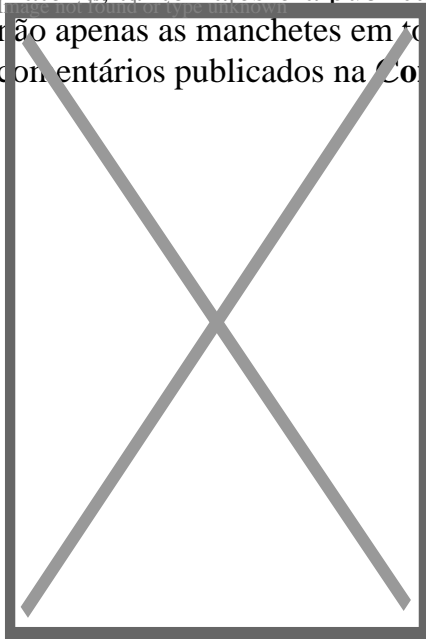


## O Supremo Tribunal Federal e o direito ao esquecimento

O tão aguardado julgamento pelo STF, no último dia 11, do Recurso Extraordinário nº 1.010.606, relatado pelo ministro Dias Toffoli, versando sobre o assim chamado direito ao esquecimento, como era de se esperar, teve ampla repercussão e desde logo apenas acirrou exponencialmente o debate sobre a matéria, tanto na esfera pública em geral, quanto — e em especial — no meio jurídico, do que dão conta não apenas as manchetes em todas as mídias quanto, em caráter ilustrativo, o número de colunas e comentários publicados na **ConJur** desde então.



Por ocasião do julgamento, apenas para relembrar, o STF, por maioria

de votos, parcialmente vencidos os ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes, entendeu que o direito ao esquecimento (utilizamos a terminologia, ainda que tecnicamente inadequada, à guisa de acordo semântico, pela sua ampla disseminação) não guarda compatibilidade com a ordem jurídico-constitucional, seja por falta de previsão expressa na CF e/ou na legislação infraconstitucional, seja por restringir de modo constitucionalmente ilegítimo as liberdades fundamentais de expressão e de informação.

Relativamente a tal resultado, como já adiantado, natural que a controvérsia sobre a questão e em especial sobre o próprio julgamento tenha literalmente explodido, seja pela relevância da matéria em si, seja pelo seu impacto na vida jurídica, social, econômica e política.

Além disso, antes de adentrar o mérito propriamente dito, sabe-se que a matéria é relativamente complexa e tem sido discutida, limitados agora ao meio jurídico, sob diversos ângulos envolvendo um número significativo de aspectos, que vão desde o reconhecimento do direito como um direito humano e/ou fundamental (ou mesmo apenas de hierarquia legal), passando por seu conteúdo, sua dimensão subjetiva e objetiva, a natureza dos conflitos com outros direitos e bens jurídicos, sua eficácia, os meios de sua efetivação (caso reconhecido), eventuais limites, entre outros.

Todos esses pontos não apenas têm sido tematizados na literatura jurídica e debates acadêmicos como também têm sido submetidos ao crivo do Poder Judiciário, praticamente em todos os domínios do Direito e em todas as esferas do sistema judiciário, isto tanto no Brasil, quanto em outros países e mesmo no Direito internacional, em nível universal e no plano regional. Já por tais razões, resulta evidente que não é nesta coluna (que se soma a algumas colunas anteriores da **ConJur** em que tivemos ocasião de tratar do tema) que iremos desenvolver com mais profundidade a matéria, tampouco (e nem de longe) esgotar os principais tópicos problemáticos.

O que pretendemos, isto, sim, a exemplo de outros articulistas, é tecer algumas considerações sobre o julgamento, além de assumir, pelo menos em termos gerais, uma posição pessoal, ainda que não definitiva, visto que a maioria dos votos proferidos ainda não foi disponibilizada.

À vista do título do presente texto, basicamente o que aqui buscamos fazer, ainda que em caráter embrionário, é analisar até que ponto é possível, com boas razões, sustentar que se trata de um julgamento substancialmente equivocado, a ser definitivamente esquecido — com ou sem manejo de um direito ao esquecimento — ou entusiasmamente festejado, sabendo-se que ambos os extremos têm encontrado bom número de adeptos.

Nessa perspectiva, adiantamos, desde logo, que não aderimos a nenhuma das duas correntes, porquanto convictos que a razão (e mesmo, em certo sentido, a sensibilidade) e justa medida se encontram em algum ponto intermediário, preferencialmente mais próximo — é também bom enfatizar de antemão — da garantia das liberdades de expressão e de informação, pois temos defendido — e mantemos convictos tal posição — que essas devem, sim, ter uma posição preferencial na arquitetura constitucional e na esfera dos direitos humanos e fundamentais.

Um primeiro aspecto a destacar, retomando aqui o que já havíamos referido, é que o STF, ao refutar (sem prejuízo de argumentos diferenciados esgrimidos nos votos dos ministros) a existência de um direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira, rechaçou também um significativo número de decisões judiciais, com destaque aqui para diversos julgados do STJ, além de contrariar expressiva doutrina, que, sem dúvidas, até o momento se posicionava majoritariamente de modo favorável a um direito ao esquecimento, inclusive na condição de direito fundamental, como aliás, era e segue sendo o nosso caso. Aliás, basta uma mirada sobre as já inúmeras colunas, reportagens, palestras, entrevistas publicadas desde o julgamento ora comentado, para que se possa verificar que este estado de coisas não mudou, ao menos por ora.

Focando a questão da existência de um direito ao esquecimento na ordem jurídico-constitucional há que, de antemão, lembrar que uma série de possibilidades de efetivar o que apenas de uns tempos para cá passou a se designar como sendo um direito ao esquecimento já de há muito se faziam e seguem presentes, em pleno vigor, no ordenamento pátrio, de tal sorte que, usar ou não o novo rótulo não faz, de fato, ao menos para esses casos, efetiva diferença. Bastaria aqui, para dar conta disso, invocar alguns exemplos:



O artigo 748 do Código de Processo Penal, estabelece que *"a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal"*, o que também está substancialmente previsto no artigo 202 da Lei de Execuções Penais.

No mesmo sentido — embora não apenas no que diz respeito a atos infracionais — o assim chamado Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990) contempla regras que podem ser utilizadas no reconhecimento de um direito ao esquecimento, promovendo a proteção da dignidade e direitos de personalidade das crianças (até 12 anos incompletos de idade) e adolescentes (12-18 anos). Assim, além da previsão do artigo 18 no sentido de que crianças e adolescentes não podem ser submetidos a qualquer tipo de tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, o artigo 143 veda *"a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional"*. Soma-se a isso que de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo que nenhuma notícia a respeito do fato poderá identificar a criança ou o adolescente, vedando-se fotografias, referências ao nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.

Outra manifestação específica que tem sido associada a um direito ao "esquecimento" encontra suporte do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), mais precisamente no seu artigo 43, §1º, prescreve que as informações cadastrais dos consumidores constantes das listas de inadimplência (cadastros negativos) somente poderão ser armazenadas e utilizadas pelo prazo de cinco anos, assegurado o direito de exigir o cancelamento (exclusão das informações), ademais da responsabilização das entidades responsáveis pela manutenção e uso dos dados em caso de violação da regra, nos termos de doutrina e jurisprudência dominante [\[1\]](#).

Mais diretamente relacionada com o tema, assume particular relevo a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet, que estabeleceu um conjunto de princípios, bem como previu garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Tal diploma legal, mesmo não prevendo expressamente o direito ao "esquecimento", contém importantes diretrizes e regras concretas que podem ser reconstruídas para fins de se reconhecer a necessidade de acolhimento dessa pretensão jurídica individual em determinados casos. Nesse sentido, o artigo 3º da Lei do Marco Civil dispõe que o *"uso da internet no Brasil"* tem como princípios: *"I — garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II — proteção da privacidade; III — proteção dos dados pessoais, na forma da lei"*. Por sua vez, de acordo com o artigo 7º, o *"acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados, entre outros, os seguintes direitos, designadamente os previstos nos incisos: I — inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; VII — não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; X — exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei"*.

À vista desse rol meramente ilustrativo, salta aos olhos que a legislação brasileira prevê diversas hipóteses (todas por ora tidas como constitucionais) que asseguram que determinadas informações não podem ser divulgadas (salvo em caráter restrito), que a infração a tais regras aciona a possibilidade de responsabilização do respectivo agente e que até um direito à exclusão (apagamento) é garantida para diversas situações.

É claro, de outra parte, que aqui se trata de regramento infraconstitucional, mas que — e é isso o que no momento nos importa — concretiza mecanismos de proteção de uma série de direitos e de princípios fundamentais, incluindo a dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, os direitos à privacidade e intimidade, entre outros.

Além disso, os exemplos escolhidos também desnudam o fato de que, de acordo com alguma legislação — salvo mudança de orientação superveniente — mesmo informações verdadeiras podem (e tem sido) ser subtraídas, no todo ou em parte, por maior ou menor tempo, ao acesso de terceiros, inclusive vedada, em regra, a sua livre e ilimitada veiculação pelas mídias, incluindo os meios tradicionais de comunicação.

Quando voltamos o olhar para os acontecimentos mais recentes, relacionados com o crescente uso das mídias sociais e outros veículos para a disseminação do discurso do ódio e mesmo a polêmica que envolve eventuais limites às assim chamadas fake news, o mesmo STF que acabou de rechaçar um direito ao esquecimento, sem abrir mão da posição preferencial da liberdade de expressão, tem admitido certos limites, assim como, aliás, se dá na grande maioria dos tribunais constitucionais do mundo afora e mesmo dos tribunais internacionais de direitos humanos.

Ainda que qualquer responsabilização se deva dar *a posteriori*, seja na esfera cível, penal ou administrativa, posto que indispensável afastar a censura prévia (responsabilização igualmente existente, ainda que com diferenças quantitativas e qualitativas em todas as ordens jurídicas), tal responsabilização serve — em maior ou menor medida — à causa do assim chamado direito ao esquecimento. Isso porque, mesmo recusando o rótulo, o problema da solução de conflitos entre a liberdade de expressão e de informação e os direitos de personalidade segue presente e cada vez mais agudo e complexo, tratando-se, ao fim e ao cabo, de assegurar a proteção de direitos humanos e fundamentais dos quais nenhum, por maior que seja a sua posição de preferência, é absoluto, no sentido de absolutamente imune a qualquer limite, por maior que seja o dano causado a outros direitos de elevada importância.

Retomando o olhar sobre a decisão do STF, calha lembrar, como já o fizeram tantos outros articulistas, mas também por se tratar de argumento que exsurge cristalinamente do julgado, que a nossa Suprema Corte rechaçou muito mais o rótulo do que a existência e o conteúdo propriamente dito de um determinado direito de se ver responsabilizado, em determinadas situações e com base em determinados critérios, alguém pela disseminação de certas informações ou opiniões sobre a vida passada de outrem.

Além disso, como já adiantado, não temos dúvida alguma, e sempre assim nos posicionamos, inclusive na **ConJur**, de que o STF acertou ao afastar o direito no caso concreto (Aida Curi) que deu azo ao reconhecimento da repercussão geral da matéria e ao julgamento.

Outrossim, de modo a espancar incompreensões precipitadas, também não abrimos mão da tese de que a liberdade de expressão e de informação deve ter uma posição preferencial e que eventuais e excepcionais restrições não podem configurar censura prévia e atenderem estritamente às exigências da proporcionalidade e salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais em rota de colisão.

Novamente importa enfatizar que do julgamento histórico de fevereiro passado também se extrai que o STF fez é não aceitar um direito ao esquecimento na extensão pleiteada pelos recorrentes no "caso Aida Curi".

A tese aprovada com repercussão geral pelo STF é a de que *"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"* e 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 penal e cível"*.

Dito de outro modo, o que para o STF é incompatível é um direito ao esquecimento entendido de determinado modo (quando se trata de impedir a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos) mas ressalvou ao mesmo tempo a possibilidade de se avaliar, caso a caso, se houve excesso e/ou abuso no manejo da liberdade de expressão, quando em causa a dignidade, honra, privacidade, entre outros. Note-se, ainda que também as expressas e específicas previsões legais foram ressalvadas, dentre as quais se encontram as acima citadas, assim como outros, como é o caso da configuração dos crimes de calúnia, injúria e difamação.

À vista do sumariamente exposto, é possível no mínimo colocar em evidência e discutir o quanto o julgamento do STF guarda estrita coerência e consistência internas, pois o que parece é que a corte acabou não negando a possibilidade de eventuais limites aos discursos manifestamente abusivos e destrutivos de outros valores fundamentais, inclusive a democracia (v. o recente caso da prisão em flagrante de deputado federal), mas sim, que o que se buscou sedimentar é que sob o manto do rótulo direito ao esquecimento não se possa (com o que é de se concordar integralmente) esvaziar ou mesmo ferir de morte a liberdade de expressão e de informação e o direito individual e coletivo à memória.

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

Para avançar na análise de tais aspectos e à luz deles refletir de modo mais aprofundado sobre os acertos e eventuais desacertos do julgamento do STF, serão, contudo, necessárias outras colunas.



[1] EFING, Antônio Carlos. *Bancos de Dados e cadastros de consumidores*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002; BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção de crédito*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.