

# O direito ao esquecimento no Supremo Tribunal Federal: a tese que não é aplicada

The right to be forgotten and the Brazilian Supreme Court: the thesis that is not enforced

Clarisse Bittencourt Bezerra Cavalcanti\*  

**Resumo:** O artigo analisa a aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, da tese fixada em repercussão geral a respeito do direito ao esquecimento. No julgamento do Tema 786 o Supremo assentou que, como direito abstrato e genérico, o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição brasileira, mas ressaltou a possibilidade de se ponderar, em casos concretos, entre a liberdade de expressão e a proteção dos direitos à intimidade e privacidade. Em casos apresentados para julgamento em sede de reclamação constitucional a tese fixada é aplicada? Tem-se por hipótese a ausência de exame dos casos para a tomada das decisões proferidas nas reclamações. O Supremo deixa de analisar as situações fáticas de modo a priorizar as liberdades de expressão, de informação e de imprensa? O exame das reclamações levantadas confirmou a hipótese.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; direito ao esquecimento; liberdade de expressão; direito à intimidade e à privacidade; ausência de ponderação no caso concreto.

**Abstract:** The article analyses the enforcement, by the Brazilian Supreme Court, of the thesis established regarding the right to be forgotten. While ruling on Topic 786, the Brazilian Supreme Court established that, as an abstract and generic right, the right to be forgotten is not compatible with the Brazilian Constitution, however, the Court allowed for the possibility of balancing, in specific cases, between the right to privacy and freedom of speech. Is the thesis established regarding the right to be forgotten being applied in concrete cases brought to it by constitutional complaints? The hypothesis presupposes an absence of case-specific analysis in the decision-making of constitutional complaints. Does the Brazilian Supreme Court fail to examine facts related to the cases in a way that prioritizes freedom of speech? The data analyzed has confirmed the hypothesis.

**Keywords:** Brazilian Supreme Court; right to be forgotten; freedom of speech; right to privacy; lack of balancing in specific cases.

Recebido em: 02/08/2024

Aprovado em: 15/10/2024

Como citar este artigo:

CAVALCANTI, Clarisse Bittencourt Bezerra. O direito ao esquecimento no Supremo Tribunal Federal: a tese que não é aplicada. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 6, n. 2, 2024, p. 113-134.

\* Mestranda em Direito, Regulação e Políticas Públicas (Universidade de Brasília). Analista judiciário do Supremo Tribunal Federal.

## 1 Introdução

O conceito de direito ao esquecimento tem sua origem no *droit à l'oubli* que tinha como propósito, inicialmente, permitir que o condenado que cumpriu a pena se distanciasse dos acontecimentos do passado, a fim de ser ressocializado e reintegrado à sociedade (FRAJHOF, 2019). Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, em 1973, julgou caso que veio a ser conhecido como um dos mais representativos do direito ao esquecimento por analisar conflito entre os direitos de personalidade e direito à informação, o chamado caso Lebach. O Tribunal proibiu a transmissão de documentário a respeito dos assassinos de quatro soldados alemães e, para tanto, levou em consideração o fato de terem sido incluídos os nomes e fotos dos condenados, não havendo mais relevante interesse público para sua transmissão, além da possibilidade de comprometer a reintegração social de um dos condenados que, tendo cumprido a pena, estava prestes a sair da prisão (LUCENA, 2019).

Desde então, o termo direito ao esquecimento vem sendo utilizado para abranger diversas situações com o propósito de garantir direitos de personalidade, como privacidade e intimidade não apenas de ex-condenados. É que o conceito de privacidade, defendido como um direito legal por Warren e Brandeis em célebre artigo denominado “The Right to Privacy” e descrito como o direito de ser deixado a sós, ou “*the right to be let alone*” (1890, p. 195), deve ser considerado como “*noção fortemente dinâmica*” e repensado dentro de contexto digital com o objetivo de garantir ao sujeito não apenas a proteção de suas condutas privadas, mas também o controle das “*informações a ele relacionadas*” (RODOTÀ, 2008, p. 92). Assim como o conceito de privacidade vem se transformando, o que se entende por direito ao esquecimento vem sendo desenvolvido com o passar do tempo e em razão dos avanços tecnológicos que desenham os veículos de comunicação e mídias sociais. Para De Cicco (2020), o direito ao esquecimento teria evoluído por três gerações: na primeira como um direito ao esquecimento propriamente dito, que buscava impedir a republicação de uma notícia a respeito da qual não exista mais interesse público para proteger uma reputação; na segunda, com o advento da Internet, como um direito de salvaguarda da identidade pessoal; na terceira, como um direito à desindexação com o propósito de excluir dados pessoais em determinadas circunstâncias.

Instado a se manifestar a respeito do direito ao esquecimento no Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ, conhecido como o Caso Aída Curi, o Supremo Tribunal Federal, em 11.2.2021, fixou tese no sentido de que este seria incompatível com a Constituição Brasileira, mas ressaltou

a possibilidade de, em análise dos casos concretos, resguardar-se os direitos de personalidade devido a excessos ou abusos no exercício da liberdade de informação e expressão (Tema 786)<sup>1</sup>.

O presente trabalho tem justamente por objetivo analisar como se dá a aplicação da tese fixada, referente ao direito ao esquecimento, pelo Supremo Tribunal. Quais situações práticas têm sido trazidas à análise do Tribunal em sede de reclamação constitucional e como foram decididas? Houve o reconhecimento excepcional desse direito em algum caso concreto? Quando existe liberdade de imprensa em contraponto aos direitos à privacidade e intimidade ela sempre prevalece? Tem-se por hipótese que o Supremo Tribunal Federal deixa de analisar os casos concretos sobre direito ao esquecimento que lhe são apresentados pela via da reclamação constitucional. Intui-se que a tese fixada é aplicada apenas em parte, deixando o Tribunal de garantir, na prática, os direitos à intimidade e à privacidade e priorizando, consequentemente, a liberdade de expressão. Para fins desse estudo serão analisadas apenas reclamações constitucionais ajuizadas ou decididas com fundamento no Tema 786. Não serão levantados eventuais recursos extraordinários ou demais classes processuais autuadas no Supremo que tenham por objeto o Tema 786, assim como não serão examinadas reclamações ajuizadas apenas com fundamento em descumprimento do que decidido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 oportunidade na qual o Tribunal definiu parâmetros para o exercício do direito à liberdade de expressão e de imprensa.

## 2 Metodologia

Adotou-se como metodologia pesquisa documental com o propósito de se analisar, em uma primeira etapa, os fundamentos contidos nos votos publicados no acórdão do Recurso Extraordinário com repercussão geral n. 1.010.606/RJ. Em uma segunda etapa, efetuou-se busca no sítio de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pelo termo “direito ao esquecimento”, filtrando o resultando a partir da data de julgamento do Tema 786, ocorrido em 11.2.2021, e selecionando apenas a classe reclamação, por ser a classe processual mais utilizada para exigir-se, de forma rápida, o cumprimento de tese fixada em julgamento de tema com repercussão geral pelo Tribunal. A forma como levantados esses dados será explicada adiante. Cabe esclarecer que o número de casos levantados não é significativo em razão de o julgamento do tema ser recente.

<sup>1</sup> RE 1.010.606/RJ, Tema 786, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJ 20.5.2021.

Por fim, estudou-se, qualitativamente, todas as decisões proferidas nessas reclamações com o objetivo de se estabelecer pontos convergentes entre elas e identificar elementos fáticos que foram observados, ou deixaram de ser observados, nos julgamentos, para melhor compreensão de como se dá a subsunção do caso concreto à tese de repercussão geral declinada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ.

## *2.1 Levantamento das reclamações*

A reclamação constitucional é “instituto jurídico” que, segundo Rodrigo Leite, originou-se de “construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal” e “teve sua inspiração na necessidade irrenunciável de assegurar o respeito à autoridade dos pronunciamentos” daquele Tribunal (2023, p. 80). Pela reclamação constitucional é possível exigir a observância, pelos demais tribunais, de decisões proferidas com efeito erga omnes e vinculante pelo Supremo Tribunal Federal (inc. II do art. 988 do Código de Processo Civil e alínea I do inciso I do artigo 102 da Constituição da República). Assim, a reclamação constitucional é instrumento processual célere utilizado para se pleitear o cumprimento de um tese fixada pelo Supremo Tribunal em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, motivo pelo qual neste estudo optou-se por examinar apenas as reclamações ajuizadas e julgadas com fundamento no Tema 786 do Supremo Tribunal.

Para fins deste artigo, realizou-se pesquisa de jurisprudência no sítio do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup> com o termo de busca “direito ao esquecimento” e selecionou-se o filtro para a classe das reclamações, restringindo a pesquisa a partir de 11.2.2021, data do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ no qual foi definido o Tema 786. A pesquisa assim realizada retornou, até o final de junho de 2024, 2 (dois) acórdãos da Primeira Turma (Reclamações n. 46.059-AgR/SP e Reclamação n. 43.220-ED-AGR/MG) e 15 (quinze) decisões monocráticas (Reclamações n. 43.220/MG, 45.432/SP, 46.059/SP, 49.459/SP, 49.816/SP, 50.661/DF, 50.905-TP/SP, 50.905/SP, 55.529-MC/GO, 55.529/GO, 56.027/PR, 57.251/RN, 59.127/PR, 60.309/SP, 65.870/SP. As Reclamações n. 50.905 e n. 55.529 constam duas vezes da lista de monocráticas, pois nelas foram proferidas decisões cautelares além de decisões de mérito. As reclamações de n. 46.059 e 43.220, por sua vez, figuram do rol dos acórdãos assim como naquele referente a decisões monocráticas, por ter sido a decisão do Relator levada à análise do colegiado. De se concluir,

<sup>2</sup> (<https://www.portal.stf.jus.br>)

então, que os julgados do Supremo Tribunal, na classe reclamação, entre 11.2.2021 e 30.6.2024, dos quais consta a expressão “direito ao esquecimento”, correspondem a um total de 13 (treze) processos.

### 3 Resultados

#### 3.1 Análise dos votos contidos no acórdão do Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ (Tema 786)

Em onze de fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ interposto pelos quatro irmãos da falecida Aída Curi contra a Globo Comunicação e Participações Ltda. por causa do televisionamento, no programa “Linha Direta Justiça”, de reportagem na qual se reencenava seu assassinato, ocorrido em 1958. Os recorrentes pugnavam pelo direito de esquecer a tragédia familiar acontecida há mais de cinco décadas e pediam indenização por danos morais alegadamente sofridos pelo revolvimento do caso, além da declaração de ilegalidade do programa televisivo.

O Ministro Dias Toffoli, Relator, iniciou seu voto nominando o direito ao esquecimento como sendo *“a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante”*<sup>3</sup>. Ponderou não existir um dever social de perdão decorrente da passagem do tempo e acrescentou que o direito à informação não autoriza a terceiros *“uma vida livre do conhecimento de seus erros passados”*<sup>4</sup>. Concluiu pela impossibilidade de ponderação judicial a restringir, apenas em função da passagem do tempo, a divulgação de informações verdadeiras e lícitas e assentou ser necessária previsão legal atenta à liberdade de expressão para aplicação de um direito ao esquecimento. O Ministro votou pelo não provimento do recurso extraordinário e pelo indeferimento do pedido de indenização por danos morais. Propôs fosse fixada tese assentando a incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Brasileira.

Na sequência do julgamento, o Ministro Nunes Marques concordou com o relator no sentido de não ser possível extrair-se, diretamente da Constituição, um direito ao esquecimento como *“categoria individualizada e autônoma”*, mas admitiu que, *“à luz dos elementos empírico-*

<sup>3</sup> Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ com repercussão geral, Relator o Ministro Dias Toffoli, Supremo Tribunal Federal, DJ 20.5.2021, p. 2-3.

<sup>4</sup> Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ com repercussão geral, Relator o Ministro Dias Toffoli, Supremo Tribunal Federal, DJ 20.5.2021, p. 68.

*probatórios do caso concreto*” eventuais danos podem ser apurados em consequência de um abuso no direito de informar ou de “*indexar informações*”<sup>5</sup>. No caso, divergiu do Relator e votou pelo provimento do recurso para reconhecer o direito à indenização por dano moral aos irmãos de Aída, por considerar ter havido abuso no dever de informar ao divulgar-se, na reportagem, a prática de crime sem importância histórica mediante exposição da imagem e nome da vítima.

O Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o Relator por não admitir um genérico e amplo direito ao esquecimento e pugnou pela análise caso a caso de forma a compatibilizar a liberdade de expressão com a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a vida privada e a honra, coibindo abusos na divulgação de um fato. Não deu provimento ao recurso extraordinário.

Da mesma forma, a Ministra Rosa Weber, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Ricardo Lewandowski e o Ministro Marco Aurélio acompanharam o Relator e negaram provimento ao recurso. Em uma passagem de seu voto, a Ministra Rosa Weber reconheceu, porém, que o direito à privacidade pode justificar que “*conflitos pessoais ou erros da juventude, desde que não tenham consequência significativa para a sociedade, não recebam projeção exacerbada sobre as possibilidades de vida de um indivíduo*”<sup>6</sup>.

O Ministro Edson Fachin divergiu do Relator por considerar os pilares do direito ao esquecimento albergados na dignidade da pessoa humana, no direito à privacidade e no direito à autodeterminação informativa reconhecido pelo Supremo nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.837, 6.388, 6.389, 6.390 e 6393. Lembrou ter a liberdade de expressão posição preferencial no sistema constitucional brasileiro, mas ressaltou a necessidade de um juízo de proporcionalidade para assegurar os direitos da personalidade em casos em que haja conflito entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação. No caso concreto, negou o pedido de indenização formulado.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou não estar em discussão a existência de “*um direito individual de ser esquecido*”, mas uma colisão entre direitos fundamentais. Assentou a necessidade de se analisar, no caso concreto, o “*conflito entre normas de igual hierarquia constitucional*”<sup>7</sup>, como se tem na liberdade de imprensa e de informação e nos direitos à imagem, à honra e vida privada e, ainda, no princípio da dignidade humana. Ofereceu, ainda, critérios a

<sup>5</sup> Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ com repercussão geral, Relator o Ministro Dias Toffoli, Supremo Tribunal Federal, DJ 20.5.2021, p. 113 e 121.

<sup>6</sup> Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ com repercussão geral, Relator o Ministro Dias Toffoli, Supremo Tribunal Federal, DJ 20.5.2021, p. 180-181.

<sup>7</sup> Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ com repercussão geral, Relator o Ministro Dias Toffoli, Supremo Tribunal Federal, DJ 20.5.2021, p. 257 e 290.

serem considerados, como “o decurso do tempo entre o fato e a publicização; a existência de interesse histórico, social e público atual; o grau de acessibilidade ao público; e a possibilidade de divulgação anonimizada dos fatos sem que se desnature a essência da informação”<sup>8</sup>. Votou pelo provimento parcial do recurso extraordinário acompanhando a conclusão do Ministro Nunes Marques, assentando que teria havido abuso no direito de informar e determinando a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que este apreciasse o pedido de indenização.

Para o Ministro Luiz Fux o direito ao esquecimento decorreria do princípio da dignidade humana, assim, em casos excepcionais, nos quais houvesse a passagem do tempo e os fatos fossem socialmente irrelevantes, a ponderação poderia pender para a proteção individual no intuito de salvaguardar a “busca da felicidade” e a “reconstrução da identidade”<sup>9</sup>. Desproveu, no entanto, o recurso extraordinário interposto pelos irmãos de Aída.

O Ministro Roberto Barroso se declarou suspeito deixando, assim, de votar no julgamento.

Após a proclamação dos votos, a tese proposta pelo Ministro Dias Toffoli foi acolhida pelos Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Ministro Luiz Fux e Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Edson Fachin não subscreveu a tese, por entender haver o que ele chamou de “uma miríade de fundamentos distintos nos votos”<sup>10</sup> a recomendar não fosse ela fixada.

Também o Ministro Marco Aurélio insistiu não ser o caso propício à edição de tese, mas, vencido quanto à sua fixação, votou por sua restrição ao 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.”<sup>11</sup> Lembrou que situações futuras poderiam vir a ser analisadas em processos subjetivos e sopesadas as questões envolvidas.

Ao final, por maioria, a Corte Constitucional assentou a incompatibilidade do direito ao esquecimento com a ordem constitucional brasileira, vencidos quanto ao desfecho do caso exposto no recurso extraordinário, os Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes e, quanto à compatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição, o Ministro Edson Fachin.

<sup>8</sup> Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ com repercussão geral, Relator o Ministro Dias Toffoli, Supremo Tribunal Federal, DJ 20.5.2021, p. 290.

<sup>9</sup> Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ com repercussão geral, Relator o Ministro Dias Toffoli, Supremo Tribunal Federal, DJ 20.5.2021, p. 302.

<sup>10</sup> Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ com repercussão geral, Relator o Ministro Dias Toffoli, Supremo Tribunal Federal, DJ 20.5.2021, p. 316.

<sup>11</sup> Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ com repercussão geral, Relator o Ministro Dias Toffoli, Supremo Tribunal Federal, DJ 20.5.2021, p. 328.



Fixou-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 lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível*”<sup>12</sup>.

A tabela abaixo foi elaborada na tentativa de auxiliar a análise dos votos individuais dos Ministros:

| RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.010.606/RJ |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                     |
|----------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| MINISTRO                               | TESE PROPOSTA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | CASO CONCRETO                                                                                       |
| <b>Dias Toffoli</b>                    | <i>“É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.</i>           | Não deu provimento ao recurso.                                                                      |
| <b>Nunes Marques</b>                   | <i>“Não é possível extrair-se diretamente da Constituição Federal de 1988 o chamado ‘direito ao esquecimento’. Eventuais danos materiais ou morais causados por abuso do direito de informar ou de indexar informações devem ser apurados ‘a posteriori’, à luz dos elementos empírico-probatórios do caso concreto, e tendo em conta o disposto nos arts. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, 220, § 1º, e 221, IV, da Constituição Federal”.</i>                                                                                                                                                                                                          | Deu provimento parcial ao recurso para determinar fosse fixada indenização pelo Tribunal de Origem. |
| <b>Alexandre de Moraes</b>             | Não trouxe tese.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Não deu provimento ao recurso.                                                                      |
| <b>Edson Fachin</b>                    | <i>“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).”</i> | Não deu provimento ao recurso.                                                                      |
| <b>Rosa Weber</b>                      | Não trouxe tese.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Não deu provimento ao recurso.                                                                      |
| <b>Cármem Lúcia</b>                    | Não trouxe tese.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Não deu provimento ao recurso.                                                                      |
| <b>Gilmar Mendes</b>                   | <i>“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,</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Deu provimento parcial ao recurso para determinar fosse                                             |

<sup>12</sup> Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ com repercussão geral, Relator o Ministro Dias Toffoli, Supremo Tribunal Federal, DJ 20.5.2021, p. 331.



|                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                             |
|----------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|
|                            | <i>além da dignidade da pessoa humana), deve-se adotar a técnica da concordância prática, demandando análise pontual sobre qual direito fundamental deve prevalecer, para fins de direito de resposta e/ou indenização, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Parlamento; e 2. Devem ser considerados como fatores preponderantes desse balizamento: o decurso do tempo entre o fato e a publicização; a existência de interesse histórico, social e público atual; o grau de acessibilidade ao público; e a possibilidade de divulgação anonimizada dos fatos sem que se desnature a essência da informação”.</i> | fixada indenização pelo Tribunal de Origem. |
| <b>Marco Aurélio</b>       | “Não se harmoniza com a ordem jurídica o direito ao esquecimento.”                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Não deu provimento ao recurso.              |
| <b>Luiz Fux</b>            | Não trouxe tese.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Não deu provimento ao recurso.              |
| <b>Ricardo Lewandowski</b> | Não trouxe tese.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Não deu provimento ao recurso.              |
| <b>Roberto Barroso</b>     | Se declarou suspeito.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Se declarou suspeito.                       |

Tabela n. 1

### 3.2 Análise das reclamações levantadas

Passa-se à análise das decisões proferidas nas 13 (treze) reclamações levantadas com o propósito de examinar como o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a tese fixada no Tema 786 e, ao fazê-lo, busca-se trazer à luz os detalhes dos casos concretos ali tratados com o propósito de, posteriormente, mapear os pontos em comum a eles. Inicia-se pelas reclamações nas quais há acórdão.

Antes, contudo, necessária rápida digressão a respeito do julgado proferido pelo Supremo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 e sua relação com o tema 786. No julgamento da arguição, ocorrido em 30/04/2009, o Tribunal assentou a não recepção, pela Constituição de 1988, da Lei n. 5.250/1967, a denominada Lei de Imprensa. Cuidava-se de lei editada em período ditatorial da história brasileira. O STF posicionou-se, naquela oportunidade, pela precedência, na nova ordem constitucional, do direito à liberdade de imprensa e pela incidência, somente *a posteriori*, dos direitos à intimidade e vida privada para efeitos de direito de resposta e de indenização. Trata-se, assim, de julgado utilizado por veículos de comunicação como fundamento para o ajuizamento de reclamação no Supremo a fim de reivindicar a observância das liberdades de expressão, informação e imprensa, e, por estar o assunto imbricado com o tema do direito ao esquecimento, é também apontado nas reclamações que foram levantadas neste estudo.

Importante lembrar, ainda, que para ter regular processamento no Supremo Tribunal Federal com fundamento em descumprimento de suas decisões, o ajuizamento da reclamação constitucional deve atender a alguns requisitos. Um deles é o requisito lógico-temporal: a decisão

invocada como paradigma de descumprimento deve ser, necessariamente, anterior à decisão reclamada. Tanto se dá porque não há como uma decisão descumprir um tema de repercussão geral com tese ainda não fixada pela Corte Constitucional.

A Reclamação n. 43.220 foi ajuizada por Mare Clausum Publicações Ltda. contra decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que a compeliu a retirar de seu jornal digital, O Antagonista, reportagem publicada um ano antes sobre pessoa pública que se dizia ofendida em sua honra. Não havia, nessa reclamação, alegação de descumprimento do Tema 786, por ter sido ajuizada antes de seu julgamento e invocava-se apenas contrariedade à ADPF n. 130. O Relator, Ministro Dias Toffoli, inicialmente negou seguimento à reclamação por entender inexistente a identidade material com o que decidido na ADPF n.130 e por tratar o caso de matéria relacionada ao Tema 786 à época pendente de julgamento<sup>13</sup>. Essa decisão monocrática foi revertida pela Primeira Turma do Tribunal em sede de agravo regimental em embargos de declaração tendo sido determinado o prosseguimento de sua instrução<sup>14</sup>. O Ministro Dias Toffoli, então, julgou procedente a reclamação para cassar a decisão reclamada e determinar fosse outra proferida pelo Tribunal mineiro com respeito à eficácia da ADPF 130<sup>15</sup>. A Reclamação n. 43.220, assim, consta da pesquisa efetuada apenas por ter o Ministro Dias Toffoli, em sua decisão monocrática, feito referência ao direito ao esquecimento e não merece, por isso, maiores considerações para efeitos do presente estudo.

Na Reclamação n. 46.059/SP, ajuizada por S.A. O Estado de São Paulo, o Ministro Alexandre de Moraes inicialmente proferiu decisão monocrática ressaltando a impossibilidade de seu conhecimento, uma vez que a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo indicada como descumpridora foi proferida dias antes do julgamento do Tema 786 pelo Supremo.<sup>16</sup> Essa decisão, no entanto, foi revertida pela Primeira Turma do Supremo em sede de agravo regimental, tendo o Ministro Marco Aurélio, redator para o acórdão, acompanhado o Ministro Alexandre quanto ao não conhecimento pelo Tema 786, mas sustentado o recebimento da reclamação pela alegação de descumprimento à ADPF n. 130.<sup>17</sup> Em novo julgamento, surpreendentemente, a reclamação veio a ser julgada procedente pela Primeira Turma por descumprimento ao que decidido no Tema 786 apesar de a decisão reclamada ser anterior ao julgamento do Tema.<sup>18</sup> O Supremo acabou, nesse caso, por reverter acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinava ao jornal Estadão,

<sup>13</sup> Reclamação n. 43.220, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 6.10.2020.

<sup>14</sup> Reclamação n. 43.220, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 4.8.2021.

<sup>15</sup> Reclamação n. 43.220, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 9.8.2022.

<sup>16</sup> Reclamação n. 46.059, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, DJe 8.3.2021

<sup>17</sup> Reclamação n. 46.059, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 1º.6.2021.

<sup>18</sup> Reclamação n. 46.059, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 15.3.2022.

que retirasse de seu sítio eletrônico matéria publicada há quase duas décadas e que tratava de fatos sem relevância pública ou histórica referentes a pessoa que não poderia ser caracterizada como pública. O autor da ação alegava que a manutenção da matéria pesquisável na internet ainda lhe trazia constrangimentos apesar de o inquérito policial relativo aos fatos ter sido arquivado com fundamento em extinção da punibilidade. O transcurso de 20 (vinte) anos entre a publicação da notícia e o ajuizamento da ação por homem que, acusado de atirar contra a esposa, pleiteava a remoção da notícia do sítio do jornal Estadão, assim como os prejuízos que a matéria causava em sua vida pessoal e profissional, não parecem ter sido objeto de análise mais detida no julgamento da reclamação.

Examinados os dois acórdãos levantados, avançou-se para o estudo das 11 (onze) reclamações encontradas objeto apenas de decisões monocráticas e descartou-se, para fins de uma análise mais aprofundada, 3 (três) delas, dado que o esgotamento das instâncias ordinárias anteriormente ao ajuizamento da reclamação que busca garantir a observância de acórdão em recurso extraordinário com repercussão geral é outro requisito necessário ao ajuizamento da reclamação (inciso II do §5º do art. 988 do Código de Processo Civil).<sup>19</sup> A ausência de preenchimento desse requisito motivou o não conhecimento das Reclamações n. 49.816, 57.251 e 59.127 quanto ao alegado descumprimento do Tema 786, a inviabilizar, para fins deste estudo, a averiguação dos casos concretos nelas tratados.<sup>20</sup>

Igualmente, a Reclamação n. 65.870<sup>21</sup> não merece maiores considerações, pois, apesar do termo direito ao esquecimento constar de trecho do relatório da decisão, por pleitear o reclamante o afastamento da utilização de condenação anterior como Maus Antecedentes em nova sentença condenatória, a reclamação tinha como paradigma a Súmula 523 do Supremo Tribunal pela qual este assentou que a falta de defesa constitui nulidade absoluta e não havia alegação de descumprimento ao Tema 786, assim como não foi esse o fundamento da decisão do Ministro Relator.

No entanto, as 7 (sete) reclamações restantes apresentam conteúdo relevante para investigação tanto nas relações jurídicas ali tratadas, como nas decisões proferidas pelos Ministros

<sup>19</sup> Nesse sentido os seguintes julgados: Reclamação n. 66.875-AgR, Relator o Ministro Cristiano Zanin, Primeira Turma, DJe 10.5.2024 e Reclamação n. 52.478-AgR, Relator o Ministro André Mendonça, Segunda Turma, DJe 7.7.2023.

<sup>20</sup> Reclamação n. 49.816, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 11.10.2021, decisão confirmada pela Primeira Turma, DJe 11.2.2022; Reclamação n. 57.251, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 30.6.2023 e Reclamação n. 59.127, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 30.6.2023.

<sup>21</sup> Reclamação n. 65.870, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 13.3.2024.

Relatores, e por terem sido, todas elas, decididas com fundamento no Tema 786, como se verá a seguir.

Na Reclamação n. 45.432, o Supremo cassou decisão do Colégio Recursal de Santana/SP que determinava, com fundamento no direito ao esquecimento, a exclusão, do sítio do jornal Estadão (S.A. O Estado de São Paulo), de reportagem publicada há mais de dez anos noticiando a prisão de um homem investigado por suposta locação de uma arma de fogo usada em homicídio. A autoridade reclamada fundamentou-se na ausência de interesse público ou histórico na manutenção da matéria jornalística e no desfecho da ação penal de forma favorável ao acusado. O Ministro Gilmar Mendes, Relator da Reclamação, salientou haver descumprimento do decidido no Tema 786 e na ADPF n. 130 e deixou de tecer maiores considerações a respeito do transcurso de 10 (dez) anos entre a publicação da matéria e o ajuizamento da ação por homem que, acusado, sequer foi pronunciado. O Ministro concluiu pela *“divergência e absoluta desconformidade do entendimento consagrado pelo Colégio Recursal e a cognição do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, que consagra a liberdade de expressão como valor essencial ao Estado Democrático”*<sup>22</sup>.

A Ministra Rosa Weber, na Reclamação n. 49.459, cassou o acórdão reclamado proferido pelo Colégio Recursal da Capital/SP que condenava o jornal Folha de São Paulo (Empresa Folha da Manhã S.A.) a retirar notícia que, com base em boletim de ocorrência, trazia informações a respeito da prisão de uma mulher por furto. A matéria havia sido publicada cinco anos antes do ajuizamento da ação de obrigação de fazer combinada com indenização, não tendo sido, a autora, ao final da ação penal, condenada pelos fatos noticiados. Mais uma vez, a passagem do tempo não foi suficiente a autorizar a remoção de notícia desprovida de interesse social ou histórico. A Ministra Rosa Weber salientou que *“a passagem do tempo, enquanto elemento definidor do direito ao esquecimento, não transforma uma publicação lícita em ilícita, de modo que a exclusão de uma publicação lícita, apenas por estar desatualizada ou descontextualizada, viola o direito à liberdade de expressão.”*<sup>23</sup>

Já a Rede Globo (Globo Comunicação e Participações S.A.) teve movida contra si ação de reparação de danos proposta por homem que pedia a retirada de matéria que o retratava como suspeito do sequestro da própria filha. O autor da ação explicou que a notícia fora publicada em 2007 e ele, absolvido em 2008, mas que, em 2010, essa ainda podia ser acessada na internet. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, apesar de entender pela licitude da

<sup>22</sup> Reclamação n. 45.432, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 10.5.2021.

<sup>23</sup> Reclamação n. 49.459, Relatora a Ministra Rosa Weber, decisão monocrática, DJe 18.3.2022.

reportagem e ter afastado a indenização a título de danos morais pleiteada pelo autor, determinou a retirada desse registro dos sites de propriedade da ré por considerar que os fatos narrados não eram históricos e sua veiculação atual não seria de interesse público. Globo Comunicação e Participações S.A. ajuizou, então, a Reclamação n. 50.661, alegando descumprimento do Tema 786. A reclamação foi julgada procedente pelo Ministro Alexandre de Moraes para quem a manutenção do acórdão reclamado resultava em restrição à liberdade de expressão e à livre manifestação do pensamento, além de desobediência ao Tema 786 da repercussão geral.<sup>24</sup>

A Reclamação n. 50.905 foi ajuizada por jornalista apenas com fundamento em descumprimento da ADPF n. 130. Tratava-se, neste caso, de matéria referente a pessoa pública e não se formulava pedido de retirada da matéria por ser recente sua publicação, mas o Ministro Dias Toffoli, Relator, cassou acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo fundamentando sua decisão na ADPF n. 130 e no Tema 786.<sup>25</sup> A decisão do Tribunal paulista havia dado provimento à apelação interposta por empresário que pedia a condenação, ao pagamento de indenização por danos morais, de jornalista que publicou, em um jornal eletrônico, texto analisando criticamente seu comportamento em uma postagem na internet. A decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli foi mantida pela Primeira Turma do Supremo que reconheceu tratar-se de figura pública e assentou ser a responsabilização civil um “*fator de inibição da liberdade de imprensa*”.<sup>26</sup>

De relatoria do Ministro Dias Toffoli, a Reclamação n. 55.529 estava fundamentada em descumprimento do Tema 786 e da ADPF n. 130 por Globo Comunicação e Participações S.A. que pretendia ver cassado acórdão proferido por Turma Recursal de Goiás. Cuidava-se de notícia publicada em sítio eletrônico da reclamante que relatava prisão em flagrante de pessoa que não pode ser considerada pública e que foi, posteriormente, absolvida, pelo que o Tribunal reclamado concluiu pela remoção da notícia desatualizada. Não se tem, na decisão analisada, informações a respeito do tempo decorrido entre o ajuizamento da ação e a publicação da reportagem. O Ministro Relator julgou procedente a reclamação para cassar a decisão reclamada determinando que a Turma Recursal proferisse outra decisão em consonância com o entendimento firmado pelo Supremo no Tema 786. Ressaltou que “*o objeto da presente reclamatória refere-se, portanto, à acessibilidade de matéria que compõe o acervo de empresa de comunicação, tendo como referência **notícia verídica** (prisão em flagrante) contemporânea à divulgação do conteúdo*”<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Reclamação n. 50.661, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, DJe 30.11.2021.

<sup>25</sup> Reclamação n. 50.905, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 2.6.2022.

<sup>26</sup> Reclamação n. 50.905, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 19.4.2023.

<sup>27</sup> Reclamação n. 55.529, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 9.1.2023, grifos no original.

A Reclamação n. 56.027 foi protocolada pela NN&A Produções Jornalísticas Ltda. por alegada inobservância do que decidido pelo Supremo na ADPF n. 130. Cuidava-se, na origem, de pedido de retirada de matéria publicada há três anos em sítio de notícias da reclamante, acompanhado de pedido de publicação de nota de retificação do conteúdo e de pagamento de indenização por danos morais. A notícia tratava de crítica a médico que havia feito publicação a respeito de uma pessoa pública. A Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais do Paraná deu parcial provimento ao recurso e determinou a edição da matéria de modo a excluir as frases danosas à honra do autor, ou, ante a impossibilidade de assim proceder, à exclusão integral e definitiva das matérias do sítio da ré além do pagamento de indenização por dano moral. O Ministro Ricardo Lewandowski, Relator da reclamação no Supremo, julgou-a procedente com fundamento na ADPF n. 130 e no Tema 786 para cassar o acórdão e reestabelecer a sentença que julgava improcedente a ação, por considerar ineficaz a retirada da matéria de um único site considerando terem sido os fatos noticiados em vários outros portais eletrônicos, além de não vislumbrar excesso na manifestação do jornalista. Salientou, ainda, ser a permanência da notícia na internet, com o acesso por qualquer pessoa das informações ali referidas, “*um reflexo dos tempos em que vivemos*”.<sup>28</sup>

A Reclamação n. 60.309, fundamentada em descumprimento da ADPF n. 130 e do Tema 786, foi ajuizada pela proprietária de um sítio de notícias na internet que, em razão de tramitação em segredo de justiça, só pode ser identificada por sua sigla, P.J. O Ministro Dias Toffoli, Relator, deixou de se manifestar a respeito do Tema 786 como fundamento da reclamação, afastou a ADPF n. 130 como paradigma a ser aplicável ao caso por não haver censura prévia e salientou, ainda, que a reclamação não poderia ser utilizada, pela reclamante, como sucedâneo de recurso. Sustentou, ademais, que a matéria dos autos envolveria “*o debate acerca do modo de fazer cessar eventual extrapolação da liberdade de expressão a partir da compreensão dos limites em redes sociais e canais na **internet***”<sup>29</sup> e se assemelharia à questão submetida à repercussão geral no Tema 837 o qual ainda não foi julgado pelo Tribunal e busca definir os “*limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia - como os da inviolabilidade da honra e da imagem – e estabelecimento de parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas.*”<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Reclamação n. 56.027, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJe 16.2.2023.

<sup>29</sup> Reclamação n. 60.309, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 19.12.2023, grifos no original.

<sup>30</sup> Recurso Extraordinário n. 662.055-RG, Tema 837, Relator o Ministro Roberto Barroso, Plenário, DJe 3.9.2015.

Ao final, o Ministro acabou por negar seguimento à reclamação por entender que a exposição, em matéria jornalística, publicada há um ano e meio, do nome de policial militar posteriormente absolvido pelo crime de que foi acusado, poderia resultar em risco de vida em razão de ter enfrentado organização criminosa, mantendo, por consequência, decisão do Tribunal de origem no sentido da retirada da matéria.

### 3.3 Tabela Comparativa

A tabela abaixo destaca os elementos fáticos postos nas reclamações examinadas.

| Número da RCL | Veículo de Comunicação que ajuizou a RCL | A pessoa objeto da reportagem era pessoa pública?         | A pessoa objeto da reportagem estava sendo acusada de crime? | A pessoa foi condenada? | A notícia tem relevância social ou histórica? | Passagem do tempo entre a publicação da matéria e o ajuizamento da ação | Ao final, o STF autorizou a retirada da matéria? |
|---------------|------------------------------------------|-----------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|-------------------------|-----------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|
| 45.432        | S.A. O Estado de São Paulo               | Não                                                       | sim                                                          | não                     | não                                           | Mais de 10 anos                                                         | não                                              |
| 46.059        | S.A. O Estado de São Paulo               | Não                                                       | sim                                                          | não                     | não                                           | Quase 20 anos                                                           | não                                              |
| 49.459        | Empresa Folha da Manhã S.A.              | Não                                                       | sim                                                          | não                     | não                                           | 5 anos                                                                  | não                                              |
| 50.661        | Globo Comunicação e Participações S.A.   | Não                                                       | sim                                                          | não                     | não                                           | 3 anos                                                                  | não                                              |
| 50.905        | Luis Nassif                              | Sim                                                       | não                                                          | não se aplica           | sim                                           | 7 meses                                                                 | não                                              |
| 55.529        | Globo Comunicação e Participações S.A.   | Não                                                       | sim                                                          | não                     | não                                           | Não há informações                                                      | não                                              |
| 56.027        | NN&A Produções Jornalísticas Ltda        | não (mas ela se manifestava a respeito de pessoa pública) | não                                                          | Não se aplica           | sim                                           | 3 anos                                                                  | não                                              |
| 60.309        | P.J.                                     | Não                                                       | sim                                                          | não                     | não                                           | 1 ano e meio                                                            | sim                                              |

Tabela n. 2



## 4 Discussão dos resultados

O Caso Aída Curi (Recurso Extraordinário n. 1.010.606) talvez não fosse o melhor representante do que se busca denominar “direito ao esquecimento”, por tratar de divulgação de reportagem referente um crime que se pode argumentar como de interesse histórico, consistindo, assim, em um caso limítrofe no qual o interesse privado se contrapõe ao interesse público, e as liberdades de expressão e de informação conflitam com os direitos à privacidade e à intimidade da pessoa lembrada ou, como se tinha no caso, dos familiares dessa pessoa. O pleito de esquecimento, porém, pode envolver a pretensão de resguardo de uma memória individual e não coletiva, isto é, de fato que diga respeito apenas aos interesses privados de uma pessoa e não a fatos históricos, assim como pode ser requerido por pessoa pública ou privada. Além disso, o termo direito ao esquecimento engloba várias situações e pode ser reivindicado visando impedir nova publicação de uma reportagem ou transmissão de um documentário, exigir a retirada, atualização ou anonimização de uma matéria jornalística antiga, pleitear a desindexação de operadores de busca de sítios de internet, e, até mesmo, providenciar a remoção de uma postagem em mídias sociais. Assim, não apenas a passagem do tempo, mas também essas diferentes situações, devem ser avaliadas caso a caso e sopesados os direitos fundamentais em conflito, de modo a decidir-se a respeito da adequação da solução requerida.

Apesar disso, o Recurso Extraordinário n. 1.010.606 foi selecionado como representativo do tema direito ao esquecimento e o Supremo Tribunal Federal pretendeu, naquele julgamento, uma solução única para o Tema 786, o que pode ter contribuído para que os Ministros votassem, subjetivamente, sobre o que seria o “*direito ao esquecimento*” e os votos abrangessem muitas hipóteses abstratas sem que houvesse concordância a respeito de qual delas, ou todas, seria objeto do julgamento e contivessem, ainda, fundamentos de natureza variada. Em razão disso, os votos proferidos durante o julgamento resultaram em um acórdão que se consubstancia naquilo que Roesler chama de “*um conjunto de decisões mais do que uma decisão colegiada*” (2016, p. 84).

Apesar da pletora de fundamentos contidos nos votos dos Ministros, a maioria ressalvou a possibilidade de futura ponderação em processos subjetivos, de modo a considerar os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da privacidade, além das liberdades de informação e de imprensa. É justamente em razão dessa possibilidade de análise de casos futuros e da inexistência de uma única regra balizadora homogênea e equânime a orientar esses casos, que talvez não fosse conveniente fixar uma tese, mas, a despeito disso, o Supremo acabou por fixá-la. A tese, nos termos em que consolidada, é composta por duas partes, a primeira

consistindo em uma regra geral que afirma inexistir um direito abstrato e genérico ao esquecimento extraível diretamente da Constituição, pelo que não se poderia impedir, apenas com fundamento nesse direito e em virtude do tempo decorrido, a divulgação de fatos verídicos e obtidos de forma lícita. A segunda parte autoriza seja afastada a primeira e configura uma hipótese de exceção prevendo a possibilidade de se garantir a análise dos casos reais trazidos ao Judiciário e, excepcionalmente, se fazer prevalecer a proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral. O Supremo buscou resguardar, nessa segunda parte da tese, a possibilidade de futuro exame de casos que podem ser considerados de maior complexidade, como, por exemplo, aqueles nos quais o interesse público ou o conteúdo histórico não se faz presente, mas não estabeleceu, nessa parte da tese, requisitos a serem observados no estudo da situação fática. Como se verá adiante, essa parte da tese não tem aplicação na prática.

Nas 8 (oito) reclamações objeto de análise mais minuciosa neste estudo e incluídas na Tabela n. 2, todas ajuizadas por veículos de comunicação como os jornais Folha de São Paulo, Estadão e Globo, tinha-se em contraposição, de um lado, a liberdade de expressão, mais especificamente as liberdades de imprensa e de informação e, de outro, os direitos à privacidade e à intimidade. Buscava-se reverter, no Supremo, decisão de tribunal estadual que determinava a retirada da matéria ou o pagamento de indenização e, em 7 (sete) delas, essa decisão foi cassada pelo Tribunal com fundamento na primeira parte da tese fixada e sem análise mais detalhada a respeito dos casos concretos. Em 5 (cinco) reclamações (Reclamações n. 45.432, 46.059, 49.459, 50.661 e 55.529) a matéria jornalística publicada não dizia respeito à pessoa pública, não detinha conteúdo de relevância histórica ou relatava fatos de importância social e havia decorrido tempo razoável de 3, 5, 10 e 20 anos entre sua publicação e o ajuizamento da ação, além de todas as notícias referirem-se a crimes pelos quais a pessoa não fora posteriormente condenada. Esses fatos, que poderiam ser avaliados para uma aplicação da segunda parte da tese, não parecem ter sido considerados. As circunstâncias concretas dos casos apresentados ao Supremo nessas reclamações como, por exemplo, a irrelevância social da notícia e o transcurso do tempo, não foram objeto de balanço de forma a se ponderar entre os direitos de personalidade e a liberdade de expressão. Assim se deu, por exemplo, no caso de jovem que, acusada de furtar objeto de valor irrisório, não foi posteriormente condenada e pedia a exclusão de reportagem que noticiava a acusação e lhe trazia transtornos de ordem pessoal e profissional por ser acessível em sítio de internet mesmo 5 (cinco) anos após os acontecimentos (Reclamação n. 49.459). Prevaleceu nessa reclamação a simples afirmação de que a passagem do tempo não autoriza seja obstada a divulgação de fatos lícitamente obtidos e verídicos à época da divulgação. O pedido de esquecimento, no entanto, pressupõe, mesmo, a licitude na obtenção dos fatos reportados e a veracidade da notícia publicada

à época em que publicada, caso contrário se teria pedido de remoção de conteúdo falso e não de esquecimento.

Na Reclamação n. 50.905, a notícia objeto da ação referia-se à pessoa pública, o tempo transcorrido entre a publicação da notícia e o ajuizamento da ação de indenização era diminuto e não havia pedido de exclusão da matéria, mas esses dados, assim como uma certa relevância histórica do fato divulgado na notícia objeto da ação, não parecem ter sido considerados enquanto o Tema 786 foi utilizado como fundamento apenas para se assentar que “*não há, no ordenamento jurídico brasileiro ‘um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado’*”<sup>31</sup>. Também na Reclamação n. 56.027, cuidava-se de matéria que envolvia pessoa pública, mas esse fato não foi objeto de maiores digressões e não serviu de fundamento para a decisão que, embasada na ADPF n. 130 e no Tema 786, cassou o acórdão do Tribunal de origem que determinava a edição da matéria ou, ante essa impossibilidade, sua exclusão.

Apenas em 1 (uma) reclamação (Reclamação n. 60.309) manteve-se a decisão do Tribunal de origem que determinava a retirada da matéria. Mas esta reclamação destoa das outras não por ter sido objeto de aplicação confessa da segunda parte do Tema 786, mas porque, apesar de conter os mesmos elementos das demais, isto é, ter sido ajuizada por veículo de comunicação contra decisão de Tribunal que determinava a retirada de matéria antiga que não seria mais de interesse público ou histórico, o pedido da proprietária do sítio de notícias não foi atendido e a reclamação foi julgada com outros fundamentos e sem menção ao Tema 786. Apesar de ter deixado de escorar sua decisão no Tema do direito ao esquecimento, o Ministro Relator parece ter realizado, de fato, uma ponderação de valores no caso concreto, pois prevaleceu preocupação com o risco de vida a que estaria submetido policial militar que teve embate com uma organização criminosa. A ponderação de valores realizada se deu, assim, entre o direito à vida e à liberdade de expressão e não entre esta e os direitos à intimidade e privacidade, e o Tema 786 não foi fundamento da decisão proferida na reclamação, apesar de ter sido suscitado pela reclamante.

O estudo realizado confirmou a hipótese anteriormente aventada no sentido de que o Supremo Tribunal Federal não analisa as situações fáticas colocadas em casos concretos, apesar de ser possível fazê-lo em sede de Reclamação. Conclui-se que a tese fixada no Recurso Extraordinário n. 1.010.606 é aplicada apenas em sua primeira parte, enquanto a segunda não tem aplicação prática, mesmo quando de fato realizada, na reclamação, uma ponderação de princípios em vista da situação específica, como se deu na Reclamação n. 60.309. Ao deixar de analisar o caso concreto o Supremo dá preferência à liberdade de expressão e de informação. Triunfa, assim,

<sup>31</sup> Reclamação n. 50.905, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 2.6.2022.

a teoria da posição preferencial da liberdade de expressão, nela compreendidas a liberdade de informação e de imprensa, teoria essa agasalhada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n. 130 provavelmente, em razão dos notórios excessos cometidos em uma época em que censura e oblívio eram a norma no Brasil. O termo “esquecimento” pode ter contribuído, conseqüentemente, para que tese fosse fixada pelos Ministros no sentido da incompatibilidade desse direito com a Constituição. Mas direito ao esquecimento não significa controlar ou deletar o passado, e sim permitir que o indivíduo possa gozar de vida civil plena e desenvolva sua personalidade *“sem que fatos do passado sejam rememorados de forma desatualizada ou sem qualquer interesse público na divulgação”* (FACHIN, 2023, p. 614). O direito ao esquecimento teria por propósito, segundo Coelho, retirar o foco de uma informação que *“afeta o livre desenvolvimento e a existência digna do sujeito retratado”* (2023, p. 53).

Ainda assim, a Corte Constitucional brasileira não transcende a primazia da liberdade de expressão nos casos concretos a ela apresentados, deixando, assim, por um lado, de estabelecer parâmetros a serem utilizados para a proteção da privacidade e intimidade das pessoas na internet, definindo o que poderia configurar excesso ou abuso no poder de informar, e, por outro, se sobrepondo aos julgados dos tribunais inferiores os quais, em ponderação de valores, e com exame de fatos e provas, concederam preferência aos direitos de personalidade. Na maioria dos casos examinados, apenas o critério tempo parece ter sido observado pelos Ministros e, ainda assim, para, com fundamento somente na primeira parte da tese, afastar, de pronto, a possibilidade de retirada da matéria jornalística. Uma real ponderação entre direitos fundamentais não tem sido realizada em sede de reclamação constitucional, ao menos naquelas ajuizadas ou decididas com fundamento no Tema 786. A ausência de relevância histórica ou social da notícia publicada, sua desatualização e nem mesmo o transcurso de duas décadas desde sua publicação, foram critérios considerados pelo Supremo Tribunal Federal a fim de justificar uma ponderação no caso concreto de modo a gerar precedentes concernentes ao direito à privacidade e à intimidade na era da sociedade da informação.

De bom alvitre lembrar que, não apenas a liberdade de expressão, mas também os direitos da personalidade, têm relação com o princípio democrático (MANSUR; SOARES, 2020). A privacidade, especialmente, constitui fundação para o exercício de outros direitos, inclusive o de informação, pois é a esfera privada que permite o desenvolvimento de ideias novas (BLUME, 2010). Os direitos da personalidade estão, ainda, intimamente ligados à dignidade da pessoa, e a capacidade de esquecer determinados fatos do passado é característica intrínseca à natureza humana, até mesmo *“do ponto de vista neurológico e psíquico, podendo mesmo ser associada ao*

*conceito de necessidades básicas*” (SARLET, 2019, p. 49). Garantir esse esquecimento tem se tornado, no entanto, tarefa cada vez mais árdua.

Mayer-Schonberger adverte que lembrar se tornou a norma e esquecer a exceção e imputa essa inversão à capacidade da memória digital que aumentou drasticamente em virtude de quatro avanços tecnológicos: digitalização, armazenamento barato, fácil recuperação e alcance global (2009). Assim, a era digital possibilita a eternização de notícias antigas na internet. Jornais de papéis que, em uma época analógica teriam suas folhas amareladas e descartadas com o tempo, hoje, digitalizados e acessíveis com um clique, acabam por fazer o mesmo com os direitos de privacidade e intimidade daqueles que eventualmente tiveram o infortúnio de serem expostos e gostariam de ter seu anonimato restituído. A opressão de uma memória digital impecável, duradoura e que detém extensão internacional é esmagadora e desumana. O feixe de luz apontado sobre um determinado acontecimento passado na vida de uma pessoa que não se apaga com o decurso do tempo pode trazer prejuízos emocionais, familiares e profissionais proporcionalmente muito maiores do que eventual interesse público na manutenção de acessibilidade a uma informação antiga, desbotada e sem apreço histórico.

Hartman já se debruçava sobre o que chamou de *“crise de precedentes” no campo da liberdade de expressão*” (2020, p. 125) nos julgados do Supremo Tribunal e alertava para a ausência de precedentes que orientem o Judiciário brasileiro. O presente trabalho concluiu que o Supremo perde a oportunidade de, em sede de reclamações ajuizadas com fundamento no Tema 786, estabelecer parâmetros e criar precedentes que norteiem os julgamentos dos Tribunais em casos nos quais se pleiteia um direito ao esquecimento. Assim, a crise parecer persistir quando o assunto são os direitos à intimidade e privacidade o que, em uma era digital, é inquietante. Pertinente, pois, a cautela destacada por Schreiber no sentido de que *“somente a ponderação é capaz de construir para o problema do direito ao esquecimento uma solução que constitua, sob o prisma técnico-jurídico, uma resposta segura e duradoura, que transcenda o superficialismo das preferencias e privilégios apriorísticos, mais dados a disfarçar as questões que propriamente resolvê-las”* (2018, p. 81).

A respeito do tema direito ao esquecimento, ou, caso seja preferível chamá-lo de direito à desindexação, direito ao apagamento de dados ou direito à autodeterminação informativa, faz-se necessário que o Poder Judiciário ofereça parâmetros de proteção à privacidade, entendida esta não apenas como um direito de reclusão ou de ser deixado só, mas também como direito de controle da divulgação de informações que digam respeito ao indivíduo.

## Referências bibliográficas

- BLUME, Peter Erik. Data Protection and Privacy: Basic Concepts in a Changing World. In *Scandinavian Studies in Law*. Stockholm. Volume 56: *ICT Legal Issues*. vol. 56, Jure Law Books, p. 151-164, 2010.
- COELHO, Júlia Costa de Oliveira. *Direito ao Esquecimento e seus mecanismos de tutela na internet: como alcançar uma proteção real no universo virtual?* Indaiatuba: Editora Foco, 2ed., 2023.
- DE CICCIO, Maria Cristina de. *O direito ao esquecimento existe*. Editorial à Civilística.com. Rio de Janeiro: a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/733>. Acesso em 12.7.2024.
- FACHIN, Zulmar, Direito ao Esquecimento na Ciberultura: um estudo sobre o Tema n. 786 do Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica Unicuritiba*. Curitiba. V.3, n. 75. p. 601-629, 2023.
- FRAJHOF, Isabella Z. *O Direito ao Esquecimento na Internet*. São Paulo: Almedina 2019.
- HARTMAN, Ivar. 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.
- LEITE, Rodrigo Déde de Castro. O uso da reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: a estrutura de incentivos e a concretização da profecia. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 17, n. 51, p. 77-102, jan./jun. 2023.
- LUCENA, Marina Giovanetti Lili. *Direito ao Esquecimento no Brasil: conceito e critérios na doutrina e jurisprudência brasileiras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- MANSUR, Rafael; SOARES, Felipe Ramos Ribas. A Tese da Posição Preferencial da Liberdade de Expressão Frente aos Direitos da Personalidade: Análise Crítica à Luz da Legalidade Constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. (Coord). *Direito e Mídia Tecnologia e Liberdade de Expressão*. Indaituba: Editora Foco, 2020. p. 29-53.
- MAYER-SCHONBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Princeton University Press, Edição kindle, 2009.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ROESLER, Cláudia Rosane. *Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica*. Direito.UnB, janeiro – abril de 2016, v. 02, n.01.
- SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Arthur M. Ferreira. *O Direito ao 'Esquecimento' na Sociedade de Informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019.
- SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p.65-82.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.