

O DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB A PERSPECTIVA DO ESVAZIAMENTO DOS MECANISMOS DE DEFESA DA PRIVACIDADE À LUZ DA DECISÃO DO STF

Juliane Pereira Martins

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

Resumo - A decisão firmada pelo STF, que considerou o instituto do Direito ao Esquecimento como incompatível com a Constituição Federal, trouxe inúmeros questionamentos no que tange aos conflitos entre o direito à privacidade e o direito à informação. Nesse sentido, no presente trabalho, visa-se analisar os prós e contras da tese fixada bem como demonstrar como os tribunais estão aplicando o instituto, com a finalidade de examinar as dificuldades de sua aplicação diante da ausência de critérios norteadores para melhor tomada de decisão no caso concreto. Para tanto, defende-se a necessidade de ponderação do Direito Civil, em especial dos direitos da personalidade, com o direito constitucional à informação a fim de que a privacidade do indivíduo não seja totalmente esvaziada em razão da prevalência do direito à informação no ordenamento jurídico após o entendimento estabelecido pela Suprema Corte.

Palavras-chave – Direito Civil. Privacidade. Direito ao Esquecimento. STF.

Sumário – Introdução. 1. A controversa decisão do STF ao considerar o Direito ao Esquecimento como incompatível com a Constituição Federal. 2. Principais reflexos da decisão quanto ao conflito entre a liberdade de informação e o direito à privacidade. 3. A necessidade de ponderação entre os direitos conflitantes a fim de evitar o esvaziamento dos mecanismos de defesa da privacidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa abordar como a decisão do STF de que o Direito ao Esquecimento é incompatível com a Constituição Federal pode afetar o exercício pleno do direito à privacidade de um indivíduo. Busca-se demonstrar as controvérsias existentes com a decisão, na medida em que direitos fundamentais como a liberdade de informação e expressão, considerados essenciais para a aplicação do instituto, entram em conflito com o direito de defesa da privacidade de alguém que não queira que seus dados sejam divulgados.

Nesse sentido, embora não esteja previsto expressamente no ordenamento jurídico, o Direito ao Esquecimento é um fenômeno jurídico reconhecido socialmente e merecedor de tutela protetiva e, além disso, o estudo sobre o assunto vem ganhando cada vez mais espaço na seara jurídica uma vez que já foram publicados enunciados do CJF bem como julgados tratando sobre a temática, o que demonstra ser um instituto bem atual e já intrínseco na sociedade moderna.



Todavia, o tema é bastante controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma vez que a tese fixada pela Suprema Corte ainda traz inúmeras discussões, pois não há uma definição clara de como ocorrerá a aplicação do instituto no ordenamento jurídico pátrio quando existir um acentuado conflito entre a liberdade de informação e o direito de defesa da privacidade, em especial se considerarmos que para muitos doutrinadores o próprio Direito ao Esquecimento decorre do direito da personalidade.

Para melhor compreensão do tema, busca-se discutir o instituto após a decisão do STF referente ao julgamento do RE 1010606, relacionando-o com o direito à privacidade e a necessidade de haver uma ponderação na aplicação dos direitos fundamentais conflitantes.

Inicia-se o primeiro capítulo indagando sobre até que ponto pode-se considerar o Direito ao Esquecimento como incompatível com a Constituição Federal e não como um direito fundamental do indivíduo, a fim de demonstrar que a aplicação da tese não é algo simples e pacífico no ordenamento jurídico, sendo necessário abordar os prós e contras que a temática traz no âmbito da efetividade do exercício de um direito da personalidade.

Por sua vez, no segundo capítulo, busca-se questionar o conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de informação e expressão com o direito à privacidade, demonstrando que o primeiro nem sempre vai preponderar em relação ao segundo, fazendo-se essencial arranjar meios a fim de que este direito da personalidade seja efetivamente aplicado.

Já no terceiro capítulo, propõe-se a possibilidade de ponderar esses direitos fundamentais conflitantes a fim de que os mecanismos de defesa do exercício do direito à privacidade do indivíduo não sejam totalmente esvaziados. Procura-se defender a necessidade da ponderação entre estes direitos, garantindo uma aplicação harmônica entre o Direito ao Esquecimento, a liberdade de informação e a defesa da privacidade.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e qualitativo uma vez que busca-se compreender esse novo fenômeno jurídico e seus reflexos no âmbito dos conflitos que surgirem na aplicação dos direitos fundamentais relacionados.

Para tanto, a metodologia do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente descritiva e explicativa, pois o intuito é conceituar, entender e explicar o instituto jurídico, apontando as controvérsias existentes e possíveis soluções. Deste modo, a pesquisadora pretende utilizar-se da pesquisa bibliográfica pertinente, valendo-se para tanto da Constituição Federal, legislação infraconstitucional, artigos científicos, doutrina e jurisprudência para embasar sua tese argumentativa.

1. A CONTROVERSA DECISÃO DO STF AO CONSIDERAR O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Direito ao Esquecimento não é uma novidade na seara jurídica, haja vista que no direito comparado o instituto começou a ser abordado com mais afinco no caso conhecido como “Caso Lebach”¹. Nesse sentido, no ano de 1973, uma emissora de televisão alemã denominada ZDF resolveu exibir um documentário a fim de divulgar o assassinato de soldados, ocorridos na cidade de Lebach, na Alemanha. Contudo, um dos envolvidos no crime iria ser libertado logo em seguida e, quando soube da divulgação da matéria televisiva, entrou com uma medida liminar, no intuito de que a divulgação fosse suspensa sob pena de prejudicar sua imagem bem como sua ressocialização.²

De início, a liminar foi rejeitada sob o argumento de que o direito à informação deveria prevalecer em razão do interesse público envolvido. Todavia, após recurso a Corte Constitucional alemã, o autor conseguiu a procedência do seu pedido, tendo a Corte decidido que o direito a personalidade do indivíduo deveria prevalecer no caso, pois na colisão entre direitos conflitantes deve-se observar a proporcionalidade a fim de se buscar uma solução adequada e coerente.³ Ademais, a divulgação posterior sobre fatos pretéritos se mostraria ilegítima no caso, uma vez que provocaria danos imensuráveis ao autor, na medida em que a exibição da matéria televisiva, logo após sua liberdade, prejudicaria a ressocialização almejada.⁴

Sob este aspecto, nota-se que o instituto do Direito ao Esquecimento é relativamente recente e, no que tange ao direito brasileiro, o estudo sobre a temática ganhou mais destaque nos anos 2000, principalmente em razão do caso conhecido como “Aída Curi”⁵. O referido caso é emblemático, pois foi a partir dele que o STF fixou a tese de que o Direito ao Esquecimento é incompatível com a CRFB. Nesse sentido, é necessário abordar o que levou a Suprema Corte a decidir dessa forma, haja vista que o Direito ao Esquecimento é para muitos juristas um

¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O direito ao esquecimento e a decisão do Supremo Tribunal Federal na Tese de Repercussão Geral nº 786. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 28, p. 193-206, abr./jun. 2021. <Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/716/464>>. Acesso em: 31 mar. 2023.

² *Ibid.*

³ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.31 n° 122, p. 300-301, mai./jul. 1994. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176193/000487451.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2023.

⁴ *Ibid.*

⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, *op.cit.*, p. 195-196.

desdobramento do direito da personalidade e, portanto, um direito fundamental.

Afinal, a decisão teria sido adequada ou prejudicou o exercício do direito à privacidade de um indivíduo? ⁶

Primeiramente, ressalta-se que no ano de 2013 foi aprovado o Enunciado n° 531 do CJF, no qual estabeleceu que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”⁷, justificando esse entendimento em razão dos danos ocasionados pelas novas tecnologias de informação bem como na ideia de que o intuito não é apagar dados históricos, mas sim discutir como se dará o uso e divulgação desses dados.⁸

Deste modo, infere-se que o Direito ao Esquecimento também seria um direito fundamental, tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal⁹ e mencionado no enunciado supracitado, seria um postulado normativo, definido pelo próprio STF como uma “metanorma” ou um “superprincípio” constitucional, que norteia a interpretação e aplicação de outras normas no sistema, sendo sua base jurídica. Nesse sentido, *in verbis*:

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.¹⁰

[...]Significa que o princípio constitucional da dignidade humana estende-se além de cada pessoa, considerando todos os seres humanos, os que compõem a espécie, dotam-se de humanidade, ainda quando o direito sequer ainda reconheça (ou reconheça precariamente, tal como se tem na fórmula da Convenção Nacional de Ética francesa de pessoa humana em potencial) a personalidade.¹¹

A partir dessa análise, é possível concluir que se a tutela da dignidade da pessoa humana inclui o Direito ao Esquecimento, é porque esse instituto também seria um direito fundamental e, portanto, merecedor de tutela independentemente de estar ou não previsto expressamente na Constituição Federal.

⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aida Curi* - Parte 1. Direito civil atual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/direito-civil-atual-supremo-tribunal-federal-julgamento-aida-curi>>. Acesso em: 3 abr. 2023.

⁷ CJF. *Enunciado n° 531*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 3 abr. 2023.

⁸ *Ibid.*

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2023.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.510/DF*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ac&docID=611723&pgI=226&pgF=230>>. Acesso em: 4 abr. 2023.

¹¹ *Ibid.*

Partindo dessa premissa, a decisão fixada pelo STF no julgamento do caso Aída Curi - RE 1010606 - estaria de encontro com a ideia de o Direito ao Esquecimento ser um desdobramento do direito da personalidade, pois o fato da Suprema Corte considerar o instituto como incompatível com a Constituição Federal o exclui, em tese, do entendimento de ser um direito fundamental do indivíduo.¹²

Destarte, o Direito ao Esquecimento consiste na possibilidade de um indivíduo não ser lembrado por determinado fato ou dado histórico, em razão da preservação da sua privacidade, honra e imagem e está muito interligado a seara criminal, onde geralmente os autores dos delitos não querem que seus nomes sejam divulgados novamente em veículos de informação. Entretanto, no caso da Aída Curi, a dinâmica foi diferente, pois foram seus irmãos que entraram com uma ação a fim de que o assassinato de Aída não fosse divulgado novamente na mídia.

Em linhas gerais, no ano de 1958, Aída foi assassinada por três homens em Copacabana. Na época, o caso ganhou grande repercussão em razão da brutalidade do crime. Todavia, cerca de 50 anos depois da ocorrência desse delito, o programa de televisão chamado Linha Direta, da emissora Rede Globo, reconstituiu o crime a fim de que fosse divulgado para as novas gerações este fato histórico.¹³

Acontece que os irmãos de Aída entraram com uma ação contra a emissora sob a justificativa de que estavam querendo revisitar uma história sem autorização, atingindo o nome, memória e imagem de Aída bem como dos autores, que não queriam que os fatos fossem depois de tanto tempo veiculados na mídia. Nesse sentido, o debate sobre a aplicação de um Direito ao Esquecimento no caso ganhou destaque, haja vista que nitidamente surgiu um conflito entre o direito da privacidade dos autores e a liberdade de informação, que é tão prestigiada dentro de um Estado Democrático de Direito.

Isto posto, quando o caso chegou ao STF, foi decidido por maioria que a liberdade de informação e expressão deveria prevalecer, pois o caso Aída Curi já era de domínio público e, portanto, obstar a divulgação de um dado verídico afrontaria a Constituição Federal. Todavia, os Ministros não negaram a existência de um Direito ao Esquecimento, podendo inclusive ser aplicado a depender do caso concreto e da ponderação de valores.¹⁴

Para o Ministro Luiz Fux, por exemplo, o Direito ao Esquecimento decorreria de

¹² SZANIAWSKI, Elimar. *O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aida Curi – Parte 3*. Direito civil atual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-24/direito-civil-atual-stf-julgamento-aida-curi-parte>>. Acesso em: 3 abr. 2023.

¹³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, *op.cit.*, p. 195-202.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF conclui que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1>>. Acesso em: 2 abr. 2023.

maneira lógica do princípio da dignidade da pessoa humana e quando existisse o conflito entre valores constitucionais, seria preciso eleger a prevalência de um deles.¹⁵ Assim, nota-se que o Direito ao Esquecimento pode ser aplicado, mas no caso de Aída não seria possível em razão da notoriedade e importância histórica.

Infere-se que a tese fixada pelo STF foi muito além, pois apesar do instituto não ter aplicação no caso Aída Curi, poderá ser aplicado em outros casos e, o STF, ao determinar que o Direito ao Esquecimento seria incompatível com a Constituição Federal, trouxe uma ideia, mesmo que não tenha sido a real intenção, de que o Direito ao Esquecimento seria inconstitucional, quando na verdade não é.¹⁶

Sob este aspecto, passa-se a impressão de que a regra é a liberdade de informação e expressão e caso, eventualmente, haja abuso no exercício dessa liberdade é que se avaliará, a partir de parâmetros constitucionais e baseados no direito da personalidade, qual direito irá prevalecer no caso concreto. Nesse contexto, a decisão da Suprema Corte trouxe muitos questionamentos, pois não foi determinado como seria essa análise e os parâmetros constitucionais a serem considerados.

Por sua vez, a decisão também mostra-se contraditória, pois se os próprios Ministros reconhecem a possibilidade de aplicação do Direito ao Esquecimento, não deveriam ter fixado, sob o regime de repercussão geral, que o instituto é incompatível com a ordem jurídica constitucional, pois tal fato acabou proporcionando uma limitação ao exercício pleno da privacidade da pessoa, haja vista que, em última análise, a privacidade só iria preponderar caso existisse excessos ou abusos no exercício da liberdade de informação e expressão e não porque seria o direito prevalecente em casos semelhantes, em que envolvam fatos pretéritos.

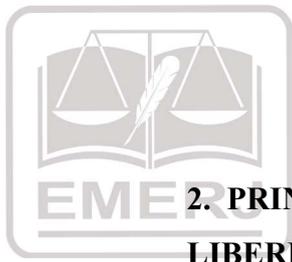
Portanto, busca-se entender como a aplicação do instituto irá ocorrer na prática, sem que a privacidade seja esvaziada por completo, uma vez que nenhum direito fundamental é considerado absoluto, nem mesmo a liberdade de informação e expressão.¹⁷

Em outras palavras, a tese fixada pelo STF não será de fácil aplicação, pois será inevitável o conflito de interesses, principalmente quando a parte interessada invocar pela tutela e proteção do Direito ao Esquecimento, já que implicitamente o instituto existe e deve ser protegido também por decorrer logicamente de um direito da personalidade.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aída Curi – Parte 3*. Direito civil atual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-24/direito-civil-atual-stf-julgamento-aida-curi-parte>>. Acesso em: 3 abr. 2023.

¹⁷ *Ibid.*



2. PRINCIPAIS REFLEXOS DA DECISÃO QUANTO AO CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE

O Direito ao Esquecimento, conforme mencionado anteriormente, é um instituto que ganhou maior destaque no ordenamento jurídico pátrio nos últimos anos e, após a decisão da Suprema Corte no sentido de o instituto ser incompatível com a Constituição Federal, a doutrina e jurisprudência vêm debatendo sobre os reflexos que a decisão pode causar quando existir um conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de informação e da privacidade.

De fato, o STF não delimitou de forma inequívoca como será a aplicação, indicando apenas que a análise será feita a partir do caso concreto, em especial quando houver excessos e abusos do exercício da liberdade de informação e expressão. Sob este aspecto, é possível verificar em julgados recentes como a jurisprudência vem analisando e aplicando o instituto quando há o conflito dos referidos direitos fundamentais.

Com efeito, destaca-se alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde se pode observar a incidência do conflito entre a liberdade de informação e dos direitos da personalidade em razão da divulgação de dados pessoais em veículos de informação.

Nesse sentido, em algumas decisões infere-se que os juristas estão aplicando o entendimento firmado pela Suprema Corte e tendem a prevalecer a liberdade de informação em detrimento dos direitos da personalidade, especialmente quando as notícias veiculadas são verdadeiras e de interesse público. A título de exemplo, trecho da ementa da Apelação n. 0015390-70.2021.8.19.0001¹⁸, *in verbis*:

[...] PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS. PRECEDÊNCIA GERAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA. OBSERVADOS PARÂMETROS MÍNIMOS NA DIVULGAÇÃO DA INFORMAÇÃO. DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIA EM CONFORMIDADE COM OS FATOS CONTIDOS NO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO QUE CONDUZIU AO PROCESSO CRIMINAL. (...) LICITUDE DOS MEIOS DE COLHEITA E DIVULGAÇÃO DA INFORMAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE PROTEÇÃO AO DIREITO AO ESQUECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR A RETIRADA DE MATÉRIA JORNALÍSTICA SOBRE INFORMAÇÃO VERDADEIRA, COLHIDA A PARTIR DE MEIOS LÍCITOS COM FUNDAMENTO NO MERO DECURSO DO TEMPO. (0015390-70.2021.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO - Julgamento: 08/06/2022 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL).¹⁹

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AP n. 0015390-70.2021.8.19.0001*. Des. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.0>>. Acesso em: 18 jul. 2023.

¹⁹ *Ibid.*

Todavia, no julgamento da Apelação n. 0000594-66.2020.8.19.0209²⁰, prevaleceu os direitos da personalidade do autor sob a justificativa de que a divulgação de notícias, ainda que verdadeiras, não pode conter excessos ou abusividade.

Neste julgado, destacou-se que não se tratava de Direito ao Esquecimento, pois é um instituto incompatível com a Constituição Federal, mas sim da necessidade de coibir o excesso no uso da liberdade de expressão, haja vista que nem este direito fundamental é absoluto. Sob essa perspectiva, segue abaixo trecho da ementa do referido julgado em que exemplifica o entendimento, *in verbis*:

[...]A VEICULAÇÃO DE INFORMAÇÕES AINDA QUE VERDADEIRAS E FIDEDIGNAS, NÃO PODE CONTER EXCESSOS OU ABUSIVIDADE NA DIVULGAÇÃO. LIBERDADES DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EMBORA CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADAS NÃO PODEM ATINGIR OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. (...) CASO DOS AUTOS QUE NÃO SE TRATA DE GARANTIA AO DIREITO AO ESQUECIMENTO, O QUE NÃO É COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, MAS SIM DE SE COIBIR O EXCESSO E A ABUSIVIDADE PRATICADOS PELA APELADA NO USO DO SEU DIREITO DE EXPRESSÃO VISANDO A PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL. [...]
(0000594-66.2020.8.19.0209 - APELAÇÃO. Des(a). GILBERTO CAMPISTA GUARINO - Julgamento: 13/04/2023 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL).²¹

Em paralelo, o STJ, no julgamento do RESP n. 1.961.581²², considerou que a invocação do Direito ao Esquecimento não pode servir de justificativa para excluir uma matéria jornalística, que contém fatos verídicos. Isso porque, para a relatora, Ministra Nancy Andrighi, a orientação firmada pelo STF é a que deve prevalecer, independentemente do acórdão do TJMT, onde o processo estava tramitando, ter reconhecido o Direito ao Esquecimento ao autor. Nas palavras da Ministra:

O exercício do direito à liberdade de imprensa será considerado legítimo se o conteúdo transmitido for verdadeiro, de interesse público e não violar os direitos da personalidade do indivíduo noticiado. (...) Ademais, tratando-se de fato relativo à esfera penal, revela-se presente o interesse público na notícia. Por sua vez, em que pese o recorrido tenha alegado que a notícia interferiu e interfere negativamente na sua vida profissional, não alegou que a sua divulgação pela imprensa teve o propósito de ofender a sua honra. Desse modo, não houve abuso no exercício da liberdade de imprensa pela recorrente.²³

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AP n. 0000594-66.2020.8.19.0209*. Des. Gilberto Campista Guarino. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.19.0>>. Acesso em: 18 jul. 2023.

²¹ *Ibid.*

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Direito ao Esquecimento não justifica obrigação de excluir notícia de site*, decide Terceira Turma. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08032022-Direito-ao-esquecimento-nao-justifica-obrigacao-de-excluir-noticia-de-site--decide-Terceira-Turma.aspx>>. Acesso em: 20 jul. 2023.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP n. 1.961.581/MS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2126961nu_m_registro=202100929384&data=20211213&formato=PDF>. Acesso em: 20 jul. 2023.

Deste modo, é possível inferir que, para a jurisprudência, a liberdade de informação sempre irá prevalecer, desde que não haja violação aos direitos da personalidade do indivíduo. Contudo, observa-se também que na hipótese de excesso na liberdade de informação e violação à privacidade do indivíduo, não há uma definição clara sobre qual instituto então seria aplicado no caso concreto, haja vista que o Direito ao Esquecimento não poderia em razão de ser incompatível com a Constituição Federal.

No julgamento da Apelação n. 0000594-66.2020.8.19.0209, citada anteriormente, a parte apelada foi condenada a pagar uma indenização por danos morais e, além disso, se abster de divulgar os fatos que atingiam a imagem da apelante, relacionados a uma sentença penal em que foi condenada.

Sob este aspecto, pode-se concluir que nos casos em que haja violação aos direitos da personalidade será cabível a indenização por danos morais, conforme preconiza o artigo 5º, inciso X da CRFB/88²⁴. Todavia, a questão sobre a parte apelada se abster de divulgar os fatos relacionados ao processo criminal referente a apelante não seria uma forma de Direito ao Esquecimento?

Embora a jurisprudência venha reafirmando a incompatibilidade do Direito ao Esquecimento com o ordenamento jurídico, não explica de forma concreta sobre o que de fato está sendo aplicado em situações semelhantes, onde envolve os conflitos entre a liberdade de informação e a privacidade.

A título de exemplo, o STJ julgou em 2022 o RESP n. 1.660.168/RJ²⁵. Tal julgamento foi uma reapreciação feita pela Corte Superior, uma vez que já tinha julgado o caso em 2018. Com efeito, o referido caso tem origem no TJRJ, onde o acórdão proferido deu provimento ao recurso para condenar provedores de internet a instalarem filtros no intuito de desvincular o nome da autora, ora apelante, das notícias relacionadas a suposta fraude em concurso público. Ou seja, foi determinada uma desindexação no resultado das buscas, de modo que não aparecesse o nome da autora quando fosse realizada pesquisas sobre a possível fraude, haja vista que isso violaria seus direitos da personalidade.

Em razão da decisão proferida, a parte apelada interpôs RESP, tendo o STJ mantido o acórdão recorrido, pois pelas peculiaridades fáticas deveria ser cessada o vínculo dos dados da

²⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2023.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP n. 1.660.168/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ita&sequencial=2167466&num_registro=201402917771&data=20220630&formato=pdf>. Acesso em: 22 jul. 2023.

autora com os resultados de buscas. Entretanto, os provedores de internet interpuseram Recurso Extraordinário sob a alegação de que a decisão proferida contrariava a tese firmada pelo STF, no que tange o Direito ao Esquecimento ser incompatível com a CRFB/88. Nesse sentido, o STJ decidiu reapreciar a questão antes para, se for o caso, proceder um juízo de retratação.²⁶

Desta forma, em 2022, a Corte Superior manteve a decisão, justificando que não houve afronta ao entendimento proferido pela Suprema Corte, uma vez que seriam situações distintas. Em outras palavras, para o STJ o caso estava no âmbito dos direitos da intimidade e privacidade, haja vista que o Direito à Indexação não se confunde com o Direito ao Esquecimento, que é inconstitucional.

Assim, o STJ afirmou que não foi determinada a exclusão das notícias desabonadoras referentes a fraude no concurso público, mas sim apenas que fosse desvinculado o nome da autora na matéria, com a consequente preservação do conteúdo publicado.²⁷

Contudo, alguns estudiosos da temática entendem que apesar do STJ afirmar que o caso não se trata do instituto do Direito ao Esquecimento, seria possível em determinadas situações obtê-lo. Isso porque, as questões referentes aos direitos da personalidade e o instituto do Direito ao Esquecimento acabam se misturando, o que torna difícil impedir a sua não aplicação no ordenamento jurídico. Nesse contexto:

Embora tenha constado da decisão que a questão não foi julgada sob a ótica do esquecimento, mas da prevalência dos direitos à intimidade e à privacidade, bem como da proteção de dados pessoais, não resta dúvida de que, demonstrando-se a presença de circunstâncias especiais, é possível obter o almejado esquecimento - ainda que, se necessário, sob outra nomenclatura. (...) O que acabou vetado pela tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal foi apenas a proibição da divulgação de fatos verídicos publicados em meios de comunicação em razão da passagem do tempo, deixando o STF margem para análise de outras situações caso a caso, em especial para proteção da honra, imagem, privacidade e personalidade[...]²⁸

Diante do exposto, infere-se que a liberdade de informação nem sempre irá preponderar, sendo necessário em muitas ocasiões proteger a privacidade do indivíduo. Ademais, evidencia-se uma certa dificuldade em delimitar se o caso vai estar ou não no âmbito do Direito ao Esquecimento, pois, mesmo que implicitamente, será possível obtê-lo, o que torna necessário arranjar meios para que todos os interesses envolvidos sejam harmonicamente preservados diante da situação fática.

²⁶ GUARIENTO, Daniel Bittencourt; MARTINS, Ricardo Maffeis. *Decisão do STJ dá novo fôlego a direito ao esquecimento*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/impressoes-digitais/371015/decisao-do-stj-da-novo-folego-a-direito-ao-esquecimento>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

²⁷ BRASIL, *op.cit.*, nota 8.

²⁸ BRASIL, *op.cit.*, nota 9.

3. A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS CONFLITANTES A FIM DE SE EVITAR O ESVAZIAMENTO DOS MECANISMOS DE DEFESA DA PRIVACIDADE

Ao longo da abordagem sobre o instituto do Direito ao Esquecimento e de suas controvérsias, ficou evidenciado a necessidade de ponderação entre os direitos da personalidade e da liberdade de informação e expressão. Isso porque, nenhum direito fundamental é considerado absoluto e haverá situações em que a privacidade do indivíduo irá prevalecer, mesmo na hipótese de uma eventual aplicação do Direito ao Esquecimento.

Desta forma, será que o citado instituto é realmente incompatível com a CRFB/88 ou seria mais adequado ponderar os direitos envolvidos no intuito de preservá-los?

Sob esta perspectiva, estudiosos sobre o assunto vem tecendo críticas em relação a decisão proferida pelo STF, uma vez que a Suprema Corte decidiu unicamente sobre a incompatibilidade do Direito ao Esquecimento com o ordenamento jurídico, mas não resolveu a questão sobre as eventuais controvérsias que surgirem entre o direito à privacidade e o direito à informação, na medida em que não definiu critérios para que o julgador pudesse se basear na hora da tomada de decisão. Assim, *in verbis*:

Nesse aspecto é que reside, justamente, a crítica que deve ser feita ao STF, que, apesar de não ter reconhecido um direito fundamental implícito ou explícito ao esquecimento, por entender que a liberdade de expressão é ampla e não pode sofrer restrições prévias, deveria ter se debruçado sobre os diversos parâmetros ou critérios utilizados pela doutrina para definir o que prepondera no caso, a liberdade de informação/comunicativa ou o direito à intimidade. Faltou ao STF fixar os parâmetros para calibrar sua adequada aplicação em cada caso, o que só foi feito pelos ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes.²⁹

Os citados ministros, na ocasião, entenderam pela inconstitucionalidade do Direito ao Esquecimento. Entretanto, reconheceram a necessidade de se avaliar cada caso concreto, de modo que seria possível compatibilizar o direito à privacidade com o direito à informação. Todavia, não foi definido como seria feito o juízo de proporcionalidade e conseqüentemente a prevalência do direito dominante. Sob este aspecto:

Não cuidou em fixar os critérios ou parâmetros a serem adotados em juízo de proporcionalidade para auxiliar o julgador a conferir maior ou menor peso, no caso específico, como o fez, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Google Spain v. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja*, ao concluir que o sopesamento exige uma análise da natureza da informação e a sua repercussão na esfera íntima dos envolvidos, bem como a relevância pública da

²⁹ DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira; LOBO, Júlio César Matias. Uma análise crítica da atual posição do Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao esquecimento. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 2, p. 203-222, abr./jun. 2022. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/810>>. Acesso em: 9 set. 2023.

informação.³⁰

O Ministro Edson Fachin teve voto vencido, pois reconheceu a possibilidade de aplicação do Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico. Contudo, em seu voto, é imperioso destacar que o referido ministro abordou sobre a importância de se adotar critérios para aplicação dos direitos envolvidos, uma vez que a situação ficou em aberto no julgamento do RE nº 1.010.606/RJ. Nas palavras do ministro:

[...] Em outras palavras, ainda que se possa falar de uma posição de preferência da liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro, implicando alto ônus argumentativo para afastá-la, o poder judiciário deverá determinar as balizas para, segundo as circunstâncias fáticas apresentadas, julgar a responsabilização civil e penal das pessoas naturais e jurídicas. (...) Parece-me importante enfatizar, diante do quadro normativo assim delineado, que eventuais juízos de proporcionalidade, em casos de conflito entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, devem considerar a posição de preferência que a liberdade de expressão possui no sistema constitucional brasileiro, mas também devem preservar o núcleo essencial dos direitos da personalidade. [...]³¹

Deste modo, fica evidente que a Suprema Corte não delineou os parâmetros a serem utilizados pelo intérprete, quando este se deparar com a colisão entre o direito à privacidade de alguém e o direito à informação. Ressalta-se que se mostra extremamente difícil afastar os direitos da personalidade da tese do Direito ao Esquecimento, pois a invocação da aplicação do instituto, praticamente na sua totalidade, é no sentido de que deve ser preservado o direito à intimidade, honra e intimidade do indivíduo.

Para o juiz de Direito do Estado de São Paulo, Fernando França Viana, “não há como afastar o direito ao esquecimento do direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana”.³²

O referido jurista considera, ainda, que o debate jurídico deve seguir na linha de se buscar uma forma de aplicação do instituto, de modo que se evite uma certa resistência da aplicação do Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico. Sob este aspecto, o jurista estabelece que:

[...]De fato, ao menos até o momento, parece-me que há uma tendência em conduzir o debate a respeito do direito ao esquecimento pelo caminho perigoso do tudo ou nada. Explico. Por ora, discute-se se existe ou não o direito ao esquecimento. Com todo o respeito aos entendimentos em sentido contrário, não há como negar a existência dessa figura jurídica. Ressalto que o direito ao esquecimento não busca apagar os registros da história e tão pouco a memória sobre fatos ocorridos. O debate deve reconhecer que essa etapa inicial já está superada. A controvérsia deve seguir para o caminho da forma de aplicação do instituto. (...) Talvez alguma alteração legislativa prevendo o

³⁰ *Ibid.*

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 1.010.606/RJ*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>>. Acesso em: 9 set. 2023.

³² VIANA, Fernando França. *Direito ao Esquecimento*. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc15.pdf?d=636808306961285840>>. Acesso em: 10 set. 2023.

direito ao esquecimento fosse bem-vinda, até mesmo para superar de uma vez por todas as resistências daqueles que negam a sua aplicação. Uma cláusula geral talvez fosse mais adequada para permitir ao juiz maior liberdade para sua aplicação ao caso concreto.[...] ³³

Inferre-se que o aplicador do Direito não pode ignorar por completo os direitos da personalidade, em especial, a privacidade do indivíduo, caso entre em conflito com a liberdade de informação. Isso porque, as divergências entre estes direitos fundamentais recorrentemente irão surgir e negar a aplicação do Direito ao Esquecimento em determinado caso concreto, pode se configurar como uma negação ao próprio direito da personalidade e, conforme já mencionado anteriormente, fica extremamente difícil dissociá-los.

Com efeito, os questionamentos levantados pelos estudiosos do assunto têm pertinência na atualidade, pois o ideal é que no futuro se pense em métodos para compatibilizar de forma proporcional e coerente os direitos conflitantes, sob pena do julgador decidir de forma injusta em razão da ausência de critérios balizadores que possam auxiliar na ponderação entre os direitos da privacidade e liberdade de informação e expressão.

CONCLUSÃO

No decorrer da produção do presente artigo, compreendeu-se que o instituto do Direito ao Esquecimento e sua aplicação no ordenamento jurídico ainda é objeto de muitas controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Nesse sentido, embora o direito à privacidade e o direito à informação sejam considerados direitos fundamentais previstos constitucionalmente e merecedores da tutela protetiva, a tese firmada pela Suprema Corte de que o Direito ao Esquecimento é incompatível com a Constituição Federal trouxe uma certa ruptura na aplicação devida desses direitos, uma vez que, em última análise, os direitos da personalidade ficaram em segundo plano ao passo que o direito à informação irá prevalecer em um eventual conflito entre estes direitos, ressalvados os casos de abusividade ou excessos.

Desta forma, ficou demonstrado que o entendimento fixado pelo STF é de difícil aplicação, pois muitos estudiosos da temática consideram que não é possível afastar os direitos relacionados à personalidade, como honra, imagem e privacidade do Direito ao Esquecimento, pois o próprio instituto decorreria de um direito da personalidade também.

Ademais, pela análise dos julgados citados durante a confecção deste trabalho, notou-se que nem sempre o direito à informação irá prevalecer em razão de que muitas vezes, dentro

³³ *Ibid.*



do caso concreto, a privacidade do indivíduo terá prevalência, não sendo possível afirmar que o direito à informação é absoluto. Aliás, nenhum direito é considerado absoluto e não sendo considerado absoluto, não há como afirmar de forma categórica que o direito à informação prepondera em todas as circunstâncias.

Com efeito, muitos autores começaram a abordar sobre a necessidade de ponderação entre os direitos da personalidade e o direito à informação, uma vez que o STF fixou a tese de incompatibilidade do Direito ao Esquecimento com a Constituição Federal, mas não forneceu critérios ou diretrizes para que o julgador pudesse se utilizar no momento da análise de um caso concreto e conseqüentemente na aplicação da decisão de forma justa.

Isto se observa em julgados de tribunais nos quais afirmaram que o caso não é sobre Direito ao Esquecimento, mas sim que está no âmbito dos direitos da personalidade. Todavia, não informaram qual instituto seria aplicado no caso, uma vez que embora tenha sido afirmado que não está na seara do Direito ao Esquecimento, ficou extremamente difícil distinguir as situações em razão de que os argumentos acabam por focar no aspecto do direito à privacidade e do seu exercício.

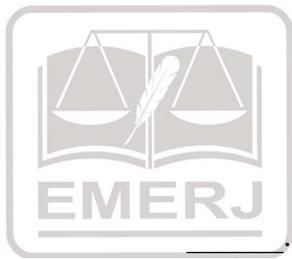
Por esta razão, o debate sobre a aplicação ou não do Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico está longe de acabar, pois parte da doutrina considera que a aplicação do instituto é essencial, haja vista que os direitos da personalidade, em especial o direito à privacidade, não podem ter a proteção esvaziada por completo. Ressalta-se que alguns ministros do próprio STF consideraram no julgamento da tese que seria possível compatibilizar ambos os direitos.

Portanto, como restou demonstrado os impasses que a tese gerou, conclui-se pela necessidade de que os profissionais do direito busquem meios concretos e proporcionais para a aplicação de forma harmônica de ambos os direitos. Além disso, o próprio STF pode revisar sua tese, inclusive, se for o caso, a fim de se estabelecer os critérios delineados para a aplicação, promovendo que as futuras demandas relacionadas com a temática possam ser solucionadas da maneira mais justa e eficaz possível.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 7 mar. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2023.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *Direito ao Esquecimento não justifica obrigação de excluir notícia de site, decide Terceira Turma.* Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08032022-Direito-ao-esquecimento-nao-justifica-obrigacao-de-excluir-noticia-de-site--decide-Terceira-Turma.aspx>>. Acesso em: 20 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RESP n. 1.961.581/MS.* Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2126961num_registro=202100929384&data=20211213&formato=PDF>. Acesso em: 20 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RESP n. 1.660.168/RJ.* Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ita&sequencial=2167466&num_registro=201402917771&data=20220630&formato=pdf>. Acesso em: 22 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF conclui que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal.* Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1>>. Acesso em: 2 abr. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.510/DF.* Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ac&docID=611723&pgI=226&pgF=230>>. Acesso em: 4 abr. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 1.010.606/RJ.* Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>>. Acesso em: 9 set. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AP n. 0015390-70.2021.8.19.0001.* Des. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.0>>. Acesso em: 18 jul. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AP n. 0000594-66.2020.8.19.0209.* Des. Gilberto Campista Guarino. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.19.0>>. Acesso em: 18 jul. 2023.

CJF. *Enunciado n° 531.* Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 3 abr. 2023.

DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira; LOBO, Júlio César Matias. Uma análise crítica da atual posição do Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao esquecimento. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 2, p. 203-222, abr./jun. 2022. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/810>>. Acesso em: 9 set. 2023.

GUARIENTO, Daniel Bittencourt; MARTINS, Ricardo Mafféis. *Decisão do STJ dá novo fôlego a direito ao esquecimento*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/impressoes-digitais/371015/decisao-do-stj-da-novo-folego-a-direito-ao-esquecimento>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

MACHADO, José Eduardo Marcondes. *O direito ao esquecimento e os direitos da personalidade*. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc13.pdf?d=636808306388603784>>. Acesso em: 4 mar. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.31 n° 122, p. 300-301, mai./jul. 1994. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176193/000487451.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2023.

TJDFT. *O direito ao esquecimento e as liberdades de informação e de expressão*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/o-direito-ao-esquecimento-e-o-conflito-com-os-direitos-a-liberdade-de-informacaoe-de-expressao>>. Acesso em: 4 mar. 2023.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O direito ao esquecimento e a decisão do Supremo Tribunal Federal na Tese de Repercussão Geral n° 786. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 28, p. 193-206, abr./jun. 2021. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/716/464>>. Acesso em: 31 mar. 2023.

SZANIAWSKI, Elimar. *O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aída Curi - Parte 1*. Direito civil atual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/direito-civil-atual-supremo-tribunal-federal-julgamento-aida-curi>>. Acesso em: 3 abr. 2023.

_____, Elimar. *O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aída Curi – Parte 3*. Direito civil atual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-24/direito-civil-atual-stf-julgamento-aida-curi-parte>>. Acesso em: 3 abr. 2023.

VIANA, Fernando França. *Direito ao Esquecimento*. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc15.pdf?d=636808306961285840>>. Acesso em: 10 set. 2023.