que foram condenados por crimes no passado e, no presente, suportaram a rememoração, pela imprensa, dos crimes cometidos.

Assim, diante da coincidência do âmbito de proteção do direito ao esquecimento, tal como conceituado por Schreiber (2022), relativamente ao direito à identidade, entende-se que não é recomendável a elaboração de uma nova expressão para designar um direito que já goza de bastante consenso em torno da sua existência como um direito implícito no ordenamento jurídico. Os meios para reconstruir a própria identidade perante a sociedade estão, segundo se entende, abarcados no âmbito de proteção do direito à identidade. Esse aspecto não pode ser negado, sob pena de se negar a própria natureza temporal do ser humano, e sua capacidade de construir e reconstruir sua própria personalidade ao longo da vida.

Prosseguindo na análise, a terceira conceituação do direito ao esquecimento liga-o ao direito ao controle da dados pessoais, que abrange a autodeterminação informacional. Nesse sentido, o direito ao esquecimento é o direito de restringir ou obstar a circulação de dados pessoais, sempre que a veiculação desses dados se der em desacordo com a finalidade para a qual foram coletados e sempre que ausente uma legítima razão do controlador de dados para continuar o tratamento.

Esse raciocínio está ligado especificamente ao funcionamento da internet. Para quem defende o direito ao esquecimento como sinônimo do direito ao apagamento, previsto no art. 17 do RGPD europeu, a permanência *ad aeternum* de notícias na rede mundial de computadores faz com que *automaticamente* qualquer informação se torne privada ou descontextualizada. Equivaler direito ao esquecimento a direito ao apagamento significa aceitar que toda e qualquer informação tem um prazo de validade, podendo-se até mesmo defender a extirpação automática e programada de todo e qualquer dado inserido em sistemas informatizados e na internet, como propõe Viktor Mayer-Schönberger (2009).

Por essa proposta, haveria um direito autônomo ao esquecimento, pois, independentemente da natureza do dado ou da informação constante da internet (incluindo aí, por exemplo, notícias de jornais, artigos científicos, etc.), se teria

uma programação antecipada de esquecimento desse dado. Além disso, os dados inseridos na *web* somente poderiam ficar disponíveis em estrita observância do princípio da finalidade, tendo em conta uma legítima razão do controlador de dados para continuar o tratamento. Nessa perspectiva, poder-se-ia dizer que a capacidade de esquecer seria o aspecto relevante da personalidade humana a ser tutelado pelo direito ao esquecimento.

À luz do marco normativo brasileiro vigente, pode-se dizer que o direito ao esquecimento com essa amplitude é claramente inexistente. Isso porque a LGPD se afastou da regulação do legislador europeu, ao expressamente prever que as publicações jornalísticas e artísticas não estão abarcadas por essa regulação. Nesse sentido, o que há no Brasil é o direito ao apagamento e controle de dados fornecidos pelos próprios titulares, ou coletados para outros fins que não os fins jornalísticos e artísticos[191]. A LGPD não enveredou pelo caminho controverso de se considerar que *qualquer tipo de informação* tem um prazo de validade.

A conclusão a que se chega é que não há um campo específico da personalidade humana a ser tutelado por um novo direito autônomo, o direito ao esquecimento. O que há são os "velhos" direitos de personalidade, que operam com critérios como a passagem do tempo, e outros elementos justificadores da permanência, ou não, de uma informação disponível, tais como "pessoa pública" e "interesse público".

Não obstante essa conclusão, a questão que assoma a partir da discussão em torno do direito ao esquecimento diz respeito à necessidade de se enfrentar normativamente os efeitos do tempo na análise dos tradicionais direitos de personalidade. Mais diretamente, se pode dizer que a discussão do direito ao esquecimento é rica e frutífera por levantar a seguinte questão: em que situações o fluxo de informação, na internet e fora dela, pode ser contido pelo Direito, para garantir o respeito aos direitos da personalidade, sem, com isso, afetar de maneira inaceitável a construção da memória individual e coletiva, e a liberdade de expressão e informação?

No capítulo seguinte, será dado mais um passo no sentido de proceder à discussão dos elementos a serem considerados nas situações concretas específicas em que a passagem do tempo pode afetar a análise dos direitos da personalidade. Com esse intuito, será estudado o âmbito de proteção da liberdade de expressão e dos direitos correlatos, a fim de, no último capítulo, ser possível

---

[191] Quanto aos dados destinados a fins acadêmicos, a LGPD é expressa ao submeter o tratamento desses dados ao princípio da finalidade (art. 4º, II, b, da LGPD).

avançar para o entendimento dos casos mais recorrentes quando se tem em mente aquilo que se vem denominando “direito ao esquecimento”.

8
Liberdade de expressão e a tese da posição preferencial

No capítulo anterior, estudaram-se os âmbitos normativos dos direitos fundamentais e de personalidade costumeiramente relacionados ao direito ao esquecimento. Chamou-se a atenção para o fato de que, comumente, a temática do direito ao esquecimento é abordada sob o prisma da existência de um conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Todavia, tal abordagem é incompleta, pois a liberdade de expressão é, também, um direito da personalidade, embora seja subalternizado nos estudos civilistas, talvez porque o Código Civil não o contempla no rol dos direitos da personalidade.

Feita essa observação, deve-se apontar, na sequência, que se trata de direito que tem grande potencial de conflito com os direitos da personalidade antes estudados, tanto assim que a doutrina costuma apresentá-los como limites externos à liberdade de expressão (Chequer, 2022, p. 51). Por essa razão, destinou-se um capítulo próprio para o estudo do âmbito de proteção dessa liberdade, mormente porque há a necessidade de pensar sobre um ponto muito controvertido da temática que ora se analisa, qual seja, a tese da posição preferencial da liberdade de expressão nas situações de colisão entre direitos. Assim, passa-se, na sequência, ao trabalho de delimitar normativamente o âmbito

de proteção da liberdade de expressão, adotando-se, também aqui, a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais.

8.1
Fundamentos teóricos da liberdade de expressão

Muitos são os fundamentos normativos apresentados para justificar a importância de se garantir a liberdade de expressão. A doutrina compila quatro fundamentos principais: a liberdade de expressão assegura a autossatisfação individual; permite o avanço do conhecimento e possibilita a descoberta da verdade; representa um instrumento de autogoverno; e garante a estabilidade governamental (Chequer, 2022, p. 22-41).

O primeiro fundamento é de natureza substancial (e não utilitária). Preconiza que respeitar a liberdade de expressão é importante intrinsecamente, ou seja, independentemente dos resultados que com isso se puder conseguir para o bem da sociedade. Por esse fundamento, o exercício da liberdade de expressão é relevante para possibilitar que os indivíduos se tornem mais reflexivos, possam formar suas próprias opiniões, crenças e pensamentos, em contato com os seus semelhantes. Essa justificativa se assenta sobre o pressuposto de que a finalidade da sociedade e do Estado são a promoção da pessoa humana, não são fins em si mesmos (Chequer, 2022, p. 23). Entende-se que esse é o fundamento mais sólido da liberdade de expressão, embora se possam vislumbrar outras justificativas compatíveis com essa.

O segundo fundamento é a de natureza procedimental e preconiza que a liberdade de expressão é importante para garantir o livre mercado de ideias[192]. Parte do raciocínio de que a verdade de todas as ideias é relativa, de modo que se faz necessário garantir o seu fluxo livre para que se possa, no contato com o outro, decidir aquilo que deve ou não ser mantido como verdade. Somente por meio de um livre fluxo de ideias é que se pode garantir o confronto de opiniões,

[192] A teoria do livre mercado de ideias remonta a 1644, à publicação da obra *Aeropagitica*, de John Milton, um discurso a favor da liberdade de expressão dirigido ao Parlamento da Inglaterra, com a finalidade de defender a desnecessidade de licença prévia para publicações. Dentro da tradição liberal, Milton entrelaça liberdade de expressão com a liberdade de consciência, afirmando que a capacidade humana de distinguir o justo do injusto, e o bem do mal, depende do acesso ilimitado a ideias e pensamentos, e ausência de censura. Por essas razões, Milton defendeu que o Estado deve se abster de intervir em qualquer forma de discurso. Cabe ressaltar, entretanto, que apesar da amplíssima defesa contra a ausência de censura prévia, Milton defendia a possibilidade de pesadas constrições à liberdade de expressão, que poderiam ser aplicadas posteriormente; além disso, cingia o direito à livre expressão a apenas parte da humanidade – os "homens honestos", fatos que estão de acordo com a mentalidade do momento histórico em que *Aeropagitica* foi escrito (Silva, 2000, p. 79). Mais recentemente, esse pensamento foi desenvolvido pelo juiz Oliver Wendell Holmes no caso *Abrams vs. United States* (1919).

podendo-se, a partir disso, decidir racionalmente qual delas é melhor. Essa teoria é relevante, mas apresenta pontos mais frágeis, pois parte de um ponto de vista libertário que é avesso a qualquer tipo de regulação da liberdade de expressão. Como aponta Capelotti (2022, p. 95), a teoria do livre mercado de ideias é, ao mesmo tempo, muito e pouco inclusiva. Inclui, por exemplo, expressões racistas, xenófobas, machistas, por exemplo, que têm pouco valor para um debate democrático; por outro lado, é pouco inclusiva porque é avessa a qualquer regulação, silenciando vozes que não têm condições de ser ouvidas em um livre mercado.

Como terceira justificativa da liberdade de expressão, pode-se referir ao papel instrumental que esse direito tem para fomentar o autogoverno pela sociedade[193]. Garantindo-se a liberdade de expressão, amplia-se a arena do debate público, para que os indivíduos participantes de uma comunidade política possam tomar decisões informadas sobre temas de interesse público[194]. Esse fundamento é importante para se verificar que a liberdade de expressão não é só relevante de um ponto de vista individual – da pessoa em busca da sua autorrealização -, também é importante como um bem da coletividade, pois assegura os processos coletivos de decisão. Essa teoria, diferentemente da anterior, vê a possibilidade de o governo interferir na liberdade de expressão, corrigindo assimetrias e desigualdades, a fim de garantir voz às minorias, o que inclui, até mesmo, determinar a alguns o silêncio (Capelotti, 2022, p. 96). É com base nesse fundamento que a liberdade de expressão é entendida como um direito preferencial em face a outros direitos da personalidade, na jurisprudência estadunidense, espanhola, alemã e inglesa (Chequer, 2022, p. 38), ponto ao qual se voltará futuramente.

Por último, aponta-se que a liberdade de expressão garante a estabilidade governamental, pois faz com que o integrante da comunidade política se veja como um partícipe nesta comunidade, o que ocorre por dois motivos: primeiramente, a pessoa tendencialmente irá confiar em um governo disposto ao diálogo com os administrados; em segundo lugar, há um espaço legítimo e com garantia de não interferência, para que o cidadão possa se opor ao governo (Chequer, 2022, p. 39-41).

Entende-se que o fundamento último da liberdade de expressão é o seu valor intrínseco, que decorre da necessidade de autorrealização do ser humano,

---

[193] Essa teoria é proposta por Owen Fish e Alexander Meiklejohn (Capelotti, 2022, p. 96-97).
[194] Esse argumento foi desenvolvido por Brandeis no caso *Whitney vs. California* e depois desenvolvido na doutrina por Alexander Meiklejohn e Owen Fiss (Chequer, 2022, p. 34-35)

que só é possível caso possa formar e externar suas próprias opiniões, pensamentos e ideias, o que só pode ocorrer no confronto com as opiniões de terceiros. Essa justificativa enxerga o direito de expressão como um direito de personalidade e parte do pressuposto de que os cidadãos adultos e capazes são agentes morais responsáveis, que "fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé" (Dworkin, 2019, p. 319). Nesse sentido, o Estado não pode, em regra, atuar de forma paternalista, impedindo os cidadãos de ouvirem convicções perigosas ou desagradáveis, por medo de que as pessoas não consigam ponderá-las. Parte-se do princípio que a liberdade de expressão deve tutelar até mesmo as manifestações que a maioria considera odiosas e com as quais não concorda. No entanto, esse princípio liberal não é absoluto, excluindo, por exemplo, manifestações expressamente proibidas pelo direito, como é o caso de expressões racistas ou xenófobas, em conformidade com a ideia de pluralismo razoável de concepções de bem.

Como um fundamento de apoio, há o aspecto instrumental da liberdade de expressão, que é de garantia das próprias condições de desenvolvimento da democracia (autogoverno). Por esse aspecto, a liberdade de expressão não é só um direito individual, mas também é um instrumento para o exercício de outros direitos e o componente estrutural das sociedades democráticas (Unesco, 2022, p. 31)[195]. Essas justificativas não são excluídas pela fundamentação constitutiva, porém, são mais limitadas, pois baseadas em metas estratégicas que podem justificar maiores restrições à liberdade de expressão, além de abranger somente a proteção da expressão política, ao contrário do que faz a justificativa constitutiva, que apela para a responsabilidade moral individual e abrange todos os aspectos da expressão ou do pensamento, abarcando, por exemplo, a manifestação artística (Dworkin, 2019, p. 320). Quem adota, com exclusividade, esse fundamento, não admite que certas manifestações humanas se encontram no campo da liberdade de expressão, como, por exemplo, publicações e filmes de cunho erótico (Dworkin, 2019, p. 322). Como se vê, essa justificativa é importante, porém, é insuficiente para tutelar dimensões das manifestações humanas que hoje quase que pacificamente se encontram no âmbito de proteção da liberdade de expressão.

[195] No plano internacional, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIDH) é enfático ao ressaltar a importância intrínseca e instrumental da liberdade de expressão (UNESCO, 2022, p. 31).

Com relação à teoria do livre mercado de ideias[196], impõe-se a sua rejeição, pois a sua perspectiva libertária é incompatível com a CRFB/88, que enxerga a liberdade de expressão "numa perspectiva relacional com os demais direitos e garantias fundamentais listados nos incisos do art. 5º da Constituição" (Capelotti, 2022, p. 118). Nesse sentido, reconhece-se que, em algumas situações, a regulação do exercício da liberdade de expressão é necessária para assegurar outros valores igualmente importantes, em especial o pluralismo e a igualdade. Um exemplo palpável são as expressões que veiculam conteúdo racista: nesse caso, seja pelo prisma da autorrealização do ser humano, seja pelo prisma da teoria do autogoverno, seria possível impor restrições ao discurso; já pelo prisma da teoria do livre mercado de ideias, os legisladores ou juízes não poderiam distinguir os discursos racistas de outras formas de discurso (Dworkin, 2019, p. 326).

Nesse sentido, entende-se que apenas a justificativa do valor intrínseco e a teoria do autogoverno, acima abordadas, são adequadas para justificar a liberdade de expressão, pois partem de uma perspectiva relacional, uma vez que não atribuem um valor absoluto à liberdade de expressão, pelo contrário, admitem que em casos especiais outros valores possam sobrepujar esse direito (Dworkin, 2019, p. 321). Assim, pode-se dizer que a liberdade de expressão pode ser visualizada em sua dúplice dimensão: como um direito individual, tendente a garantir a autorrealização do indivíduo e ao desenvolvimento da sua personalidade, e como um direito da coletividade, que necessita ter acesso às informações úteis para o autogoverno. Com base nessas reflexões, passa-se a refletir sobre o âmbito de proteção da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro.

8.2
Âmbito constitucional de proteção da liberdade de expressão

[196] O Supremo Tribunal Federal pareceu rejeitar a teoria do livre mercado de ideias, no caso Elwanger (HC nº 82.424-2), pois, ao qualificar a publicação de livros com conteúdo antissemita como racismo, "mais do que afirmar que existem ideias erradas e que o ordenamento jurídico pode tomar medidas para restringir sua veiculação, o STF, por maioria, autorizou expressamente uma análise sobre o conteúdo, e não apenas sobre a forma por meio da qual se exercita a expressão" (Capelotti, 2022, p. 144). No entanto, no julgamento da ADPF nº 130, em 2009, a ementa redigida pelo Min. Ayres Britto induz à compreensão de que o STF teria adotado a teoria do livre mercado de ideias, ao decidir que, em matéria de liberdade de imprensa, o Estado deve se abster de qualquer tipo de regulamentação. Sucede que essa ementa não correspondeu ao entendimento da maioria, que, embora tenha acompanhado o Relator quanto ao resultado da demanda, não o acompanhou nos seus fundamentos (Mascarenhas, 2021, p. 22;41-42)

No Brasil, aponta-se que, em razão do passado brasileiro, bastante marcado pela censura, “o texto constitucional de 1988 foi verdadeiramente obsessivo ao tratar da matéria” (Barroso, 2023, p. 26). A temática é assegurada no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º, CRFB)[197] e em capítulo específico que trata da “Comunicação Social” (art. 220 a 224, CFRB)[198]. A liberdade de pensamento e de expressão também é assegurada na Convenção Americana dos Direitos Humanos, no artigo 13, que é mais analítica ao descrever essa liberdade como englobando “a liberdade de buscar, receber e difundir ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”[199]. No plano

---

[197] Art. 5º [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
[...] IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[198] Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
§1º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.
§3º Compete à lei federal:
I- regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
II- estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.
§4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.
§5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.
§6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade. (Brasil, 1988)

199 Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão
13.1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreendpe a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
13.2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

internacional, pode-se citar ainda o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, que possui previsões semelhantes às da Convenção Americana dos Direitos Humanos nesse aspecto[200].

Diante desse quadro normativo, pode-se distinguir a liberdade de expressão (tomada em uma acepção ampla) entre liberdade de expressão propriamente dita (direito de qualquer pessoa manifestar seu pensamento, abarcando ideias e opiniões sobre fatos e pessoas), direito à informação (direito individual de ter acesso a fatos ou de comunicar fatos e direito difuso da sociedade de ser informada dos acontecimentos) e liberdade de imprensa (direito dos meios de comunicação de informarem e opinarem sobre fatos de relevância pública) (Barroso, 2023, p. 27)[201]. Essa tríplice classificação tem a vantagem de ser mais detalhada e estar em consonância com os aspectos contemplados no artigo 13.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Artigo 14. Direito de retificação ou resposta
1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.
2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.
3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

200 Artigo 19.
1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteer a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.
Artigo 20.
1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.
2. Será proibida por lei qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência. (Brasil, 1992).

201 Faz-se necessária uma distinção conceitual entre direito e liberdade. Conforme ensina Andréa Neves Gonzaga Marques (2010, p. 73), as liberdades, na primeira fase do constitucionalismo, qualificavam-se como direitos de defesa perante o Estado; assim, a terminologia “liberdade” ressalta o aspecto negativo do direito, a exigir a abstenção do Estado. No entanto, como já ressaltado, os direitos fundamentais não são apenas liberdades, pois não impõem ao Estado apenas deveres de abstenção: trata-se de verdadeiros direitos, dotados de multifuncionalidade; assim, o mais correto é falar em direitos fundamentais (direito à expressão; direito à informação; etc.), porém, por uma questão histórica e em razão da terminologia adotada pela CRFB/88, continuar-se-á a adotar a terminologia “liberdade”, como um equivalente a “direito”.

8.2.1

Liberdade de expressar ideias e opiniões (liberdade de expressão *stricto sensu*)

A liberdade de expressão, entendida como o direito a manifestar ideias, opiniões e juízos de valor sobre fatos e pessoas (Barroso, 2023, p. 27), está relacionada com a liberdade de pensamento, que diz respeito à possibilidade de pensar, ter opiniões (Rodrigues Junior, 2023, p. 45). Esses direitos estão imbrincados, pois de nada adianta ter opiniões ou pensamentos, sem que seja possibilitada a sua exteriorização e manifestação.

O núcleo da liberdade de expressão gira em torno de “ideias”, “opiniões” e “juízos de valor”, o que revela que esse direito tem uma grande amplitude, não estando condicionada à prova de uma verdade factual. Com efeito, não existem opiniões e ideias falsas, uma vez que “elas apenas revelam a visão de mundo de quem as emite” (Capelotti, 2022, p. 94). Nesse sentido, pode-se afirmar que a liberdade de expressão *stricto sensu* permite aflorar a subjetividade da pessoa, por meio, por exemplo, de manifestações políticas, religiosas e artísticas, que não se condicionam à comprovação de qualquer verdade factual. A livre expressão pode ser manifestada, não só pela palavra oral ou escrita, mas também pela imagem, pelo gesto e, até mesmo, pelo silêncio (Rodrigues Júnior, 2023, p. 49).

Essa liberdade expende deveres negativos, ao exigir do Estado uma abstenção, no sentido de não impedir alguém de se exprimir. Também possui um conteúdo positivo, exigindo o acesso aos meios de expressão. Abrange, ainda, o direito do indivíduo de não se manifestar, ficar em silêncio (Rodrigues Júnior, 2023, p. 47). Pode-se pensar, ainda, em outro aspecto, derivado do dever de proteção do Estado: por essa perspectiva, o Estado deve proteger o indivíduo de condutas de particulares que impeçam a pessoa de se exprimir ou de ter acesso aos meios de expressão, ou, ainda, de condutas que obriguem a pessoa a se manifestar. Um exemplo real dessa situação é o caso de empregadores que obrigam trabalhadores a se manifestarem em prol de algum candidato político, durante o período eleitoral.

O titular dessa liberdade é qualquer pessoa e o seu alcance é bastante amplo, abrangendo, por exemplo, o discurso político, religioso, acadêmico e o publicitário (inciso IX, do art. 5º, da CRFB/88) (Rodrigues Júnior, 2023, p. 47;56). Em conformidade com o artigo 5º, inciso IV c/c inciso IX, da CRFB/88, não pode ser imposta censura prévia ou licença para a manifestação do pensamento (art.

5º, IX, CRFB/88), sendo a única limitação expressa a esse direito a vedação ao anonimato. A Convenção Americana é ainda mais específica e enfática, consignando que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, sendo que estas devem ser fixadas pela lei e necessárias para assegurar os direitos ou reputação das demais pessoais ou a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas (art. 13.2 da Convenção). A censura prévia é admitida, excepcionalmente, para proteção da infância e juventude, no que diz respeito à regulação dos espetáculos públicos, ou no que diz respeito à propaganda em favor da guerra ou apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação à hostilidade, ao crime ou à violência (art. 13, 4 e 5 da Convenção). A Convenção veda, ainda, a restrição do direito de expressão por vias ou meios indiretos, seja por meios que visem controlar o papel da imprensa, seja por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões (art. 13, 3).

Como limitação externa, por outro lado, tem-se a possibilidade de conflito com outros direitos, pois a liberdade de expressão não se trata de uma carta em branco: não se pode dizer, por exemplo, que está no âmbito de proteção da liberdade de expressão o direito de revelar, em público, aspectos da privacidade alheia, ainda que a título de emitir uma opinião (Chequer, 2022, p. 15)[202]. Também não se inclui no âmbito de proteção da liberdade de expressão manifestações racistas, que são, inclusive, tipificadas como crime[203].

Um ponto controverso nesse aspecto diz respeito ao direito de apresentar opiniões acintosas, que, inclusive, podem ser lidas como ofensivas, em determinados contextos, como, por exemplo, em uma disputa eleitoral. Para Rodrigues Junior (2023, p. 112), “somente são admissíveis críticas objetivas, ou seja, aquelas relativas às obras e às realizações e que visem, antes de tudo, ao interesse público, ao interesse geral, e não aquelas dirigidas diretamente às

202 A respeito das limitações à liberdade de expressão, o sistema interamericano de direitos humanos (e o TIDH) adota um teste tripartite para análise das colisões entre esse direito e os demais direitos de personalidade. Aponta-se que as restrições à liberdade de expressão devem estar previstas em lei, buscar um objetivo legítimo e serem consideradas necessárias, estando racionalmente ligadas a um objetivo legítimo buscado em uma sociedade democrática (UNESCO, 2022, p. 36).

203 Em relação a esse aspecto, cabe sublinhar que o Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, em todos esses documentos, há dispositivos específicos prevendo tais pessoas como titulares do direito à liberdade de expressão (UNESCO, 2022, p. 21).

pessoas com o escopo de macular a sua dignidade ou honorabilidade". Por sua vez, Rodrigo Gaspar Mello reflete que

> A liberdade de expressão não é prevista como direito fundamental pela Constituição para assegurar o direito de fazer elogios ou de manifestar opiniões favoráveis. A liberdade de expressão existe para garantir o direito de discordar, de criticar; às vezes até de ofender. Juridicamente falando, o exercício da crítica contundente implica **afetar** ou **atingir** a honra alheia, mas não necessariamente **violar** a honra. O 'direito de concordar e elogiar' não precisa da liberdade de expressão para ser exercido (Mello, 2011, p. 157, grifos no original).

Entende-se que, a princípio, o direito de opinar engloba críticas acintosas e que possam, até mesmo, ser consideradas ofensivas, pois isso faz parte do escopo original de garantia da liberdade de expressão, se faz presente mesmo na raiz desse direito, que tem "como significado central [...] o direito conferido ao povo para criticar o poder" (Mello, 2011, p. 122).

Na mesma linha de raciocínio, pode-se esclarecer ainda que a liberdade de expressão abrange também o direito de sátira, através do exercício do humor, e mesmo que se entenda que seja "de mau gosto" ou que "não traz qualquer mensagem séria que dele se possa ser extraída" (Couto, 2021, p. 439).

8.2.2
Direito à informação

O direito à informação contempla, sob um prisma ativo, o direito de comunicar fatos e, sob um ponto de vista passivo, o direito individual de se informar, além do direito difuso da sociedade de ser informada de certos acontecimentos (Barroso, 2023, p. 27).

Diferentemente do que ocorre com a liberdade de expressar ideias, opiniões e juízos de valor, quando se tem em mira o direito individual de comunicar fatos às outras pessoas e à sociedade, há o condicionamento a que os fatos comunicados sejam verídicos. Em contrapartida, sob o aspecto negativo desse direito, tem-se que a sociedade e os indivíduos em geral têm direito a acessar informações factuais verdadeiras.

Dois questionamentos surgem, então, que é saber o que se entende por fatos verdadeiros, e se todo e qualquer assunto pode ser considerado como objeto do direito à informação.

Como observa Rodrigues Júnior (2023, p. 49), não é tarefa fácil distinguir pensamentos, ideias e opiniões da comunicação informativa, pois “a expressão de pensamentos necessariamente se apoia na narração dos fatos e, inversamente, a comunicação de fatos e notícias nunca se dá em estado ‘puro’, pois quase sempre contém algum elemento valorativo”.

Deve-se ter em mente que qualquer informação é objeto de interpretação, isto é, cada um irá fazer uma leitura de um fato ocorrido, em conformidade com suas próprias vivências (Sarmento, 2016a, p. 196). Assim, muitas vezes se afigura tarefa hercúlea, senão impossível, distinguir fatos de opiniões, quando se analisa, por exemplo, biografias, livros históricos, reportagens jornalísticas. Como aponta a doutrina, deve-se ter cautela ao extremar, de um lado, a liberdade de expressão e, de outro, o direito de informar:

> Não se pode exigir que somente a informação objetivamente verdadeira seja amparada pelo direito constitucional à liberdade de informação. É que ‘as informações errôneas são inevitáveis em um debate livre de tal forma que, se impusermos ‘a verdade’ como condição para o reconhecimento do direito, a única garantia assegurada juridicamente seria o silêncio, já que, em muitos casos, a separação entre o certo e o falso nem sempre é possível. Assim, apesar de a verdade possuir um caráter objetivo, nem sempre será simples conhecer o que aconteceu realmente (Chequer, 2022, p. 63).

Assim, a exigência de que a comunicação de fatos observe o requisito da veracidade não pode ser interpretada de maneira tão estrita de modo a impedir o debate. “Informação verdadeira”, aqui, significa aquela “resultante de um trabalho diligente do informador, uma informação concebida com base em dados concretos, não servido para isso meras insinuações ou boatos” (Chequer, 2022, p. 62). Exige-se, daquele que divulga a informação, a checagem dos fatos de modo diligente: deve, por exemplo, verificar a origem da informação, se é ou não dotada de credibilidade; ainda, pode analisar as consequências da informação antes de divulgá-la, exigindo-se mais pesquisas quanto mais danosa for a informação. Tomadas as precauções necessárias antes de difundir a informação, mesmo que depois esta não se mostre completamente coincidente com os fatos, o requisito veracidade estará atendido (Chequer, 2022, p. 63-65; Moncau, 2020, p. RB-2.12).

Diz-se, então, que o que se exige é a “informação subjetivamente verdadeira”, ou seja, que aquele que a propala não aja sabendo da falsidade da

informação ou com temerário desinteresse (*reckless disregard*) acerca da sua veracidade[204] (Chequer, 2022, p. 64).

Com relação ao segundo ponto, que diz respeito a saber se todo e qualquer assunto pode ser considerado como objeto do direito à informação, trata-se de questão controversa. É comum se apontar que somente temas de interesse público estariam abarcados dentro do âmbito de proteção do direito à informação. Quanto a isso, não há muitos debates. A controvérsia real diz respeito a quais temas podem ser considerados de interesse público.

Há definições muito estreitas do que seria de interesse público, segundo as quais apenas as matérias de relevância para o debate público em uma democracia estariam enquadradas como tal. Essa versão limitada do que constitui "interesse público" normalmente está ligada à teoria do autogoverno, e à justificação instrumental da liberdade de expressão. Partindo-se do pressuposto de que a liberdade de expressão é intrinsecamente importante para a personalidade e a autorrealização individual, essa ideia não pode ser aceita. Assim, afirma-se que o direito à informação (informar e ser informado) é mais amplo, e abrange não só temas importantes para o autogoverno democrático, como também outros que não tenham ligação direta com o exercício da cidadania (Chequer, 2022, p. 68). Não é difícil imaginar temas que não estão diretamente ligados ao exercício da cidadania e que são de interesse público. Podem-se pensar, genericamente, em alguns exemplos, como a descoberta de um espécime de animal, a realização de um desfile de moda em determinado lugar, entre outros.

Assim, não se pode ter uma análise muito restrita daquilo que configura interesse público, sob pena de se cercear de maneira indevida a liberdade de informar. Nesse sentido, concorda-se com Sarmento (2016, p. 197) no sentido de que o interesse público

> [...] deve ser concebido de maneira alargada, para abranger a mais ampla variedade de matérias que tenham relevo para a vida social. Há evidente interesse público na atividade política, bem como na atuação dos Poderes Públicos e de seus agentes. Mas ele também está presente em temas atinentes aos costumes, criminalidade, práticas e relações sociais, mentalidades, vida econômica, esportes, entretenimento, artes, religião etc. Afinal, o debate destas questões também é vital para que as pessoas formem as suas convicções sobre assuntos que podem ser centrais em suas vidas, e para que a sociedade possa amadurecer, através da reflexão coletiva, que ganha em qualidade quando o amplo acesso à informação sobre os temas discutidos é assegurado.

[204] Esse é um ponto controvertido na doutrina, que será aprofundado no item 7.4, à frente.

Nesse particular, deve-se ter em mente o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que afirma de maneira ampla o âmbito de proteção da liberdade de expressão, dizendo que “compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações de *toda natureza*”.

Outro aspecto que é importante frisar é que o direito à informação pressupõe, não só a mais ampla acessibilidade a todo tipo de conteúdo de interesse público, mas também que não sejam colocadas restrições quanto aos meios pelos quais as comunicações são recebidas ou transmitidas (UNESCO, 2022, p. 35).

Nesse particular, pode-se colocar o enfoque sobre o direito individual e difuso de receber informações, aspecto constantemente negligenciado nos conflitos entre liberdade de expressão e outros direitos. Sucede que o direito de receber informações não é, muitas vezes, reivindicado por seus titulares, e isso por uma razão simples: se é plenamente possível saber quando uma pessoa *recebeu* uma informação, por outro lado, é difícil alguém descobrir que *não recebeu* uma informação a que gostaria/poderia ter acesso (Rodrigues Júnior, 2023, p. 52). Assim, é importante valorizar o direito de acessar informações pois, sob o prisma individual e coletivo, trata-se de um verdadeiro pressuposto para o exercício de demais direitos e para a formação da opinião sobre assuntos os mais variados. É essa importância que se deve ter em mente quando se trata de defender o acesso a informações de toda natureza, e quando se fala na impossibilidade de limitar os meios pelos quais a informação circula.

Em acordo com essa previsão bastante extensa do âmbito de proteção da liberdade de expressão, a CRFB/88, no inciso IX, do art. 5º, expressamente veda a necessidade de licença prévia e a censura; além disso, para garantir o mais amplo debate público e circulação de informações, assegura-se o acesso à informação de interesse público e o resguardo do sigilo da fonte (art. 5º, XIV, CRFB/88). Não se trata, porém, de direito ilimitado: são limitações expressas do direito de informar a possibilidade de se exigir direito de resposta (art. 5º, V, CFRB/88) e a possibilidade de se impor sanções (indenização por danos materiais, morais ou à imagem), em razão da violação a outros direitos de personalidade (art. 5º, V, CRFB/88, *in fine*). No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê a possibilidade de que sejam apuradas responsabilidades ulteriores quando forem infringidos os direitos ou a reputação das demais pessoas (art. 13.2, a).

Os titulares do direito à informação, em todas as dimensões, são todas as pessoas e a coletividade; assim, o direito de informar não se restringe a quem o

exerce profissionalmente, como repórteres, jornalistas e as pessoas físicas e jurídicas que exercem o trabalho de imprensa. Também no caso da imprensa há o direito à informação, mas, nesse caso, existem algumas peculiaridades, que se passa a abordar a seguir.

8.2.3
Liberdade de imprensa

Antes de tratar da liberdade de imprensa, é útil esclarecer o que se entende por “imprensa”. Como ensina Menezes (2018, p. 51), a ideia tradicional de imprensa está relacionada a jornais e periódicos, porém, atualmente é alargada para abranger todos os produtos impressos, como livros, cartazes, panfletos, e, ainda, todos os tipos de informação jornalística divulgada por quaisquer meios de comunicação, não apenas os escritos, mas também por meio de radiodifusão, televisão, *internet*, etc. Assim, “todo e qualquer meio de informação será considerado órgão de imprensa se tiver a informação como sua atividade, independentemente do meio que o difunde” (Menezes, 2018, p. 52).

A CRFB/88 destinou capítulo próprio, compreendendo os artigos 220 a 224, para tratar dos meios de comunicação social. No tocante ao tema em estudo, o âmbito de proteção do direito à liberdade de imprensa pode ser analisado a partir do art. 220 da Constituição Federal.

Nesse dispositivo, a CRFB/88 foi enfática ao dispor a vedação de censura prévia ou licença relativamente à imprensa (§§2º e 6º do art. 220). Trata-se de uma *regra* (não ponderável), que acompanha a Convenção Americana (art. 13) e que encontra suas exceções na própria CRFB/88: é possível a regulação das diversões e espetáculos públicos para proteção da infância e adolescência; é possível a regulação da propaganda de produtos, práticas e serviços nocivos à saúde e ao meio ambiente; é possível a regulação da propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (art. 220, §§3º e 4º da CRFB/88, em consonância com o disposto no art. 13.2 da Convenção Americana).

Ainda, a CRFB/88 dispõe que a regra é a inexistência de qualquer restrição à atividade dos meios de comunicação (art. 220, *caput*) e que nenhuma lei deve conter dispositivo que constitua embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação (§1º, art. 220). Devem-se observar, porém, a vedação do anonimato (inciso IV, art. 5º), a possibilidade de direito de resposta e condenação em indenização por danos morais, materiais e à

imagem (inciso V, art. 5º), a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, resguardado o direito à indenização (inciso X, art. 5º), as restrições que podem ser exigidas para exercício de trabalho, oficio ou profissão, na forma da lei (inciso XIII, art. 5º) e, por fim, o direito de todos de ter acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV, art. 5º).

Uma questão que assoma quando se trata da liberdade de imprensa, é se essa se aplica somente no que diz respeito à narrativa de fatos ou se os profissionais da comunicação social também gozam do direito de opinar.

Aponta-se que a atuação da imprensa difere do direito que as pessoas em geral têm de informar fatos de interesse público. É que os meios de comunicação social não se equiparam às pessoas singulares quando se propõem a informar os indivíduos e a sociedade sobre fatos de interesse público, pois exercem uma enorme influência sobre a formação da opinião, motivo que leva alguns a se referirem à imprensa como um quarto poder (Rodrigues Junior, 2023, p. 11).

Ao se refletir sobre a liberdade de imprensa, verifica-se um paradoxo: de um lado, a imprensa é muito importante para a garantia da democracia, pois a história mostra que governos autoritários somente sobrevivem onde não há imprensa livre; por outro lado, o poder dos órgãos de imprensa de modularem a formação da opinião pública pode ser mal utilizado, ocasionando danos irreversíveis para indivíduos e coletividades[205].

Há quem defenda, diante desse quadro, que o jornalismo deve ser exercido com objetividade, isto é, apenas se limitando a narrar os fatos, não podendo o profissional da comunicação social emitir opiniões. Capelotti (2022, p. 135) observa que, muitas vezes, a jurisprudência impõe que o jornalismo seja exercido apenas com *animus narrandi*, ou seja, com "a intenção de expor os fatos de modo tão imparcial quanto possível, sem excessos e prejulgamentos".

---

[205] Relembre-se, por exemplo, o caso da Escola Base, estudado como um dos maiores erros do jornalismo, que resultou na estigmatização social das pessoas envolvidas em uma notícia – infundada – sobre o cometimento de crimes sexuais em uma escola de educação infantil. Resumidamente, em meados de 1994, as mães de duas crianças que estudavam na Escola de Educação Infantil Base denunciaram abusos sexuais contra as menores, supostamente cometidos pelos donos da escola, em conluio com uma das professoras e seu esposo, motorista da Kombi da escola. O caso foi intensamente noticiado na imprensa, apesar de as investigações não terem apontado qualquer indício concreto, mesmo após busca e apreensão realizadas no local e nas residências dos envolvidos e depois da realização de exame de corpo de delito no Instituto Médico Legal. Refletindo sobre o tema, profissionais do jornalismo e da comunicação social apontam vários erros na abordagem dos profissionais de imprensa que noticiaram sobre o caso, como, por exemplo, confiarem cegamente nas informações oficiais, prestadas pela autoridade policial, não procurando ouvir os investigados, e apresentarem uma condenação antecipada dos investigados, noticiando os fatos de forma sensacionalista (Silva; Mendes, 2019).

Certamente que o papel mais importante da imprensa é noticiar fatos de interesse público. Não por outra razão, a imprensa é comparada a um "cão de guarda" (*watchdog*), contribuindo para que a sociedade tome conhecimento de fatos relevantes que, de outra maneira, não seriam conhecidos. No entanto, não se pode vedar que os profissionais da imprensa emitam opinião a respeito dos fatos que noticiam, pois isso consistiria em uma intervenção indevida e temerária no direito de liberdade de expressão.

Assim, na atividade jornalística, não se pode vedar a manifestação de uma posição relativa aos fatos narrados, pois isso também se encontra no âmbito da liberdade de expressão. Na verdade, ainda que se pretendesse exercer um jornalismo "neutro", qualquer tentativa de neutralidade é impossível, pois, como já se disse antes, a apresentação de fatos sempre passa pelo filtro das vivências de quem os expõe. O que se pode exigir é apenas o cuidado, a cautela, com a realização do trabalho jornalístico, procurando-se apurar os fatos, inclusive, sempre que possível[206], ouvindo-se as pessoas afetadas pela notícia. Assim, aplicam-se à imprensa as considerações feitas a respeito do direito à informação (conforme item 7.2.2, acima).

Na sequência, passa-se a analisar as restrições impostas pelo legislador infraconstitucional à liberdade de expressão, com o fim de esclarecer o cenário no qual ocorre o debate acerca da posição preferencial da liberdade de expressão.

8.3
Legislação infraconstitucional versando sobre a liberdade de imprensa

No plano infraconstitucional, até o ano de 2009, encontrava-se vigente a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa), que, promulgada em período ditatorial, impunha restrições excessivas à liberdade de informação, como, por exemplo, considerar abuso de direito a ofensa à moral pública e aos bons costumes (art. 17). No julgamento da ADPF nº 130, o Supremo Tribunal Federal declarou essa lei como não recepcionada pela Constituição de 1988. Atualmente, não há lei regulando a imprensa no Brasil, no tocante à responsabilização civil. Exceção é feita com relação ao exercício do direito de

[206] Nem sempre é possível ouvir, de imediato, as pessoas afetadas pela notícia jornalística. Pense-se, por exemplo, em uma cobertura "24 horas" de uma notícia de inegável interesse público, como a descoberta de informações sobre um crime grave na qual supostamente está envolvido um funcionário público. Os jornalistas, nesse caso, têm a prerrogativa de acompanhar o caso com interesse, fazendo a cobertura, por exemplo, do momento da prisão em flagrante ou da condução do investigado para oitiva na Delegacia de Polícia.

resposta, retratação e retificação de dados em matéria jornalística, cujo exercício é regulado pela Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015. Ocorre que essa lei muito pouco tem sido utilizada nos conflitos relacionados com a liberdade de expressão, uma vez que, na maioria dos casos, há uma preferência das partes pelos pedidos indenizatórios[207].

No tocante aos pedidos indenizatórios, o cenário que se tinha, até recentemente, como decorrência do resultado da ADPF 130, era de indefinição. A partir desse marco, a doutrina passou a discutir o regime de responsabilidade civil de jornalistas e órgãos de imprensa no Brasil, levando-se em conta as cláusulas gerais previstas no Código Civil. Como aponta Vasconcellos (2023, p. 3-4), formaram-se algumas correntes. A primeira, defendendo o regime da responsabilidade subjetiva por culpa *lato sensu* e por abuso do direito (art. 186, 187 e 927, *caput*, do Código Civil). A segunda, defendendo a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade (art. 927, parágrafo único, do Código Civil). A terceira, defendendo a responsabilidade objetiva por fato de terceiro, no caso de jornalista e empresa de comunicação (art. 932, III, Código Civil). E uma quarta corrente defendendo a aplicabilidade do art. 60 do Código de Defesa do Consumidor, em caso de informações inexatas ou falsas. A essas correntes se contrapôs outra, que visando importar dos Estados Unidos a teoria da *actual malice*, a fim de que a responsabilidade civil seja entendida como subjetiva, mas calcada não na culpa, mas no dolo direto ou eventual. Esse ponto será retomado no tópico seguinte, ao se abordar a tese da posição preferencial da liberdade de expressão.

8.4
Colisões entre o direito à liberdade de expressão e outros direitos da personalidade: a tese da posição preferencial

No tocante ao conflito entre liberdade de expressão, direito à informação e liberdade de imprensa frente a outros direitos de personalidade (identidade, honra, imagem, privacidade, controle de dados pessoais, etc.), vislumbrou-se um problema inaugural atinente ao vácuo normativo acerca de parâmetros para

[207] Como diagnostica Fábio Carvalho Leite (2018, p. 2), embora o direito de resposta tenha sido assegurado desde a Primeira República e em todas as Constituições seguintes, “parece ser ainda um direito estranho à nossa realidade, um direito q parece ocupar um lugar secundário na resolução de conflitos entre a liberdade de expressão e o direito à honra e à imagem”. Em estudo empírico, realizado entre os anos de 2010 e 2016, verificou-se que a quantidade de ações com pedido de direito de resposta é pequena, no universo daquelas em que esse pedido seria cabível (Leite, 2018, p. 3).

resolução desses conflitos, que se aprofundou quando, por meio da ADPF nº 130, o Supremo Tribunal Federal declarou a não recepção da Lei de Imprensa pela CRFB/88 (Vasconcellos, 2013, p. 2).

A esse respeito, a doutrina apontava sistematicamente para um cenário de incoerências (Chequer, 2022, p. 238), caracterizado pelo fato de que a liberdade de expressão apenas estava assegurada no tocante à garantia de impossibilidade de censura prévia; contudo, na análise substantiva dos casos em que se verificavam conflitos entre os demais direitos de personalidade (honra, imagem, etc.), a liberdade de expressão resultava, quase sempre, esvaziada. Analisando-se a jurisprudência de diversos tribunais estaduais, e do STJ, Chequer (2022, p. 239) apontou que a jurisprudência vinha adotando uma premissa equivocada no tocante à ponderação dos direitos envolvidos, "de que a liberdade de expressão só pode ser exercida se não atingir, em qualquer grau, os direitos de personalidade". Essa premissa, em seu diagnóstico, fazia com que a liberdade de expressão se tornasse letra morta, um direito que quase nunca "vencia", quando em confronto com os demais direitos de personalidade. E isso vinha ocorrendo não importando se o exercício da liberdade de expressão estava relacionado com matérias de interesse público e, muitas vezes, envolvendo pessoas públicas (políticos, agentes públicos em geral, celebridades).

Apenas para ficar em alguns exemplos citados por Chequer (2022), o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve sentença de primeiro grau que condenou Ciro Ferreira Gomes em ação proposta por José Serra e Fernando Henrique Cardoso (FHC), ao pagamento de indenização por danos morais, por expressar sua opinião, afirmando que Serra e FHC, bem como os peessedebistas em geral "tem horror a pobre" e "se for nordestino e preto, então, nem se fala!". A matéria divulgava a opinião de um homem público a respeito de um partido da oposição (PSDB) e especificamente a respeito de dois outros homens públicos, no contexto de um debate a respeito de políticas adotadas por aquele partido. Ainda assim, decidiu-se pela ilicitude da opinião manifestada na imprensa (Chequer, 2022, p. 243).

Em outro caso, a empresa jornalística Caldas Júnior Ltda publicou matéria a respeito de investigação em curso contra determinado indivíduo pela prática de crimes de estelionato. Sucede que o inquérito policial foi, posteriormente, arquivado, o que levou o outrora investigado a mover ação contra o jornal requerendo o pagamento de indenização por danos morais. Após sentença de improcedência, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou a empresa jornalística ao pagamento de indenização, aplicando a teoria do risco. Como

observou Chequer (2022, p. 244), os fundamentos do acórdão levam ao entendimento de que “a imprensa só poderia divulgar uma notícia a respeito de um fato criminoso depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Em muitos outros julgados, inclusive do STJ, citados pelo autor (2022, p. 246-248), constou expressamente a visão de que, na colisão entre os direitos de personalidade e a liberdade de expressão, aqueles devem ser protegidos prevalentemente. A referência à ponderação de direitos ocorreu apenas formalmente, contudo, o que se verificou foi a análise do caso apenas sob o prisma da violação dos direitos de personalidade.

O mesmo cenário foi sintetizado por Fábio Carvalho Leite que, em um parágrafo, conseguiu resumir inúmeros casos nos quais não se poderia ter qualquer previsibilidade acerca de qual dos direitos em conflito prevaleceria:

> A incoerência das decisões judiciais pode ser facilmente verificada pela variação de entendimento pelas diversas instâncias que julgam um mesmo processo – sendo que, no final, de todo modo, ela só afetará as partes no processo. A compreensão do direito a partir das decisões judiciais – e, diante da ausência de regras, esse deveria ser o caminho mais adequado – é quase caricata. Um cidadão, em seu blog, *pode* chamar uma prefeita (Rosinha Garotinho) de “caloteira” e “despreparada” (TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0018041-51.2012.8.19.0014), e internautas, em outro blog, também podem acusá-la de roubo de dinheiro público, venda dos royalties do petróleo, péssima gestora, responsável por rombo nos cofres públicos (TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0035937-39.2014.8.19.0014), mas o marido da prefeita (Anthony Garotinho), em seu blog, *não pode* chamar o então vice-governador Pezão de “Mãozão” (TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0022709-36.2014.8.19.0001), ao tratar do sumiço de verbas destinadas às vítimas das chuvas na Baixada Fluminense. De acordo com a “jurisprudência”, o ordenamento jurídico brasileiro também *não permite* que um blogueiro chame um Ministro de Estado de “sem vergonha” (“Crivella é 100 vergonha”), acusando-o de usar dinheiro público para beneficiar ONG ligada à sua igreja (TJRJ, 21ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0068778-66.2013.8.19.0000), mas *permite* que um jornalista chame o prefeito de sua cidade, no interior, de “criminoso”, “canalha”, “desonesto e ladrão” (TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0002154-66.2009.8.19.0035), embora não permita que um ex-prefeito de outra cidade seja chamado de “mentiroso, mal caráter, ladrão, canalha, cara de pau e apedeuta” (TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0022228-38.2012.8.19.0003). Por outro lado, um cidadão *pode* (TJSC, 3ª Câmara de Direito Civil, Apelação Cível 306498 SC 2003.030649-8) mas na verdade *não pode* (STJ, Recurso Especial nº 801249) afirmar que um deputado estadual “tem uma incrível facilidade de mentir”, e um jornal *talvez possa* (TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 015866-82.2009.8.19.0001) ou *talvez não possa* (TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0152792-19.2009.8.19.0001) publicar a foto de uma mulher, de costas, que se encontrava sentada no vaso sanitário, de calças arriadas enquanto era resgatada pelos bombeiros, num edifício onde dois andares desabaram. (Leite, 2018, p. 9-10)

A doutrina vinha apontando que o problema relacionado aos conflitos entre liberdade de expressão e demais direitos de personalidade estava sendo agravado pela ausência de previsibilidade mínima acerca das situações em que se considera que houve um abuso do direito de expressão e da liberdade de

imprensa, pois “no Brasil, [...] não há regras, não há jurisprudência, não há compromissos prévios, e nem um esforço nesse sentido, tanto pelo Poder Judiciário como pela própria doutrina, mais preocupada em oferecer parâmetros vagos para uma decisão justa” (Leite, 2018, p. 9).

Nesse panorama, Rodrigo Gaspar de Mello (2016, p. 16) apontou para a existência de uma verdadeira censura judicial, a ocorrer de duas formas, seja por meio de decisões judiciais em caráter liminar, que proíbiam a manifestação do pensamento e a sua divulgação, seja por meio de sentenças que, não sopesando adequadamente a resistência oferecida pela liberdade de expressão aos demais direitos de personalidade, impunham indevidamente sanções civis a quem regulamente exerceu a sua liberdade. Assinalou que as sanções posteriores ”produzem efeitos equivalentes sobre a liberdade de expressão na medida em que inibem a livre circulação de informações e do livre debate de ideias, gerando a autocensura e o efeito de resfriamento no debate público (*chilling effect*)” (Mello, 2016, p. 16). O mesmo cenário foi denunciado pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH, conforme analisado no item 4.5.2, que não pôs dúvidas quanto à existência de uma censura judicial à liberdade de expressão no cenário brasileiro.

Endossando essa perspectiva, Fábio Leite (2018, p. 6-7) refletiu que o sistema de vedação à censura prévia, mas que possibilita a responsabilidade ulterior (doutrina da *prior restraint doctrine*[208]), legitima um benefício coletivo às custas de riscos individuais que podem ter que ser suportados unicamente por aquele que se expressa. Nesse ponto, defendeu que “a distinção entre restrições prévias e punições posteriores é mais frágil do que parece”, pois, assim como na censura prévia, as condenações posteriores têm o condão de impedir manifestações futuras (Leite, 2018, p. 7). Isso porque, na sociedade brasileira, grandes veículos de imprensa provavelmente não seriam afetados gravemente com as condenações ao pagamento de indenizações, ao passo que para pequenos jornais ou jornalistas independentes, as indenizações podem significar a paralisação da atividade jornalística. Diante disso, ironicamente a censura prévia poderia chegar a ser preferível à condenação posterior (Leite, 2018, p. 8).

Em vista do cenário caracterizado acima, tornou-se clara a necessidade de fixar balizas que deveriam operar na resolução de conflitos entre a liberdade de

---

[208] Segundo essa doutrina, é vedada a censura prévia, porém, podem se aplicadas sanções posteriores à manifestação do pensamento. Essa doutrina, que exerceu bastante influência no constitucionalismo contemporâneo, remonta ao século XVIII e teve como seu principal defensor William Blackstone (Leite, 2018, p. 5).

expressão e outros direitos de personalidade. Não era bastante, para sanar esses conflitos, a referência abstrata a uma ponderação de princípios, pois a ausência de quaisquer *standards* em matéria de liberdade de expressão vinha levando a um resultado que não se apresentava, nem de longe, como tributário da segurança jurídica e da isonomia, além de ser extremamente gravoso para a garantia do direito à liberdade de expressão.

Assim, até o presente ano de 2024, o que se tinha era parte da doutrina apontando a ausência de lei para regular os conflitos com a liberdade de expressão (e as consequências nefastas desse vácuo normativo) e a inoperância do STF no sentido de firmar teses capazes de orientar a resolução desses conflitos (Hartmann, 2020). Recentemente, porém, esse cenário se alterou, com o julgamento, pelo STF, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 7055 e 6792, nas quais o Supremo, conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 53, do CPC, determinando a reunião, no domicílio do réu, de ações a respeito dos mesmos fatos, ajuizadas contra o mesmo jornalista ou órgão de imprensa, em comarcas diversas, com o fim de prejudicar o direito de defesa, e conferiu interpretação conforme à Constituição aos arts. 186 e 927, do Código Civil, para estabelecer que a responsabilidade civil do jornalista, no caso de divulgação de notícias envolvendo pessoa pública ou assunto de interesse social, somente resta configurada se o jornalista agir com dolo ou culpa grave, ficando afastada a responsabilização em caso de emissão apenas de meros juízos de valor, opinião ou crítica ou quando houver divulgação de informação verdadeira sobre assunto de interesse público. Na ocasião, fixou as seguintes teses:

> 1. Constitui assédio judicial comprometedor da liberdade de expressão o ajuizamento de inúmeras ações a respeito dos mesmos fatos, em comarcas diversas, com o intuito ou o efeito de constranger jornalista ou órgão de imprensa, dificultar sua defesa ou torná-la excessivamente onerosa;
> 2. Caracterizado o assédio judicial, a parte demandada poderá querer a reunião de todas as ações no foro de seu domicílio;
> 3. A responsabilidade civil de jornalistas ou de órgãos de imprensa somente estará configurada em caso indequívoco de dolo ou de culpa grave (evidente negligência profissional na apuração dos fatos). (Brasil, 2024).

Esse julgamento representa um novo marco em matéria de responsabilidade de imprensa, uma vez que foram adotados critérios mais precisos para a responsabilização. Cabe ressaltar, entretanto, que o acórdão ainda não foi publicado, de modo que é possível a interposição de recursos[209].

[209] Até 6 de junho de 2024.

Vale observar, também, que apesar da tese firmada pelo STF no julgamento das ADIs nºs 7055 e 6792, a discussão doutrinária acerca dos critérios para resolução de conflitos entre liberdade de expressão e outros direitos de personalidade não se encontra encerrada, e pode-se pensar que ganhará um novo fôlego após essa decisão.

Assim, entende-se, mesmo nesse novo cenário, é válido pensar acerca de uma questão que tangencia a análise do direito ao esquecimento, a saber, se a liberdade de expressão deve ser vista como preferente aos demais direitos de personalidade; e quais os *standards* devem ser adotados para resolução de conflitos entre esses direitos.

Antes de refletir sobre a primeira questão, é preciso esclarecer que a resolução de qualquer caso em que haja o conflito entre liberdade de expressão e um direito da personalidade, é preciso identificar qual é o direito ou os direitos que se contrapõem àquela liberdade. Nesse sentido, há grande diferença, por exemplo, entre um conflito envolvendo o direito à privacidade e a liberdade de expressão e outro conflito, envolvendo o direito à honra e a liberdade de expressão.

Quando em conflito com a privacidade, a liberdade de expressão não consiste em uma justificativa para invasão de aspectos íntimos ou privados da personalidade de alguém. Mesmo uma pessoa pública deve ter resguardada a sua intimidade, não se podendo admitir invasão, por exemplo, ao espaço privado, à vida íntima e familiar. Um exemplo claro dessa situação é o caso, retratado no item 4.1.3 (acima), no qual a imprensa publicou dados da vida cotidiana de pessoa ex-condenada por crime de grande repercussão social, inclusive sobre a rotina escolar de seus filhos (Brasil, 2020a).

Ainda nessa ordem de ideias, a liberdade de expressão não consiste em salvo conduto para que jornalistas possam, no exercício da crítica, representar a identidade de uma pessoa de maneira completamente distorcida, ferindo, com isso, o direito à identidade pessoal. Ressalte-se, no entanto, que, como advertido no item 6.1.1, muitas vezes a opinião manifestada a respeito de determinada pessoa estará conectada com fatos praticados ou vivenciados por aquela pessoa, de modo que, no conflito entre esses direitos, deve-se dar o devido peso à liberdade de expressão, garantindo-se um espaço legítimo de manifestação das opiniões e interpretação dos fatos relacionados com a identidade pessoal.

No que diz respeito ao direito à imagem, em regra se afirma que “a imagem, mesmo que não autorizada por seu titular, pode ser utilizada desde que captada em um lugar público ou se tratar de uma pessoa pública” (Costa, 2021, p. 440).

Nesse caso, aponta-se que é necessário levar em consideração se a imagem retratada tem conexão com alguma notícia/opinião de interesse público, se foi utilizada apenas em conexão com essa publicação ou se está destinada a fins comerciais, e se a imagem foi retratada como parte integrante da realidade coletiva ou individualmente (Costa, 2021, p. 441).

Além de ser importante verificar quais os direitos efetivamente estão em colisão, também é relevante verificar se a situação que gerou o conflito se trata de um caso de manifestação de opinião ou de narrativa de fatos. No caso das opiniões, como já ressaltado no item 7.2.1, a regra é que uma pessoa não possa ser responsabilizada por emitir seu juízo de valor acerca de algo ou alguém.

Já no que diz respeito à manifestação acerca de fatos, em que pese à necessidade de identificar os direitos em conflito (conforme observado acima), podem-se distinguir, de maneira geral, os casos em que há o conflito entre liberdade de expressão e direitos da personalidade envolvendo *assuntos de interesse público*[210] dos casos em que há o conflito entre liberdade de expressão e direitos da personalidade *que não envolvem assuntos de interesse público.* Essa distinção irá influenciar a análise de todos os direitos de personalidade, quando em confronto com a liberdade de expressão[211]. Nesse sentido, quando se verificar a presença de um interesse público na notícia, principalmente quando esse interesse público estiver relacionado com uma figura pública, entende-se que o direito à liberdade de expressão deve possuir uma maior capacidade de resistência na colisão com outros direitos de personalidade, pelo fato de ser a liberdade de expressão imprescindível para o autogoverno da sociedade. Assim, entende-se que, quando liberdade de expressão se relacionar a um assunto de interesse público, deve ser considerada como um direito fundamental preferencial; por outro lado, nos demais casos, em que o interesse público não estiver identificado, será considerada apenas como um direito fundamental (Chequer, 2022, p. 287).

Nesse ponto, não se apoia a parcela da doutrina que se mostra contrária à tese da posição preferencial. Argumenta-se que os direitos da personalidade, assim como a liberdade de expressão, têm intrínseca conexão com o princípio democrático, pois a agressão a esses direitos também pode afetar a participação da pessoa atingida no processo deliberativo, ao fazer com que perca sua

---

[210] Como exposto no item 7.2.2, o interesse público deve ser entendido de maneira ampla, abrangendo toda a sorte de matérias que tenham relevo para a vida social.

[211] Um exemplo de conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão, no qual houve a consideração do interesse público foi o caso julgado *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, julgado em 2011 pela Corte IDH, sobre o qual se tratou no item 4.5.2 (acima).

credibilidade perante os demais membros da sociedade, ocasionando grave abalo psíquico, capaz de fazer com que a pessoa deixe de participar do debate democrático (Soares, Mansur, 2022, p. 38).

Quanto a esse ponto, deve-se objetar que, no que diz respeito a matérias de interesse público e a figuras públicas (políticos, celebridades e pessoas que exercem algum tipo de influência ou poder na sociedade ou que por vontade própria ingressaram no debate público acerca de alguma questão)[212], o interesse social acerca das informações/notícias/opiniões veiculadas se sobrepõe, como regra, ao interesse individual de não sofrer abalo psíquico ou de não sofrer descrédito perante a sociedade. Cabe salientar que, nesses casos, muitas vezes é a própria conduta da pessoa envolvida que leva ao descrédito social, de modo que o envolvido deve assumir sua responsabilidade perante a sociedade nesses casos. Pense-se, por exemplo, nas inúmeras situações citadas acima, em que personalidades da vida política requereram, em juízo, a reparação de danos por entenderem que foi ferida a sua honra, ao serem confrontados publicamente com opiniões desfavoráveis a seu próprio respeito. Claramente nesse caso, o direito à liberdade de expressão deve fornecer uma forte resistência aos direitos de personalidade[213].

---

[212] Adota-se, aqui, um conceito amplificado de figura pública, que abarca agentes públicos, candidatos a cargos eletivos, pessoas que estão vinculadas de alguma outra maneira ao estado, pessoas que exercem algum tipo de influência ou poder na sociedade, capaz de as posicionar no centro do debate público (pense-se, por exemplo, nos chamados *influencers* digitais) e particulares que se envolvem no debate público. Concorda-se com Mello (2016, p. 128) quando aponta que: "[...] não sendo a pessoa tão proeminente e notoriamente conhecida em seu meio social, a distinção entre pessoas públicas e particulares reside na vontade daquele que vai ser qualificado como pessoa pública de se lançar ao debate público, de voluntariamente participar do embate e da controvérsia. Essa questão de fato deve se verificar caso a caso, mas pode-se pensar, na realidade brasileira, no caso dos líderes de diversas federações industriais e organizações empresariais, inclusive, por exemplo, daqueles que cobram moralidade nos assuntos governamentais, mas cometem toda sorte de imoralidade em suas atividades privadas. Os particulares se tornam pessoas públicas, portanto, quando, voluntariamente, resolvem participar do debate público, expondo-se assim à crítica dos demais cidadãos e à crítica, por que não, das pessoas que resolveu criticar. Cabe registrar também que os atletas e artistas famosos e demais personalidades, que voluntariamente se expõem aos olhos do público, com os ônus e bônus daí decorrentes, devem ser caracterizados como particulares envolvidos em assuntos de interesse do público. [...]".

[213] Por outro lado, assevera-se a necessidade de identificar os direitos em conflito (como ressaltado anteriormente), pois, de modo nenhum o vazamento de vídeos íntimos, por exemplo, poderia se tratar de caso em que o direito à liberdade de expressão teria prevalência com fundamento na teoria da posição preferencial. Soares e Mansur (2022, p. 38) citam a divulgação não autorizada de vídeo íntimo, capaz de deflagrar um quadro depressivo na vítima, resultando em seu divórcio e perda de emprego, como exemplo contraposto à tese da posição preferencial. Claramente esse exemplo não se presta para o intuito utilizado, pois a tese da posição preferencial somente sufraga o entendimento de que a liberdade de expressão deve prevalecer em assuntos de interesse público, e, no caso de vazamento de vídeos íntimos, inexiste qualquer interesse público. Trata-se, na verdade, de um "caso fácil", no qual sequer se fala em ponderação de direitos, pois há unicamente interesse privado, que deve prevalecer, seja no tocante à retirada do vídeo de circulação, seja com relação à demanda reparatória.

Nessa linha de raciocínio, é certo que os direitos à honra, identidade, imagem, privacidade, etc, também possuem uma dimensão coletiva, e pode-se conjecturar que a violação desses direitos tenha o condão de fazer com que as pessoas envolvidas se calem e deixem de participar do debate público (pode-se falar então que também aí estaria configurado o *chilling effect*). No entanto, as pessoas envolvidas em fatos de interesse público, em especial as figuras públicas, devem possuir uma maior capacidade de resistência às críticas, além disso, possuem maior capacidade fática de as rebater, seja por meio da imprensa, seja por outros meios, como, por exemplo, as redes sociais.

Não se trata de reeditar a tese autoritária da supremacia do interesse público sobre o particular (Soares; Mansur, 2022, p. 41), mas de enxergar os direitos da personalidade em uma perspectiva relacional, pois nenhum indivíduo é uma ilha, e, quando se tem em mira os aspectos de sua vida relacionados com notícias de interesse público, deve prevalecer essa perspectiva relacional em contraposição com a pretensão individual à tutela jurídica. Tampouco o recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana é capaz de infirmar o argumento de que, nos casos em que as notícias são relacionadas a questões de interesse público, deve prevalecer, *prima facie*, a liberdade de expressão. Como se desenvolveu no item 6.5 (acima), o recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana deve ser subsidiário, somente para tutelar casos graves para os quais não seja reconhecido um direito de personalidade mais específico, seja pela via constitucional/legal, seja pelo desenvolvimento jurisprudencial ou doutrinário.

Além do mais, as pesquisas empíricas anteriormente expostas mostraram que, na prática, o que vinha ocorrendo no Brasil era um sacrifício da liberdade de expressão em todo e qualquer caso no qual alguém *se sentia* ofendido ou afetado, o que certamente fazia com que a liberdade de expressão se tornasse letra morta. Esses dados, na realidade brasileira, em que a liberdade de expressão culturalmente é desvalorizada, fazem com que haja a necessidade de se atribuir, sim, posição preferencial à liberdade de expressão em matérias de interesse público. E, ainda que se possa dizer que essa é uma tese consequencialista, pode-se rebater que se trata de um consequencialismo não utilitarista, que se atenta ao contexto brasileiro e à necessidade de se adotar critérios aptos a promoverem, de fato, os direitos fundamentais (Souza Neto; Sarmento, 2012, p. 347).

Prosseguindo nesse raciocínio, é preciso entender o que significa dizer que a liberdade de expressão goza de uma posição preferencial. Dizer que um direito goza de uma *preferred position* frente a outro não significa dizer que há uma

prevalência absoluta, ou seja, que há uma hierarquia entre direitos[214]. Como observa a doutrina, a tese da posição preferencial

> [...] não se confunde com esta concepção mais radical, francamente incompatível com o perfil compromissório assumido pela Constituição, não excluindo a necessidade de sopesamento da liberdade de expressão com outros valores constitucionais, apenas lhe atribuindo um peso maior neste procedimento. (Soares; Mansur, 2022, p. 34).

Tampouco a doutrina da posição preferencial se esgota na orientação de que, no momento de realizar a ponderação de direitos, o prato da balança já inicia "mais pesado" relativamente ao direito fundamental preferencial. Uma tal afirmação em nada acrescentaria ao processo decisório, no caso de conflito. A tese da posição preferencial da liberdade de expressão, oriunda do direito estadunidense, na verdade atribui o ônus argumentativo à parte que pretende restringir aquela liberdade (Couto, 2021, p. 448).

Como apontam Mello (2016, p. 89 e ss.) e Vasconcellos (2023, p. 8), os critérios de responsabilização da imprensa, nos Estados Unidos, foram desenvolvidos em nove precedentes nos quais foi forjada a doutrina da *preferred position* (posição preferencial) e o critério da *actual malice* (malícia real)[215]. Em síntese, essa doutrina sufraga o entendimento de que

---

[214] Existem alguns posicionamentos nesse sentido, conforme explica Chequer (2022, p. 114): "[...] alguns autores entendem que os direitos fundamentais são simples projeção de valores e, portanto, apenas representam um meio para oferecer proteção jurídica a um valor que, por definição, é um fim em si mesmo. Assim, se toda teoria de valores supõe uma ordem hierárquica entre os valores, é preciso concluir que os direitos também se encontram ordenados hierarquicamente. Segundo esse entendimento, em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele será sempre resolvido, independentemente das circunstâncias fáticas que envolvem o caso concreto, em favor do direito fundamental de hierarquia superior, portanto, embasando-se em um critério prévio e rígido de hierarquização. Aqui não há, entre os direitos fundamentais, apenas uma preferência *prima facie*, mas sim uma preferência definitiva e em abstrato".

[215] O critério da *actual malice* foi desenvolvido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *New York v. Sullivan*, julgado em 1964. Sintetizam-se os principais pontos desse caso. Foi elaborado um anúncio, pelo movimento negro de luta pelos direitos civis, relatando abusos sofridos por pessoas negras com respaldo em leis segregacionistas. O anúncio listava os pastores que apoiavam o movimento e pedia doações para a causa. O comissário de polícia Sullivan, de Montgomery, Alabama, se sentiu ofendido com a publicação, embora não tenha sido citado de forma expressa, e requereu indenização. O jornal New York Times foi condenado a pagar, a Sullivan, indenização de quinhentos mil dólares, por publicar o anúncio. Nas instâncias ordinárias, o jornal não conseguiu reverter a condenação, o que só veio a ocorrer na Suprema Corte, quando se entendeu que, em se tratando de questionamentos à conduta pública de funcionário público, caberia ao demandante (Sullivan) comprovar que o jornal agiu com dolo ou culpa, ou veiculou informação falsa (Capelotti, 2022, p. 86). Conforme Dworkin (2019, p. 311), no caso *Sullivan* a Suprema Corte concluiu "que nenhum servidor público ou ocupante de cargo público pode ganhar uma ação contra a imprensa, a menos que prove não só que a acusação feita contra ele era falsa e nociva, mas também que o órgão de imprensa fez essa acusação com 'malícia efetiva' – que os jornalistas não só foram descuidados ou negligentes ao fazer as pesquisas para a reportagem, mas que também a publicaram sabendo que ela era falsa ou com 'temerária desconsideração' (*reckless disregard*) pela veracidade ou falsidade das informações ali contidas. A decisão da Suprema Corte impôs esse pesadíssimo ônus de prova somente aos servidores públicos; deu liberdade às pessoas particulares para receber indenizações por perdas e danos de acordo com as leis estaduais, que

> [...] a expressão crítica aos agentes públicos sobre os assuntos de estado ou de interesse público deve estar imune a sanções civis, salvo em caso de declaração feita com o conhecimento da falsidade do fato afirmado ou com temerário desinteresse pela falsidade ou veracidade do fato. (Mello, 2016, p. 88).

De acordo com esse entendimento, quando estiverem em jogo expressões sobre assuntos de interesse público e/ou crítica a agentes públicos, deve haver um escrutínio mais estrito das restrições aos direitos constitucionais. Explica-se. Na jurisprudência norte-americana, o Judiciário realiza o exame da razoabilidade "dos atos normativos capazes, de alguma forma e em algum momento, de limitar ou restringir um direito fundamental" (Chequer, 2022, p. 119). Esse exame, no entanto, pode variar, a depender do direito fundamental envolvido no caso: alguns direitos são submetidos a um exame de razoabilidade mediante escrutínio estrito (*strict scrutiny*), outros são analisados sob um critério de um escrutínio ordinário ou mínimo (*ordinary scrutiny*) (Chequer, 2022, p. 120). O que se exige no caso de escrutínio mínimo é a exigência de alguma racionalidade por detrás da legislação, o que quase sempre ocorre; no caso do escrutínio estrito, perquire-se se os interesses do Estado possuem alguma relevância e se havia uma alternativa menos lesiva aos valores constitucionais (Chequer, 2022, p. 121). Em outras palavras, o teste de razoabilidade estrito impõe que o Poder Público demonstre claramente e de forma direta a relação entre os fins pretendidos e os meios adotados; já no teste de razoabilidade ordinária, exige-se uma mera correlação entre o meio adotado e o fim pretendido, que, contudo, não precisa ser tão evidente (Chequer, 2022, p. 121). Os efeitos práticos são de que, quando aplicável o teste do escrutínio estrito, quase sempre o ato normativo que comprime o direito fundamental é tido por inconstitucional, uma vez que "pode ser encontrado, frequentemente, um meio menos restritivo que atenderia de forma adequada à essência da política perseguida pelo estado" (Chequer, 2022, p. 122). O que se infere da doutrina da *preferred position* do direito estadunidense é que ela inverte o ônus argumentativo, atribuindo-o a quem pretende restringir a liberdade de expressão[216].

---

tradicionalmente dão ganho de causa aos queixosos que se limitam a provar que as afirmações feitas a respeito deles são falsas e nocivas".

[216] Para além da inversão do ônus argumentativo, no direito estadunidense desenvolveram-se outros critérios para a análise do escrutínio estrito das restrições à liberdade de expressão, como, por exemplo, o teste do *clear and present danger* (Chequer, 2022, p. 126). Pelo teste do *clear and present danger*, as restrições aos direitos previstos na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América somente são consideradas razoáveis se forem impostas "em razão de um perigo claro e iminente, não bastando, portanto, passar por um teste de simples razoabilidade" (Chequer, 2022, p. 128).

Parte da doutrina vem argumentando que a doutrina da *preferred position* não é transladável para o direito brasileiro. Para Vasconcellos (2023, p. 8), há uma incompatibilidade sistêmica entre a doutrina da posição preferencial e o critério da malícia real com o direito brasileiro, pois a Constituição estadunidense apenas protege a liberdade de expressão, não conferindo proteção constitucional explícita aos direitos de personalidade, diferentemente do que ocorre no Brasil. Além disso, aponta que critério da *actual malice* é controverso mesmo no direito estrangeiro, pois a doutrina estadunidense aponta a imprecisão terminológica desse critério, discutindo se se trata de um desprezo ou vontade torpe (dolo ou culpa grave) ou ausência de boa-fé objetiva (Vasconcellos, 2023, p. 15-16). Por último, aponta que a responsabilidade civil, no direito brasileiro, tem aspectos bastantes distintos do sistema de responsabilidade estadunidense, frisando que, no direito brasileiro, a reparação de danos não tem relação com o grau de culpa ou com o dolo do agente, uma vez que no direito brasileiro não há a figura da indenização punitiva (*punitive damages*), e a responsabilidade civil tem intuito puramente reparatório (Vasconcellos, 2023, p. 17-18).

Entende-se, contrariamente, que o fato de os direitos de personalidade serem previstos, na CRFB/88 juntamente com o direito à liberdade de expressão, não veda a criação jurisprudencial de critérios/regras para a interpretação desses direitos, quando em conflito, nem tampouco consiste em óbice para conferir, *nos casos em que se verifique o interesse público* na informação, posição preferencial à liberdade de expressão. Trata-se de uma interpretação das normas jurídicas que viabiliza seja efetivamente assegurada, na prática, a liberdade de expressão, que, na realidade brasileira, é muito pouco valorizada, mesmo em assuntos de interesse público.

Pode-se dizer, até mesmo, que uma regra capaz de oferecer um critério de resistência que assegure a liberdade de expressão em casos nos quais se vislumbre um interesse público na manifestação da opinião é necessária para garantir o núcleo intangível dessa liberdade. Não custa rememorar a lição de Novais (2021, p. 239), segundo há qual “há direitos fundamentais que foram constitucionalmente consagrados ou adquiriram um lastro de resistência especialmente dirigido contra tipos especiais de justificação”. No caso da liberdade de expressão, a sua consagração se deu justamente para garantir a crítica a quem detém o poder ou para garantir que todos possam tomar conhecimento e se manifestar sobre assuntos de interesse público.

Também se defende que as cláusulas gerais previstas nos artigos 186 e 927 do Código Civil[217], que cuidam da reparação de danos, não vedam que se estabeleça, jurisprudencialmente, um filtro mais rigoroso para a responsabilização civil quando estiverem em jogo notícias/comunicações de fatos nos quais se verifique o interesse público. Na esteira do que se vem defendendo, o direito consiste em uma prática interpretativa, sendo possível realizar uma leitura dos princípios e regras contidos no ordenamento jurídico de modo a assegurar que os fins consagrados na ordem constitucional sejam, na prática, garantidos. No caso brasileiro, está claro que a liberdade de expressão, consagrada na CRFB/88 não vinha passando, na prática, de uma mera previsão retórica. Ressalta-se, ademais, que é a lei civil ordinária que deve ser lida à luz dos princípios constitucionais, e não o contrário. Logo, é possível restringir a leitura das cláusulas gerais que versam sobre o conceito de ato ilícito e sobre a responsabilidade civil, previstas no Código Civil, com o fim de compatibilizá-las com a CRFB/88 e assegurar o direito à liberdade de expressão.

Não menos importante, é necessário relembrar que uma visão unitária do ordenamento jurídico brasileiro deve considerar a Convenção Americana dos Direitos Humanos e a posição da Corte IDH, que tem jurisprudência consistente no sentido de determinar que as restrições à liberdade de expressão devem ser analisadas a partir de um critério tripartite; assim, (1) devem estar definidas de forma precisa e clara através de uma lei formal e material preexistente, (2) devem estar orientadas para a realização de objetivos legítimos autorizados pela convenção e (3) devem ser necessárias para a finalidade perseguida, cumprindo requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade. Conforme visto no item 4.5.2., quase sempre a análise do requisito da necessidade da restrição faz com que prevaleça a liberdade de expressão quando confrontada com outros direitos de personalidade, o que resulta na responsabilização internacional dos Estados-membros da OEA.

Ante todas essas considerações, sufraga-se o entendimento manifestado por Claudio Chequer, que propõe a seguinte leitura constitucional da legislação

---

[217] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

civil em matéria de reparação de danos, a fim de tutelar efetivamente a liberdade de expressão:

> Se a notícia que foi veiculada pelo meio de comunicação é de interesse público, mas é falsa, a pessoa atingida negativamente pela reportagem, para conseguir êxito em uma ação indenizatória, terá que provar a falsidade da notícia, o dano causado pela reportagem e a culpa grave ou o dolo do meio de comunicação. Ao contrário, se na matéria veiculada não há interesse público, em sendo ela falsa, basta que o particular atingido negativamente pela reportagem prove a falsidade da notícia e o dano causado pela reportagem, presumindo-se a culpa do jornalista.
> Em havendo interesse público na matéria publicada pelo meio de comunicação, para ser vencedora em uma ação indenizatória, a pessoa atingida negativamente pela reportagem falsa deverá provar, além da falsidade da matéria veiculada e o dano decorrente dessa veiculação, que o meio de comunicação agiu com dolo ou culpa grave ao publicar a matéria falsa, ocorrendo esses elementos nas seguintes situações: quando a imprensa conhecida a falsidade da matéria (*knowledge of falsity*), tinha sérias dúvidas a respeito da sua veracidade (*serious doubt*) ou veiculou a notícia de forma negligente (culpa grave), ou seja, sem realizar diligências para identificar se a matéria era verdadeira ou falsa (*reckless disregard of whethe it was false or not*) (Chequer, 2020, p. 335).

Cabe ressaltar que a leitura de Chequer (2020) acerca da tese da posição preferencial da liberdade de expressão, e do critério da malícia real, não é a única em debate, atualmente. Mello (2016, p. 106-107) traduz as expressões "*knowledge of falsity*" e "*reckless disregard for the truth*" como dolo direto ou eventual. Assume a posição de que "entender o *reckless disregard* como dolo eventual, e não culpa grave, é fundamental para melhor proteção da liberdade de expressão".

No entanto, embora não haja espaço para discutir aqui essa questão específica, acredita-se que a melhor interpretação do critério da *actual malice* é o proposto por Chequer (2020, p. 335), no sentido de que uma culpa grave, muito acentuada, no sentido de não buscar qualquer tipo de confirmação da notícia, seria suficiente para configurar a responsabilidade civil da imprensa. Isso porque, no direito civil, não se distingue, como regra, a culpa do dolo: fala-se em culpa *lato sensu*, que abrange, inclusive, o dolo. Nesse sentido, aponta-se que a distinção entre culpa consciente e dolo eventual, "embora seja extremamente cara ao Direito Penal, é irrelevante ao Direito Civil para fins de definição do ato ilícito subjetivo" (Lago Júnior, 2013, p. 49). Além disso, é bastante difícil, na prática, distinguir culpa consciente de dolo eventual, uma vez que essa diferença reside no estado anímico do agente. Com efeito, a culpa consciente se opõe à chamada culpa inconsciente: na primeira, o agente tem ciência das consequências de sua conduta e prevê, efetivamente, o resultado, mas acredita piamente que esse resultado previsto não ocorrerá; já na segunda, o agente não prevê qualquer

resultado, embora fosse possível para o homem médio prevê-lo. Por sua vez, no dolo eventual, o agente quer o resultado, ou assume o risco de o produzir (Lago, Júnior, 2013, p. 50). Essa diferença é crucial no direito penal, campo do direito no qual, em razão da regra da tipicidade, o ônus da acusação é o de demonstrar o dolo direto ou eventual, nos crimes dolosos, e a culpa, nos crimes culposos; já no direito civil, o ônus probatório é diferenciado, não atendendo ao princípio da tipicidade, bastando demonstrar a culpa *lato sensu*.

Outrossim, acredita-se que, para fins de proteção adequada da liberdade de expressão, é suficiente impor o ônus da prova a quem se insurge contra fatos veiculados pela imprensa, exigindo-se que comprove que o jornalista ou o órgão de comunicação social atuou de forma demasiadamente não diligente, a depender das circunstâncias do caso concreto. Ressalte-se que, para que a responsabilização ocorra, a culpa deve ser grave, ou seja, não se exige o esgotamento de todas as diligências possíveis e imagináveis para a confirmação dos fatos. Como aponta Chequer:

> Três, portanto, são os efeitos diretos da teoria da actual malice. Primeiro: se a matéria publicada não é de interesse público, mas é falsa, há uma presunção de culpa na conduta do jornalista. O ofendido pela notícia publicada terá que provar apenas a falsidade da notícia, não precisando provar a culpa do jornalista, uma vez que essa culpa será presumida, decorrente do próprio fato. Segundo. Se a matéria publicada é de interesse público, mas inverídica, dois são os efeitos que podem ser vislumbrados a partir daí: a) para conseguir uma indenização pecuniária, o ofendido terá que provar que o jornalista agiu com dolo ou culpa grave ao publicar a matéria falsa. A culpa ou dolo, neste caso, não podem ser presumidos. Precisam ser provados pela vítima; e, b) caso haja apenas uma culpa leve (ou levíssima) na conduta do jornalista, o dano causado à pessoa atingida negativamente pela reportagem pode ser reparado informalmente, através de outra forma que não a pecuniária (geralmente o direito de resposta ainda que informal). Não se admite aqui uma indenização como consequência do ato ilícito culposo (culpa leve ou levíssima) do jornalista, pois esta reparação pecuniária teria um efeito colateral de silenciar a imprensa, inibir a atuação livre da mídia (chilling effectl). (Chequer, 2020, p. 336).

Nesse sentido, entende-se que em boa hora o Supremo Tribunal Federal, ao decidir as ADIs nºs 7055 e 6792, conferiu interpretação conforme à Constituição Federal aos artigos 186 e 927 do Código Civil, que versam sobre responsabilidade civil, para determinar que a responsabilidade do jornalista apenas fique configurada, *em temas de interesse público*, quando estiver configurado o *dolo* ou *culpa grave*, assegurando-se a não responsabilização, em regra, quando houver apenas emissão de opiniões ou críticas, ou quando houver divulgação de informação verdadeira sobre assunto de interesse público.

Com essas considerações, passa-se, no derradeiro capítulo, à análise de possíveis *standards* para resolução de situações que, na jurisprudência, são apontadas como casos de “direito ao esquecimento”.

9
Respostas constitucionalmente adequadas às pretensões de esquecimento

Nos capítulos anteriores, desenvolveram-se pressupostos importantes para a análise das situações retratadas na jurisprudência como casos de “direito ao esquecimento”. No capítulo sexto, afirmou-se que esse direito não possui elementos para reconhecimento de sua autonomia, uma vez que os casos abarcados sob essa expressão podem ser resolvidos com recurso aos “tradicionais” direitos de personalidade. Assim, nesse capítulo, o que se pretende não é analisar casos de “direito ao esquecimento” (como uma figura autônoma), e sim situações nas quais se vislumbram pretensões de esquecimento (exclusão, obscuridade, desindexação de notícias, etc.), que podem ser sustentadas a partir dos direitos à identidade, imagem, honra, privacidade e proteção de dados pessoais. O intuito é desenvolver algumas reflexões sobre os critérios que podem ser utilizados para resolver esses casos, à luz dos direitos de personalidade analisados e tendo em vista as exigências da liberdade de expressão. Não se pretende esgotar esse assunto, pois se entende que esse seria um intuito inalcançável; o que se quer é apenas contribuir para o debate.

Para realizar essa tarefa, podem-se discernir inicialmente duas situações: 1) pretensões de desindexação de notícias dirigidas a motores de buscas na *web* (tais como Google, Yahoo! e outros) e 2) pretensões dirigidas aos autores/responsáveis pelas informações constantes da publicação em meio físico ou na *web*. No tocante às pretensões dirigidas aos autores ou responsáveis pelas informações constantes em meio físico ou na *web*, é preciso distinguir três situações: 2.1) publicação ou republicação de notícias sobre fatos relacionados à

ditadura militar[218]; 2.2) rememoração de notícias sobre crimes ou atos ilícitos pelos quais houve condenação e/ou investigação há muito tempo; e 2.3) rememoração de notícias sobre situações vexatórias ocorridas publicamente, que não configurem crime ou investigação por ato ilícito[219].

Nessa análise, além dos elementos jurídicos já extensamente retratados como relevantes para a compreensão da matéria, serão trazidas à baila reflexões de outros campos do conhecimento externos ao direito, que impactam essa análise. É importante retomar a pergunta que consiste no problema investigado nesta tese: em que situações o fluxo de informação, na internet e fora dela, pode ser contido pelo direito, para garantir o respeito aos direitos de personalidade, sem, com isso, afetar de maneira inaceitável a construção da memória individual e coletiva, e a liberdade de expressão e informação?

Buscar-se-á, a partir das reflexões aqui desenvolvidas, responder ao questionamento sobre em que situações as pretensões de esquecimento afetam de maneira inadmissível o âmbito de proteção da liberdade de expressão. Também se abordarão os argumentos referentes à eficácia social dos direitos de personalidade, em específico as alegações relativas ao efeito *Streisand* e à arquitetura da internet. Neste ponto, de antemão se adianta que o presente estudo não se debruçará a fundo nessas questões, que dependeriam de investigações empíricas a respaldar qualquer entendimento conclusivo. Passa-se, na sequência, à realização desse estudo.

9.1
Pretensões de desindexação de notícias dirigidas a motores de buscas na *web*

A partir dos casos analisados neste estudo, compreende-se que a desindexação de notícias da *web* não constitui um novo direito, com autonomia. Pelo contrário, a desindexação, como medida apta a tornar mais difícil o acesso a determinada informação na *web*, é apenas um meio para assegurar direitos de personalidade (identidade, imagem, privacidade, honra, proteção de dados pessoais).

---

[218] Esses não são os principais casos discutidos sob a expressão “direito ao esquecimento”, pelo contrário, somente de forma muito alargada foram incluídos nesta ideia. Contudo, optou-se por iniciar o estudo pelas questões suscitadas no campo da justiça de transição, uma vez que as reflexões realizadas nessa temática contribuirão para a análise das demais situações em que são ventiladas pretensões de esquecimento.

[219] Nesse capítulo, não serão abordadas as situações envolvendo pessoas trans, uma vez que tais situações já foram objeto de consideração no capítulo 6, prescindindo, no que diz respeito ao tema em estudo, de outros desenvolvimentos [vide item 6.1.1].

Ao contrário do que ocorre no RGPD europeu, que, no seu art. 17, unifica o direito ao apagamento ao direito ao esquecimento, na LGPD brasileira isso não ocorre. Além disso, o artigo 19 do Marco Civil da Internet reforça o entendimento de que não há um direito autônomo à desindexação: o que existe é a possibilidade de o Judiciário determinar medidas específicas para tornar indisponível algum conteúdo existente na *web*.

Desse modo, o MCI dá uniforme tratamento aos motores de busca na *web*: não importa quais os direitos de personalidade envolvidos na controvérsia, a responsabilidade só pode ocorrer se não houver o atendimento de ordem judicial. Por esse prisma, os casos estudados anteriormente, nos quais foi formulado pedido de desindexação[220] (unicamente com relação a esse pedido), apesar das suas distintas peculiaridades, seriam dirimidos, no Brasil, à luz da regulação do Marco Civil da Internet.

O artigo 19 do MCI vem sendo objeto de questionamentos quanto à aptidão para tutelar direitos fundamentais de personalidade. Parte da doutrina (Queiroz, 2022, p. 303-336) aponta que a agilidade das comunicações na *web* e, por outro lado, a lentidão do Judiciário ao julgar uma causa envolvendo direitos de personalidade, evidencia a incompatibilidade do art. 19 do MCI[221] com a tutela da dignidade humana. Aduz-se também que o dispositivo de lei prevê mecanismos para que o motor de buscas na *web* consiga se safar de eventuais condenações, tendo em vista o trecho “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço”. Também

---

[220] Eis os casos em que houve pedido de desindexação: REsp nº 1.316.921/RJ (Caso Xuxa Meneghel); AgInt no REsp nº 1.593.873/SP (S.M.S vs. Google); REsp nº 1.660.168/RJ (caso Denise Pieri Nunes); REsp nº 1.961.581/MS; REsp nº 1.774.425/RJ; no estrangeiro, caso González (UE, 2014); Recurso 2772/2013 – “Crimes de Calicanto” (Espanha, 2015); ML e WW vs Deutschlandradio (UE, 2018); NT1 e NT2 v. Google LLC (Columbia University, 2018); María Belén vs. Google (Argentina, 2014)

[221] Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações na internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º , poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (Brasil, 2014a)

aponta como excessivamente gravoso para o exercício dos demais direitos de personalidade a necessidade de indicação clara e específica do conteúdo apontado como infringente (indicação da URL). Argumenta-se que o sistema estabelecido pelo MCI não se volta para a injustiça do dano suportado pela vítima – contrapondo-se às tendências mais recentes em sede de responsabilidade civil – mas se trata de um sistema voltado ao ofensor. Defende-se um "modelo de responsabilidade civil solidária entre o autor do conteúdo ofensivo e o provedor de aplicações que, instado a retirar o conteúdo extrajudicialmente, não o faz, respondendo pela inércia e consequente coautoria do ato ilícito" (Queiroz, 2022, p. 325).

Entende-se, contrariamente, que o regime de responsabilização dos motores de buscas na *web*, estatuído no art. 19 do MCI, é o mais adequado para a garantia da liberdade de expressão. Primeiramente, porque não veda a retirada das manifestações da *internet*, mas apenas atribui ao Judiciário (e não ao próprio motor de buscas) a análise do conflito entre a liberdade de expressão e os demais direitos de personalidade, evitando a privatização dessa análise e preservando a neutralidade da internet. Segundo, porque o art. 21 do MCI[222] prevê exceção no sentido de tutelar a privacidade nos casos mais graves, ou seja, no que diz respeito a casos de materiais contendo nudez ou atos sexuais de caráter íntimo, caso em que será suficiente a notificação do participante ou seu representante legal ao motor de buscas na *web*.

Concorda-se, ademais, com as alegações feitas por Niilo Jääskinen (Advogado Geral do TJUE, expostas no item 1.2.1), no sentido de que os motores de buscas na *web*, apesar de serem controladores de dados, uma vez que efetuam tratamento de dados pessoais, não são *responsáveis* pelo tratamento de dados existentes nos sites de terceiros, pois não determinam a finalidade do tratamento de dados. Assim como entendeu a Suprema Corte de la Nación Argentina, compreende-se que atribuir responsabilidade objetiva aos motores de busca seria comparável à situação de sancionar uma biblioteca que, por seus ficheiros e catálogos, permitiu a localização de um livro com conteúdo danoso, sob

[222] Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido (Brasil, 2014a)

pretexto de ter facilitado o dano (Argentina, 2014). Ainda reverberando os argumentos de Jääskinen, isso seria o mesmo que tornar, automaticamente, ilícita a atividade dos motores de buscas na *web* (UE, 2013, p. 14). Endossar essa tese seria o mesmo que determinar que os motores de busca na *web* realizem uma censura prévia de conteúdos que podem ser expostos na *web*.

Não se poderia exigir dos motores de busca a varredura da *web* com intuito de encontrar uma informação ofensiva e assim retirá-la de circulação: há um risco enorme de que informações não relacionadas ao fato sejam censuradas e é de se esperar que, sob o risco de serem condenados, os mecanismos de pesquisa na *internet*, "por via das dúvidas", retirem da *web* tudo quanto entenderem que possa estar, mesmo que remotamente, vinculado ao pedido. Por essa razão, e ante a necessidade de preservar a neutralidade da *web* e a liberdade da informação, entende-se adequado exigir que a vítima informe quais as páginas da web pretende ver retiradas de circulação/desindexadas, submetendo ao judiciário a análise do conflito entre direitos de personalidade.

Com relação à efetividade ou eficácia social das decisões do Poder Judiciário que determinem a desindexação de conteúdo *on line*, o caso González demonstrou que, havendo uma ordem específica, direcionada a uma URL ou página determinada, não há maiores dificuldades de se exigir o seu cumprimento. Por outro lado, se se exigisse do motor de pesquisas na *web* a varredura de conteúdos, possivelmente relacionados com alguma infringência a direito da personalidade, ter-se-ia uma situação de difícil exigibilidade, uma vez que a condenação seria imprecisa, o que ocasionaria dificuldades possivelmente insolúveis em eventual cumprimento de sentença, novamente, com um grande risco de um *chilling effect* em detrimento da liberdade de expressão.

Cabe ressaltar que não se desconhece a dimensão que os danos a direitos de personalidade na web podem atingir. *Links* são compartilhados com uma agilidade incrível e notícias falaciosas chegam ao outro lado do mundo em questão de segundos. Duvida-se, porém, que a alternativa para isso seja validar ordens judiciais de varredura da *web* em buscas de supostas infrações a direitos de personalidade, ou mesmo responsabilizar economicamente motores de pesquisa na *web* pelo compartilhamento desses conteúdos. Isso só aumentaria uma chance de censura privada do conteúdo compartilhado na *internet*.

Destaque-se, ainda, o risco de a realização de pedidos de desindexação gerar um efeito contrário ao pretendido: em vez de exclusão e esquecimento, corre-se o risco de ter uma maior repercussão do caso (efeito *Streisand*), como ocorreu, por exemplo, no caso González. Esses assuntos, pertinentes à

efetividade social dos dispositivos que regulam direitos no ambiente da *internet*, porém, só são tratados de passagem, uma vez que dependeriam de estudos empíricos.

Nesse ponto, conclui-se pela adequação da norma jurídica explicitada no MCI à ordem constitucional brasileira. No entanto, cabe ainda pensar se, apesar de prevista a possibilidade de desindexação de conteúdo no art. 19 do MCI, essa medida seria a mais adequada no conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos de personalidade.

Isso porque a jurisprudência da Corte IDH, nesse tipo de caso, aplica um teste tripartite para analisar as medidas restritivas que são impostas à liberdade de expressão. E, quase sempre, as medidas restritivas aplicadas *contra* a liberdade de expressão não passam no teste da necessidade e proporcionalidade (conforme se refletiu no item 4.5.2, acima).

A esse respeito, entende-se que uma solução melhor que a desindexação é a determinação de que o autor ou responsável pelo conteúdo (e não o motor de busca) utilize ferramentas técnicas como “robots.txt” para que a informação não fique acessível. Essa foi a solução dada pela Suprema Corte da Colômbia (Colômbia, 2015), diga-se de passagem, a única das Cortes Constitucionais latino-americanas que se debruçou a fundo nos critérios da jurisprudência interamericana e que realmente envidou o esforço de realizar uma verdadeira ponderação de direitos a partir do critério tripartido. Essa solução também foi adotada pelo Tribunal Supremo da Espanha ao analisar o Recurso nº 2772/2013.

Parte-se, na sequência, para pensar em que situações de conflitos entre direitos de personalidade se poderia validar o esquecimento (exclusão, desindexação, proibição de publicação, recolhimento de material, etc).

9.2
Pretensões dirigidas aos autores/responsáveis pelas informações constantes da publicação em meio físico ou na *web*

Acima, consignou-se o entendimento de que a desindexação é uma das formas pelas quais o Judiciário pode determinar a indisponibilização de publicações em meio físico ou na *web*, não configurado um direito autônomo. Passa-se a analisar alguns possíveis casos em que uma decisão judicial poderia determinar a desindexação ou a remoção de conteúdo.

9.2.1
Publicação ou republicação de notícias sobre fatos relacionados à ditadura militar

Em outro momento[223], alertou-se que as discussões travadas em torno da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) afastam-se daquelas relacionadas ao "tradicional" direito ao esquecimento e, também, das discussões em torno do direito ao esquecimento digital. Advertem Karam e Oliveira (2019, p. 189-190) que o direito ao esquecimento não poderia ser concebido como um instituto relacionado à anistia, pois, nesse caso, se trataria de um instituto "decorrente de uma lei específica".

Sucede que, como já defendido anteriormente, não se verifica a existência de um direito autônomo ao esquecimento. Dito isso, pensa-se que há proximidade nas discussões havidas em torno do instituto da anistia e as pretensões de esquecimento formuladas por ex-condenados ou investigados em processos criminais ou infracionais. Em todos esses casos, está em causa se a pessoa envolvida tem o direito subjetivo de impedir o conhecimento de fatos do passado, com o intuito de refazer sua identidade.

No entanto, é preciso afunilar a análise, diante da impossibilidade de abordar todas as situações jurídicas que podem ser discutidas no campo da anistia. Os debates no campo da justiça de transição são muitos: podem dizer respeito à obrigatoriedade, ou não, do Estado de perseguir criminalmente os infratores; ou podem ser questões cíveis e, dentre essas questões, pode-se pensar nas hipóteses de direito à reparação civil, de pedidos declaratórios, etc. Interessa, para o presente estudo, a seguinte situação hipotética: podem os agentes do Estado ou opositores ao regime ditatorial obter, em juízo, ordem para obstar a veiculação de matéria, na imprensa, ou a permanência de publicações, na *internet*, acerca de crimes ou infrações cometidas durante o regime de exceção?

Esse debate é importante, pois, nos casos Ustra e Zarattini Filho (respectivamente REsps nºs 1.434.498/SP e 1.369.571-PE), foram levantadas as seguintes questões: se a lei de anistia instituiu o esquecimento social a respeito dos fatos ocorridos na ditadura militar; e se agentes do Estado ou opositores ao regime podem obstar que a imprensa rememore e discuta os fatos de que participaram durante o período de exceção[224].

---

[223] Item 4.7

[224] Essa questão surge no REsp nº 1.369.571-PE, no qual entrevistado em programa de televisão associou Zarattini Filho a atentado a bomba ocorrido no aeroporto de Guararapes-PE, durante o regime militar.

Ressalte-se que o intuito aqui não é o de analisar os casos julgados pelo STJ, mas sim as questões que foram levantadas. A referência aos casos será feita somente na medida necessária para a argumentação.

Feitas essas considerações, pode-se dizer que a discussão acerca da anistia e sua legitimidade para estabelecer o esquecimento oficial de crimes ou infrações, extrapola a visão meramente dogmática do direito e depende de incursões em distintos campos do conhecimento, como a história e a filosofia. O argumento de que a anistia instituída pela lei constitui uma ameaça à história e memória não prescinde dessas reflexões. Assim, cabe trazer alguns apontamentos acerca da relação entre direito, memória, história e esquecimento, com auxílio desses outros estudos, sem, contudo, adentrar a fundo nessa temática, cuja exploração aprofundada se encontra muito além do intuito desta pesquisa.

Para os fins dessa pesquisa, aponta-se que a história, como é definida pelos historiadores na contemporaneidade, se afastou de uma abordagem centrada unicamente nas grandes personalidades e na narrativa de eventos políticos, feita a partir de documentos escritos oficiais (Reis, 2000, p. 37-38). Essa concepção tradicional é conhecida como "concepção passadista de História", segundo a qual a história é a ciência que estuda o passado.

A história, atualmente, é tributária da concepção de história-problema ou "Nova História", tal como defendida por Marc Bloch (2001)[225]. Para esse historiador, a história tem por objeto "os homens na perspectiva da duração": não se trata de uma ciência *narrativa* do passado, mas uma ciência que busca *explicar* os eventos que envolvem o homem no tempo, mediante a interrogação dos objetos de pesquisa a partir do presente (Bloch, 2001, p. 52; Reis, 2000, 74-76)[226]. Não há uma pretensão de absoluta objetividade no estudo da história: não se buscam verdades definitivas, pelo contrário, a história é construída sobre a dúvida e a suspeita: percebe-se que "tudo o que foi, um dia, contado de uma forma, pode vir a ser contado de outra", e "tudo o que acontece terá, no futuro, várias versões narrativas" (Pesavento, 2013, p. 13). A estrutura da história é, portanto,

---

[225] Bloch (2001) é lembrado por fundar, juntamente com Lucien Febvre, em 1929, a revista *Annales d'Histoire Economique et Sociale* ("revista dos Annales"), que renovou a historiografia francesa, ampliando o campo dos estudos historiográficos a partir de então (Reis, 2000, p. 65).

[226] Sinteticamente (e talvez de forma um pouco redutora), o movimento da Nova História introduziu as ideias que até hoje guiam o pensamento historiográfico: a rejeição ao pensamento iluminista e à ideia de que a História é a realização de uma ideia de evolução social; a refutação do objetivismo positivista, enfatizando o trabalho do pesquisador de realizar o recorte da pesquisa; a rejeição da ideia de que a História se desenvolve em direção a uma finalidade, a um sentido último e dado *a priori*; a ampliação dos estudos historiográficos para além da história política e das grandes personalidades (Reis, 2000, p. 44-51).

semelhante à literatura, trata-se de uma construção discursiva; no entanto, a história não é "só" discurso e narrativa, uma vez que há uma pretensão de cientificidade que se apega aos rastros, aos vestígios deixados pelo homem no tempo e que são interpretados pelo historiador[227] (Le Goff, 2001; Villi, 2018). Os rastros sobre os quais se debruçam os historiadores não mais se limitam aos documentos oficiais: assim, qualquer vestígio da passagem do homem é um rastro, abarcando escritos psicológicos, orais, estatísticos, musicais, literários, poéticos, religiosos, etc.

Outro conceito que é útil compreender é a ideia de memória, que pode ser entendida, de forma muito resumida, como a "representação de uma coisa anteriormente percebida, adquirida ou percebida" (Ricoeur, 2007, p. 27). A memória é uma lembrança ou representação do que ocorreu no passado, tem a marca da anterioridade e diz respeito ao mundo da experiência, ao "mundo real". Essa lembrança ou representação não é completamente objetiva, nem completamente subjetiva/inventada: por esta razão, distingue-se da mera imaginação e da fantasia, cujo horizonte é aberto e indeterminado (Ricoeur, 2007, p. 70). No que diz respeito ao titular da memória, pode ser individual ou coletiva. A memória individual é aquela que pertence a um "eu", e se trata do vínculo que o sujeito tem como passado: o passado individual é o que "garante a continuidade da pessoa", a sua identidade (Ricoeur, 2007, p. 108). Mas a memória individual não existe sem que exista a memória coletiva, a memória de grupo ou de sociedade. Com efeito, a memória individual bebe na fonte da memória coletiva, que está na base do ensinamento recebido dos outros (Ricoeur, 2007, p. 130)[228].

---

[227] Os historiadores discutem até que ponto a História pode ser concebida como uma ciência. Para Paul Veyne e Hayden White, a história não é ciência, mas sim um "romance real", uma construção discursiva "muito pouco científica", pois o conhecimento dos fatos é sempre lacunar, e o historiador faz operações de preenchimento de lacunas com a sua interpretação dos fatos (operações chamadas de retrodicção) (Villi, 2018, p. 26; 55; Pesavento, 2013, p. 34). Para William Dray (2016), por outro lado, a história não é, simplesmente, narrativa, embora esse seja um aspecto proeminente da historiografia. A esse respeito, Paul Ricoeur (2007), discorre que há uma ligação intrínseca e fundamental entre história e narração; contudo, a história não é o mesmo que literatura, nem é o mesmo que ficção, uma vez que mantém a sua ambição científica (Reis, 2000, p. 138). Para Ricoeur, o que é específico na história é o fato de seus caminhos já estarem traçados, haja vista que os historiadores devem se dedicar a seguir os rastros daquilo que ocorreu no passado. Além disso, ele vislumbra um pacto implícito entre o historiador e o leitor, que percorre a operação historiográfica. O pacto é no sentido de que a narrativa tratará de acontecimentos sobre os quais há rastros, vestígios, documentos em sentido lato, sendo que o interesse e o prazer da leitura serão um acréscimo. O entrecruzamento entre história e ficção fica por conta de saber "em que medida" o pacto autor-leitor foi cumprido (Villi, 2018, p. 68).

[228] Ricoeur (2007) faz a conjugação entre a memória individual e a memória coletiva, a partir de duas tradições no estudo da memória, que se complementam entre si: a "tradição do olhar interior", que ressalta o caráter essencialmente privado da memória, e que remonta a Santo Agostinho, e a "tradição do olhar exterior", desenvolvida por Maurice Halbwachs. A respeito da memória coletiva, Sarapu (2012, p. 190) ensina que Jan Assmann refinou a ideia de Halbwachs, apontando que a memória coletiva não consiste somente na transmissão das lembranças entre gerações que estão

A memória é importante para o indivíduo, para a sociedade e para a história. A importância individual e social da memória é a de ser um elemento de conexão, por excelência, entre o indivíduo e a temporalidade[229] (Sarapu, 2012, p. 213-215). É a memória que faz o homem se inserir na história. Em adição, a memória é a propriedade pela qual os sujeitos da memória constituem sua identidade; não poderia ser diferente, pois cada um é o que se lembra. É assim também que a memória exerce o papel de aumentar a solidariedade entre indivíduos que fazem parte do mesmo grupo social: por meio da lembrança/evocação de uma memória comum, surge/permanece "uma disposição natural de ajuda e respeito recíprocos entre os indivíduos que pertencem a uma mesma tradição cultural" (Sarapu, 2012, p. 214). A memória organiza a experiência humana de forma narrativa, selecionando o que deve ser lembrado e o que deve ser esquecido, dessa forma operando "uma síntese configurante do passado que a organiza segundo uma trama que destaca os elementos positivos ou úteis para a experiência futura" (Sarapu, 2012, p. 214).

A memória não se opõe ao esquecimento, pelo contrário, esses fenômenos se complementam. Naquilo que interessa para o presente trabalho, o esquecimento pode ser tido como um fenômeno individual ou coletivo, que pode ocorrer na forma da amnésia (quando há apagamento dos rastros psíquicos acerca de determinada lembrança) ou pode ocorrer como a não lembrança momentânea daquilo que permanece de forma virtual na memória (esquecimento de reserva) (Ricoeur, 2007, p. 448). O esquecimento de reserva poupa a lembrança, que permanece de forma virtual, podendo ser reavivada e buscada. Assim, o esquecimento não é uma ameaça à memória, pelo contrário, é o seu outro lado da moeda.

---

em contato, mas envolve também a memória objetivada dos objetos monumentais, comemorativos, que consubstanciam a identidade social.

[229] É central para o estudo da história a compreensão dos termos historicidade e temporalidade. Esse termo, nas palavras de François Hartog (2021), "expressa a forma da condição histórica, a maneira como um indivíduo ou uma coletividade se instaura e se desenvolve no tempo". Historicidade é a própria condição histórica de cada ser ou coletividade. Outro termo importante é o de temporalidade, nesse caso, tem-se em mente um padrão exterior "cujas durações se medem todas em relação a um tempo 'exógeno', o tempo matemático, o da astronomia [...] (Hartog, 2021, p. 12). Divergindo de Hartog (2021, p. 14) quanto à escolha terminológica, François Ost (1999) utiliza o termo temporalidade, assinalando, contudo, que ao fazê-lo se refere a uma temporalização em que o tempo não é exterior, mas constituinte. Paul Ricoeur (2007, p. 300), por sua vez, prefere não empregar o termo "historicidade", preferindo referir-se simplesmente "à condição histórica" do ser humano. Sem embargo, nesse estudo, serão utilizadas indistintamente as palavras "historicidade", "temporalidade" e "condição histórica", nos sentidos atribuídos por Hartog (2021), Ost (1999) e Ricoeur (2007), ou seja, como a condição História do ser humano, como o tempo que constitui o ser humano e o integra, e não como tempo exterior e cronológico.

Como visto, a relação entre a memória (e o esquecimento) e o indivíduo e a sociedade é uma relação de conexão intrínseca: é a memória (e o esquecimento) que fazem com que o indivíduo e a sociedade formem a sua identidade, individual e social, inserindo-se na temporalidade. Já a relação entre história e memória é marcada por aproximações e distanciamentos (Sarapu, 2012, p. 186): a história não é uma simples província da memória, nem vice-versa (Ricoeur, 2007, p. 397). Assim, história e memória podem se distanciar, como quando a história aborda um passado muito longínquo, não havendo acesso à memória individual ou coletiva de uma sociedade específica (Ricoeur, 2007, p. 399-400). Por outro lado, história e memória podem se aproximar de várias maneiras: de forma mais elementar, a memória pode ser concebida como matriz da história (pois o historiador se vale de elementos da memória individual e coletiva para construir uma narrativa), mas, para além disso, a memória pode também ser um objeto da história (como quando se faz uma historiografia da memória).

Há prejuízo para a memória – individual e coletiva – e, também, para a história, quando a memória é impedida ou manipulada. Nesse caso, aquilo de que se lembra ou aquilo de que se deve esquecer é fruto de uma artificialidade, da construção de uma verdade por meios abusivos. Interessa para o presente estudo a compreensão da figura da memória manipulada, que diz respeito a abusos "no sentido forte do termo, que resultam de uma manipulação concertada da memória e do esquecimento por detentores de poder" (Ricoeur, 2007, p. 93). Normalmente, a manipulação da memória ocorre quando há uma demanda de identidade; isto é, a manipulação da memória ocorre visando mexer na identidade coletiva ou pessoal, o que se faz por meio da função narrativa da história (componente temporal da identidade). Nesse caso, o abuso da memória resulta em um abuso do esquecimento, em razão da função mediadora da narrativa. Nesse palmilhar:

> [...] o perigo maior, no fim do percurso, está no manejo da história autorizada, imposta, celebrada, comemorada – da história oficial. O recurso à narrativa torna-se assim a armadilha, quando potências superiores passam a direcionar a composição da intriga e impõem uma narrativa canônica por meio da intimidação ou de sedução, de medo ou de lisonja. Está em ação aqui uma forma ardilosa de esquecimento, resultante do desapossamento dos atores sociais de seu poder originário de narrarem a si mesmos (Ricoeur, 2007, p. 455).

Em alguns casos, a memória é manipulada por meio de esquecimento comandado – nesse caso, a manipulação costuma ocorrer por meios oficiais como a graça e a anistia. O primeiro, trata-se de um resquício do privilégio real baseado em um direito quase divino; o segundo, um poder para pôr fim a graves desordens

políticas. Em todo caso, são institutos que, embora úteis para pacificar o meio social, têm o condão de apagar da memória oficial crimes que poderiam "proteger o futuro das faltas do passado" (Ricoeur, 2007, p. 462).

Seria justificável, então, apagar a memória por meio da anistia, com o intuito de findar graves desordens no campo político? A questão é controversa no âmbito filosófico. François Ost (1999, p. 184-185) coloca a questão sobre o significado da anistia, se se trata de um esquecimento forçado, de um perdão deliberado, ou um gesto de reconciliação nacional; a essa pergunta, responde que "tudo depende das circunstâncias", da conjuntura histórica e do tipo de anistia que é concedida[230].

Por outro lado, concorda-se com Ricoeur (2007, p. 478-479) quando defende que anistia é amnésia[231], e se funda sob uma justificação puramente utilitária às custas das vítimas. Além disso, a anistia, ao impor uma verdade oficial, dificulta o perdão social, na medida em que "não pode haver perdão a não ser que se possa acusar alguém, presumi-lo ou declará-lo culpado" (Ricouer, 2007, p. 467). Assim:

> A anistia é uma forma de amnésia comandada (Ricoeur, 2007, p. 461), um abuso e uma distorção da memória, que não conduz ao perdão, pois, na verdade, priva "a memória privada e coletiva [...] da salutar crise de identidade que possibilita uma reapropriação lúcida do passado e de sua carga traumática" (Ricoeur, 2007, p. 462).

A essa amnésia, instituída pela anistia, se opõe um dever de memória. Com efeito, o dever de memória existe por uma questão de justiça, trata-se do "dever de fazer justiça, pela lembrança, a um outro que não o si" (Ricoeur, 2007, p. 101). Por uma questão de justiça, nos crimes que foram inseridos, no século XX, na categoria do "injustificável" (crimes contra a humanidade, crimes de guerra,

---

[230] "Portanto, esquecimento forçado ou perdão deliberado, conspiração do silêncio ou gesto de reconciliação nacional, o que é então a amnistia? Segundo parece, tudo depende das circunstâncias: ligada a conjunturas políticas sempre particulares, cada lei de amnistia é um texto excepcional (a que os juristas reservam uma interpretação restritiva) e efémero que não se pode avaliar sem ter em conta todos os elementos do contexto. Assim, por exemplo, é certo que a questão do regresso à democracia e da sanção dos culpados não se apresentou nos mesmos termos na Europa ocidental depois da Segunda Guerra Mundial, e na Europa oriental depois da cortina de ferro. Várias vias se abrem, com efeito, com vista a tentar reatar o elo social: quer as acções criminais maciças (foi essa a opção efectuada na Europa em 1944-45), quer a amnistia mais ou menos geral (solução privilegiada na Europa de Leste e no final das ditaduras militares da América latina), quer ainda soluções muito originais de amnistia sem amnésia de que falaremos a seguir." (Ost, 1999, p. 185-186)

[231] [A anistia] opera como um tipo de prescrição seletiva e pontual que deixa fora de seu campo certas categorias de delinquentes. Mas a anistia, enquanto esquecimento institucional, toca nas próprias raízes do político e, através deste, na relação mais profunda e mais dissimulada com um passo declarado proibido. A proximidade mais que fonética, e até mesmo semântica, entre anistia e amnésia aponta para a existência de um pacto secreto com a denegação da memória que [...] na verdade a afasta do perdão após ter proposto sua simulação (Ricoeur, 2007, p. 460).

genocídio, crime de agressão)[232], que, por essa razão mesma, foram reconhecidos, na esfera internacional dos direitos humanos, como imprescritíveis, deve-se guardar o rastro material, escrito ou outro, dos fatos que configuram injustiças, e, nessa operação, "uma prioridade moral cabe às vítimas" (Ricoeur, 2007, p. 102; 477).

Feitas essas considerações, concorda-se com a doutrina que aponta que a Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683/1979) não pode ser interpretada como uma lei que institui o esquecimento a respeito das infrações, crimes e fatos ocorridos durante a ditadura militar. Não o pode, por duas razões: primeiramente, a Lei de Anistia foi declarada absolutamente incompatível com as obrigações assumidas pelo Brasil quando aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, motivo pelo qual, como defendido antes (itens 5.5 e 6.8), o Brasil deve reconhecer a incompatibilidade da Lei de Anistia não só com a CRFB/88 como também com a Convenção.

Mas, ainda que o Judiciário brasileiro adote o truque ilusionista de aderir a obrigações internacionais em sede de direitos humanos para depois não as cumprir (dizendo que cumpre), mesmo à luz da própria Lei de Anistia, não se poderia defender que há um direito ao esquecimento dos crimes praticados no contexto da ditadura militar. E isso pelo fato de a Lei de Anistia se limitar ao campo criminal (art. 1º da Lei nº 6.683/79), não se voltando à instituição do esquecimento no campo cível. A esse respeito, inclusive, o posicionamento do STF, ao julgar a ADPF nº 153, em 29 de abril de 2010, quando os votos dos ministros foram concertados no sentido de que a Lei de Anistia não obsta o direito à verdade e à história, uma vez que está preservado o dever do Estado de investigar, divulgar e adotar providências sobre os crimes ocorridos no período ditatorial.

Assim, é com perplexidade que se observa uma ampliação dos termos da própria Lei de Anistia, em julgados proferidos no campo cível. Nesse sentido, o voto da Ministra Nancy Andrighi no "caso Ustra" (vide item 4.1.4), no qual se equiparou a anistia ao perdão social, o que consiste em uma ficção, pois o perdão não pode ser imposto e, além disso, essa ficção está muito distante da realidade, tanto assim que as vítimas e parentes de vítimas dos crimes ocorridos no período

---

[232] O conceito de crimes contra a humanidade foi construído por ocasião do funcionamento dos Tribunais Militares de Nuremberg e do Extremo Oriente e nos Estatutos dos Tribunais *ad hoc* criados pelo Conselho de Segurança da ONU; contudo, a tipificação somente constou no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (Taquary; Taquary, 2014, p. 23). O Estatuto de Roma foi promulgado, no Brasil, pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 e nele se prevê que são crimes da competência do Tribunal Penal Internacional os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão, que são tidos como "crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto" (art. 5º).

ditatorial, há anos, vêm buscando a tutela do Estado e mesmo da Corte IDH, como analisado no item 4.5.1.

Para além da equivocada equiparação de anistia a perdão social, o voto da Min. Nancy Andrighi é paradoxal, pois, embora seja contrário à declaração judicial de que o réu cometeu atos de tortura (a ação tinha natureza apenas declaratória), consignou que a anistia não teria o condão de apagar a verdade histórica e a memória do povo, podendo sobreviver como verdade histórica. Nessa linha de raciocínio, pergunta-se: se a ação fosse movida pelo réu contra a imprensa, por rememorar os fatos que praticou, poderia aquela ser responsabilizada por esse ato, já que a lei de anistia instituiu o perdão social? Seguindo o raciocínio do voto, a partir do momento em que o Estado tivesse fixado uma verdade oficial, por intermédio da lei da anistia (qual seja: de que a lei da anistia significou o perdão social), essa verdade não poderia ser questionada, nem por meio da obtenção em juízo de pretensões reparatórias, declaratórias, etc., nem pela imprensa e tampouco por estudos historiográficos. Assim, o voto da Ministra Nancy Andrighi validava a instituição de uma verdade oficial pelo Estado – a verdade de que a sociedade perdoou os crimes cometidos durante o regime ditatorial -, notadamente porque a natureza jurídica da ação era apenas declaratória.

Causa preocupação também a importação da anistia, como sinônimo de perdão social, para o campo cível, quando se afirma que a Lei nº 6.683/79 poderia servir de fundamento para amparar pedidos cíveis no sentido de obstar reportagens/notícias veiculadas pela imprensa a respeito dos fatos ocorridos durante a ditadura militar. Foi nesse sentido o voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp nº 1.369.571-PE, supostamente fundado nas conclusões a que chegou o STF no julgamento da ADPF nº 153. Asseverou o Ministro que os fatos praticados pelos opositores do regime, durante o regime de exceção, não poderiam ser relembrados[233]. Assim, a interpretação dada é que a Lei de Anistia teria instituído um regime de esquecimento acerca desses fatos.

A esse respeito, de um ponto estritamente jurídico, segue-se o entendimento de Enéa de Stutz e Almeida (2021b), para quem a lei de anistia somente apaga as condenações, embora prevaleçam os fatos[234]. Para além do argumento

[233] Esse não foi, todavia, o único fundamento. Em concorrência, consignou-se que a imprensa teria praticado ato ilícito ao não oportunizar o contraditório acerca dos fatos narrados na entrevista. Aparentemente, foi este último fundamento que justificou a condenação da imprensa.

[234] Traduzindo esse posicionamento à luz da distinção que Ricoeur (2007, p. 477) faz entre anistia e prescrição, a anistia imposta pela lei 6.683/79 seria uma forma de prescrição: "[...] Em todas as suas formas, a prescrição é uma instituição surpreendente, que fundamenta sua autoridade, a duras penas, no efeito presumido do tempo sobre obrigações que, supostamente, persistem no tempo. Diferentemente da anistia que [...] tende a apagar as marcas psíquicas ou sociais, como se nada

jurídico, entende-se que a anistia é uma maneira ilegítima de impor amnésia acerca de fatos relevantes da memória coletiva.

Diante das reflexões desenvolvidas anteriormente, considera-se que a imprensa e, também, os demais cidadãos, historiadores, sociólogos, políticos, etc, podem relembrar, a qualquer momento, os crimes e atos infracionais – e, de resto, todas as circunstâncias fáticas, políticas, econômicas, etc.- relacionadas com a ditadura militar. Há, a respeito desses fatos, um dever de memória; além do mais, a Lei de Anistia brasileira (abstraída a questão da sua inconstitucionalidade/inconvencionalidade) não prevê um esquecimento dos fatos, mas apenas obsta a persecução criminal. A relembrança desses eventos, além disso, pode ocorrer pela "imprensa tradicional" (rádio, televisão, jornal, revista em meios físicos) ou por meio da internet, sem limitação de tempo.

Nessa circunstância, não pode prosperar qualquer pretensão de esquecimento (censura prévia de programas jornalísticos; retirada de publicações da *internet*; recolhimento de obras escritas, etc) sobre esses fatos. Porém, nesse ponto, surge uma questão relevante, que foi objeto de análise no caso "Zarattini Filho", e diz respeito à falsidade ou veracidade dos fatos veiculados na imprensa. Nesse caso, justamente, estava em pauta se o atentado no aeroporto de Guararapes-PE, ocorrido durante o regime de exceção, foi ou não cometido pelo autor da ação, que pugnou pela condenação da imprensa alegando que esse atentado lhe foi falsamente imputado.

Conforme se vem defendendo neste estudo, a liberdade de expressão, sob o prisma do direito de informar e da liberdade de imprensa, não pode ficar condicionada ao parâmetro da "veracidade objetiva". Não se pode ter a pretensão de ter um conhecimento objetivo a respeito de fatos ocorridos (no sentido da fiel reprodução do passado) – esse parâmetro não é adotado sequer pelos historiadores, cujo material de trabalho são os elementos que configuram rastros do homem no tempo. O que se exige é a "veracidade subjetiva", ou seja, uma atuação diligente da imprensa no sentido de apurar os fatos. Aponta-se aqui a importância de adotar, no direito, o critério da malícia real, a fim de só responsabilizar a imprensa quando agir sabendo da falsidade da informação ou com temerário desinteresse (*reckless disregard*) acerca da sua veracidade (Chequer, 2022, p. 64).

---

houvesse ocorrido, a prescrição consiste numa interdição de considerar as consequências penais da ação cometida, isto é, o direito e até mesmo a obrigação de processar penalmente".

Nessa linha de raciocínio, vê-se com preocupação a tese fixada pelo STF no julgamento do RE nº 1.075.412/SP, interposto no "caso Zarattini Filho", com repercussão geral. O relator, Min. Fachin, além de fazer referência ao direito ao esquecimento (já julgado inconstitucional pelo STF na análise do tema nº 786), conectando-o aos casos em que a imprensa rememora fatos ocorridos no regime de exceção, defendeu critérios sobremodo gravosos para a resolução de casos envolvendo conflitos com a liberdade de expressão (veracidade da notícia, relevância social e moderação expressiva). Questiona-se: o que seria "relevância social"? Acredita-se que esse conceito estaria ligado ao de interesse público; mas, nesse ponto, se adotaria um conceito mais estrito ou mais alargado de interesse público? E o que seria "moderação expressiva"? Estaria a significar que a crítica não pode ser acintosa ou ácida, deve ser "respeitosa" (nos termos do que pensa o próprio julgador)? Nesse caso, certamente seria um elemento muito gravoso para a liberdade de expressão.

Entende-se que o entendimento mais coerente com a garantia da liberdade de expressão, em confronto com os direitos de personalidade, foi o apresentado pelo Min. Barroso; contudo, no acórdão (que foi lavrado pelo Min. Fachin), não foi adotado o critério da malícia real, tendo o STF endossado apenas o critério do "dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos". Espera-se que os embargos declaratórios pendentes de julgamento constituam uma oportunidade para o STF dizer, de forma mais segura e pormenorizada, em que consiste esse dever de cuidado. Entende-se que o posicionamento adotado pelo Supremo no RE nº 1.075.412/SP deverá se alinhar ao sufragado no julgamento das ADIs nºs 6792 e 7055, nas quais houve a adoção expressa dos critérios do "dolo" ou "culpa grave".

Passa-se, na sequência, a analisar outra situação em que são veiculadas, de diversas formas, pretensões de esquecimento.

9.2.2
Rememoração, pela imprensa, ou permanência, na *internet*, de notícias sobre crimes ou atos ilícitos praticados ou investigados há muito tempo

Como já visto, a "primeira versão" do direito ao esquecimento surgiu como um direito do ex-condenado de se opor a novas divulgações, pela imprensa, dos crimes cometidos, com fundamento no direito de ressocialização. Posteriormente, esse direito passou a ser postulado relativamente a publicações na *internet*, o que

se chamou de “direito ao esquecimento digital” (na Europa*, droit à l’oubli numérique*). Boa parte dos casos em que se pede a exclusão ou desindexação de notícias da *web*, como já observado, também diz respeito a pessoas condenadas ou investigadas por crime, no passado.

O debate sobre a anistia – que abrange crimes que se encontram na esfera do “injustificável” (crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio, crimes de agressão) - levanta uma questão relevante: o direito do ex-condenado à ressocialização, por outros crimes, que não sejam qualificados como incluídos naquela esfera (crimes que, segundo a legislação, são prescritíveis, suscetíveis de reabilitação criminal, etc), engloba o direito de não ser lembrado pelo fato cometido, ou melhor, de obstar que terceiros tragam à lembrança coletiva esses eventos? É sobre essa situação que se passa a refletir adiante.

a) Ex-condenados: pretensão de esquecimento para garantia da ressocialização?

No que diz respeito a essa situação especificamente, defendeu-se, antes (item 7.2), que essa pergunta não deve ser respondida com o recurso ao direito à privacidade, pois o fundamento mais adequado desse tipo de pretensão seria o direito à identidade. Assim, defendeu-se que o ponto nodal dessa discussão não é se um fato público e de interesse público, ao deixar de ser rememorado por algum tempo, voltou para a esfera de privacidade do ex-condenado criminalmente, mas se tais pessoas têm um direito a reconstruir as suas identidades perante a sociedade, mediante a ocultação ou obscurecimento dos fatos ocorridos no passado.

Defendeu-se também que, de um ponto de vista abstrato, parece intuitivo que o direito à identidade deve contemplar os meios para que uma pessoa possa reconstruir sua identidade perante a sociedade. As controvérsias a esse respeito não ocorrem no nível da identificação do âmbito de proteção do direito à identidade, mas sim nas questões práticas e casos concretos nos quais esse direito é invocado.

No caso de ex-condenados criminalmente, de um lado há o interesse individual na reconstrução da personalidade, e, de outro, o interesse da sociedade de saber sobre os crimes ocorridos no passado, incluindo a identidade de seus perpetradores.

Nesse ponto, parecem-se delinear duas possíveis respostas. Uma resposta mais incisiva, de que inexiste tal direito, e outra, mais maleável, de que as situações devem ser resolvidas “caso a caso”.

A resposta mais incisiva parece gozar de mais consenso para os casos em que se analisam crimes graves[235], embora prescritíveis e suscetíveis de reabilitação. É o caso, por exemplo, de crimes de homicídio que tiveram especial repercussão social[236] ou crimes contra a dignidade sexual (estupro, pornografia infantil, etc)[237]. Não obstante, a matéria é controversa: basta pensar nos inúmeros casos, estudados nesta tese, em que criminosos implicados em crimes graves e de repercussão social obtiveram o “direito ao esquecimento”[238].

Nesse ponto, pode-se questionar: o que seria um crime grave? A gravidade de um crime é determinada pelas peculiaridades do próprio crime ou, em grande parte, se trata de um julgamento por parte da imprensa e da sociedade[239]?

Para ilustrar esse ponto, recorre-se a um diálogo com a arte cinematográfica. No último episódio do documentário da Netflix “Elize Matsunaga: Era uma vez um crime” (2021), Elize[240] apresenta seu ponto de vista acerca da cobertura midiática:

> É... as formas de crime que eu conheci na prisão tem crimes muito mais bárbaros, difíceis que o meu, muito mais chocantes que o meu, mas ninguém comenta sobre eles, ninguém fala sobre eles, porque a vítima não era abastada, a vítima era uma pessoa comum, pobre. É.. será que se tivesse sido o contrário, por exemplo, eu tivesse perdido a vida nessa situação, e não o Marcos, ele estaria aqui falando isso?

---

[235] Na jurisprudência, os crimes graves nos quais o interesse social é visto como prevalente, são, muitas vezes, referidos como “crimes históricos” (basta lembrar o voto do Ministro relator nos casos Aída Curi e Chacina da Candelária). Entende-se que essa não é a melhor expressão para tratar do assunto. Rigorosamente, todos os crimes são históricos, pois ocorrem *na história*, uma vez que não há como alguém se colocar *fora* da história ou renunciar à própria historicidade.

[236] No tocante a homicídios de grande repercussão social, os votos dos Ministros do STF caso Aída Curi parecem apontar para esse consenso. Embora o caso em questão se referisse a uma demanda provocada por familiares da vítima, o fato é que o direito ao esquecimento, como um direito amplíssimo de impedir a relembrança de fatos do passado, foi negado como tal.

[237] No tocante aos crimes de natureza sexual, relembrem-se os casos Murray v. Newsgroup Newspapers (Irlanda, 2010) e os decididos pela Corte Administrativa de Helsinki (Alén-Savikko, 2020, p. 101-102). Estudando especificamente se haveria o *derecho al* olvido frente a condenações por delitos contra a integridade sexual, Ramallo (2020, p. 52) conclui que, em casos de abuso sexual, em princípio não se poderia aplicar o direito ao esquecimento. Em sentido contrário, isto é, reconhecendo pretensões de esquecimento nessa situação fática, há o caso Grazaiani vs. El Mercurio, julgado pela Corte Suprema chilena (Chile, 2016); contudo, como já se viu, essa jurisprudência foi superada em casos posteriores.

[238] Relembrem-se alguns casos: Mme. M. vs. Paris Match, julgado em 1983, na França; Lebach I, julgado na Alemanha em 1989; Grazaiani vs. *El Mercurio***,** julgado no Chile em 2016

[239] Essa questão (do populismo midiático) foi levantada pelo Min. Luis Felipe Salomão, no julgamento dos casos Chacina da Candelária e Aída Curi e foi um dos motivos para reconhecer, no primeiro deles, o direito ao esquecimento.

[240] Elize Matsunaga foi condenada em 2016 pelo homicídio de seu marido, o empresário Marcos Matsunaga, a 16 anos e 3 meses de reclusão. O crime, que foi cometido em 2012, conta com particularidades que demonstram crueldade e frieza, pois, na tentativa de ocultar o crime, Elize desmembrou o cadáver do marido, colocou-o em malas e o despejou na zona rural (STJ, 2019).

> Estaria um monte de holofotes em cima dele, querendo saber da vítima Elize? Quem seria eu?

Diante dessa fala, deve-se assentir que, de fato, há uma parcial influência da imprensa na definição do que são os crimes graves, de quais crimes devem aparecer com destaque nas telas e nas manchetes. Não se pode assentir com uma visão ingênua de que a imprensa não tem nenhum tipo de interesse na exploração midiática e comercial do crime. Mas, tendo concordado com essa observação, será que a fala de Elize está completamente correta? Será que é somente a imprensa que pauta quais crimes são graves e quais não são? Ou será que a sociedade discerne os crimes extremamente graves e chocantes e inesquecíveis, em grande parte, pelas peculiaridades do próprio crime? E, se há esse discernimento social sobre o que é mais grave e o que é menos grave, será que isso tem relevância para o direito?

Não há dúvidas de que, apesar da influência da imprensa na definição daquilo que deve ter mais destaque noticioso, alguns crimes devem ser lembrados pela barbaridade dos atos cometidos, pelas particularidades que os fazem "dignos" de serem rememorados, com vistas a que a sociedade deles não se esqueça, não só como tributo às vítimas e seus familiares (a essas pessoas é devida, por uma questão de justiça, a memória), como também como exemplo daquilo que não deve ser repetido. Assim, em casos de crimes como o perpetrado por Elize Matsunaga, o direito da sociedade à memória se sobrepõe, indubitavelmente, sobre o direito da ex-condenada à ressocialização. Não há dúvidas de que a gravidade do crime é um fator relevante a se considerar nas soluções jurídicas para casos concretos: muitos institutos jurídicos levam em conta o grau de culpabilidade e a gravidade dos fatos para sua valoração[241]. Portanto, a imprensa e a sociedade, de modo geral, têm o direito de relembrarem os crimes que se qualifiquem como graves, sem limitação de tempo, pois qualquer limitação nesse sentido seria uma subtração inaceitável das memórias individual e coletiva.

Defende-se, ainda, que esse direito inclui o de lembrar o nome das vítimas e o nome dos perpetradores de crimes graves. Na linha do que entendeu a Corte Europeia de Direitos Humanos na análise do caso W.L. e W.W. vs. Deutschlandradio (2018), entende-se que a decisão de remover elementos de

---

[241] No campo penal, por exemplo, alguns crimes são insuscetíveis de fiança, anistia, graça e indulto, em razão de sua gravidade; no campo cível, o grau da culpa pode ser considerado na fixação de danos (art. 944, parágrafo único, CC), etc.

identificação das reportagens pode ter um efeito inibidor na liberdade de imprensa, uma vez que isso pode fazer com que a imprensa deixe de disponibilizar seus arquivos *on line*, dificultando, com isso, a pesquisa científica e o acesso da sociedade a informações de interesse público.

Nesse caso se sobrepõe o direito individual e social de ter acesso a informações sobre os demais membros da sociedade da qual faz parte. A esse respeito, cabe ressaltar que a questão da relembrança dos crimes cometidos no passado muitas vezes é enfocada somente como se fosse um caso de direito individual do ex-condenado à ressocialização *versus* o direito da sociedade de ser informada. Mas, na verdade, o direito à informação não é um direito apenas em nível macro/social, mas também um direito individual da maior importância e o seu resguardo é ainda mais relevante em razão de não ser possível constatar quando ele foi infringido quando há a indisponibilização de uma informação.

Raciocinando por esse prisma, pode-se dizer que, quando uma pessoa realiza, por exemplo, uma busca na *web*, a partir do nome de alguém, o faz com um propósito que só essa pessoa tem condições de saber, vale-se do seu direito individual de buscar e conhecer informações de seu interesse. Esse ponto foi bem observado por Niilo Jääskinen em seu parecer apresentado no caso González (UE, 2014). Exemplificando, imagine-se uma mãe à procura de uma babá para cuidar de seu filho. Imagine-se que várias candidatas se apresentem: seria lícito a essa mãe realizar uma busca na *web* para saber se as candidatas que se apresentaram ao cargo de babá têm um passado criminal? Prosseguindo no campo hipotético, imagine-se que a mãe da criança em questão, ao colocar o nome de uma das candidatas na *web*, se depara com uma reportagem, noticiando que a pessoa em questão, na condição de babá de outra criança, foi condenada pelo crime de estupro contra a infante?[242] Poderia a mãe, no seu livre arbítrio, deixar de contratar essa pessoa, pela razão apontada? Não se tem dúvidas de que a resposta é afirmativa. Outro exemplo, menos dramático, pode ser pensado: imagine-se que uma mulher conhece um homem em um aplicativo de encontros. Após alguns dias de conversa, o casal resolve se encontrar. Teria essa mulher o

[242] A inspiração do caso hipotético veio de um caso real. Em Goiânia, no ano de 2022, uma babá e seu marido foram presos suspeitos de estuprar uma bebê. A genitora da menor deixara a filha com a babá e fora à casa da sogra, que se encontrava em coma; a babá, sem autorização da mãe da criança, levou a menor para a própria casa, onde se encontrava o marido daquela. Ao retornar para a própria casa, a mãe da menor constatou a fala da criança e se dirigiu para a casa da babá. Lá chegando, constatou lesões compatíveis com ato libidinoso. Os fatos estão sendo investigados e, por essa razão, o nome da suspeita não foi divulgado (Santana, 2022).

direito de saber se o homem em questão cometeu algum crime de enorme gravidade, no passado? Novamente, entende-se que a resposta é afirmativa.

Diante desses casos hipotéticos, cabe desenvolver melhor o argumento. Não se tem dúvidas de que o ex-condenado tem direito à ressocialização. É certo que a ressocialização não é benéfica apenas para o ex-condenado, mas também para a sociedade em geral, pois não há interesse social de que o ex-condenado permaneça à margem da sociedade, sem emprego e sem perspectivas de melhoria de vida, muitas vezes com a única perspectiva da reincidência. Também não se tem dúvidas de que os direitos fundamentais, atualmente, contêm uma dimensão objetiva, que pode ensejar direitos e deveres para terceiros, independentemente de lei explícita. Não se discorda, igualmente, que os direitos fundamentais podem incidir nas relações entre particulares. Mas não se entende que todos esses argumentos, em conjunto, levam ao raciocínio de que o direito do ex-condenado à ressocialização inclui o direito de tais pessoas de ocultarem o seu passado de modo a assumirem uma identidade *inteiramente nova*, às custas do direito da sociedade e dos demais concidadãos de saberem sobre o passado.

O direito à identidade, ao mesmo tempo em que possui uma dimensão pessoal, tem uma dimensão relacional. Na dimensão relacional, o direito à identidade deve deixar um espaço para as pessoas fazerem o seu próprio juízo sobre “quem é” aquela pessoa com a qual travaram algum tipo de conhecimento. A identidade de uma pessoa, é claro, muda ao longo do tempo; mas sempre há algo que permanece. Na sua historicidade, o ser humano é um misto de permanências e mudanças. Não deve caber ao próprio indivíduo “contar para os outros” a sua própria versão sobre quanto permaneceu e quanto mudou.

Cabe ressaltar que isso não inviabiliza a ressocialização. A sociedade, em todo o seu pluralismo, tem sempre espaço para que a pessoa possa construir uma nova vida, uma nova identidade, o que deve ser feito, porém, à luz da verdade, e não às custas do esquecimento social. Suzane Richtofen, ex-detenta convicta por parricídio e matricídio, encontra-se casada com um médico e deu à luz a um filho, fruto dessa relação; além disso, cursa graduação em direito (Sena, 2023). Elize Matsunaga está em liberdade condicional e trabalhou como motorista de aplicativo, sendo que era bem avaliada nas corridas que fazia; atualmente, trabalha como costureira (Amaral, 2024). Paula Nogueira, condenada pelo homicídio da atriz Daniella Perez, casou-se, teve filhos e vive uma vida normal após o cumprimento de sua pena (como se verificou na análise do REsp nº 1.736.803/RJ). Essas pessoas possivelmente serão lembradas pelos crimes que cometeram até o fim de suas vidas, no entanto, isso não pode ser confundido com

uma “pena perpétua” (como defendem alguns), pois o julgamento social acerca da identidade de alguém (quanto mudou, quanto permaneceu) nem de longe pode ser comparado com o poder punitivo do Estado.

Nesse sentido, entende-se que não se pode confundir o cumprimento da pena e a reabilitação criminal (que têm efeitos específicos descritos na legislação penal e processual penal) com uma obrigação mais ampla, no campo cível, de que crimes e o nome de seus perpetradores não possam ser lembrados pela imprensa ou pela sociedade em geral[243]. Não há dúvidas de que, nesse caso, haveria uma inaceitável lesão à memória pública e ao direito, individual e coletivo, de ter acesso a informações de interesse público.

Mas as questões mais tormentosas não dizem respeito ao direito de ressocialização daquelas pessoas que foram condenadas por crimes graves e de grande repercussão social. Mais difícil é saber se, em casos de crimes “menos graves”, caberia uma pretensão de obstar a relembrança dos fatos pela sociedade, com intuito de garantir a ressocialização.

Um exemplo de crime “menos grave” estudado alhures é o caso NT1 e NT2 vs. Google LLC, julgado pela Suprema Corte da Inglaterra e País de Gales (Columbia University, 2018). Nesses casos, dois empresários (representados por NT1 e NT2) requereram a desindexação de seus nomes dos resultados de pesquisa na *web*, pois haviam sido condenados criminalmente há muitos anos, e alegaram que a permanência das informações na internet configurava interferências ilegítimas em seus direitos. Diz-se que os casos envolviam condenações menos graves em razão da pena que foi aplicada a cada um deles: NT1 foi condenado a quatro anos de prisão e cumpriu apenas metade dessa pena e NT2 ficou seis semanas em custódia. O Tribunal realizou um juízo de ponderação, conferindo a um deles o direito de ter os links indicados removidos da *web*, e negando esse direito ao outro. Os fundamentos decisórios para negar a NT1 o direito requerido levaram em conta que um deles era uma figura pública, não aceitou sua culpa, enganou o público, não demonstrou remorso e, em razão de suas atividades atuais, as informações sobre seu passado permaneciam

[243] Em específico, é vedada ordem judicial que realize censura prévia de publicações acerca do crime e seus perpetradores, uma vez que a CRFB/88 e a Convenção Americana vedam a censura (e aqui se entende que a censura pode ser também de origem judicial). Quanto a esse aspecto, já decidiu o STJ no REsp nº 1.736.803/RJ, no qual Paula Nogueira; no exterior, tem-se o caso Murray vs. Newsgroup Newspapers (Irlanda, 2010). Também se entende que qualquer censura posterior nesse caso é vedada (retirada de notícias da *web* ou da mídia tradicional; recolhimento de material jornalístico ou literário, etc); ressalva-se, contudo, casos de abuso de direito, como ocorreu no REsp nº 1.736.803/RJ, no qual acertadamente o Judiciário decidiu que a imprensa, sob a justificativa de rememorar o crime cometido contra a atriz Daniella Perez, ventilou a rotina diária de Paula Nogueira e sua família, inclusive dando detalhes sobre a rotina escolar de seus filhos.

relevantes para o público. Já os fundamentos decisórios para conceder a NT2 o direito requerido foram no sentido de que o artigo de imprensa era enganoso em relação à natureza e à extensão do crime, a punição foi baseada em confissão de culpa e as suas atividades atuais não tinham relação com as atividades que operava na época do crime (Columbia University, 2018).

Poder-se-ia defender, em conformidade como os parâmetros da corte inglesa e galesa, que, nos casos de crimes menos graves, é possível realizar um juízo de ponderação, entendendo-se que, em tais situações, preponderaria o direito individual à ressocialização, devendo ceder o direito à liberdade de expressão. Mas esse argumento não resiste. Isso porque se entende que o direito à identidade não engloba o direito de ocultar o passado criminal, reverberado na imprensa, pois, mesmo que se admita que a identidade humana esteja inserida em uma perspectiva temporal (ou seja, seres humanos podem mudar e mudam ao longo da vida), não cabe ao indivíduo ditar aos outros quanto de sua identidade permaneceu e quanto mudou. A questão, aqui, não é de ponderação de direitos, e sim de adequada identificação do âmbito de proteção do direito à identidade[244].

A título de esclarecimento, o direito à identidade pessoal abrange o direito de a pessoa não ser relacionada com posicionamentos políticos, ideológicos ou de qualquer natureza, ou com características pessoais que não ostenta na sua atualidade. Assim, por exemplo, fere o direito à identidade dizer que uma pessoa "X" é católica se, na atualidade, essa pessoa aderiu ao islamismo. Mas não fere o direito à identidade dizer que a pessoa "X", no passado, era católica, mas, recentemente, aderiu ao islamismo. Na mesma toada, fere o direito à identidade dizer que a pessoa "X" cometeu um crime no passado, sem realizar qualquer tipo de recorte temporal[245] ou sem atualizar a informação para constar a que se dedicou a pessoa desde o cumprimento da pena. Não fere o direito à identidade dizer que, no passado, a pessoa "X" cometeu um crime, mas cumpriu a pena e, atualmente, é uma pessoa reestabelecida no seio da comunidade. Neste caso, o julgamento de quanto da identidade pessoal de alguém permaneceu e quanto

[244] Rememore-se que, no item 5.7, defendeu-se que a ponderação somente ocorrerá se o conflito não puder ser sanado através da identificação do âmbito de proteção de cada direito.
[245] Relembre-se o caso Madame Monanges vs. Kern e Marque-Maillard (França, 1990), no qual o autor de livro narrando crimes ocorridos durante a ocupação nazista na França, bem como a editora, foram processados por Mme. Monanges, que alegou o direito ao esquecimento com fundamento no direito à ressocialização. A improcedência do pedido se deu justamente pelo fato de o livro ter realizado um recorte temporal do período abordado na análise. Como a reabilitação de Mme. Monanges ocorreu posteriormente ao período analisado, não se entendeu que houve ofensa a direito da personalidade.

mudou não é colocado unicamente nas mãos da pessoa de quem se fala, não se configurando um direito sob uma ótica voluntarista.

Além dos argumentos já elencados acima, no sentido de que o direito à identidade não engloba o direito de ocultar o passado criminal, considera-se que nesse caso não seria cabível recorrer a um juízo de ponderação, porque esse mecanismo poderia ser utilizado por pessoas poderosas, figuras públicas, com o intuito de “limparem o passado”, o que foi justamente o que se verificou no caso acima, referentemente à pretensão de NT1.

Adicionalmente, haveria a dificuldade de estabelecer o que seria um crime menos grave. A título de exemplo, o crime de maus tratos aos animais (pena de 2 a 5 anos, conforme Lei nº 14.064/2020) se enquadraria como um crime menos grave? Não se sabe: para alguns, poderia parecer que sim, enquanto para outros poderia parecer que não. Cabe relembrar que, no âmbito criminal, aplicam-se os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima. Nesse sentido, “a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico” (Bitencourt, 2010, p. 43). Assim, de maneira geral uma condenação criminal interessa à sociedade pela importância do bem jurídico tutelado, uma vez que “este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade” (Bitencourt, 2010, p. 45). Presumidamente, então, um crime é algo que fere de forma inaceitável valores e bens considerados imprescindíveis para a sociedade.

Retomando o exemplo dado (crime de maus tratos de animais), entende-se que, a despeito da menor pena aplicada a esse crime (se se comparar com homicídios e crimes contra a dignidade sexual), seguramente é relevante saber se uma pessoa, recém-lançada como candidata ao cargo de vereador, foi, no passado, condenada pelo crime de maus tratos aos animais. Outro exemplo: é também relevante saber se uma pessoa que ascendeu socialmente como “influencer” (pessoa pública, portanto, capaz de influenciar multidões) cometeu, no passado, crime de ameaça contra sua esposa, em contexto de violência doméstica; e isso apesar de esse crime ter pena bastante diminuta (um a seis meses de detenção e multa, conforme art. 147 do Código Penal).

Além disso, o juízo de ponderação, nesse caso, incidiria na dificuldade de se admitir que o direito de garantir a ressocialização por meio da retirada de conteúdo, desindexação, anonimização, etc, vale para alguns ex-condenados e não vale para outros.

Nesses casos, em que condenações por crimes menos graves repercutem na imprensa e são lembradas, tempos depois, entende-se que o direito à

identidade só será ferido se a nova publicação relativa ao crime não cuidasse de estabelecer um recorte temporal ou não se referir à vida atual do ex-condenado, dando-lhe a oportunidade, inclusive, de manifestação.

b) Ex-investigados: pretensão de esquecimento para garantia do direito a ser deixado em paz?

A situação dos ex-investigados é, relativamente à dos ex-condenados, um pouco mais dificultosa. Aqui se tem uma pessoa que não foi considerada culpada e, portanto, juridicamente considerada inocente.

Teriam, então, ex-investigados por crimes ou ilícitos administrativos graves (por exemplo, uma investigação por ato configurado como improbidade administrativa), direito de serem desvinculados das investigações ocorridas, ou não serem mais lembrados como envolvidos nesses fatos?

A questão é delicada. Gira em torno do poder que o Judiciário tem de instituir uma verdade oficial e inquestionável. Se se garantir um tal direito aos ex-investigados, isso significará não menos que vedar qualquer requestionamento de como os fatos ocorreram por instâncias outras que não o Poder do Estado.

Um paralelo com a arte cinematográfica pode ajudar a compreender o argumento. Tome-se, por exemplo, o caso do ex-jogador de futebol americano e ator O. J. Simpson, que foi processado pelo homicídio de sua ex-esposa e um amigo dela, em 1994. Em 2016, a Netflix lançou uma série televisiva, denominada *The People v. O. J. Simpson*: *american crime story.* O. J. Simpson, é de conhecimento geral, foi inocentado das acusações. Porém, anos depois, Simpson lançou o livro *If I did it*, narrando como teria cometido o assassinato se, de fato, fosse o seu autor. Apesar do tom hipotético, assemelhou-se a uma confissão, tendo em vista que a descrição feita no livro sobre o *modus operandi* estava em conformidade com as peculiaridades do caso real. A série televisiva da Netflix deixa, nas entrelinhas, a ideia de que a absolvição de Simpson foi um erro: ele, de fato, cometera o crime. A absolvição teria sido manipulada pelas circunstâncias políticas da época, manuseadas pela defesa.

Tendo em vista as inúmeras pretensões levadas a juízo por pessoas investigadas, buscando não serem mais relacionadas com as investigações ocorridas no passado[246], cabe a pergunta: configura uma ameaça à memória e à

[246] Lembrem-se os seguintes casos: No Brasil, o caso Chacina da Candelária (Brasil, 2013); no exterior, pode-se citar o caso “Crimes de Calicanto” (Espanha, 2015) e Gloria vs. Editorial El Tiempo (Colômbia, 2015).

história a decisão judicial que acolhe pedidos de desindexação, exclusão, anonimização de publicações a respeito dessas investigações?

Entende-se que também nesse caso a memória social seria prejudicada de maneira inaceitável. Da sociedade seria extirpado qualquer direito de rediscutir o caso, revisar os erros e acertos cometidos, inclusive, pelo judiciário e, sobretudo em crimes graves. Com efeito, é em geral por meio da imprensa ou das manifestações artísticas televisivas, *podcasts* e outros meios, que a sociedade em geral toma conhecimento desses fatos e se abre a possibilidade de discutir a justiça da sentença.

Não se pode perder de vista que a função do juiz é julgar, concluir, decidir, "reinstaurar uma justa distância entre o culpado e a vítima, segundo uma topologia imperiosamente binária" (Ricoeur, 2007, p. 335). Já a imprensa, os historiadores e a sociedade não têm essa função. Para essas instâncias sociais se abre, para além do julgamento criminal, a perspectiva do questionamento, de escrita e reescrita da história (Ricoeur, 2007, p. 336).

Entende-se, pois, que como regra não haverá, por parte do ex-investigado o direito de desvincular seu nome das notícias a respeito das investigações em que esteve envolvido. Também nesse caso, entende-se que só será ferido o direito à identidade pessoal se a nova publicação relativa às investigações não cuidar de estabelecer um recorte temporal ou não se referir à vida atual do ex-investigado, dando-lhe oportunidade, inclusive, de manifestação.

c) Vítimas e familiares das vítimas

Se os ex-condenados e investigados pela prática de crimes não têm, como se refletiu, o direito a obstarem a rememoração de fatos nos quais restaram envolvidos, tampouco têm as vítimas e familiares das vítimas qualquer direito nesse sentido. Não se verifica um interesse individual que supere a necessidade de memória social sobre crimes cometidos no passado, uma vez que a demanda estaria baseada somente em sentimentos (subjetivos), significando uma delimitação voluntarista do direito. Além disso, a figura da vítima (suas condições fáticas de vida, suas características pessoais) é indissociável da narrativa. Como observou o STJ no julgamento do caso Aída Curi, não seria possível narrar o caso sem aquela figura.

9.3
Rememoração, pela imprensa, ou permanência, na *internet*, de notícias sobre situações vexatórias que não configurem crime ou investigação por ato ilícito

Uma situação distinta das analisadas anteriormente é quando está em análise uma situação vexatória, mas não relacionada com um crime ou investigação por crime ou ato ilícito. Nessas situações, em se tratando de demandas dirigidas aos motores de busca na *web*, há regramento específico no MCI, devendo-se observar os artigos 19 a 21 dessa lei. Por outro lado, sendo a demanda dirigida aos autores ou responsáveis pela manifestação, há a necessidade de se analisar quais direitos da personalidade estão envolvidos, e se os fatos noticiados/retratados são ou não de interesse público, e envolvem ou não figuras públicas. Assim, por exemplo, alguns casos que foram descritos como sendo pretensões de "direito ao esquecimento", poderiam ter sido resolvidos à luz dos "tradicionais" direitos de personalidade, à luz dos parâmetros mencionados acima[247].

Exemplificando, não há dúvidas que a exposição, na *web* ou na mídia, de uma imagem de um vídeo expondo partes íntimas de uma pessoa, mesmo que seja uma figura pública e ainda que tenha se exposto voluntariamente a esse tipo de situação, configura uma infringência ao direito à imagem[248]. Retomando o conceito desse direito, não é porque uma pessoa se encontra em público, praticando um ato considerado íntimo para a sociedade em geral, que ela consentiu que sua imagem seja espalhada aos quatro cantos do planeta. Não há interesse público em um vídeo ou imagem como esse; há mera bisbilhotice. Mesmo o conceito mais amplo de interesse público não pode concordar com a permanência desse tipo de imagem à disposição de uns e outros. Em casos como esse, defende-se a possibilidade de desindexação, remoção de conteúdo,

---

[247] Citem-se, por exemplo, os casos Manni vs. Câmara de Comércio de Lecce, analisado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (UE, 2007) e o caso Sidis (EUA, 1940)

[248] É por isso que a doutrina civilista, quase unanimemente, critica a solução do REsp nº 595.600, julgado em 2004. Nesse caso, uma mulher ajuizou ação contra o jornal Zero Hora Editora Jornalística , em razão da publicação de uma fotografia sua enquanto fazia *topless* em uma praia na cidade de Florianópolis-SC. O pedido não foi acolhido, sob fundamento de que a mulher em questão teria escolhido revelar sua intimidade. Sucede que esse fundamento consiste em uma ficção, pois, se é certo que referida mulher consentiu que as pessoas presentes naquela praia vissem seus seios nus, não consentiu, por outro lado, com o espalhamento da sua imagem por meio de jornal para aqueles que não se encontravam naquela praia, naquele momento de descontração. Outro caso bastante criticado, pela solução também contrária ao direito de imagem da autora, foi o conhecido evento íntimo envolvendo Daniella Cicarelli e seu namorado, em praia na Espanha, cuja imagem foi captada sem consentimento e espalhada na *internet* (Teffé, 2022, p. 91-92).

recolhimento de material, inclusive, de forma preventiva, para evitar danos maiores.

No que diz respeito às discussões em torno do direito ao esquecimento, deve-se observar, inclusive, que muitos casos envolviam o direito à imagem, e a referência àquele direito obnubilou a correta identificação dos direitos em causa, prejudicando a sua análise. Assim, por exemplo, entende-se que o caso Rodríguez vs. Google Inc (Google) e Yahoo Argentina SRL (Yahoo), decidido pela Corte Constitucional da Argentina, em 2014, teria sido mais bem equacionado se a discussão se centrasse no direito à imagem.

Outro exemplo que retrata a importância de identificar os direitos em conflito envolve o direito à privacidade. Por exemplo, o recompartilhamento de mensagens de *whatsapp* de natureza privada, com outras pessoas não participantes da conversa original, configura lesão ao direito de privacidade, podendo haver a tutela judicial para que os prejuízos para a pessoa envolvida sejam diminuídos, nos mesmos termos defenidos anteriormente. Em um caso como esse, todavia, é preciso avaliar se a mensagem trata de um assunto de interesse público, se foi compartilhada por pessoa pública, e o seu contexto; ou se, ao contrário, o emitente da mensagem é uma pessoa não pública, o conteúdo da mensagem é reservado, etc.

Já no conflito entre a honra e a liberdade de expressão, que de forma muito comum envolve agentes públicos, deve-se observar o parâmetro da *actual malice*; já com relação a pessoas que não são figuras públicas, não é aplicável esse parâmetro, observando-se a responsabilidade subjetiva e bastando a culpa em qualquer grau.

Especial atenção merecem os casos em que concorre o direito à identidade, em contraposição ao direito à liberdade de expressão. Como já exposto nos itens anteriores, o âmbito de proteção do direito à identidade não compreende o direito de esconder o passado quanto a fatos públicos e de interesse público, senão de atualizá-los, retificá-los e sobre eles se manifestar. Não há como tratar, individualmente, das centenas de possibilidades de conflitos nesses casos. Nesse palmilhar, passa-se a uma breve recapitulação dos resultados desse estudo e das teses propostas acerca do direito ao esquecimento.

10
Conclusão

A temática do direito ao esquecimento se revelou bastante complexa ao longo desse estudo. Discutiu-se se um indivíduo tem um direito subjetivo de obstar outra pessoa (física ou jurídica, incluindo órgãos da imprensa) de pôr novamente em circulação, ou manter disponibilizadas na internet, informações que lhe digam respeito e que circularam de forma lícita, anteriormente, e se esse direito subjetivo possui autonomia em relação aos demais direitos de personalidade já reconhecidos no ordenamento jurídico. Discutiu-se, ainda, em que situações o fluxo de informação, na internet e fora ela, pode ser contido pelo direito, para garantir o respeito aos direitos de personalidade, sem que com isso seja afetada de maneira inaceitável a construção das memórias individual e coletiva, e a liberdade de expressão e informação.

É prescindível retomar todo o trajeto percorrido ao longo desse estudo. Para arrematá-lo, lembram-se, a seguir, alguns resultados da pesquisa e as teses propostas acerca do direito ao esquecimento.

1. O direito ao esquecimento, na Europa, foi reconhecido inicialmente como um direito do condenado, consistente na possibilidade de se opor a novas divulgações, pela imprensa, dos crimes ocorridos no passado. Em países de língua francesa, notadamente a França e a Bélgica, a esses casos chamou-se *droit à l'oubli judiciaire*. Concorrentemente com essa concepção, surgiu uma definição ampla de direito ao esquecimento, tendente a abarcar todos os casos em que a passagem do tempo poderia enfraquecer o direito de alguém de divulgar novamente um fato de interesse público. No entanto, esse entendimento não vingou, pois a jurisprudência preferiu recorrer aos direitos de personalidade já consagrados para analisar esse tipo de situação.

2. A partir do julgamento, pelo TJUE, do caso González, em 2014, e do RGPD, promulgado no âmbito europeu em 2016, o direito ao esquecimento passou a englobar a possibilidade de desindexação (*droit à l'oubli numérique*) e ser fundamentado no direito à proteção de dados pessoais. Diante desse salto, foram apresentadas críticas importantes. No tocante à desindexação, foram concernentes: à atribuição da arbitragem de direitos de personalidade aos motores de buscas (empresas privadas); à possibilidade de afetação da neutralidade da rede; à pouca importância atribuída pelo TJUE à liberdade de expressão e ao efeito inibidor (*chilling effect*) que essa decisão pode ter sobre o exercício dessa liberdade. No tocante a fundamentar o direito ao esquecimento

na proteção de dados pessoais, apontou-se a pouca ou nenhuma importância dada à passagem do tempo nesse raciocínio, o que representa uma diferença importante com relação à primeira ideia do *droit à l'oubli.*

3. Relativamente aos critérios para resolução de conflitos entre liberdade de expressão e outros direitos de personalidade, na Europa, apontou-se que havia uma tendência da CEDH de dar maior peso à liberdade de expressão, enquanto o TJUE dá maior peso aos demais direitos de personalidade, contudo, recentemente os tribunais parecem estar se alinhando. Nos países de raízes anglo-saxônicas, a liberdade de expressão também é objeto de maior consideração, em contraposição aos países de linhagem romano-germânica.

4. Nos Estados Unidos da América, o direito ao esquecimento não possui qualquer guarida; o que há, na legislação estadunidense, é o direito à proteção de dados pessoais em certas áreas reguladas, como os dados de consumo e dados de crianças e adolescentes. Aceita-se, com tranquilidade, que um indivíduo tem o direito de apagar, retificar, completar ou alterar informações que o próprio forneceu para bancos de dados, quando deixarem de ser necessários para fins legítimos ou quando o consentimento para o processamento for retirado; contudo, não se aceita como constitucional a pretensão de excluir ou desindexar informações, verídicas e de interesse público, sobre alguém, sob a justificativa de que o interesse público se esvaneceu com a passagem do tempo. Com relação aos motores de busca na *web*, não se entende que são responsáveis pelo tratamento de dados constantes nas buscas, portanto, uma petição de exclusão desses dados deve se dirigir à fonte original da notícia. Relativamente aos critérios para resolução de conflitos entre liberdade de expressão e outros direitos de personalidade, confere-se uma posição preferencial àquela liberdade, o que decorre da interpretação da Primeira Emenda da Constituição estadunidense.

5. A partir do estudo da jurisprudência constitucional da Argentina, Colômbia e Chile, abordou-se o cenário sobre o direito ao esquecimento na América do Sul. Com relação aos pedidos de desindexação dirigidos aos motores de busca na *web*, verificou-se um consenso de que não devem ser resolvidos à luz da legislação sobre dados pessoais, mas de acordo com um balanceamento dos direitos de personalidade contrapostos.

6. Na Argentina, vingou a ideia de que não se pode aplicar a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva à atividade dos motores de buscas na *web*, sendo aplicável a teoria da responsabilidade civil subjetiva, cabendo a demonstração de culpa. Para a configuração da culpa, em alguns casos bastará a prévia notificação extrajudicial, segundo os critérios fixados pela Suprema Corte de la Nación e, em

outros casos, a responsabilidade só será configurada mediante decisão judicial prévia.

7. Na Colômbia, decidiu-se que os motores de buscas não devem ser responsáveis pelo conteúdo gerado por terceiros, rejeitando-se, em absoluto, a possibilidade de desindexação de conteúdo; já no tocante à responsabilização dos autores ou responsáveis pelas publicações, a Corte Constitucional colombiana resolveu que a responsabilidade (subjetiva) fica configurada quando se verifica que a informação contida na rede se encontrar desatualizada, caso em que o Poder Judiciário pode determinar que o autor ou responsável pelo conteúdo proceda de modo a deixá-lo indisponível.

8. No Chile, relativamente à atividade dos motores de buscas, a Suprema Corte isenta esses intermediários de qualquer obrigação quanto à eliminação e desindexação de informações publicadas por terceiros; já com relação aos autores ou responsáveis pelas publicações, a Corte Constitucional inicialmente decidiu que é possível a pretensão de exclusão de matérias da *web*, reconhecendo o direito ao esquecimento; atualmente, porém, a jurisprudência da Corte evoluiu para que seja determinada tão somente a atualização, complementação ou contextualização da informação disponível na *web*.

9. No Brasil, o STJ inicialmente não reconheceu a figura do direito ao esquecimento com relação aos familiares de vítima de crime famoso (caso Aída Curi), ao passo que o reconheceu para pessoa processada criminalmente, mas inocentada (caso Chacina da Candelária), isso em pretensões direcionadas à imprensa televisiva.

10. Em 2021, foi julgado o tema de repercussão geral nº 786, no qual o STF decidiu pela incompatibilidade, com a Constituição, do direito ao esquecimento, definido como “o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social, analógicos ou digitais”, contudo, deixou ressalvada a análise caso a caso dos excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e informação. O Min. Marco Aurélio apontou, com solar clareza, que a tese fixada não teria o condão de estabilizar a jurisprudência relativamente a esse tema, em razão da exceção consignada ao final da tese (previsão confirmada no rejulgamento do REsp nº 1.660.168/RJ, em sede de juízo de retratação).

11. Referências foram feitas ao direito ao esquecimento em outras demandas, que ao fim e ao cabo, foram decididas com base em distintos fundamentos, mas que levantaram a pertinência de se tratar sobre essa temática no campo da justiça de transição (casos Ustra e Zarattini Filho).

12. Relativamente às pretensões de que se reconhecesse o direito ao esquecimento em demandas direcionadas aos motores de buscas, a jurisprudência inicial do STJ, em conformidade com a regulamentação dada ao tema pelo MCI, foi no sentido de não responsabilizar esses intermediários pelo conteúdo publicado por terceiros, devendo a responsabilidade ser atribuída ao responsável pela inclusão do conteúdo ilegal, configurando-se a culpa após a expedição de ordem judicial específica (casos Xuxa Meneghel e S.M.S vs. Google); afastou-se, ainda, a possibilidade de responsabilização objetiva dos motores de buscas na *web*. No entanto, no REsp nº 1.660.168/RJ, tomou-se direção oposta, por motivos inconsistentes, que denotam uma posição preferencial do direito à honra quando invocado por pessoa pública (Promotora de Justiça), em claro malferimento ao princípio da isonomia. Paira, atualmente, uma indefinição no STJ acerca desse tema, tendo em vista o julgamento de casos semelhantes, nos quais foi aplicada a tese firmada no tema de repercussão geral nº 786 (REsp nº 1.961.581/MS e REsp nº 1.774.425/RJ).

13. No ano de 2023, foi julgado o "caso Zarattini Filho" pelo STF, em sede de repercussão geral (tema nº 995) no qual se definiu a responsabilidade da imprensa pela publicação de informação falsa apontada por terceiro entrevistado, aduzindo-se que a imprensa tem responsabilidade subjetiva quando deixa de observar o dever de cuidado na verificação dos fatos. O caso suscitou muitas questões interessantes: por estar referido a fatos ocorridos durante a ditadura militar, gerou a questão de saber se os opositores do regime de exceção têm o direito de fazer prevalecer sua versão dos fatos, tendo em vista que sua capacidade de produzir prova de sua inocência é reduzida; também ressuscitou o debate em torno do direito ao esquecimento, que foi citado por dois Ministros, apesar do julgamento da tese de repercussão geral firmada na análise do tema nº 786. Ressalta-se que a tese não foi firmada em definitivo, pois está pendente o julgamento de embargos declaratórios, nos quais se pede a fixação de uma tese mais delimitada e segura quanto aos elementos para a responsabilização da imprensa. Enquanto pendentes esses embargos declaratórios, o STF, no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 7055 e 6792, acabou por adotar, por maioria, seguindo o voto do Min. Roberto Barroso, os parâmetros da *actual malice* quando estiver em análise a responsabilidade civil da imprensa. Acredita-se que a tese a ser firmada em definitivo na análise do tema nº 995 deverá acompanhar o parâmetro fixado em referidas ações, de modo que o entendimento da Corte seja uniforme quanto à matéria.

14. Abordou-se o posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos em temáticas que tangenciam o assunto do direito ao esquecimento. Em matéria de justiça transicional, a CIDH e a Corte IDH são convergentes ao afirmar o direito à memória e à verdade, em contraposição ao esquecimento. O direito à verdade contempla dupla dimensão: a primeira diz respeito ao direito das vítimas e seus familiares, de conhecerem a verdade com respeito aos fatos que configuraram graves violações aos direitos humanos, e de conhecerem a identidade de quem participou de tais fatos. A segunda dimensão do direito à verdade é titularizado pela sociedade como um todo, tratando-se de um direito irrenunciável de saber da verdade, das razões e das circunstâncias em que os delitos foram cometidos, direito esse que se liga à finalidade de evitar que voltem a ocorrer no futuro.

15. Em matéria de liberdade de expressão, a CIDH recomenda: a derrogação de leis de desacato e difamação ou outras de natureza penal, destinadas a proteger a honra ou a reputação, quando estiver em jogo assunto de interesse público ou pessoa pública, caso em que esses direitos devem ser garantidos apenas no campo civil; a incorporação do *standard* da malícia real para julgamento de processos civis contra a imprensa ajuizados por funcionários públicos ou sobre assuntos de interesse público; a modificação de leis penais ambíguas ou imprecisas que limitem de forma desproporcionada a liberdade de expressão.

16. A CIDH recomenda que, no exercício da ponderação de direitos envolvendo a liberdade de expressão, ocorra a regulação específica das situações relacionadas à tecnologia, para que não haja discriminação, restrição, bloqueio ou interferência no tráfego da rede, preservando-se a neutralidade da internet. Recomenda também que os intermediários da internet não sejam responsabilizados por conteúdos gerados por terceiros.

17. A CIDH e a Corte IDH, em conformidade com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, apontam a vedação da censura prévia, que só é admissível para restringir o acesso de crianças e adolescentes a espetáculos públicos considerados impróprios, ou para vedar a exibição de propaganda em favor da guerra ou apologia a ódio nacional, racial ou religioso que constituam incitações à violência.

18. A CIDH e a Corte IDH consideram que a liberdade de expressão pode ser restringida por meios indiretos, inclusive ordens judiciais, mormente quando condenam a imprensa ao pagamento de altas somas de indenização por danos morais.

19. A Corte IDH se vale de um critério tripartite para a análise das restrições que podem ser impostas à liberdade de expressão, exigindo que as sanções ulteriores à liberdade de expressão (1) estejam definidas de forma precisa e clara através de uma lei formal e material preexistente, (2) estejam orientadas para a realização de objetivos legítimos autorizados pela Convenção (o respeito aos direitos ou à reputação dos demais, ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas), e (3) sejam necessárias em uma sociedade democrática (cumprindo os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade). Diferentemente da CIDH, a Corte IDH até agora não adotou expressamente o parâmetro da malícia real.

20. A doutrina brasileira, antes do julgamento do tema de repercussão geral nº 786, se dividiu entre aqueles que defendiam a sua existência, como direito implícito no ordenamento pátrio, e aqueles postularam a inexistência do direito ao esquecimento na ordem jurídica interna. Os primeiros se dividiram em duas principais correntes: para uma delas, o direito ao esquecimento seria autônomo e decorrente da dignidade da pessoa humana e de uma interpretação sistemática de dispositivos esparsos da legislação; para outra, se trataria de um direito incluído na tutela da privacidade. Além dessas correntes, que podem se dizer majoritárias, havia uma terceira corrente, minoritária, apontando o direito ao esquecimento como uma manifestação do direito à identidade.

21. O julgamento do tema de repercussão geral nº 786 deu razão à parcela da literatura que apontava a inconstitucionalidade do direito ao esquecimento, construído como uma figura autônoma, por ameaçar a liberdade de expressão. Após esse julgamento, entretanto, permanece, bem vivo, o debate acadêmico. No novo cenário, ganhou força a corrente doutrinária que defende o direito ao esquecimento como decorrente do direito à identidade. Para essa corrente, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o tema com base em um conceito ultrapassado sobre o instituto.

22. Em matéria de justiça de transição, não há muita produção acadêmica ligando o direito ao esquecimento à lei de anistia. Essa é uma construção da jurisprudência (do STJ e do STF) que se aparta da origem e dos principais casos relacionados ao direito ao esquecimento.

23. Na ADPF nº 53, julgada em 2010, o STF decidiu que a CRFB/88 recepcionou a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979). A decisão do STF tem servido como fundamento para amparar pedidos cíveis envolvendo reportagens/notícias veiculadas pela imprensa a respeito de fatos ocorridos durante a ditadura militar.

24. A partir do panorama traçado na primeira parte do estudo, chegou-se a três principais formulações do direito ao esquecimento. Na primeira formulação, tem-se o direito ao esquecimento como o direito de qualquer pessoa que se envolveu em fatos públicos reclamar a restrição à circulação de determinada informação que lhe seja prejudicial, caso a relembrança dos acontecimentos seja ilegítima, considerando-se o papel desempenhado pela pessoa na sociedade e as necessidades da história, ou tenha o condão de ferir a sensibilidade da pessoa. Na segunda formulação, o direito ao esquecimento está ligado ao direito à identidade, trata-se de um direito de defesa contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos, de modo que aquele que o invoca possa reconstruir sua identidade pessoal. Na terceira formulação, o direito ao esquecimento consiste no direito de autodeterminação informativa, na sua faceta relativa à proteção de dados pessoais.

25. Identificou-se uma série de discordâncias na doutrina sobre os pressupostos para enfrentar a temática do direito ao esquecimento, em especial contrapondo-se uma perspectiva civilista a uma perspectiva constitucionalista.

26. Verificou-se a importância de resolver algumas questões para enfrentamento do tema. No campo da filosofia e da teoria do direito, colocaram-se as seguintes: se há necessidade de previsão normativa explícita do direito ao esquecimento para que seja considerado um direito existente, válido e aplicável; se a vontade do legislador de prever ou não esse direito na legislação influencia a identificação do direito válido; se a avaliação das consequências sociais das decisões judiciais (argumentos consequencialistas) importam para a identificação do direito. No nível doutrinário, identificaram-se as seguintes questões: se há um campo específico de tutela da dignidade humana que reclama o reconhecimento do direito ao esquecimento; havendo (depende da resposta anterior), qual o âmbito de aplicação desse direito e seus sujeitos ativo e passivo; se o reconhecimento do direito ao esquecimento incorpora uma ótica voluntarista na sua identificação; se o direito ao esquecimento consiste em afetação inadmissível do âmbito de proteção da liberdade de expressão; qual a relação entre direitos fundamentais e da personalidade e as formas de resolução de conflitos entre uns e outros; se, no conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, há uma preponderância prima facie de qualquer desses direitos. E, no campo dos argumentos relativos à eficácia social do direito, levantaram-se as seguintes perguntas: se as dificuldades de implementação do direito ao esquecimento, notadamente o efeito Streisand e a arquitetura da internet, são razões para que esse direito não seja reconhecido.

27. Na segunda parte deste estudo, buscou-se responder às questões identificadas anteriormente, apresentando-se elementos para dirimir as questões advindas do conflito entre a lógica aberta dos direitos de personalidade e a lógica restritiva da liberdade de expressão, que requer que a previsão de restrições a esse direito fundamental ocorra de maneira expressa e estrita.

28. Partiu-se da afirmação, sustentada no art. 5º, §2º, da CFRB/88, de que o ordenamento jurídico contém direitos fundamentais implícitos. Abordou-se que o problema reside em como reconhecer esses direitos fundamentais, apontando-se que para responder a essa questão, não há como evitar adentrar em considerações de natureza filosófica sobre como identificar o direito. De acordo com uma perspectiva interna ao direito, adotou-se uma concepção do direito que o enxerga como uma prática interpretativa, que se assemelha a um romance em cadeia, e deve ser guiada por um ideal de integridade. De acordo com essa concepção, para que um direito subjetivo seja reconhecido, não é necessário que esteja expresso na Constituição e nas leis constitucionais. Além disso, a vontade do legislador prever, ou não, um direito, não é argumento convincente por si só, podendo haver a atuação do judiciário para conferir a alguém um direito subjetivo não previsto expressamente em lei. Isso não significa, porém, que basta a referência a princípios morais e a-históricos, pois é preciso atentar para construção histórica dos direitos dentro de uma sociedade específica. Quanto aos argumentos consequencialistas, podem ser considerados, desde que possam ser reconduzidos a princípios do ordenamento jurídico.

29. Avançando na compreensão dos argumentos para a compreensão da existência de direitos implícitos, abordou-se a centralidade constitucional assumida pelo princípio da dignidade humana nas Constituições do Pós-2ª Guerra Mundial, fenômeno chamado de personalização do direito, consistente na convicção da primazia da pessoa sobre o Estado. Apontou-se, todavia, que apesar da importância da dignidade humana como alicerce do Estado Democrático do Direito, são muitas as dificuldades no tocante à delimitação do seu conteúdo e à sua relevância no processo decisório.

30. Quanto ao aspecto metodológico, abordaram-se as principais teses da corrente do direito civil-constitucional e as críticas a essa corrente. Assumiu-se a premissa de que, apesar de não se poder entender atualmente o direito como produto exclusivamente de suas fontes sociais, a crítica à postura metodológica da corrente do direito civil-constitucional, que celebra a abertura sistêmica ocasionada pela consagração de princípios e cláusulas gerais, tem sua razão de ser. Isso porque, em inúmeras situações absolutamente idênticas do ponto de

vista fático, essa postura metodológica faz com que cidadãos sejam tratados de forma dessemelhante, como mostrou a pesquisa anterior sobre os precedentes do STJ a respeito do direito ao esquecimento. Defendeu-se que, inexistindo regras postas pelo legislador, cabe ao judiciário indicar parâmetros seguros para a ponderação de direitos, tendo em vista situações semelhantes ou iguais que possam ser trazidas à sua análise.

31. A respeito do conteúdo autônomo do princípio da dignidade da pessoa humana, adotou-se a tese de que esse princípio deve ser visto de forma amplificada, podendo ser relativizado e ponderado com outros direitos. Abordou-se que o princípio da dignidade humana tem uma dimensão relacional, pois as pessoas nascem, vivem e morrem dentro de uma sociedade; assim, ao assegurar de um lado o valor intrínseco do ser humano, de outro lado exige-se que cada um assuma sua cota de responsabilidade pessoal. Esse princípio se desenvolve em múltiplas direções, garantindo a autonomia individual contra ingerências desmesuradas do Estado, garantindo, além do valor intrínseco da pessoa, o mínimo existencial, material e sociocultural, e o direito ao reconhecimento social. Tem diversas funções no ordenamento jurídico, dentre essas, a função genética, funcionando como critério de identificação de direitos constitucionais implícitos. Nesse caso, porém, é pesado o ônus do intérprete ao justificar a necessidade de um novo direito em um catálogo já recheado de direitos e garantias.

32. Abordou-se a ideia de direitos fundamentais, entendidos como garantias contra o Estado que contêm uma dimensão subjetiva (direitos exigíveis pelo sujeito perante o ente estatal) e uma dimensão objetiva, relacionada com os valores consagrados no ordenamento jurídico, dos quais podem decorrer ou não direitos subjetivos. Apontou-se que os direitos fundamentais são titularizados, ao mesmo tempo, por indivíduos e pela coletividade, e impõem deveres negativos, prestações fáticas e normativas, sendo, pois, multifuncionais. Registrou-se que esses direitos são normalmente previstos como princípios, que, diferentemente das regras, operam em uma dimensão de peso, e não de forma subsuntiva.

33. Apontou-se que os direitos de personalidade são construção mais recente, e designam os direitos necessários para garantir as qualidades essenciais do ser humano, os quais podem ser exigidos nas relações privadas. Registrou-se que direitos de personalidade são, também, direitos fundamentais, com origem genética na dignidade humana, e que o seu rol não é fechado, mas aberto. Defendeu-se que, embora sejam previstos como cláusulas abertas, é necessário que a legislação, a doutrina e a jurisprudência envidem esforços no

sentido de apresentar em concreto os delineamentos desses direitos e os parâmetros para resolução de conflitos.

34. No tocante à incidência de direitos fundamentais nas relações privadas, aduziu-se que, embora o assunto mereça um estudo à parte, nas situações em que se verifica o direito ao esquecimento, há uma situação de assimetria de poder, de modo que pode justificar, em tese, a intervenção do Judiciário para aplicar diretamente direitos fundamentais, na ausência de norma infraconstitucional regulando a matéria.

35. Apontou-se que a doutrina e a jurisprudência se referem aos casos em que é invocado o direito ao esquecimento como situações de confronto entre um direito fundamental (o direito à liberdade de expressão) e um direito de personalidade (o direito ao esquecimento). No entanto, essa abordagem é equivocada, pois a liberdade de expressão também é um direito de personalidade, embora subalternizada nos estudos civilistas.

36. Relativamente aos critérios/metodologia para resolução de colisões entre direitos fundamentais de personalidade, apontou-se que esses devem ser compreendidos de acordo com a teoria externa, segundo a qual pode-se distinguir o âmbito de proteção de um direito fundamental do seu âmbito de garantia efetivo. Assim, para resolver um conflito, deve-se antes apurar interpretativamente o âmbito de proteção de um direito fundamental; verificando-se, efetivamente, a existência de um conflito, verifica-se nesse momento a possibilidade de ponderação, em conformidade com os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

37. Estudou-se, ainda, a dinâmica dos direitos humanos sufragados pelo Brasil no plano internacional, em específico, aqueles consagrados no sistema interamericano de direitos humanos. Sufragou-se o entendimento de que esses direitos humanos devem ser considerados, também, como direitos fundamentais, com fundamento no art. 5º, §2º, da CRFB/88. Aduziu-se a importância de compreender esse tema, tendo em vista o conflito de interpretações existente no campo da justiça de transição (derivado do julgamento do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, pela Corte IDH), até agora não resolvido plenamente, que gira em torno da preponderância das decisões da Corte IDH sobre as decisões do STF.

38. Prosseguiu-se para a delimitação do âmbito de proteção dos direitos de personalidade apontados, normalmente, como fundamentos do direito ao esquecimento, para buscar responder à pergunta colocada sobre se há um campo

específico de tutela da dignidade humana que reclama o reconhecimento desse novo direito, com autonomia.

39. Abordou-se que o âmbito de proteção do direito à identidade tutela o aspecto dinâmico da identidade pessoal, e abrange o direito de não ser representado de forma deformada ou distorcida, “sob falsas luzes”. A infringência a esse direito ocorre quando é associado, à pessoa, um posicionamento intelectual, cultural, ideológico, político, religioso, etc, que não corresponde àquele que a pessoa efetivamente adota, ou quando esses posicionamentos são apresentados de forma descontextualizada. Também há infringência quando a representação da pessoa é inexata, quando forem omitidos aspectos essenciais ao completo entendimento da característica ou qualidade pessoal retratada, contudo, há que se ter o cuidado, nesse caso, de se dar o devido peso à liberdade de expressão, pois “o que a pessoa é” não se trata de um fato apreensível objetivamente, de modo que não se pode impedir a emissão de opiniões e juízos de valor sobre a conduta pública de alguém.

40. O direito à identidade também tem uma dimensão de reconhecimento de grupos minoritários, como é o caso das pessoas trans, o que ocorre pela necessidade de combater hierarquias de *status* presentes na sociedade.

41. Na forma sua forma mais tradicional, o direito à identidade deve ser identificado objetivamente, a partir de comportamentos intersubjetivamente aferíveis. Já quando se tem em mira o direito ao reconhecimento, que envolvem decisões de caráter íntimo, prepondera o direito do indivíduo de autodeterminar a sua identidade.

42. O direito à honra deve ser reconhecido, normativamente, como o direito ao respeito pessoal. Em razão de sua origem aristocrática, deve-se superar o entendimento dicotômico do direito à honra, centrado nas ideias de honra subjetiva e honra objetiva. Apresentou-se uma visão crítica do direito à honra, apontando-se a visão problemática do STJ no sentido de que esse direito teria uma posição preferencial em relação à liberdade de expressão, mesmo quando a manifestação está relacionada a assuntos de interesse público e envolve pessoas públicas.

43. O direito à imagem gira em torno da imagem ou representação física da pessoa, que pode ser apreendida pelo olho humano. Não se deve confundir o direito à imagem com o direito à honra, devendo-se superar a corrente que distingue a imagem-retrato da imagem-atributo.

44. O direito à privacidade contempla uma dimensão espacial (por exemplo, a inviolabilidade domiciliar), uma dimensão decisional (relativamente às decisões

mais íntimas de alguém) e uma dimensão informacional (que assegura ao indivíduo certo controle sobre as informações que lhe dizem respeito). Relativamente à dimensão informacional da privacidade, assente-se que a análise desse direito deve ocorrer de acordo com a verificação do fluxo adequado das informações pessoais. As distinções entre público e privado, entre privacidade e intimidade e entre as esferas de privacidade, embora não sejam perfeitas e, isoladamente, não assegurem a adequada compreensão dos problemas relacionados com a privacidade, são categorias úteis e mesmo imprescindíveis para a solução de problemas jurídicos.

45. O direito à proteção de dados pessoais decorre do direito à privacidade, na sua dimensão informativa, mas detém uma esfera autônoma. Destina-se a regular as condições sob as quais se legitima o processamento de dados pessoais; dentro dessa regulação, há direitos subjetivos garantidos aos titulares de dados pessoais que podem, instrumentalmente, garantir o direito à privacidade.

46. A LGPD brasileira se distingue do RGPD europeu, excluindo da disciplina relativa ao tratamento de dados pessoais as manifestações com fins artísticos ou jornalísticos, sinalizando que as especificidades dessa matéria devem ocorrer de maneira diferente, seja por meio da análise judicial e sopesamento de direitos colidentes, seja futuramente por regulação em apartado. Seguiu-se a tendência dos países da América Latina de não resolverem os casos descritos como de “direito ao esquecimento” pela ótica da legislação referente à proteção de dados pessoais.

47. Retomando-se os três conceitos de direito ao esquecimento que buscam reconhecimento na doutrina, chegou-se à conclusão de que não há elementos para o reconhecimento da autonomia desse direito.

48. Quanto à primeira formulação, rejeitou-se a existência de um direito amplíssimo, firmado na sensibilidade pessoal, e rejeitou-se também a necessidade de um novo direito cujos elementos sejam a passagem do tempo, o papel da pessoa na sociedade e as necessidades da história, pois esses elementos são considerados na análise de todos os direitos de personalidade, os quais levam em conta uma perspectiva temporal da personalidade humana, contudo, sem que esse seja o único fator a considerar.

49. Com relação à proposta de que o direito ao esquecimento é um direito de reconstruir a própria identidade, também se afastou a necessidade de um direito autônomo, pois o âmbito de proteção desse novo direito seria coincidente com o do daquele. Nesse ponto, assentiu-se que boa parte dos casos em que se pede o reconhecimento do direito ao esquecimento são situações que poderiam

ser discutidos, não à luz do direito à privacidade, mas sim sob o prisma do direito à identidade, sem a necessidade de uma nova nomenclatura. O ponto nodal desses casos não é se um fato público ou de interesse público, ao deixar de ser rememorado por algum tempo, voltou para a esfera de privacidade do indivíduo nele envolvido, mas se tal pessoa têm o direito a reconstruir a sua identidade perante a sociedade, mediante a ocultação ou obscurecimento dos fatos ocorridos no passado.

50. Quanto à ligação feita entre o direito ao esquecimento e o direito à proteção de dados pessoais, objetou-se que a legislação brasileira é clara ao afastar esse fundamento.

51. A conclusão a que se chegou é que não há um campo específico da personalidade humana a exigir o reconhecimento do direito ao esquecimento. O que há são os “velhos” direitos de personalidade, que operam com critérios como a passagem do tempo e outros elementos justificadores da permanência, ou não, de uma informação disponível, tais como ‘pessoa pública’ e ‘interesse público’. Essa conclusão parcial levou ao redirecionamento da pesquisa para responder em que situações o fluxo de informação, na internet e fora dela, pode ser contido pelo direito, para garantir o respeito aos direitos da personalidade, sem, com isso, afetar de maneira inaceitável a construção de memória individual e coletiva, e a liberdade de expressão e informação.

52. Prosseguindo no sentido de encontrar a resposta para a pergunta delineada acima, estudaram-se os fundamentos e âmbito de proteção da liberdade de expressão. No tocante aos fundamentos, afirmou-se que a justificativa principal reside no valor intrínseco dessa liberdade, cuja relevância é que os indivíduos possam formar suas próprias opiniões, crenças e pensamentos no contato com os outros. Adicionalmente, a liberdade de expressão é importante porque fomenta o autogoverno da sociedade, robustecendo o debate público e proporcionando aos cidadãos um ambiente para que tomem decisões informadas sobre temas de interesse público.

53. A liberdade de expressão (em acepção ampla) pode ser distinguida entre liberdade de expressão propriamente dita (direito de manifestar o pensamento, abarcando ideias e opiniões), direito à informação (direito individual de ter acesso a fatos ou de comunicar fatos e direito difuso da sociedade de ser informada) e liberdade de imprensa (direito dos meios de comunicação de informarem e opinarem sobre fatos de relevância pública).

54. No tocante a ideias e opiniões, não se exige a comprovação de uma verdade factual, não se tendo, em regra, a possibilidade de responsabilização. A

apresentação de opiniões acintosas, que, inclusive podem ser consideradas, por alguns, ofensivas, em determinados contextos, devem ser resguardadas como exercício legítimo de direito, pois isso faz parte do escopo original da garantia da liberdade de expressão, que tem sua raiz no poder que tem cada um e a população, em geral, de criticar o poder.

55. Com relação ao direito à informação, por outro lado, exige-se o seu exercício referido a fatos considerados verdadeiros. Essa exigência deve ser interpretada com moderação, pois, na prática, toda informação "objetiva" é objeto de interpretação; não existe informação em estado "puro". A responsabilização de quem exerce o direito de informar deve levar em conta o parâmetro da "informação subjetivamente verdadeira", exigindo-se que aquele que a propala não aja sabendo da sua falsidade ou com temerário desinteresse por sua veracidade (parâmetro da *actual malice*, desenvolvido no direito estadunidense). Somente assuntos de interesse público estão no escopo do direito à informação; contudo, deve-se interpretar ampliativamente o que está compreendido como "assunto de interesse público", evitando-se uma interpretação muito restritiva desse conceito. O direito à informação, além do direito de informar, abrange o direito de ser informado. Esse aspecto constantemente é negligenciado nos estudos do tema, uma vez que dificilmente é possível dizer quando alguém *não recebeu* uma informação que teria interesse de receber.

56. A liberdade de imprensa envolve a narrativa de fatos e abrange, também, o direito de opinar. Ainda que se pretendesse realizar um jornalismo "neutro", qualquer tentativa de neutralidade é impossível, pois a apresentação de fatos sempre passa pelo filtro das vivências daqueles que os expõem. O que se pode exigir é o cuidado, a cautela, a apuração dos fatos, sempre que possível, ouvindo-se os afetados pela notícia.

57. O julgamento da ADPF nº 130, pelo STF, que declarou não recepcionada a Lei de Imprensa, ocasionou um vácuo normativo no que diz respeito à regulamentação dos direitos e deveres da imprensa, apresentando-se distintas teses nesse particular, algumas defendendo a responsabilidade civil subjetiva, e outros a responsabilidade objetiva pela teoria do risco.

58. Mostrou-se que o cenário jurisprudencial brasileiro se afigurava bastante desfavorável e incoerente no tocante à garantia da liberdade de expressão; recentemente, todavia, o STF vem fixando alguns parâmetros para resolução de casos em que essa liberdade se contrapõe a outros direitos de personalidade, fazendo-se necessário, porém, unificar o entendimento acerca de algumas

matérias e aprofundar a fixação de *standards* para resolução dos possíveis conflitos envolvendo essa liberdade.

59. Na análise de conflitos envolvendo a liberdade de expressão e outros direitos de personalidade, apontou-se a relevância de identificar os direitos colidentes ou concorrentes e seu âmbito de proteção, pois há grande diferença, por exemplo, entre um conflito envolvendo o direito à privacidade e a liberdade de expressão e outro conflito, envolvendo o direito à honra em contraposição à liberdade de expressão. Registrou-se também a necessidade de identificar se a manifestação diz respeito a fatos ou a opiniões.

60. Apesar dessa necessidade de identificar os diretos em conflito, pode-se distinguir, em todo caso, quando o assunto do conflito é um tema de interesse público e quando, por outro lado, é um tema que não é de interesse público, pois essa distinção influencia a análise de todos os direitos de personalidade.

61. Seguindo boa parte da doutrina constitucionalista que se dedica ao estudo da liberdade de expressão, assumiu-se a posição de que essa liberdade deve gozar de uma posição preferencial na análise de conflitos com outros direitos de personalidade, quando em assuntos de interesse público, pelo fato de a liberdade de expressão ser imprescindível para o autogoverno da sociedade e em razão de a liberdade de expressão ser culturalmente desvalorizada no Brasil, tendo em vista a história do país, marcada pelo autoritarismo.

62. Dizer que a liberdade de expressão goza de uma posição preferencial não significa endossar uma hierarquia absoluta entre direitos, mas sim atribuir o ônus argumentativo à parte que pretende restringir aquela liberdade.

63. As doutrinas da *preferred position* e da *actual malice* giram em torno da ideia de que a expressão crítica a figuras públicas, sobre assuntos de interesse público, deve estar imune a sanções, exceto quando houver dolo ou culpa grave por parte do emissor da informação, segundo os critérios do “conhecimento da falsidade do fato” ou do “temerário desinteresse pela falsidade ou veracidade do fato”.

64. As cláusulas gerais previstas nos artigos 186 e 927, que cuidam da reparação de danos na esfera cível, não vedam que se estabeleça, jurisprudencialmente, um filtro mais rigoroso para a responsabilização quando estiverem em jogo notícias ou comunicações de fatos de interesse público. As doutrinas da posição preferencial e da malícia real estão em conformidade com os parâmetros da CIDH e garantem a observância do núcleo essencial da liberdade de expressão, que é a garantia da crítica a quem detém o poder ou garantia de que todos possam tomar conhecimento e se manifestar sobre

assuntos de interesse público. Entendeu-se como positiva a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir as ADIs nºs 7055 e 6792 (Brasil, 2024), nas quais fixou a responsabilização da imprensa quando configurado dolo ou culpa grave, e, como regra, afastou-se a possibilidade de responsabilização pela veiculação de notícias verdadeiras e quando houver apeas emissão de opiniões e juízos de valor.

65. Passou-se para a análise de situações corriqueiramente referidas como “de direito ao esquecimento”. Preferiu-se abordar o tema sob o título de “pretensões de esquecimento”, uma vez que não se reconheceu a autonomia desse direito.

66. No tocante às pretensões de desindexação de notícias dirigidas a motores de busca na *web*, registrou-se que a desindexação é uma medida para assegurar direitos de personalidade, não constituindo um direito autônomo. Esses pedidos devem ser analisados à luz dos artigos 19 e 21 do MCI, que dão tratamento uniforme aos motores de buscas na *web*: assim, não importa quais direitos de personalidade estão envolvidos na controvérsia, a regulação é única. Apontou-se a compatibilidade desses dispositivos com o ordenamento jurídico, afastando-se os argumentos de corrente contrária, que alega a incompatibilidade da regulação com o princípio da dignidade humana. Defendeu-se, também, que uma solução melhor que a desindexação seria determinar que o autor ou responsável pelo conteúdo (e não o motor de buscas) utilize ferramentas técnicas como o “robots.txt” para que a informação não fique acessível. Acredita-se que essa medida asseguraria a neutralidade da rede de forma mais acurada, além de satisfazer o teste tripartido imposto pela Corte IDH em matéria de liberdade de expressão.

67. No tocante às pretensões dirigidas aos autores/responsáveis pelas informações constantes em meio físico ou na *web*, distinguiram-se três situações: (i) publicações sobre fatos relacionados à ditadura militar; (ii) rememoração de notícias sobre crimes ou atos ilícitos pelos quais houve investigação/condenação há muito tempo e (iii) rememoração de notícias sobre situações vexatórias ocorridas publicamente, que não configurem crime ou investigação por ato ilícito.

68. No tocante a fatos relacionados à ditadura militar, defendeu-se que há uma proximidade nas discussões havidas em torno do instituto da anistia e as pretensões de esquecimento formuladas por ex-condenados ou investigados em processos criminais ou infracionais. Em todos esses casos, está em causa se a pessoa envolvida tem o direito subjetivo de impedir ou dificultar o conhecimento de fatos do passado, com o intuito de refazer sua identidade.

69. Afunilando-se a temática, girou a reflexão em torno da possibilidade de agentes do Estado ou opositores do regime ditatorial obterem, em juízo, ordem para obstar a veiculação de matéria, na imprensa, ou a permanência de publicações, na *internet*, acerca de crimes ou infrações cometidos durante o regime de exceção. Para refletir sobre esse assunto, buscou-se relacionar o direito com a memória, a história e o esquecimento, trazendo a lume alguns desses conceitos, oriundos de outros campos do conhecimento.

70. A história, como concebida atualmente, afastou-se de tradicional narrativa das grandes personalidades e dos eventos políticos, a partir de documentos oficiais (concepção passadista de História), sendo entendida como uma ciência que visa explicar o homem no tempo, mediante a interrogação dos objetos de pesquisa a partir do presente. A narrativa e explicação da história não têm absoluta pretensão de objetividade, pois há um entrelaçamento entre fatos e ficção; contudo, tampouco se pode dizer que a história é só discurso e narrativa, em razão da sua pretensão de cientificidade. Os rastros sobre os quais se debruçam os historiadores não se limitam aos documentos oficiais: qualquer vestígio humano é um elemento para o historiador.

71. A memória consiste em uma representação de algo percebido no passado. Diz respeito ao mundo real, e não ao mundo da fantasia. O seu titular pode ser o indivíduo ou a coletividade. É a memória que garante a unidade do eu, o vínculo do sujeito com o passado, a sua identidade. A memória individual não prescinde da memória coletiva, pois bebe em sua fonte. A memória não se opõe ao esquecimento, pois são fenômenos complementares. O esquecimento de reserva (não patológico, pois não apaga a memória) poupa a lembrança, que permanece virtualmente, podendo ser buscada. O esquecimento, assim como a memória pode ser individual ou coletivo.

72. A relação do indivíduo e da sociedade com a memória é intrínseca, pois somente por meio da memória se inserem na história, na temporalidade. A memória também se relaciona com a história, podendo ser vista como sua matriz (além de outras possibilidades de relação).

73. Há prejuízo para a memória – individual e coletiva – e, também, para a história, quando a memória é objeto de manipulação, o que ocorre quando detentores do poder mexem na identidade coletiva ou pessoal, por meio da função narrativa da história. Nesse caso, o abuso da memória é um abuso do esquecimento, em razão da função mediadora da narrativa historiográfica. A graça e a anistia são institutos de manipulação da memória.

74. Anistia é amnésia e se funda em uma justificação puramente utilitária às custas das vítimas. Ao impor uma verdade oficial, a anistia dificulta o perdão social, uma vez que esse só existe na medida em que a culpa seja reconhecida ou atribuída. Contrariamente à ideia da anistia, surge a do dever de memória, o qual foi reconhecido na quadra dos crimes contra a humanidade, inseridos, no século XX, na categoria do "injustificável". A lei de anistia brasileira foi declarada absolutamente incompatível com a Convenção Americana dos Direitos Humanos, devendo o Brasil reconhecer também a sua incompatibilidade com a CRFB/88. Mas, ainda que se adotem truques ilusionistas para não cumprir as obrigações com os direitos humanos, não se pode entender que a lei da anistia instituiu um direito ao esquecimento dos crimes praticados no contexto da ditadura militar, tendo em vista que se limita ao campo criminal.

75. É com preocupação que se observa, no STJ, uma ampliação dos termos da Lei de Anistia em julgados proferidos no campo cível (Casos "Ustra" e "Zarattini Filho"). Não se pode confundir anistia com perdão, pois o perdão não pode ser imposto. Além disso, o direito à verdade deve ser garantido contra qualquer instituição de uma verdade oficial pelo Estado. Assim, a imprensa e os cidadãos podem relembrar, a qualquer momento, os crimes e atos infracionais – e de resto, todas as circunstâncias fáticas, políticas, econômicas, etc – relacionadas com a ditadura militar, sem limitação de tempo, não podendo prosperar qualquer pretensão de esquecimento (censura prévia, retirada de publicações da *internet*, recolhimento de obras, etc). Nos casos em que a causa de pedir for a imputação de fato não verdadeiro (como no caso Zarattini Filho), deve-se aplicar o parâmetro da malícia real, de modo a robustecer o debate sobre temas de interesse público.

76. O debate sobre a anistia levanta uma questão relevante, de saber se os ex-condenados pela prática de crimes que não se enquadram na categoria dos crimes contra a humanidade (e, portanto, suscetíveis ao reconhecimento da prescrição e à reabilitação criminal) têm direito subjetivo de não serem lembrados pelos crimes cometidos, de obstarem terceiros de trazer à lembrança esses eventos. Retomou-se essa questão analisando-se a pretensão em conformidade com o âmbito normativo do direito à identidade. No intuito de responder a esse questionamento, distinguiram-se os crimes graves daqueles que podem ser considerados "menos graves". No caso de crimes graves, há maior consenso de que devem ser lembrados pela "barbaridade" dos atos cometidos, pelas particularidades que os fazem "dignos" de serem rememorados, com vistas a que a sociedade deles não se esqueça, não só como tributo às vítimas e a seus familiares (dever de memória), como também como exemplo daquilo que não deve

ser repetido. A imprensa e a sociedade, de modo geral, têm o direito de relembrarem os crimes qualificados como graves, sem limitação de tempo, pois qualquer limitação nesse sentido seria uma subtração inaceitável das memórias individual e coletiva. O direito à memória, nesse caso, inclui o de lembrar o nome das vítimas e o dos perpetradores, pois isso faz parte do direito que o indivíduo e a sociedade têm de serem informados a respeito de fatos de interesse público. Quando uma pessoa, por exemplo, realiza uma busca na *web,* a partir do nome de alguém, o faz com um propósito que só essa pessoa tem condições de saber, e se vale do seu direito individual de buscar e conhecer informações de seu interesse.

77. O direito à identidade, ao mesmo tempo em que possui uma dimensão pessoal, tem uma dimensão relacional. Na dimensão relacional, o direito à identidade deve deixar um espaço para as pessoas fazerem o seu próprio juízo sobre "quem é" aquela pessoa com a qual travaram algum tipo de conhecimento. A identidade de uma pessoa, é claro, muda ao longo do tempo; mas sempre há algo que permanece. Na sua historicidade, o ser humano é um misto de permanências e mudanças. Não deve caber ao próprio indivíduo "contar para os outros" a sua própria versão sobre quanto permaneceu e quanto mudou. A construção de uma nova identidade deve ser feita à luz da verdade, e não às custas do esquecimento social. Propõe-se que não se pode confundir o cumprimento da pena e a reabilitação criminal (que têm efeitos específicos descritos na legislação penal e processual penal) com uma obrigação mais ampla, no campo cível, de que crimes e o nome de seus perpetradores não possam ser lembrados pela imprensa ou pela sociedade em geral.

78. Mesmo no caso de crimes que poderiam ser tidos como "menos graves", entende-se que o direito à identidade não engloba o direito de ocultar o passado criminal, reverberado na imprensa, pois, mesmo que se admita que a identidade humana esteja inserida em uma perspectiva temporal (ou seja, seres humanos podem mudar e mudam ao longo da vida), não cabe ao indivíduo ditar aos outros quanto de sua identidade permaneceu e quanto mudou. A questão, aqui, não é de ponderação de direitos, e sim de adequada identificação do âmbito de proteção do direito à identidade. Nesse caso, tem-se o risco de que o reconhecimento do direito ao esquecimento pudesse ser utilizado por pessoas poderosas, figuras públicas, com o intuito de "limparem o passado". Adicionalmente, haveria a dificuldade de estabelecer quais crimes podem ser considerados graves o bastante para que seja negada a pretensão ao esquecimento, e quais seriam considerados menos graves. Além disso, o juízo de ponderação, nesse caso,

incidiria na dificuldade de se admitir que o direito de garantir a ressocialização por meio da retirada de conteúdo, desindexação, anonimização, etc, vale para alguns ex-condenados e não vale para outros. Nesses casos, em que condenações por crimes menos graves repercutem na imprensa e são lembradas, tempos depois, entende-se que o direito à identidade só será ferido se a nova publicação relativa ao crime não cuidar de estabelecer um recorte temporal ou não se referir à vida atual do ex-condenado, dando-lhe a oportunidade, inclusive, de manifestação.

79. No tocante a pessoas que foram investigadas, mas não condenadas, a questão também é delicada. A prosperar o reconhecimento do direito ao esquecimento, corre-se o risco de o Judiciário instituir uma verdade oficial e inquestionável. Também nesse caso, entende-se que só será ferido o direito à identidade pessoal se a nova publicação relativa às investigações não cuidar de estabelecer um recorte temporal ou não se referir à vida atual do ex-investigado, dando-lhe oportunidade, inclusive, de manifestação.

80. Se os ex-condenados e investigados pela prática de crimes não têm, como se refletiu, o direito a obstarem a rememoração de fatos nos quais restaram envolvidos, tampouco têm as vítimas e familiares das vítimas qualquer direito nesse sentido. Não se verifica um interesse individual que supere a necessidade de memória social sobre crimes cometidos no passado, uma vez que a demanda estaria baseada somente em sentimentos (subjetivos), significando uma delimitação voluntarista do direito. Além disso, a figura da vítima (suas condições fáticas de vida, suas características pessoais) são indissociáveis da narrativa, como observou o STJ no julgamento do caso Aída Curi, não seria possível narrar o caso sem aquela figura.

81. Quando há a rememoração, pela imprensa, ou permanência, na *internet*, de notícias sobre situações vexatórias que não configurem crime ou investigação por ato ilícito, e as demandas são dirigidas contra motores de buscas na *web*, aplica-se o regramento previsto no MCI, artigos 19 a 21. Por outro lado, sendo a demanda dirigida aos autores ou responsáveis pela manifestação, há a necessidade de se analisar quais direitos da personalidade estão envolvidos, e se os fatos noticiados/retratados são ou não de interesse público, e envolvem ou não figuras públicas. Assim, por exemplo, alguns casos que foram descritos como sendo pretensões de “direito ao esquecimento”, poderiam ter sido resolvidos à luz dos “tradicionais” direitos de personalidade, à luz dos parâmetros mencionados acima.

82. Não havendo como abordar as centenas de possibilidades de conflitos entre direitos de personalidade e a liberdade de expressão, espera-se ter

contribuído no sentido de pensar soluções para os casos analisados, em especial, para as situações descritas como se tratando de direito ao esquecimento.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. **Revista de Processo**, vol. 268, 2017.

AHUMADA, Maurício; SILVA, Rodrigo; VEGA, Camilo. **Derecho al olvido y libertad de expresión:** análises prospectivo de uma colisión jurídico-comunicacional. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Escuela de Periodismo, 2018. Disponível em: http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-5000/UCC5077_01.pdf. Acesso em 10. jul. 2023.

ALÉN-SAVIKKO, Anette. Finland: The Right to be Forgotten. in Werro, F. (ed.) The Right to be Forgotten. Springer, Cham, pp. 141-161, 2020. **Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law**, vol 40. doi: 10.1007/978-3-030-33512-0_7

ALEMANHA. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. November, 1999. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/11/rk19991125_1bvr034898.html. Acesso em 9 ago. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo-SP: Malheiros, 2015.

ALVES, Felipe Dalenogare; GOFAS, Faena Gall. O transexual e o direito ao esquecimento no ciberespaço após a mudança de gênero: por um tratamento compatível com o constitucionalismo contemporâneo brasileiro, de promoção aos direitos fundamentais e garantia à diversidade. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2017, p. 78-99. Disponível: https://www.e-publicacoes.uerj.br/publicum/article/view/25187. Acesso em 8 mai. 2023.

AMARAL, Isabelle. **Elize Matsunaga deixa de trabalhar como motorista de aplicativo no interior de SP por julgamentos**. R7, 2024. Disponível em: https://noticias.r7.com/sao-paulo/elize-matsunaga-deixa-de-trabalhar-como-motorista-de-aplicativo-no-interior-de-sp-por-julgamentos-05052023/. Acesso em 18 mai. 2024.

ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Oblivion: the right to be different...from oneself: re-proposing the right to be forgotten. In: GHEZZI, Alessia (et al.). **The ethics of memory in a digital age:** interrogating the right to be forgotten**.** Basingstoke-England, 2014.

ANDRÉANI, Alexis. **Le droit à l'oubli, étude comparée entre la France et les Etats-Unis**. Master 2 droit compare des affaires. Université de Paris II. Panthéon-Assas, 2020. Disponível em: https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/29780fd1-2435-4924-90ef-de9cb7ffa4a2?inline. Acesso em 11 jun. 2022.

AMBROSE, Meg Leta; AUSLOOS, Jef. The right to be forgotten across the pond. **Journal of information policy 3** (2013), p. 1-23. Disponível em https://www.jstor.org/stable/10.5325/jinfopoli.3.2013.0001. Acesso em 30 out. 2023.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso Extraordinario Federal nº 522. XLIX. Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. Sentencia de 28 de octubre de 2014. Disponível em: https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7162581. Acesso em 17 mai. 2023.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. CIV 50016/2016/CSI. Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. Sentencia de 28 de junio de 2022. Disponível em: https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7765751. Acesso em 17 mai. 2023.

ARTIGO 19. **"Direito ao Esquecimento" no Brasil:** subsídios ao debate legislativo. São Paulo: [s.n.], 2017. Disponível em: http://artigo19.org/?p=11822. Acesso em 8 mai. 2023.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del Derecho:** teoria de los enunciados jurídicos. Barcelona-Espanha: Editorial Ariel S/A, 1996.

AZURMENDI, Ana. Por un «derecho al olvido» para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la sentencia del tribunal de justicia europeo del caso google spain y su recepción por la sentencia de la audiencia nacional española de 29 de diciembre de 2014. **Revista de Derecho Político UNED**. n. 92, jan./abr. 2015. Disponível: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5050053. Acesso em 6 out. 2023.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
_____. Liberdade de expressão, imprensa e mídias sociais: jurisprudência, direito comparado e novos desafios. **Revista Jurídica da Presidência,** Brasília, v. 25, n. 135, jan./abr., 2023, p. 20-48. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/3015/1445. Acesso em 24. Abr. 2023.
BÉLGICA. Cour de Cassation. Civ. Namur (1re ch.) 27 septembre 1999 Siège: MM. Chr. Robert et M. Borgers, Mme A.C. Dubé. J.-L V... et J. H... (M Ph. Davreux) c. a.s.b.l. Canal Zoom (M. B. Havert loco F. De Visscher).
BELLO FILHO, Ney de Barros. A dimensão subjetiva e a dimensão objetiva da norma de direito fundamental ao meio ambiente. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 19, n. 11/12, nov./dez., 2007.
BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
BLOCH, Marc. **Apologia da História, ou, O ofício do historiador.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
BOBADILLA, Ángela Moreno. The Right to Be Forgotten in the US and Europe: same origin, diferente development. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 49, nº 2, pp. 1-17. Disponível em: https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/fded6cac-c2fe-4e1c-b4e0-df2eb9c8b314/content. Acesso em: 24 set. 2023.
BOIZARD, Maryline. Le Temps, Le Droit à L'oubli et Le Droit à L'effacement. **Dalloz, "Les Cahiers de la Justice"**, nº 4, 2016, pp. 619-628. Disponível em: https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2016-4-page-619.htm. Acesso em 4 ago. 2023.
_____. *et al.* Le droit à l'oubli. [Rapport de recherche] 11-25, **Mission de recherche** Droit et Justice, 2015. Disponível em: https://shs.hal.science/halshs-01223778. Acesso em 8 mai. 2024.
BOSSI, Pedro Pimenta. Democracia, justiça de transição e controle de convencionalidade. In: **Justiça de Transição e Democracia**. Org. Eneá de Stutz e Almeida. 1. ed. Salvador-BA: Soffia 10 Assessoria Socioculturais e Educacionais, 2021.
BOTELHO, Catarina Santos. Novo Ou Velho Direito? – O Direito Ao Esquecimento E O Princípio Da Proporcionalidade No Constitucionalismo Global. **AB INSTANTIA**, v. 7, 2017, pp. 49-71. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3130258. Acesso em 8 mai. 2023.
BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet.** Porto Alegre: Arquipélago editorial, 2017
BRASIL. _____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 19 jul. 2023.
_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em 9 mai. 2024.
_____. **Lei nº 6.383, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm. Acesso em 16 jun. 2023.
_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 set. 2022.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 9 mai. 2024.

_____. **Decreto nº 592. De 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm#:~:text=Toda%20crian%C3%A7a%20ter%C3%A1%20direito%2C%20sem,2. Acesso em 9 mai. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). ***Habeas Corpus* 73.044/SP.** Habeas corpus preventivo. Prisão civil de depositário infiel decretada em ação de depósito de bem alienado fiduciariamente (art. 66 da Lei nº 4.728/65 e Decreto-lei nº 911/69): art. 5º, LXVII, da Constituição e Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), Decr. Nº 678/92. Alegação de prescrição da pretensão punitiva. [...] Rel. Min. Maurício Correa, julgado em 19 de março de 1996.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 20 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turm). **Recurso Especial nº 595.600/SC.** Direito civil. Direito de imagem. Topless praticado em cenário público. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torna-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 18 de março de 2004.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (5. Câmara de Direito Público). **Apelação Cível nº 2008.001.48862**. Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal. [...]. Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Julgado em 13 de novembro de 2008. Disponível em: https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EED189BD70D943FB4DF9D32CC4F954CF62C40213455F&USER=. Acesso em 15 mai. 2024. (2008a).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 466.343.** Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. [...], Rel. Min. Cesar Peluso, julgado em 3 de dezembro de 2008 (2008b).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da "liberdade de informação jornalística", expressão sinônima de liberdade de imprensa. A "plena" liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. [...] Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30 de abril de 2009 (2009a).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 511.961/SP**. Jornalismo. Exigência de diploma de curso superior, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. [...] Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17 de junho de 2009 (2009b).

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (19. Câmara Cível). **Embargos Infringentes nº 2009.005.00079**. Embargos Infringentes. Indenizatória. Matéria televisivo-jornalística: "chacina da Candelária". Pessoa acusada de participação no hediondo crime e, alfim, inocentada. Uso inconsentido de sua imagem e nome. Conflito aparente entre princípios fundamentais de direito: informação "vs" vida privada, intimidade e imagem. Direito ao esquecimento e direito de ser deixado em paz: sua aplicação. Proteção da identidade e imagem de pessoa não-pública. Dados dispensáveis à boa qualidade jornalística da reportagem. Dano moral e dano à imagem: distinção e autonomia relativa. Indenização. Quantificação: critérios. [...]. Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres. Julgado em 19 de maio de 2009 (2009c).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153.** Lei n. 6.683/79, a chamada "lei de anistia". Artigo 5º, caput, III e XXXIII da Constituição do Brasil; Princípio democrático e princípio republicano: não violação. Circunstâncias históricas. Dignidade da pessoa humana e tirania dos valores. [...] Caráter Crimes conexos definidos pela lei nº 6.683/79. Caráter bilateral da anistia, ampla e geral. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na sucessão das frequentes anistias concedidas, no Brasil, desde a República. [...] Poder constituinte e "auto-anistia". Integração da anistia da lei de 1979 na nova ordem constitucional. Acesso a documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à verdade. Relator(a): Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29 de abril de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187/DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Admissibilidade. [...] Mérito: "Marcha da Maconha". Manifestação legítima, por cidadãos da República, de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim) [...] Debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso [...]. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgada em 15 de junho de 2011 (2011a).

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º , no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências, (2011b). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 9 mai. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.316.921/RJ**. Civil e consumidor. Internet. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de pesquisa. Filtragem prévia das buscas. Desnecessidade. Restrição dos resultados. Não cabimento. Conteúdo público. Direito à informação. [...] Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26 de junho de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.335.153/RJ**. Recurso Especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha Direta-Justiça. Homicídio de repercussão nacional ocorrido no ano de 1958. Caso "Aída Curi". Veiculação, meio século depois do fato, do nome e imagem da vítima. Não consentimento dos familiares. Direito ao esquecimento. Acolhimento. Não aplicação no caso concreto. Reconhecimento da historicidade

do fato pelas instâncias ordinárias. Impossibilidade de desvinculação do nome da vítima. Ademais, inexistência, no caso concreto,d e dano moral indenizável. Violação ao direito de imagem. Súmula n. 403/STJ. [...] Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28 de maio de 2013 (2013a).

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.334.097/RJ**. Recurso Especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha Direta-Justiça. Sequência de homicídios conhecida como chacina da Candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconsentida de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. [...] Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28 de maio de 2013 (2013b).

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). ***Habeas Corpus* nº 256.210-SP.** Habeas Corpus – Furto Simples Tentado – Writ substitutivo de Recurso Especial – Impropriedade da via eleita- Dosimetria – Art. 59 do Código Penal Pena-base três vezes acima do mínimo legal – Desproporcionalidade – Treze condenações transitadas em julgado – Condutas perpetradas há 14 anos antes da prática do novo delito – Direito ao esquecimento [...] Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 3 de dezembro de 2013 (2013c).

_____. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 531, 2013** (2013d). Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142. Acesso em 14 jul. 2023.

_____. CNJ. **Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2013**. Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registros (2013e). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243. Acesso em 9 mai. 2024.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, (2014a). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 6 jun. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.434.498/SP**. Recurso Especial. Civil e processual civil. Ação declaratória de existência de relação jurídica de responsabilidade civil, nascida da prática de ato ilícito, gerador de danos morais, no período da ditadura militar brasileira. Ajuizamento contra o oficial comandante acusado das torturas sofridas pelos demandantes. Pretensão meramente declaratória. Legitimidade e interesse. Prescrição. Inocorrência. [...] Rel. Min. Nancy Andrighi; Rel. p/ acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 9 de dezembro de 2014 (2014b).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 20 e 21 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil). [...] Mérito: aparente conflito entre princípios constitucionais: liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (art. 5º, incs. IV, IX, XIV; 220, §§1º e 2º) e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inc. X). Adoção de critério da ponderação para interpretação de princípio constitucional. [...] Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto [...]. Rel. Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10 de junho de 2015 (2015a).

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). ***Habeas Corpus* nº 126.315**. Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15 de setembro de 2015 (2015b).

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.578.033/RJ.** Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. Furto Qualificado. Maus antecedentes. Período depurador. Afastamento. Impossibilidade. Agravo regimental não provido. [...] 2. Quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento. [...] Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; julgado em 16 de junho de 2016 (2016a).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2404.** Ação Direta de inconstitucionalidade. Expressão "em horário diverso do autorizado", contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Classificação indicativa. Expressão que tipifica com o infração administrativa a transmissão, via rádio ou televisão, de programação em horário diverso do autorizado, com pena de multa e suspensão da programação da emissora por até dois dias, no caso de reincidência. Ofensa aos arts. 5º, inciso IX; 21, inciso XVI; e 220, caput e parágrafos, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. [...] Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 31 de agosto de 2016 (2016b).

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.369.571/PE**. Recurso Especial. Processual Civil (CPC/73). Ação de indenização. Danos morais. Matéria jornalística. Revaloração de provas. Possibilidade. [...] Direito à informação e à livre manifestação do pensamento. Caráter absoluto. Inexistência. Dever de cuidado. Necessidade de observância. Direito ao esquecimento. Tutela da dignidade da pessoa humana. Responsabilidade das empresas jornalísticas. Inexigência de prova inequívoca da má-fé. Quantum indenizatório. Redução. Possibilidade. Obediência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. [...]. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Rel. p/ acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 22 de setembro de 2016 (2016c).

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.593.873/SP**. Processual Civil e Civil. Recurso Especial. Ação de obrigação de fazer. Provedor de pesquisa. Direito ao esquecimento. Filtragem prévia das buscas. Bloqueio de palavras-chave. Impossibilidade. [...] Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10 de novembro de 2016 (2016d).

_____. CNJ. **Provimento nº 73, de 14 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa *transgênero* no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/compilado151847202309096 4fc8cd7033ab.pdf. Acesso em 9 mai. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF.** Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade

de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. Rel. Min Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 1º de março de 2018 (2018a).

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.660.168/RJ.** Recurso Especial. Direito Civil. Ação de obrigação de fazer. [...] 3. Provedor de aplicação de pesquisa na internet. Proteção a dados pessoais. Possibilidade jurídica do pedido. Desvinculação entre nome e resultado de pesquisa. Peculiaridades fáticas. Conciliação entre o direito individual e o direito coletivo à informação. 4. Multa diária aplicada. Valor inicial exorbitante. Revisão excepcional. 5. Recurso Especial parcialmente provido. [...] Rel. Min. Nancy Andrighi; Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 8 de maio de 2018 (2018b).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 1075412 com Repercussão Geral.** Tema 995 – Controvérsia relativa à liberdade de expressão e ao direito à indenização por danos morais, devidos em razão da publicação de matéria jornalística na qual terceiro entrevistado imputa a prática de ato ilícito a determinada pessoa. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17 de maio de 2018 (2018c).

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), (2018e). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 6 jun. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.766.460/SP.** Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. Condenações pretéritas alcançadas pelo período depurador do art. 64, I, do Código Penal. Configuração de maus antecedentes. Possibilidade. Exceção no caso de longo período decorrido desde as condenações. ´[...] Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; julgado em 12 de março de 2019 (2019a)

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no** Habeas Corpus **nº 468.970/SC.** [...] Tráfico de entorpecentes. Dosimetria. Pena-base acima do mínimo legal. Quantidade não relevante. Valoração afastada. Antecedente muito antigo. Direito ao esquecimento. [...] Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 28 de março de 2019 (2019b)

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 50.935/RJ.** [...] Extinção da punibilidade pelo implemento da prescrição. Direito ao esquecimento. Pretensão punitiva. Não escoamento do prazo. Pretensão executória. Não deflagração, porquanto em execução penal. Recurso não provido. [...] Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11 de junho de 2019 (2019c).

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). ***Habeas Corpus* nº 505.302/SP.** [...] Execução Penal. Progressão de Regime. Indeferimento por falta de requisito subjetivo. Constrangimento ilegal evidenciado. *Habeas Corpus* concedido. [...] 4. Na espécie, em consonância com a jurisprudência desta Corte, verificado que a última prática de falta grave ocorreu em 2005, considera-se o período decorrido desde então, sem novo ato de indisciplina, para, no caso concreto, reconhecer o direito ao esquecimento. [...] Rel. Rogério Schietti Cruz, julgado em 25 de junho de 2019 (2019d).

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Quinta Turma reduz pena de Elize Matsunaga por reconhecimento de confissão**, 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-03-22_06-56_Quinta-Turma-reduz-pena-de-Elize-Matsunaga-por-reconhecimento-de-confissao.aspx. Acesso em 18 mai. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.736.803/RJ**. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais cumulada com obrigação de fazer e não fazer. Matéria jornalística. Revista de grande

circulação. Crime histórico. Reportagem. Repercussão nacional. Direito à privacidade. Pena perpétua. Proibição. Direito à ressocialização de pessoa egressa. Ofensa. Configuração. Direito ao esquecimento. Censura prévia. Impossibilidade. Memória coletiva. Direito à informação. Liberdade de expressão. Esposo e filhos menores. Extensão dos efeitos da condenação. Princípio da pessoalidade da pena. Direito ao desenvolvimento integral. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dano moral. Valor da indenização. Reexame fático. Vedação. [...] Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 28 de abril de 2020 (2020a).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387.** Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Referendo. Medida Provisória nº 954/2020. Emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (Covid-19). Compartilhamento de dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Fumus boni iuris. Periculum in mora.* Deferimento. [...]**.** Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 7 de maio de 2020 (2020b).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6388**. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Referendo. Medida Provisória nº 954/2020. Emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (Covid-19). Compartilhamento de dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Fumus boni iuris. Periculum in mora.* Deferimento. [...]**.** Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 7 de maio de 2020 (2020c).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6390.** Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Referendo. Medida Provisória nº 954/2020. Emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (Covid-19). Compartilhamento de dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Fumus boni iuris. Periculum in mora.* Deferimento. [...]**.** Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 7 de maio de 2020 (2020d).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6393**. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Referendo. Medida Provisória nº 954/2020. Emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (Covid-19). Compartilhamento de dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Fumus boni iuris. Periculum in mora.* Deferimento. [...]. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 7 de maio de 2020 (2020e).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 1.010.606 com Repercussão Geral.** [...] 8. Fixa-se a seguinte tese: "É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível". Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11 de fevereiro de 2021 (2021a).

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.334.097/RJ**. Recurso Especial. Repercussão Geral. Julgamento concluído. Juízo de retratação ou ratificação. Direito civil-constitucional. Conflito aparente de valores constitucionais. Direito de informação e expressão vs. Direitos da

personalidade. Documentário exibido em rede nacional. Chacina da Candelária. Tema n. 786/STF. RE nº 1.010.606/RJ. Compatibilidade entre os acórdãos do STJ e STF. Ratificação do julgado. [...] Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 9 de novembro de 2021 (2021b).

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.961.581/MS**. Civil e processual civil. Recurso Especial. Ação de obrigação de fazer. Matéria jornalística. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Exclusão da notícia. Direito ao esquecimento. Não cabimento. [...] Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7 de dezembro de 2021 (2021c).

_____. Superior Tribunal de Justiça (Decisão monocrática). **Recurso Especial nº 1.774.425/RJ.** [...] Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, revitalizando a sentença de improcedência, inclusive no tocante aos ônus sucumbenciais lá fixados. [...]". Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 28 de setembro de 2021 (2021d).

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.774.425/RJ**. Agravo interno no Recurso Especial. Marco Civil da internet. Provedor de buscas. Inexistência no ordenamento brasileiro de direito ao esquecimento. Tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal sob o rito da repercussão geral. Alegado distinguishing que não se sustenta. [...]. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverio, julgado em 14 de março de 2022 (2022a).

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.660.168/RJ**. Recurso Especial. Juízo de retratação (CPC/2015, art. 1.040, inciso II). Tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, de ser incompatível com a Constituição Federal o chamado direito ao esquecimento [...] Acórdão da Terceira Turma do STJ que não afrontou referido entendimento. Ausência de determinação de exclusão da pesquisa no banco de dados pertencente às rés, havendo apenas a determinação da desvinculação do nome da autora, sem qualquer outro termo, coma matéria desabonadora referente à fraude em concurso público. Preservação do conteúdo. Conciliação entre o direito individual à intimidade e à privacidade e o direito coletivo à informação. Juízo de retratação não exercido, mantendo-se, na íntegra, o acórdão proferido no bojo do presente Recurso Especial. Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, julgado em 21 de junho de 2022 (2022b).

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1075412 com Repercussão Geral**. [...] Tese. 1. A plena proteção constitucional à liberdade de imprensa é consagrada pelo binômio liberdade com responsabilidade, vedada qualquer espécie de censura prévia. Admite-se a possibilidade posterior de análise e responsabilização, inclusive com remoção de conteúdo, por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais. Isso porque os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. 2. Na hipótese de publicação de entrevista em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se: (i) à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; e (ii) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios. [...] Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 29 de novembro de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7055**. [...] tese de julgamento: "1. Constitui asséd judicial comprometedor da liberdade de expressão o ajuizamento de inúmeras ações a respeito dos mesmos fatos, em comarcas diversas, com o intuito ou o efeito de constranger jornalista ou órgão de imprensa, dificultar sua defesa ou torná-la excessivamente onerosa; 2. Caracterizado o assédio judicial, a parte

demandada poderá requerer a reunião de todas as ações no foro de seu domicílio; 3. A responsabilidade civil de jornalistas ou de órgãos de imprensa somente estará configurada em caso inequívoco de dolo ou de culpa grave (evidente negligência profissional na apuração dos fatos)". Rel. Min. Rosa Weber, Relator p/ Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 22 de maio de 2024.

BYRUM, Kristie. The european right to be forgotten: a challenge to the United States Constitution's first amendment and professional public relations ethics. Elsevier, **Public Relations Review**, Volume 43, Issue 1, March 2017, p. 102-111. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1016/j.pubrev.2016.10.010. Consulta em 28 out. 2020.

CAIRE, Anne-Blandine *et. al.* Dossier: "Le droit à l'oubli", Actes du coloque de Clermont-Ferrand du 25 mars 2015, textes réunis par A-B. Caire et. C. Lantero, **La Revue du Centre Michel de L'Hospital** [Em ligne], J-B. Perrier (dir.), nº 8, 2016, nº 7-66.

CAMPOS, Ligia Fabris. **O direito de ser si mesmo:** a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro. Departamento de Direito. 2006. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeir. Rio de Janeiro-RJ, 2006.

CAPELOTTI, João Paulo. **O humor e os limites da liberdade de expressão:** teoria e jurisprudência. São Paulo: Dialética, 2022.

CARVALHO, Mario; CARRARA, Sérgio. Em direção a um futuro trans? Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. **Revista latino-americana**, n. 14, ago. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/j/sess/a/bwWdcsDTNwS9mxzBkX6MSmx/abstract/?lang=pt#ModalDownloads. Acesso em 16 mai. 2024.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental *prima facie***. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

CHILE. **Decreto Ley 409, de 12 de agosto de 1932**. Establece normas relativas reos. In: Biblioteca del Congresso Nacional de Chile. Disponível em: https://wwwhttps://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=170285&idVersion=2022-02-05.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=170285&idVersion=2022-02-05. 5 ago. 2023.

_____. Corte Suprema (Tercera Sala). Apelación Protección. **Rol nº 22243-2015**. Grazaiani Le-Fort Aldo contra Empresa El Mercurio S.A.P. Redactor Ministro Carlos Aránguiz Z. Julgado em 21 de enero de 2016. Disponível em: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#. Acesso em 11 jul. 2023.

_____. Corte Suprema (Tercera Sala). Apelación Protección. **Rol nº 20406-2018**. Gonzalo Arriagada Bahamondes contra Defensoria Penal Pública. Redactor Ministro Muñoz. Julgado em 3 enero de 2019. Disponível em: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema. Acesso em 11 jul. 2023.

_____. Corte Suprema (Tercera Sala). Apelación Protección. **Rol nº 23107-2018**. Moyano Aguirre Katerin contra Asesoría Comunicacional y Producciones, Edición Cero Ltda. Redactor Abogado Integrante señor Barra. Julgado em 15 de enero de 2019. Disponível em: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema. Acesso em 11 jul. 2023.

_____. Corte Suprema (Tercera Sala). Apelación Protección. **Rol nº 18818-2019**. Alveal Antonucci Gonzalo vs. Google-Bing-Duck Duck Go- Poder Judciial. Redactor Ministro Suplente señor Mera. Julgado em 27 de deciembre de 2019. Disponível em: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema. Acesso em 11 jul. 2023.

_____. Corte Suprema (Tercera Sala). Apelación Protección. **Rol nº 41260-2019**. Ramos/Sociedad Periodistica Araucania S/A. Redactor Abogado Integrante señor

Pallavicini. Julagdo em 19 de mayo de 2020. Disponível em: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema. Acesso em 11 jul. 2023.
_____. Corte Suprema (Tercera Sala). Apelación Protección. **Rol nº 51-2020.** Castillo/Google Inc. Redactor Ministro Suplente Gómez Montoya. Julgado em 01 de abril de 2020. Disponível em: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema. Acesso em 11 jul. 2023.
COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. Trad. André Villalobos. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 7, Brasília, janeiro-abril de 2012, pp. 165-203. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/WbYcwGtYJNSmvpKyFDZqQKs/?lang=pt&format=pdf. Acesso em 24 ago. 2023.
COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Liberdade de expressão na internet:** desafios regulatórios e parâmetros de interpretação. Salvador: Juspodivm, 2019.
COLOMBIA. Corte Constitucional (Sala Primera de Revisión). **Sentencia T-277/15**. Derecho a la intimidad y al debito proceso – Caso en que se solicita eliminar resultados de buscadores de internet, sobre información de una captura y supuesta participación em hechos delictivos relacionados com la trata de personas. [...] Intermediarios de internet – No son responsables por el contenido que publican sus usuários. Derecho a la intimidad y al debido processo – Orden a médio de comunicación, actualizar información publicada em página web respecto a los hechos que relacionan a la accionante com el delito de trata de personas, de tal manera que informe que la misma no fue vencida em juicio. Derecho a la intimidad y al debido processo – Orden a medio de comunicación hacer uso de uma herramienta técnia que evite que por medio de los buscadores de internet pueda accederse a la noticia que narra la captura y procesamiento de la accionante por el delito de trata de personas. Ponente Magistrada María Victoria Calle Correa. Julgado em 5 de dezembro de 2015. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm. Acesso em 4 jun. 2023.
COLUMBIA UNIVERSITY. The England and Wales High Court. **NT1 and NT2 v. Google LLC. Case Number EWHC 799 (QB)**. Date of decision: April 13, 2018. Disponível em: https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/nt1-nt2-v-google-llc/. Acesso em 17 out. 2023.
COSTA, André de Abreu. **Direito ao esquecimento:** o tempo na narrativa jurídica acerca da possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo a “ser deixado em paz”. Programa de Pós-Graduação em História. 2019. 381 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal de Ouro Preto. Instituto de Ciências Humanas e Sociais. Mariana-MG, 2019.
COUTO, Cleber. Livre para falar, ouvir e sorrir. Sobre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão. **RJLB**, ano 7, n. 1, 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/1/2021_01_0433_0466.pdf. Acesso em 9 mai. 2024.
COX, Christopher. The origins and original intent of Section 230 of the Communications Decency Act. **Richmond Journal of Law and Technology**, 2020. Disponível em: https://jolt.richmond.edu/2020/08/27/the-origins-and-original-intent-of-section-230-of-the-communications-decency-act/. Acesso em 24 jul. 2023.
CRUYSMANS, Edouard. L’arrêt Google Spain de la Cour de justice de l’Union européenne: un clic de plus vers la reconnaissance d’um droit à l’oubli numérique. In: **Justice em ligne**, vol. 4 juillet 2014. Disponível em: https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:146722. Acesso em: 11 out. 2022.
CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte especial (arts. 121 ao 361). 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DAL POZZO, Augusto Neves; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Curso de direito administrativo** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.
D'ANTONIO, Virgílio; POLLICINO, Oreste. The right to be forgotten in Italy. in Werro, F. (ed.) The Right to be Forgotten. Springer, Cham, pp. 141-161, 2020. **Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law**, vol 40. doi: 10.1007/978-3-030-33512-0_7
DE CICCO, Maria Cristina de. O direito ao esquecimento existe. Editorial à **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-ao-esquecimento-existe/>. Acesso em 8. Mai. 2024.
HARTOG, F. **Regimes de historicidade**: presentismo e experiências do tempo. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.
DE HERT, Paul; GUTWIRTH, Serge. Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxemburg: Constitutionalisation in Action. In: GUTWIRTH, Serge et al [orgs]. **Reinventing Data Protection?** Dordrecht: Springer Netherlands, 2009. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-1-4020-9498-9. Acesso em 5 out. 2023.
DE STUTZ E ALMEIDA, Eneá. A natureza jurídica da anistia política no Brasil. In: **Justiça de Transição e Democracia.** Eneá de Stutz e Almeida (org.). 1. ed. Salvador-BA: Soffia 10 Assessoria Socioculturais e Educacionais, 2021b.
_____. O processo constitucional da transição brasileira. In: **Justiça de transição e democracia.** Org. Eneá de Stutz e Almeida. 1. ed. Salvador-BA: Soffia 10 Assessoria Socioculturais e Educacionais, 2021.
DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, n. 6, junho de 2005. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/os_direitos_de_personalidade_no_codigo_civil.pdf. Acesso em 28 abr. 2023.
_____. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico.** Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul/dez, 2011.
_____. **Da privacidade à proteção de dados pessoais** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021.
DROGUETT, Margarita Berríos. **Análisis del derecho al olvido digital em el ordenamento jurídico chileno**. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Facultad de Derecho. Junio de 2017. Disponível em: http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-5000/UCC5488_01.pdf. Acesso em 5 jul. 2023.
DUQUE, Marcelo Schenk. **Direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Editora Thomson Reuters, 2014.
DUTRA, Alexandre Pereira. Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação. **Revista de doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 64, fev. 2015.
DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Martins Fontes, 2010.
_____. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
_____. **O direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
ELIZE Matsunaga: era uma vez um crime. Direção: Eliza Capai. Netflix, 2021.
ESPANHA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil - Pleno). **Recurso nº 2772/2013**. Derecho al olvido digital. Digitalización de hemeroteca sin utilizar códigos ni instrucciones que impidan la indexación de los datos personales vinculados a informaciones obsoletas sobre hechos pretéritos que afecten a la reputación y la vida privada de los implicados en tales informaciones. Caducidad de la acción. Ponderación de los derechos em conflito. Medidas admsibles cuando se consideran vulnerados los derechos de la personalidad. Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena. Votación y Fallo: 23/09/2015. Disponível em: http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Spagna-15ottobre2015-Tribunal_Supremo.pdf. Acesso em 19 ago. 2023.

_____. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil - Sección 1). **Recurso nº 3440/2016**. Protección de los derechos al honor y a la propia imagen. Conflicto com la libertad de información. Publicación de información sobre un juicio por um doble crimen, em que el acusado resultó absuelto, ilustrada com uma fotografia tomada em la sala de vistas. Inexistencia de intromisión ilegítima em los derechos al honor y a la propia imagen. Improcedencia de invocar el "derecho al olvido" em una información en la que no se indicaba siquiera el nombre del acusado y que era reciente. Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena. Votación y Fallo: 28/06/2017; Disponível em: https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-426-2017-ts-sala-civil-sec-1-rec-3440-2015-06-07-2017-47716288. Acesso em 19 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Congress.gov. **Constitution Annotated: analysis and interpretation of the U.S. Constitution.** First Amendment. Disponível em: https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/#:~:text=Congress%20shall%20make%20no%20law,for%20a%20redress%20of%20grievances. Acesso em 5 mai. 2023.

_____. Federal Trade Commission. **Children's Online Privacy Protection Rule ("COPPA").** 17 de janeiro de 2013. Disponível em: https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-C/part-312. Acesso em 16 mai. 2023.

_____. California Court of Appeal. **Melvin v. Reid, 297 p. 91** (Cal. Ct. App. 1931). Disponível em https://edisciplinas.usp.br › mod › resource › view. Acesso em 19 ago. 2023.

_____. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit. **Sidis v. FR Pub. Corporation, 113 F.2d 806 (2d Cir. 1940).** Disponível em: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/113/806/1509377/. Acesso em 19 ago. 2023.

_____. Sixth Circuit of Appeals. **Corey D. Clark; Jaered Andrews v Viacom International Inc; Viacom Media Networks; Viacom, Inc; Jim Cantiello.** Nº 15-5709. Filed Jul. 08, 2015. Disponível em: https://www.opn.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/15a0490n-06.pdf. Acesso em 24 set. 2023.

FAZLIOGLU, Muge. Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the internet. **International Data Privacy Law**, vol. 3, issue 3, August 2013, p. 149-157. Disponível em: https://academic.oup.com/idpl/article-abstract/3/3/149/622037. Acesso em 4 abr. 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FRAJHOF, Isabella Zacberg. **O "Direito ao Esquecimento" na internet:** conceito, aplicação e controvérsias. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Pós Graduação em Direito, Rio de Janeiro. Abril de 2018, p. 172.

_____.; ALMEIDA, João Felipe. As diferenças entre o direito ao esquecimento no Brasil e na Alemanha. **Civilistica.com**, a. 10, n. 1, 2021. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/499/543. Acesso em 19 abr. 2023.

FRANÇA. **Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.** Version em vigueur au 16 juin 1982. Article 35. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000877119/1982-06-16 Acesso em: 7 mai. 2023.

_____. TGI Seine, 14 octobre 1965, **Mme S. c. Soc. Rome Paris Film, JCP 1966 I 14482**, n. Lyon-Caen, confirmé em appel, CA Paris 15 mars 1967.

_____. Cour de cassation (Première chambre civile). **Pourvoi nº 89-12.580.** Protection des droits de la personne – respect de l avie privée – atteinte – faits révéles em leur temps par des comptes rendus judiciaires (non) – droit à l'oubli – possibilite de s'em prévaloir – faits révélés em leur temps par des comptes – rendus judiciaires – responsabilite delictuelle ou quase delictuelle – faute – auteur-obligation de prudence et d'objectivité – manquement – livre faisat état d'une condamnation – condamnée grâciée, puis réhabilitée – constatation – effet. Jugé au 20 novembre 1990. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/decision/60794c4b9ba5988459c4535e?search_api_fulltext=Un+toboggan+dans+la+tourmente+en+Franche-Comt%C3%A9&op=Rechercher&date_du=1990-01-01&date_au=1990-12-31&judilibre_juridiction=all&previousdecisionpage=&previousdecisionindex=&nextdecisionpage=&nextdecisionindex=. Acesso em 24 jul. 2022.

_____. Cour de cassation (Première chambre civile). **Pourvoi nº 00-19.403.** Protection des droits de la personne – libertés fondamentales – liberté d'expression – exercice – limites – respect de la dignité de la personne humaine – respect de l avie privée – droit à l'image – atteinte – photographies – publication – evénement public – condition. Jugé au 13 novembre 2003. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/decision/60794d2a9ba5988459c483d5?search_api_fulltext=pull-over+rouge&op=Rechercher&date_du=2003-01-01&date_au=2003-12-31&judilibre_juridiction=all&previousdecisionpage=&previousdecisionindex=&nextdecisionpage=&nextdecisionindex=. Acesso em 24 jul. 2022.

_____. Cour de cassation (Deuxième chambre civile). **Pourvoi nº 03-11.533**. Protection des droits de la personne – respect de la vie privée – atteinte – exclusion – cas- relation de faits publics déjà divulgues – La relation de faits publics déjà divulgues ne peut constituer em ele-même une atteinte au respect dû à l avie privée. Jugé au 3 juin 2004.Disponível em: https://www.courdecassation.fr/decision/60794d409ba5988459c48648?search_api_fulltext=film+fait+d%27hiver&op=Rechercher&date_du=2004-01-01&date_au=2004-12-31&judilibre_juridiction=all&previousdecisionpage=&previousdecisionindex=&nextdecisionpage=&nextdecisionindex=. Acesso em 24 jul. 2022.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; OLIVEIRA NAVES, Bruno Torquato de. O direito ao esquecimento e a decisão do Supremo Tribunal Federal na tese de repercussão geral nº 786. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 28, n. 02, 2021. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/716. Acesso em 20 abr. 2023.

GOOGLE. **Visão geral do direito de ser esquecido.** Disponível em: https://support.google.com/legal/answer/10769224?hl=pt-BR. Acesso em 8 mai. 2024.

GÓMEZ, Valentina Manrique. El derecho al olvido: análisis comparativo de las fuentes Internacionales com la regulación colombiana. **Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologias**, 14. Universidad de los Andes (Colombia), Diciembre, 2015. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7496887. Acesso em 23 jun. 2023.

GÓMEZ, José Maria. Justiça transicional, humanitarismo compassivo e ordem global liberal pós guerra-fria. In: **Direitos humanos:** justiça, verdade e memória. Coord. Bethania Assy, Carolina de Campos Melo, João Ricardo Dornelles e José Maria Gómez. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica**. Vol. 01, nº 46, Curitiba, 2017. Disponível em:

https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/RevJur/article/view/24854. Acesso em 24 abr. 2024.
GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. Metodologia jurídica político-constitucional e o Marco Civil da Internet: contribuição ao direito digital. In: Fabiano Del Masso; Juliana Abrusio; Marco Aurélio Florêncio Filho (Cood.). **Marco Civil da Internet:** lei 12.965/2014. 1. ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
GUICHOT, Emilio. El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido em el derecho europeo y español. **Revista de Administración Pública**, 209, p. 45-92. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7016117. Acesso em 5 jun. 2023.
GUIMARÃES, Bernardo Strobel; MADALENA, Luis Henrique Braga; MEDEIROS, Lucas Sipioni Furtado de. Opinião. Revogação de *Roe vs. Wade* e o direito ao aborto nos Estados Unidos. **Consultor Jurídico,** 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/opiniao-revogacao-roe-vs-wade-direito-aborto/. Acesso em 3 ago. 2023.
HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva, Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020.
HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 14 (14.2), 618-688. Recuperado de https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505. Acesso em 7 ago. 2023.
HARTMANN, Ivar A. Crise dos precedentes no Supremo: o caso dos precedentes sobre liberdade de expressão. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 109-128, jan./abr., 2020. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/462. Acesso em 12 mai. 2024.
HENROTTE, François. **Saviez-vous qu'il existe deux droits à l'oubli sur internet?**. Lexing avocats, 2022. Disponível em: https://lexing.be/droit-a-loubli-sur-internet/. Acesso em 25 jun. 2022.
IRLANDA. High Court. **Murray v. Newsgroup Newspapers Ltd. Nº 4661**. Constitution – Personal rights – Right to privacy – Right to life – Right to freedom of expression. – Breach of rights – Injunction – Balancing of competing rights – Public interest – Publication of itentity and whereabouts of convicted sex offenders – Public interest in ensuring re-integration into society of convicted sex offenders unlikely to re-offend. Whether proper evidence adduced to justify curtailment of freedom of expression of press. [...] Judged in 18 june, 2010. Disponível em: https://ie.vlex.com/vid/murray-v-newsgroup-newspapers-806681241. Acesso em 7 abr. 2023.
JACQUES, Sabine; HEMPEL, Felix. The Right to be Forgotten in the UK: a fragile balance. Springer, 2020. Disponível em: https://research-portal.uea.ac.uk/en/publications/the-right-to-be-forgotten-in-the-uk-a-fragile-balance. Acesso em 10 out. 2022.
KARAM, Henriete; Oliveira, Karoline. O direito ao esquecimento de fatos históricos: entre a memória coletiva e o "acordo" nacional para o oblívio. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n. 3, p. 182-200, set/dez, 2019.
KONDER, Carlos Nelson de Paula. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 1, p. 1-11, jan./mar., 2018. Disponível em: https://konder.adv.br/wp-content/uploads/2018/04/Carlos-Nelson-Konder-O-alcance-do-direito-%C3%A0-identidade-pessoal-no-direito-civil-brasileiro-Revista-Pensar.pdf. Acesso em 23 set. 2023.

KÜHLING, Jürgen. Germany: the right to be forgotten. in Werro, F. (ed.) The Right to be Forgotten. Springer, Cham, pp. 141-161, 2020. **Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law**, vol 40. doi: 10.1007/978-3-030-33512-0_7

LAGO JÚNIOR, Antonio. **A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva:** uma análise a partir dos deveres de proteção. 2013. 393 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2013.

LARSON III, Robert G. Forguetting the first amendment: how obscurity-based privacy and a right to be forgotten are incompatible with free speech. **Journal Communication Law and Policy.** Volume 18, 2013, issue 1.

LE GOFF, J. Prefácio. In: **Apologia da História, ou O ofício do historiador.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 15-34.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 9, nº 33, p. 123-165, out./dez., 2015. Disponível em: https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/155/877. Acesso em 4 abr. 2023.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional:** análise, crítica e contribuições. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 395-408.

_____. Por uma posição preferencial do direito de resposta nos conflitos entre liberdade de imprensa e direito à honra. **Civilistica.com**, a. 7, n. 1, 2018.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet.** São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 199, p. 271-283, jul./set., 2013.

LUZ, Thiago dos Santos. O direito como ramo da moral política e o STF. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 15 -n. 47, p. 213-249, jan./jun. 2016. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-47-janeiro-junho-2016/o-direito-como-ramo-da-moral-politica-e-o-stf. Acesso em 17 out. 2022.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Joana de Souza. **Caminhos para a tutela da privacidade na sociedade da informação:** a proteção da pessoa em face da coleta e tratamento de dados pessoais por agentes privados no Brasil, 2014. 186 p. Tese (Doutorado) – Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, 2014.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento.** Barueri-SP: Novo Século Editora, 2017.

_____. A evolução do direito ao esquecimento. In: Palhares, Felipe (coord.). **Temas atuais de proteção de dados** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/245944643/v2/page/RB-10.1%20. Acesso em 8 mai. 2023.

MAGALHÃES, Fabiano Pinto de. Privacidade, imagem-atributo e liberdade de expressão. Colisão e parâmetros de ponderação. Comentários ao acórdão no REsp nº 1.235.926/SP. **Civilistica.com**, a. 3, n. 1, 2014.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

MARTINI, Sandra Regina; BERGSTEIN, Laís. Aproximações entre o direito ao esquecimento e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Revista Científica Disruptiva**, vol. I, n. 1, jan.-jun., 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento como direito fundamental. **Civilistica.com**, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/527/585. Acesso em 12 abr. 2023.

MASCARENHAS, Diego Fonseca. **Uma proposta de modelo de responsabilidade ulterior ao dano da liberdade de imprensa na democracia brasileira.** [Tese de doutorado]. Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos do Instituto de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Pará, 2021.
MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete:** the virtue of forgetting in the Digital Age. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2009.
MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
MELLO, Rodrigo Gaspar de. **Liberdade de expressão, honra e responsabilidade civil.** (Tese de doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2016.
MENEZES, Paula Luciana de. **Impacto das espécies de responsabilidade civil sobre a liberdade de imprensa**. 197 f. (Dissertação de mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo, 2018.
MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016.
MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Direito ao esquecimento** [livro eletrônico]: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e sociedade**, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez., 2006.
MOREIRA, Rodrigo Pereira; ALVES, Rubens Valtecides. Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 81-102, out. 2015.
NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. Restrições aos direitos fundamentais. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jul.-dez., 2016, ano 16, n. 2, pp. 153-166. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Hum-Fund_v.16_n.02.08.pdf. Acesso em 4 dez. 2023.
NASCIMENTO, Filippe Augusto dos Santos. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores? **Direito e Liberdade**, Natal, v. 13, n. 1 (7), 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43548>. Acesso em: 18 jan. 2012.
NISSENBAUM, Helen. **Privacy in context:** technology, policy, and the integrity of social life. Stanford-California: Stanford University Press, 2010.
NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito:** do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra-PT: Almedina, 2013.
_____. **A dignidade da pessoa humana**: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra-PT: Almedia, 2015.
_____. **A dignidade da pessoa humana**: dignidade e inconstitucionalidade. 2. ed. Coimbra-PT: Almedina, 2018.
_____. **Limites dos direitos fundamentais**: fundamento, justificação e controlo. Coimbra-Portugal: Almedina, 2021.
_____. **Princípios estruturantes do Estado de Direito.** 2. ed. Coimbra-PT: Almedina, 2022.
O'CALLAGHAN, P. 'The right to be forgotten in Ireland', in Werro, F. (ed.) The Right to be Forgotten. Springer, Cham, pp. 141-161, 2020. **Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law**, vol 40. doi: 10.1007/978-3-030-33512-0_7
OEA. CIDH. **Carta da Organização dos Estados Americanos,** 1967. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm. Acesso em 29 abr. 2024.

_____. CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 29 abr. 2024.

_____. CORTE IDH. **Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.** Sentencia de 5 febrero de 2001 (2001a). Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Acesso em 30 abr. 2024.

_____. CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Peru.** Sentença de 14 de março de 2001 (2001b). Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf. Acesso em 25 abr. 2024

_____. CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.** Sentencia de 2 de julio de 2004 (2004a). Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em 8 mai. 2024.

_____. CORTE IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.** Sentencia de 31 de agosto de 2004 (2004b). Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Acesso em 30 abr. 2024.

_____. CIDH. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, 2009. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/basicos/reglamentocidh.asp. Acesso em 8 mai. 2024.

_____. CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil.** Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 25 abr. 2024

_____. CORTE IDH. **Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina.** Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana de la Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_238_esp.pdf. Acesso em 30 abr. 2024.

_____. CIDH. **Informe anual de la Relatoría Especial para la libertad de expresión:** informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2015RELE.pdf. Acesso em 15 mai. 2024.

_____. CORTE IDH. **Parecer Consultivo OC-24/17, de 24 de novembro de 2017.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em 9 mai. 2024.

_____. CIDH. **Resolución 3/2019. Principios sobre Políticas Públicas de Memoria em las Americas,** 2019. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-3-19-es.pdf. Acesso em 29 abr. 2024.

_____. CIDH. **Compendio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre verdad, memoria, justicia y reparación em contextos transicionales.** Cidh.org, 2021. Acesso em 25 abr. 2024

_____. CORTE IDH. **Caso Moya Chacón y otro vs. Costa Rica.** Sentencia de 23 de mayo de 2022. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_451_esp.pdf. Acesso em 30 abr. 2024.

_____. CORTE IDH. **O que são os Pareceres Consultivos**?, 2024 (2024a). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/que_son_las_opiniones_consultivas.cfm?lang=pt. Acesso em 25 abr. 2024

_____. **Estados membros**, 2024 (2024b). Disponível em: https://www.oas.org/pt/estados_membros/default.asp. Acesso em 30 abr. 2024.

_____. CIDH. **Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão: origens,** 2024 (2024c). Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=52&lID=4. Acesso em 30 abr. 2024.

_____. CIDH. **Relatorías Temáticas,** 2024 (2024d). Disponível em: https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/r/default.asp. Acesso em 29 abr. 2024.

_____. CIDH. **O que são os Pareceres Consultivos?** 2024 (2024e). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/que_son_las_opiniones_consultivas.cfm?lang=pt. Acesso em 25 abr. 2024).

OLIVEIRA, Júlia Costa de; LEITE, Roberta. Direito ao esquecimento e o caso Richthofen: qual deve ser o futuro do passado? In: **Direito e mídia:** tecnologia e liberdade de expressão, pp. 231-261. Coordenadores: Anderson Schreiber; Bruno Terra de Moraes; Chiara Spadaccini de Teffé. 2. ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da Constituição**. 3 ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2022.

OST, François. **O tempo do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

OKIN, Susan. Gênero, o público e o privado. **Estudos Feministas.** Florianópolis, 16(2): 440, maio-agosto, 2008, p. 305-332. Disponível em https://www.scielo.br/j/ref/a/4MBhqfxYMpPPPkqQN9jd5hB/abstract/?lang=pt. Acesso em 29 nov. 2022.

ORMELESI, Vinicius Fernandes; SILVA, Júlia Lenzi. A resistência do STF ao exercício do controle de convencionalidade. **Revista Direito e Práxis**, v. 6, n. 12, 2015, p. 228-250. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/15344/14039. Acesso em 9 mai. 2024.

OZAI, Ivan. A artificialidade da dicotomia entre teoria externa e teoria interna: a teoria externa é autossuficiente à solução de conflitos entre direitos fundamentais? **Revista de Direito Público Contemporâneo**, Instituto de Estudos Constitucionales da Venezuela e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro do Brasil, a. 4, v. 1, n. 2, p. 111, julho/dezembro, 2020.

PAVLI, Darian. **Case Watch:** Top Argentine Court Blazes a Trail on Online Free Expression. Open Society Foundations, 2014. Disponível em: https://www.justiceinitiative.org/voices/case-watch-top-argentine-court-blazes-trail-online-free-expression. Acesso em 25 out. 2023.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. 11. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2023.

PEIXOTO, Erick Lucena. **O conteúdo do direito da privacidade no direito brasileiro contemporâneo.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PESAVENTO, S. J. **História & História Cultural.** 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

PINHEIRO, Denise. **A Liberdade de Expressão e o Passado:** Desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Santa Catarina. Julho de 2016,

p. 138. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/169667. Acesso em 14 mai. 2023.
PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal**: parte geral e parte especial [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
QUEIROZ, João Quinelato. Responsabilidade civil solidária entre provedores e autores de conteúdo ofensivo à luz do marco civil: critérios objetivos na perspectiva civil constitucional. In: **Direito e mídia**: tecnologia e liberdade de expressão. 2. ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022, p. 303-336.
RAMALLO, Catalina Maria. **Derecho al olvido:** ¿ Cuál es el alcance frente a condenas penales por delitos contra la integridade sexual? Universidad de San Andrés. Tesis de Abogacía. Departamento de Derecho. Buenos Aires, 2020. Disponível em: https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/handle/10908/18145. 24 set. 2023.
RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 241-286, jan/dez, 2009. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857. Acesso em 24 abr. 2024.
REIS, J. C. **Escola dos Annales – A inovação em História.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.
REIS JÚNIOR, Antonio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. **Civilistica.com**, a. 2, n. 3, 2013. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/123/93. Acesso em 24 nov. 2023.
RICHARDS, Neil. **Intelectual privacy:** rethinking civil liberties in the digital age. New York: Oxford University Press, 2015.
RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa-PT: Instituto Piaget, 1995.
_____. **A memória, a história, o esquecimento.** Campinas-SP: Editora da Unicamp, 2007.
ROCHA, Maria Vital da; LOPES, Lidiane Moura. Existe um direito ao esquecimento? Uma análise da decisão do STF no julgamento do Recurso Extraordinário 1010606. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional,** v. 7, n. 1, p. 71-89, jan./jul., 2021. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/7802/pdf. Acesso em 8 mai. 2024.
RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação:** limites e formas de controle. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2023.
RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. **O direito fundamental à proteção de dados:** vigilância, privacidade e regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4. ed. Porto Alegre-RS: Livraria do Advogado, 2006.
_____.; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao "esquecimento" na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
_____.; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **RDU**, Porto Alegre, volume 16, n. 90, 2019, 85-108, nov.-dez., 2019. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3755/Hartmann%3B%20Sarlet%2C%202019. Acesso em 25 mai. 2023.
SANTANA, Vitor. **Babá e marido são presos suspeitos de estuprar bebê após mãe notar ferimento nas partes íntimas, em Goiânia.** G1 Goiás. Disponível em:

https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2022/12/31/baba-e-marido-sao-presos-suspeitos-de-estuprar-bebe-apos-mae-notar-ferimento-nas-partes-intimas-em-goiania.ghtml. Acesso em 18 mai. 2024.
SARAPU, Daniel Vieira. **Direito e memória:** em direção a uma compreensão temporal da experiência jurídica. 2012. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: Belo Horizonte.
SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
_____. Parecer. Liberdades comunicativas e "direito ao esquecimento" na ordem constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil,** vol. 7, jan./mar., 2016a.
_____. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016b.
SENA, Letícia. **Casamento com médico, gravidez e homenagem à Isabella Nardoni:** a atual vida de Suzane von Richthofen. ISTOÉ Gente, 2023. Disponível em: https://istoe.com.br/casamento-com-medico-gravidez-e-homenagem-a-isabella-nardoni-a-atual-vida-de-suzane-von-richthofen/. Acesso em 18 mai. 2024.
SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
_____. **As três correntes do direito ao esquecimento:** as posições que foram delineadas na audiência pública realizada pelo STF. **Jota**, 2017. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017. Acesso em 18 mar. 2022.
_____. Direito ao esquecimento. In: **Direito e mídia:** tecnologia e liberdade de expressão, pp. 231-261. Coordenadores: Anderson Schreiber; Bruno Terra de Moraes; Chiara Spadaccini de Teffé. 2. ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022.
SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Org. e trad. Leonardo Martins. Montevideo-Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
SELDERS, Maria Carolina Nery. A proteção jurídica da imagem de pessoas públicas. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 16, n. 64, p. 39-80, 2015. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito**.
SHAPIRO, Scott J. The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed. **Social Science Research Network**, University of Michigan Law School, Working Paper nº 77, March 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf. Acesso em 11 mar. 2023.
SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito.** São Paulo: IBCCRIM, 2000.
SILVA, Simone Schuck. **Fora da norma? A construção do "direito à identidade" de pessoas trans e travestis**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2021.
SILVA, Jaine Araújo da; MENDES, Franielle Maria Modesto. Um crime de imprensa: uma análise do livro *Escola Base: onde e como estão os protagonistas do maior crime da imprensa brasileira*, de Emílio Coutinho. **Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação**. Anais XVIII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Norte – Paritins- AM, 24 a 26/06/2019.
SIMINI, Danilo Garnica. Liberdade de expressão e internet: uma análise à luz do posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Revista UNAERP,** v. 15, n. 1, 2023.
SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie,** v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011. Disponível em:

https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4756/3658. Acesso em 4 ago. 2023.
SOARES, Felipe Ramos Ribas; MANSUR, Rafael. A tese da posição preferencial da liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade: análise crítica à luz da legalidade constitucional. In: **Direito e mídia:** tecnologia e liberdade de expressão, pp. 231-261. Coordenadores: Anderson Schreiber; Bruno Terra de Moraes; Chiara Spadaccini de Teffé. 2. ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022.
SOLOVE, Daniel. **Understanding privacy.** Cambridge-Massachussets; England-London: Harvard University Press, 2008.
SOUSA, Arnaldo Vieira. Lei da Anistia: o direito entre a memória e o esquecimento. **Cadernos UNDB**, São Luís, v. 4, jan/dez, 2014.
SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina. Introdução. In: **Marco Civil da Internet**: jurisprudência comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Rio de Janeiro, 2005, 191 p. Tese de Doutorado – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
TALCIANI, Hernán Corral. El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica. **Revista Jurídica Digital UANDES,** 1, 2017, p. 43-66. Disponível em: https://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/7/39. Acesso em 4 set. 2023.
TAQUARY, Eneida Orbage de Brito; TAQUARY, Catharina Orbage de Brito. Crimes contra a humanidade: o olhar da Corte Interamericana de direitos humanos. In: RIBEIRO, Daniela Menengoti; BEDIN, Gilmar Antonio; GAGLIETTI, Mauro José (Coord.). **Direito internacional dos direitos humanos.** Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 2, p. 134-156. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/9805. Acesso em 18 mai. 2024.
TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Liberdade de expressão e direito à imagem: critérios para a ponderação. In: **Direito e mídia:** tecnologia e liberdade de expressão, pp. 231-261. Coordenadores: Anderson Schreiber; Bruno Terra de Moraes; Chiara Spadaccini de Teffé. 2. ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022.
TERWANGNE, Cécile de. The right to be forgotten and informational autonomy in the digital enviroment. In: GHEZZI, Alessia (et al.). **The ethics of memory in a digital age: interrogating the right to be forgotten.** Basingstoke-England, 2014.
TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun., 2006.
THE PEOPLE VS O. J. SIMPSON: american crime story. Dirigido por Anthony Hemingway, John Singleton e Ryan Murphy, Netflix, 2016.
TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco civil da internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, v, 30, n. 86, 2016. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/115093. Acesso em 27 ago. 2023.
TORELLY, Marcelo. Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? **Ver. Direito e Práx.,** Rio de Janeiro, vol. 08, n. 1, 2017, p. 321-353.
UNESCO. **Caixa de ferramentas global para atores jurídicos:** normas jurídicas internacionais sobre a liberdade de expressão, acesso à informação e segurança dos jornalistas. Paris: Unesco, 2022.
UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995 relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses**

dados. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046. Acesso em 4 mar. 2023.

_____. **Resolução do Parlamento Europeu, de 6 de julho de 2011**. Sobre uma abordagem global da proteção de dados pessoais na União Europeia (2011/2025(INI)), 2011. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0323_PT.pdf. Acesso em 15 mar. 2023.

_____. **Regulamento UE nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016**. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679. Acesso em 4 mar. 2023.

_____. CEDH (Second Section). Case of Mamère v. France. **Application n. 12697/03.** Strasbourg. Julgado em 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-77843%22]}. Acesso em 30 mai. 2023.

_____. CEDH (Cinquième Section). Affaire M.L et W.W. c. Allemagne. **Requêtes nºs 60798/10 et 65599/10**. Strasbourg. Julgado em 28 de setembro de 2018. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-184438%22]}. Acesso em 14 ago. 2023.

_____. CEDH (Fourth Section). Case Mediengruppe Österreich GmbH v. Áustria. **Application nº 37713/18**. Strasbourg. Julgado em 26 de julho de 2022. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-216975%22]}. Acesso em 14 ago. 2023.

_____. TJUE. Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen apresentadas em 25 de junho de 2013. **Processo C-131/12**. Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138782&doclang=PT. Acesso em 4 mar. 2023.

_____. TJUE. Acórdão (Grande Seção). **Processo C-131/12**. Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2º, 4º, 12º e 14º - Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7º e 8º. Julgado em 13 de maio de 2014. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2014.212.01.0004.01.POR. Acesso em 4 mar. 2023.

_____. TJUE (Segunda Seção). **Processo C-398/15** (pedido de decisão prejudicial da Corte suprema di cassazione – Itália) – Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce/Salvatore Manni. Reenvio prejudicial – Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigo 6º, nº 1, alínea e – Dados sujeitos à publicidade do registro das sociedades – Primeira Diretiva 68/151/CEE – Artigo 3º - Dissolução da sociedade em causa – Limitação do acesso de terceiros a esses dados. Julgado em 9 de março de 2017.Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2017.144.01.0006.01.POR. Acesso em 21 abr. 2023.

_____. TJUE. **Apresentação**, 2023 (2023a). Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/. Acesso em 4 mar. 2023.
_____. European Data Protection Board. **About EDPB**, 2023 (2023b). Disponível em: https://edpb.europa.eu/about-edpb/who-we-are/european-data-protection-board_pt. Acesso em 24 out. 2023.
VALE, André Rufino. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.
VASCONCELLOS, Bernardo Diniz Accioli de. *Actual malice*, Sistema Interamericano de Direitos Humanos e responsabilidade civil por dano à honra da figura pública: possíveis desafios sob o prisma civil-constitucional. **Civilística.com**, a. 12, n. 1, 2023. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/916. Acesso em 30 abr. 2024.
VERBICARO, Loiane Prado; FADEI, Anna Laura Maneschy. O modelo de democracia à luz da teoria de Ronald Dworkin. **Revista Jurídica**, vol. 03, n. 52, Curitiba, 2018, p. 248-274.
VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O projeto de lei 5.276/2016 e contraste com o novo Regulamento Europeu (2016/679 EU). **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 14, ano 5, p.71-99. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar., 2018.
VILLI, T. **A poética da História em Hayden White:** construções da narrativa histórica e suas possibilidades literárias. [s.l.]. Universidade Federal do Paraná, 2018.
WARREN, Samuel D.; BRANDEIS. Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, vol. IV, December 15, 1890.
WILDEMEERSCH, Jonathan. Le droit à être oublié em droit belge. in Werro, F. (ed.) The Right to be Forgotten. Springer, Cham, pp. 141-161, 2020. **Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law**, vol 40. doi: 10.1007/978-3-030-33512-0_7
ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito à imagem.** Curitiba: Juruá, 2018.
_____.; OLIVEIRA, Edmundo Alves de; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO JR., Raul de Mello. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público-direito privado. **Revista de Direito Brasileira**, v. 19, n. 8, p. 208-220, jan./abr., 2018. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3203/3534. Acesso em 4 abr. 2023.
_____. A imagem como um direito da personalidade autônomo. **Revista conversas civilísticas**, Salvador, v. 2, n. 1, jan./jun., 2022. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/conversascivilisticas/article/view/49343/27101. Acesso em 16 mai. 2024.