

Esquecimento de um direito ou preço da coerência? (Parte 1)

Introdução

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, encerrado no 11 de fevereiro de 2021, com expressiva maioria, aprovou a tese proposta pelo relator, ministro Dias Toffoli, 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 lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais"*. Em complemento, fixou-se ainda que *"eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais — especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral — e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos*



Otavio Luiz Rodrigues
Professor da USP

A tese do relator foi inicialmente mal divulgada como se ele houvesse

afirmado que o direito ao esquecimento não existisse. Nos debates para a redação final da tese, firmou-se corretamente o que o relator pretendia fixar no voto: a incompatibilidade do direito com a ordem constitucional vigente.



Em paralelo a isso, a despeito de haver na sustentação oral vozes expressivas em favor da tese vencedora, observou-se um certo mal-estar nos círculos acadêmicos, em claro contraste com a visão simpática da grande maioria dos meios de comunicação social. Uma das explicações para esse sentimento anticlimático está no expressivo número de publicações doutrinárias sobre o direito ao esquecimento, rastreáveis em língua portuguesa desde o ano de 2012: mais de 200, segundo a Rede Virtual de Bibliotecas, liderada pela Biblioteca do Senado Federal [\[1\]](#). Além, é claro, da potencialidade de uma nova fronteira para pretensões judiciais baseadas nesse direito. Nesse último caso, com sinais trocados, tem-se a causa para a reação da mídia, que seria a principal demandada nessas ações. Outra explicação radica-se na diferença de tratamento que o STF terminou por imprimir ao direito ao esquecimento em face da experiência alemã e espanhola (com suas particularidades históricas em razão do nacional-socialismo e da Guerra Civil de 1936-1938, seguida do regime franquista) e dos órgãos judiciais da União Europeia, embora não haja uniformidade sobre o tema em vários dos Estados-membros [\[2\]](#). Esse sentimento de insularidade quanto ao Direito Comparado foi igualmente sensível.

Fixada a tese quanto ao direito ao esquecimento pelo STF, caberá à doutrina: 1) analisar os contornos do acórdão e seu impacto sobre o universo de casos em tramitação no Poder Judiciário; e 2) manter aceso o debate, o que se manifestará sob diferentes formas. Quanto a essa segunda possibilidade, há os que defendem a necessidade: a) do reconhecimento; b) da recepção; ou c) da compatibilização desse direito com a ordem constitucional, a depender da posição de cada autor. E, nesse sentido, é natural que a tese possa eventualmente ser recolocada nos tribunais sob o prestígio de uma expectativa de revisão do entendimento futuro pelo STF, algo que, é necessário reconhecer, não se revela provável a curto ou a médio prazo, dada a formação de uma sólida maioria no RE 1.010.606/RJ.

Neste momento, é muito importante a compreensão do acórdão do STF, com os entendimentos divergentes dos ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, até para que se possa cumprir a missão proposta à doutrina no item 1 do parágrafo anterior desta coluna e, acima de tudo, para que se exponha, em uma perspectiva mais ampla, o quanto é necessário fixar os custos argumentativos de certas posições doutrinárias. Dito de outro modo: o acórdão do STF não foi construído na sessão de julgamento de fevereiro de 2021. Ele vem a ser o coroamento de um processo de elaboração do conceito, do alcance e da delimitação do suporte fático da liberdade de expressão no STF. E, ao se negar a compatibilidade constitucional ao direito ao esquecimento, o STF conseguiu colocar muitos em flagrante constrangimento epistemológico.

Daí o título desta coluna: está-se em face do esquecimento de um direito ou da quitação do preço de uma coerência retrospectiva?

Esta coluna, que será dividida em partes, tem por objeto inicialmente examinar o acórdão do STF no RE 1.010.606/RJ e, em outro momento, apresentar uma espécie de recensão do que se pode esperar do tratamento jurídico do direito ao esquecimento no Brasil.

As premissas do acórdão

Muito bem. Organizem-se algumas premissas sobre o RE 1.010.606/RJ, tomando-se em consideração o voto-vencedor e a maioria formada em seu entorno.



Premissa 1: O acórdão do STF poderia ter-se limitado ao exame do conflito em uma única *liberdade comunicativa*, a liberdade de radiodifusão (artigo 139, inciso III, Constituição Federal), dado que o caso-base do RE 1.010.606/RJ era o exercício desse direito fundamental em uma emissora de televisão.

Se a controvérsia houvesse sido delimitada, no RE 1.010.606/RJ, ao *direito ao esquecimento* no âmbito da liberdade de radiodifusão (mais especificamente, na modalidade sonora e de imagens — televisão), o reconhecimento ou não do *direito ao esquecimento* não poderia ser generalizado *tout court* para outras liberdades comunicativas ou para outras áreas do ordenamento jurídico que já possuam regras específicas e parcelares (Direito Processual Penal e Direito do Consumidor, a título de exemplo) ou que tenham configurado um sistema próprio de tratamento informacional, como leis mais recentes, ao exemplo das que tratam do acesso à informação, à proteção de dados ou o marco civil da *internet*. O relator, ministro Dias Toffoli, escolheu outra solução e ampliou a incidência da tese vencedora para toda e qualquer espécie de liberdade comunicativa. E foi além: não assimilou o direito ao esquecimento às mencionadas "regras específicas e parcelares" de proteção aos direitos fundamentais do inciso X do artigo 5º da Constituição e os respectivos direitos paralelos, de natureza ordinária, previstos em códigos e leis extravagantes. Dito de outro modo, haveria tais formas de proteção legal à privacidade e à intimidade, mas não se lhes poderia identificar, de modo absoluto, com um direito denominado "direito ao esquecimento".

Premissa 2: A segunda premissa (re)afirmada no RE 1.010.606/RJ está no caráter preferencial da liberdade de expressão e na impossibilidade em tese de seu controle *ex ante*, ressalvadas as hipóteses de tutela repressiva quando se der a violação de algum direito por seu exercício: "*Nesse quadro, nota-se que um dos aspectos centrais do direito fundamental à liberdade de expressão — aspecto esse que deve ser reforçado tanto mais democrática for dada a sociedade — é, que, como regra geral, não são admitidas restrições prévias ao exercício dessa liberdade (...)*" [3]. As restrições ao suporte fático da liberdade de expressão (que excepcionariam a impossibilidade de seu controle *ex ante*) recairiam em situações nas quais, ainda segundo o relator, "*a meu ver, a manifestação do pensamento, por mais relevante que inegavelmente seja, não deve respaldar a alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação. Essas situações representam o exercício abusivo desse direito, por atentarem sobretudo contra o princípio democrático, que compreende o 'equilíbrio dinâmico' entre as opiniões contrárias, o pluralismo, o respeito às diferenças e a tolerância*" [4].



Nesse ponto, o próprio acórdão dá pistas sobre sua "genealogia jurisprudencial", ao afirmar que o *"Supremo Tribunal Federal tem construído uma jurisprudência consistente em defesa da liberdade de expressão"*. E, na sequência, o relator enumera os principais casos em tal ordem de ideias: a) declarou a *"inconstitucionalidade da antiga lei de imprensa, por ela possuir preceitos tendentes a restringir a liberdade de expressão de diversas formas (ADPF nº 130, DJe de 6/11/2009)";* b) *"afirmou a constitucionalidade das manifestações em prol da legalização da maconha, tendo em vista o direito de reunião e o direito à livre expressão de pensamento (ADPF nº 187, DJe de 29/5/14)";* c) *"dispensou diploma para o exercício da profissão de jornalista, por força da estreita vinculação entre essa atividade e o pleno exercício das liberdades de expressão e de informação (RE nº 511.961, DJe de 13/11/09)";* d) *"determinou, em ação de minha relatoria, que a classificação indicativa das diversões públicas e dos programas de rádio e TV, de competência da União, tenha natureza meramente indicativa, não podendo ser confundida com licença prévia (ADI nº 2.404, DJe de 1º/8/17)";* e) *"declarou inexistente a autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária a autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes -ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes (ADI nº 4.815, DJe de 1º/2/16)" [5].*

Os controles *ex post* seriam cabíveis, segundo o relator, em todas as situações previstas em leis específicas, por meio das quais seria *"cabível a restrição, em alguma medida, à liberdade de expressão, sempre que afetados outros direitos fundamentais, mas não como decorrência de um pretense e prévio direito de ver dissociados fatos ou dados por alegada descontextualização das informações em que inseridos, por força da passagem do tempo" [6].*

Não se veja aqui uma autorização (contraditória se assim o fosse) a uma revisitação do tema "direito ao esquecimento" pelo STF em face de futuros casos concretos. O que é interpretável do voto é a leitura de que as hipóteses jurídicas que restringem o direito fundamental à liberdade de expressão, sejam as decorrentes da colisão de direitos fundamentais ou advindas de concretizações legais de outros direitos fundamentais seguem eficazes e alegáveis.

Como dito anteriormente, a revisão da tese pode até ocorrer no futuro desde que alterada sensivelmente a atual composição do STF. A maioria formada no RE 1.010.606/RJ é muito significativa.

Premissa 3: A terceira premissa do voto está na impossibilidade de reconhecimento do direito fundamental implícito ao esquecimento. Essa questão foi expressamente referida pelo relator, ao descrever as três posições em torno do direito ao esquecimento e sua *fundamentalidade*:

"É possível identificar três posições sobre a suposta existência de um direito fundamental ao esquecimento. A primeira posição é a que reconhece existir um direito fundamental explícito. A segunda posição é a que afirma haver um direito fundamental implícito, decorrente, ora da dignidade humana, ora da privacidade. Nada impedindo que o Congresso Nacional venha a restringir ou ampliar seu suporte fático em cada circunstância (...) A terceira posição é a que não reconhece sua existência como direito fundamental autônomo, mas que admite identificá-lo como integrante do suporte fático de algum dos direitos fundamentais do artigo 5º, inciso X (a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas), com reflexos no direito ordinário" [7].



O relator adotou a terceira posição (nega a existência de um direito fundamental autônomo ao esquecimento, seja ele explícito ou implícito) em uma vertente ainda mais radical: "A meu ver, a resposta para tais questionamentos é claramente no sentido da inexistência no ordenamento jurídico brasileiro de um direito genérico com essa conformação, seja expressa ou implicitamente. O que existe no ordenamento são expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações" [8].

O voto-condutor enumera diversas leis que assim admitem restrições de acesso, divulgação ou de publicidade a informações pessoais sensíveis em razão (embora não exclusivamente) do tempo, como as disposições do Código de Processo Penal ou do Código de Defesa do Consumidor. Por essa razão o relator nega a existência de um direito com um suporte fático capaz de conglobar todos os elementos que a doutrina usualmente costuma reconhecer no direito ao esquecimento. Isso é, evidentemente, algo diverso de se afirmar que "não existe" o direito ao esquecimento. Como categoria doutrinária e, em alguns países, jurisprudencial ou legal, ele tem existência inegável.

Na próxima coluna, ver-se-á como ficou o panorama jurídico nacional sobre o direito ao esquecimento.

[1] Este colunista dedicou várias colunas nesta seção *Direito Comparado* ao tema, as quais foram posteriormente reunidas e publicadas como um capítulo de livro: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito ao esquecimento e as suas fronteiras atuais no Brasil e na experiência estrangeira. In: FORGIONI, Paula A.; DEL NERO, Patrícia Aurélio; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. (Org.). *Direito Empresarial, Direito do Espaço Virtual e outros desafios do Direito: Homenagem ao Professor Newton de Lucca*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, v. 1, p. 947-960.

[2] Como é o caso do Direito francês. Nesse sentido: "Embora haja autores franceses sustentando o direito ao esquecimento, bem como existam precedentes judiciais franceses que o reconheceram, isto é insuficiente para se afirmar que o direito da França acolheu-o. Aliás, a Corte de Cassação, desde 1990, no caso *Madame Monanges contre Kern e Marque-Maillard*, firmou o posicionamento pela inexistência de um direito ao esquecimento, atestando que não há violação à privacidade quando as informações publicadas tiverem sido obtidas licitamente, como no contexto de dados decorrentes de debates judiciários e de relatos da imprensa" (PINHEIRO, Denise; MARTINS NETO, João dos Passos. A desconstrução do direito ao esquecimento no direito brasileiro e a contribuição da jurisprudência francesa. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 15, p. 31-71, abr./jun. 2018).

[3] Trecho do voto do relator ministro Dias Toffoli no RE 1.010.606/RJ.

[4] Trecho do voto do relator ministro Dias Toffoli no RE 1.010.606/RJ.



[\[5\]](#) Trecho do voto do relator ministro Dias Toffoli no RE 1.010.606/RJ.

[\[6\]](#) Trecho do voto do relator ministro Dias Toffoli no RE 1.010.606/RJ.

[\[7\]](#) Trecho do voto do relator ministro Dias Toffoli no RE 1.010.606/RJ.

[\[8\]](#) Trecho do voto do relator ministro Dias Toffoli no RE 1.010.606/RJ.

Date Created

25/02/2021