

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: NELSON CURI E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: ROBERTO ALGRANTI E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A
ADV.(A/S)	: JOAO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI
ADV.(A/S)	: TAÍS BORJA GASPARIAN
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)
ADV.(A/S)	: RONALDO LEMOS
AM. CURIAE.	: ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S)	: CAMILA MARQUES BARROSO
AM. CURIAE.	: IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL
ADV.(A/S)	: ANDERSON SCHREIBER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.
ADV.(A/S)	: EDUARDO MENDONÇA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO PALAVRA ABERTA
ADV.(A/S)	: OSCAR VILHENA VIEIRA
ADV.(A/S)	: RAFAEL FREITAS MACHADO
AM. CURIAE.	: PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDARIO E POLÍTICO
ADV.(A/S)	: JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO
ADV.(A/S)	: SIDNEY SA DAS NEVES
ADV.(A/S)	: RAFAEL MOREIRA MOTA
AM. CURIAE.	: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA
ADV.(A/S)	: CIRO TORRES FREITAS
ADV.(A/S)	: ANDRE ZONARO GIACCHETTA
AM. CURIAE.	: VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA)
ADV.(A/S)	: ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA
ADV.(A/S)	: CIRO TORRES FREITAS
AM. CURIAE.	: INSTITUTO VLADIMIR HERZOG
ADV.(A/S)	: ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO

RESUMO
DO
VOTO-VOGAL

Responsável: Diego

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, "a", da CF, no qual discute-se a temática correlata à indenização por danos morais e materiais, tendo como fundamento a aplicabilidade do direito ao esquecimento, na esfera civil, quando invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares, em decorrência da veiculação de programa televisivo, com abordagem de fatos relacionados a crime ocorrido há várias décadas.

O debate está adiantado e pretendo resumir o voto, requerendo a sua juntada posterior para o fim de dispensar-me da leitura integral.

Em suma, o tema consiste em saber se há a aplicabilidade do direito ao esquecimento em exposição da imagem e vida privada de vítima, por envolvimento em matéria jornalístico-televisiva que abordou crime ocorrido há décadas, havendo a necessidade de ponderação entre os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade informacional.

2) Suposto “Direito ao esquecimento”

Não há no direito brasileiro, disciplina normativa específica e direta abarcando o direito ao esquecimento, sendo este nível de proteção decorrente de exegeses extraídas de outros países (em especial decisão inaugurada pela Alemanha em 1973), aliado à reinterpretação do arcabouço protetivo existente no nosso ordenamento jurídico.

Há também as variações mundiais ao termo, tais como “*right to be forgotten* (ou *to be left in peace* ou *to be left alone*), *search engine, delisting request, derecho al olvido, diritto all’oblio*”. (Boletim de Jurisprudência

Internacional, Direito ao esquecimento. 5ª ed. Brasília: Biblioteca do STF, dezembro de 2018. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/bitstream/handle/123456789/1214/BJI%20-%205%20-%20DIREITO%20AO%20ESQUECIMENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 3.2.2021)

Na seara internacional, a primeira decisão de relevo que se tem noticiado, adveio do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, em 1973, entendeu que a exibição de documentário sobre crime notório, por inexistir significativo e atual interesse público na informação, feriria o direito de personalidade do autor do delito, diante do transcurso de tempo desde os fatos, sem olvidar que comprometeria a ressocialização daquele (BVerfGE 35, 202, j. 5.6.1973 (*Lebach I - Soldatenmord von Lebach*)).

Em 1995, a Suprema Corte da Holanda reconheceu que o direito à intimidade do ofendido deveria se sobressair sobre a liberdade de expressão e de imprensa quando não houvesse interesse público na informação, além de ser necessário para proteção da honra, reputação e demais direitos da pessoa ofendida de crime de calúnia, nos termos do artigo 10.2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Decisão 15.549).

Já em 1999, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que, por não acarretar risco para a ressocialização dos autores do crime – **diante da circunstância de que os “Tribunais inferiores de Sarre (Saarland) declararam de forma constitucionalmente inquestionável que o filme não permitia a identificação do queixoso”** (Tradução livre de: “Die saarländischen Gerichte haben in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgeführt, daß der Film eine Identifizierung des Beschwerdeführers zu”) – , não seria possível impedir a exibição de programa sobre crime notório após considerável transcurso do tempo, diante da preponderância da proteção da liberdade comunicativa e de radiodifusão. (BVerfGE 348/98, Caso *Lebach II*, j. 25.11.1999, Disponível em:

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/11/rk19991125_1bvr034898.html. Acesso em: 3.2.2021)

A Corte Constitucional Colombiana, em 2009, reconheceu a responsabilidade da mídia no que se refere à gestão, ao processamento e à disseminação de informações e, apesar de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais do destinatário da informação, decidiu que deveria ser respeitada a privacidade, a honra, o bom nome e a dignidade da pessoa sobre quem se informa e de terceiros afetados pela notícia, principalmente se forem crianças. (Sentencia T – 439-09. j, 7.7.2009. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2009/T-439-09.rtf>. Acesso em 3.2.2021)

Por outro lado, em 2012, o Tribunal Constitucional da Áustria considerou constitucional a norma que permite a permanência pelo prazo de até 60 (sessenta) anos para que o registro permaneça em banco de dados de processos criminais. (Decisão G 7/12-11, j. 29.6.2012. Disponível em:

http://e.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/143/g7_12_speicherfrist.pdf. Acesso em 3.2.2021)

Em 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu a temática sob o ângulo das ferramentas de pesquisa disponibilizadas na rede mundial de computadores, trazendo à tona outro viés informacional de âmbito nacional.

Cuidava-se do caso do advogado espanhol Mario Costeja González que, ao deixar de pagar dívidas com a seguridade social, teve seu imóvel onde morava em Barcelona levado a leilão, e tal fato foi noticiado à época (1998) no jornal *La Vanguardia*. Posteriormente, o débito foi quitado e a alienação judicial suspensa. Ocorre que a informação continuou disponível nas ferramentas de busca *on line* depois de mais de dez anos (2009). A partir daí, o causídico intentou junto à Agência espanhola de proteção de dados a desindexação de seu nome de tais ferramentas, obtendo êxito.

O Google inc. acionou González e a Agência espanhola nos tribunais espanhóis que resolveram encaminhar o caso ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia para aplicação de diretrizes da Comunidade Europeia, o qual entendeu que era possível requerer a remoção de

resultados de busca, independentemente da manutenção do conteúdo no sítio eletrônico de origem, ao fundamento de que seria *“legítimo dificultar o acesso a material que, pelo decurso do tempo, tivesse se tornado inadequado, irrelevante ou excessivo”*.

O TJUE assentou seu entendimento, ainda, no sentido de que *“O processamento de dados realizado por operadores de mecanismos de busca pode afetar significativamente direitos fundamentais à privacidade e à proteção dos dados pessoais, sendo permitido que um indivíduo solicite aos operadores a remoção de links de pesquisa ligada ao seu nome”*. (TJUE, C-131/12, j. 13.5.2014, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2257)

A Corte de Cassação da Bélgica decidiu, em 2016, que o processo de transformação de arquivos físicos em digitais corresponderia a nova publicação. Com base no direito à proteção da imagem, entendeu que deveria ser retirada qualquer identificação do autor ao repassar para a mídia digital, de maneira que ele seja mencionado apenas como “X”. [caso P.H. v. O.G. (C.15.0052.F) j. 29.4.2016. Disponível em: http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20160429-1. Acesso em 3.2.2021].

Sobre essa mesma temática, em 2016, o Supremo Tribunal da Espanha entendeu que (*Sentencia* 210/2016, j. 16.3.2016):

“O tratamento de dados pessoais vinculados à concessão de indulto em um mecanismo de pesquisa geral da Internet deixa de ser lícito depois de decorrido um período de tempo razoável desde que o perdão foi concedido, se a parte afetada exercer seu direito de oposição. Equilíbrio entre direito à informação sobre a concessão de indultos e os direitos à honra, privacidade e proteção de dados pessoais do indultado”. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTERÉS/TS%20Sala%20I%205%20abr%202016.pdf>. Acesso em 3.2.2021)

Já em 2018, a mesma Suprema Corte espanhola posicionou-se no sentido de que o *“direito ao esquecimento”* abarca a proteção sobre

informações prejudiciais que digam respeito a fatos remotos dos cidadãos comuns, devendo as personalidades públicas serem excluídas do âmbito de proteção daquele (caso *Joan Antón Sánchez Carreté v. Google*, j. 10.4.2018).

No ano retrasado, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou que o operador de ferramenta de busca, o qual atende solicitação de desindexação de uma pessoa, não está obrigado a desindexar todas as versões de ferramenta de pesquisa, mas apenas as que correspondem aos estados-membros (caso *Google LLC v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*. Case C-507-17, 24.9.2019).

Também em 2019, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso *Recht auf Vergessenwerden I* (tradução livre: **direito de ser esquecido - I**), aplicando o nível de proteção da Carta de Direitos fundamentais da União Europeia, entendeu que “O ordenamento jurídico deve proteger o indivíduo de ter que manter posicionamentos, manifestações e ações por tempo ilimitado na esfera pública” (tradução livre do trecho: “Die Rechtsordnung muss davor schützen, dass sich eine Person frühere Positionen, Äußerungen und Handlungen unbegrenzt vor der Öffentlichkeit vorhalten lassen muss”, BvR 16/13, 6.11.2019)

No mesmo dia desse julgamento, o TCF alemão também decidiu outro caso, que envolvia transmissão de TV, que fora disponibilizada online em 2010, sob o título “*Demissão: as práticas sujas de empregadores*”, no qual a pessoa que buscava proteção jurídica havia sido identificada pelo nome e acusado de tratamento injusto de um funcionário, que havia sido demitido de sua empresa, mas que permanecia disponível para busca.

Considerou-se estar em jogo o direito do reclamante à vida privada e familiar (art. 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e à proteção de dados pessoais (art. 8º); a liberdade do Google de conduzir negócios de acordo com a liberdade de imprensa (art. 16); e a liberdade de expressão da empresa de radiodifusão (art. 11) como um direito fundamental de terceiros diretamente afetado (direito à informação).

Diante desse cenário, aquele Tribunal entendeu que, sopesando os interesses envolvidos e **o curto intervalo de tempo desde a primeira**

publicação, o direito do recorrente não poderia se sobrepor sobre os outros direitos em questão e negou a exclusão (BvR 276/17, 6.11.2019)

Por fim, é importante lembrar que a União Europeia aprovou, em 15.4.2016, o Regulamento 2016/679 (Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD – dispensando legislação adicional nos Estados-membros), o qual entrou em vigor somente em 25.5.2018, tratando a matéria da seguinte forma:

“Artigo 17.º

Direito ao apagamento dos dados («direito a ser esquecido»)

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;

b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;

c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 2;

d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;

e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1.

2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado

públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n.º 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos”. (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT#d1e3417-1-1>. Acesso em: 3.2.2021.

Vê-se, pois, que a Comunidade Europeia normatizou o “Direito ao apagamento dos dados”, como sinônimo do “direito a ser esquecido”. Tal medida situa-se no plano de balizamento legislativo que privilegia, em determinadas situações, o tratamento ou *“apagamento dos seus dados pessoais”*.

Situado o tema no âmbito internacional, passo ao plano nacional.

A proteção à privacidade e à atividade de comunicação, independentemente de censura prévia, desde que observadas as limitações da própria Constituição, estão dispostas no art. 5º, IX e X, e 220 da CF, a saber, respectivamente:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

(...)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, **observado o disposto nesta Constituição.**

§ 1º. Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, **observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV**” (grifo nosso).

Na seara penal, tive oportunidade de ser relator do primeiro caso sobre direito ao esquecimento, cuja tese foi acolhida nesta Corte, envolvendo maus antecedentes por prazo superior a cinco anos. Naquela oportunidade assentei que:

“É que, em verdade, assiste ao indivíduo o direito ao esquecimento, ou direito de ser deixado em paz, alcunhado, no direito norte-americano de *the right to be let alone*.

O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Cito a ementa do julgado:

“Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa

humana. **5. Direito ao esquecimento.** 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida”. (HC 126.315, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 7.12.2015, grifo nosso)

É importante relembrar que, recentemente, as Leis 13.869/2019 (Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade) e 13.964/2020 (alcançada como Lei do Pacote anticrime) – esta última ao alterar o Código de Processo Penal – introduziram importantes garantias de proteção à imagem de pessoa submetida à prisão, respectivamente, a saber:

“Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

I - exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

III - (VETADO).

III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

(...)

Art. 28. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

CPP: “Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades

deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no **caput** deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão”. (grifo nosso)

Relembro, apenas a título de registro histórico, que esta Corte tem encontro marcado com a suspensão de diversos dispositivos da Lei 13.964/2020, envolvendo a instituição do Juiz das Garantias, sem que até agora o Plenário tenha se manifestado sobre o referendo das medidas cautelares nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 3.2.2020.

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

Voltando à seara cível, na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o enunciado 531, o qual sintetiza a tese e, em seguida, expõe o seu fundamento, respectivamente, *in litteris*:

“Enunciado 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

“Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. **Não atribui a ninguém**

o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”. (Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em 3.2.2021, grifo nosso)

Considero importante registrar que tramita, na Câmara dos Deputados, vários projetos de lei tentando normatizar o direito ao esquecimento, calhando citar apenas um como exemplo: de autoria do Deputado Augusto Carvalho (PL 10.860/2018), intenta inserir no parágrafo único do art. 11 do Código Civil a exata redação do enunciado 531 supracitado da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

Eis o teor da justificativa apresentada pelo parlamentar:

“Em excelente artigo publicado no site JOTA, o Professor Titular de Direito Civil da UERJ, Anderson Schreiber, ao comentar a sessão pública realizada, no STF, no âmbito do Recurso Extraordinário 1010606, sintetizou as três posições sobre o tema:

‘1ª) Posição pró-informação: para os defensores desse entendimento simplesmente não existe um direito ao esquecimento. Foi a posição defendida por diversas entidades ligadas à comunicação. Seus representantes sustentaram que o direito ao esquecimento, além de não constar expressamente da legislação brasileira, não poderia ser extraído de qualquer direito fundamental, nem mesmo do direito à privacidade e à intimidade. Um direito ao esquecimento seria, ademais, contrário à memória de um povo e à própria História da sociedade. A liberdade de informação prevaleceria sempre e a priori, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América (ver *New York Times Co. vs. Sullivan*, entre outros). Os defensores desse posicionamento invocam,

ainda, a jurisprudência mais recente do nosso Supremo Tribunal Federal, especialmente o célebre precedente das biografias não-autorizadas (ADI 4.815).

2ª) Posição pró-esquecimento: para os defensores dessa posição, o direito ao esquecimento não apenas existe, como deve preponderar sempre, como expressão do direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade. Na esteira da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana – valor supremo na ordem constitucional brasileira –, esses direitos prevaleceriam sobre a liberdade de informação acerca de fatos pretéritos, não-atuais. Entender o contrário seria rotular o indivíduo, aplicando ‘penas perpétuas’ por meio da mídia e da internet. O IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, cujo representante defendeu essa posição, chegou a propor um prazo de cinco anos, contados do fim do cumprimento da pena, para que informações sobre condenações penais sejam ‘apagadas’ da imprensa e da internet. Os defensores da posição pró-esquecimento amparam-se na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2013, no célebre caso da Chacina da Candelária, no qual reconheceu aquela Corte um direito ao esquecimento que definiu como ‘um direito de não ser lembrado contra sua vontade’ (REsp 1.334.097/RJ). Aludem, ainda, à experiência europeia, que, em contraposição à experiência norte-americana, inclina-se pela prevalência do direito ao esquecimento, como se vê na decisão da Corte de Justiça da União Europeia, que, em 2014, determinou determinado motor de buscas na internet desvinculasse e o nome do cidadão europeu Mario Costeja González de antiga notícia sobre penhora de seu imóvel.

3ª) Posição intermediária: para os defensores dessa terceira corrente, a Constituição brasileira não permite hierarquização prévia e abstrata entre liberdade de informação e privacidade (da qual o direito ao

esquecimento seria um desdobramento). Figurando ambos como direitos fundamentais, não haveria outra solução tecnicamente viável que não a aplicação do método de ponderação, com vistas à obtenção do menor sacrifício possível para cada um dos interesses em colisão. Esta foi a posição defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil –IBDCivil, que, à luz da hipótese concreta subjacente à audiência pública, qual seja, a veiculação de programas de TV com relato e/ou encenação de crimes reais envolvendo pessoas ainda vivas, chegou a propor parâmetros para a ponderação, como, por exemplo, o parâmetro da fama prévia, que impõe distinguir entre vítimas que possuem outras projeções sobre a esfera pública (retratação do suicídio de Getúlio Vargas ou do assassinato de JFK, em que tende a preponderar a liberdade de informações) e pessoas que somente têm projeção pública como vítima daquele delito (em que tende a preponderar o direito da vítima de não ser reapresentada publicamente à sociedade como vítima de crime pretérito)’.

A proposição que ora apresentamos objetiva, apenas, incluir na tutela da dignidade da pessoa humana o direito ao esquecimento, utilizando como parâmetro a ‘posição intermediária’, citada no julgamento do Recurso Extraordinário 1010606, tendo em vista ser a mais adequada para o cenário brasileiro”. (Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1686439&filename=PL+10860/2018. Acesso em 3.2.2021)

No Brasil, o primeiro julgado do Superior Tribunal de Justiça de que se tem notícia é datado de 2013 (decidido no mesmo dia do presente caso no STJ), sendo relatado pelo Min. Luís Felipe Salomão (REsp 1.334.097, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 10.9.2013), cuja leitura da ementa abstenho-me neste resumo.

O caso tratava-se de um dos indiciados como coautores/partícipes

de crimes de homicídios ocorridos em 1993, no Rio de Janeiro, conhecidos como "Chacina da Candelária", que, ao final do processo, restou absolvido por negativa de autoria, à unanimidade dos membros do Tribunal do Júri. No mesmo programa televisivo que envolve o presente caso ("linha direta"), o caso foi retratado na matéria jornalística e retomado o inocentado como um dos responsáveis no envolvimento da chacina. **Ao final do processo indenizatório, restou mantida a condenação por danos morais.**

Registre-se, desde logo, que não cabe aqui discutir a nomenclatura ou a existência de um direito individual de ser esquecido. Não é disso que se cuida. O cerne da questão está encoberto por questões conceituais ou periféricas, que, ao meu ver, só tumultuam a compreensão de tema tão sensível na sociedade moderna.

A questão ora em debate trata-se de colisão entre direitos fundamentais: direito de informar e de de ser informado, em contraponto ao postulado da dignidade da pessoa humana e da proteção à honra, vida privada e imagem, sendo mais adequado pensarmos em soluções, ainda que *a posteriori*: tais como "apagamento de dados pessoais" (anonimização), direito de resposta e/ou indenização, entre outras medidas aprovadas pelo Parlamento, conforme passo a expor.

Aqui, é de bom alvitre pontuar que não se pode virar as costas para a comunidade internacional e afirmar que essa solução encontrada, em caso de conflito do direito informacional *versus* personalidade/intimidade, ("direito ao esquecimento", "direito ao apagamento de dados pessoais", "direito de ser deixado em paz") e normatizada na União Europeia por meio do Regulamento 2016/679 (Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD), está completamente equivocada e, neste julgamento, ao negarmos qualquer aplicação desse balizamento, no cenário nacional, é que estaremos corretos.

Com todas as vênias, não podemos deturpar a visão do tema, em se tratando de direitos fundamentais! Não pode existir resposta aprioristicamente pronta em se tratando de colisão entre aqueles.

O exercício da jurisdição constitucional por esta Corte deve dialogar

e compreender as nuances daqueles julgamentos, ao invés de simplesmente negá-los, tal como se todos os julgamentos e normas jurídicas que reconheceram esse nível de proteção estivessem na contramão da História. Advirto aos pensamentos em contrário para não caírem na armadilha dos mecanismos de defesa psicológicos da projeção ou da negação!

No caso em tela, está-se diante de dois direitos constitucionalmente assegurados: de um lado, o direito à intimidade, à vida privada e à imagem, tendo como complementação conferida pelo Código Civil e pelas demais legislações esparsas que contemplem nível protetivo; de outro, o direito à livre manifestação do pensamento, da liberdade jornalística e de comunicação, o que se perfaz um conflito de normas.

Trazendo uma leitura jurídico-filosófica da concepção pluralista acerca da ponderação de interpretações, quando se está diante de conflito entre princípios comparáveis entre si, registro no voto o magistério de António Manuel Hespanha.

Na visão de Hespanha, podem coexistir, em uma mesma nação, *“(...) ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas [com] uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes”*, cuja resolução conflituosa **não** se realiza com *“base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores”* ou *“assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido”*. (HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013)

Defende o professor que, nesse caso, a interpretação deve ser permeada pelo *“juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto”*.

Portanto, conclui Hespanha que *“o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais*

*estabilizador”, contemplando: 1) “as expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;” 2) “as experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma”; 3) “a tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador”; e 4) “dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam”. (HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013, p. 320)*

Pois bem.

De tudo o que se expôs acima, conjugando a construção jurisprudencial internacional, com sua aplicação no cenário nacional, de acordo com o arcabouço protetivo constitucional e legal existente, **está claro que a discussão envolvendo o “direito ao apagamento de dados” (prefiro assim denominá-lo), como corolário dos arts. 1º, III e 5º, X, da CF não pode guardar correlação com a tentativa de apagar ou reescrever a própria história, mas trata-se da forma que esta é contada, qual seja: a finalidade e modo ou veículo utilizado para propagar a informação, com os reflexos éticos e jurídicos que circundam a divulgação de fatos que, por sua vez, remontam à circunstâncias do passado remoto ou distante que as pessoas preferem esquecer.**

Nesse ponto, válido mencionar reflexão de Klaus Günther sobre a universalidade das normas morais e a ideia de que uma norma apenas pode ser considerada válida se suas consequências e seus efeitos colaterais possam ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, seguindo os interesses de cada um, individualmente. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004).

Desse modo, tendo em vista que a condição semântica de que uma norma não pode conter nomes próprios, também não pode o julgador, em caso específico, aplicar determinados valores que, em equivalentes situações, não o faria. É preciso avaliar em termos universais.

(GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 60).

A despeito da veracidade da informação prestada pelo jornal impresso ou virtual, meio televisivo, radiofônico ou qualquer conteúdo contido em sítio eletrônico (específico ou ferramenta de busca), extrai-se do comando constitucional do resguardo da intimidade, da vida privada e da imagem, que existe a possibilidade de discutir a forma, a abrangência e a finalidade da lembrança dos fatos pretéritos da existência de qualquer ser humano.

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

É de bom alvitre salientar que, hodiernamente, entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei 13.709/2018), a qual dispõe em seus arts. 1º a 3º, *in verbis*:

“Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios

Art. 2º. A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da

imagem;

(...)

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais". (grifo nosso)

É bem verdade que a própria LGPD (art. 4º) exclui de sua incidência o tratamento de dados pessoais para fins de trabalho jornalístico, acadêmico ou artístico.

Todavia, a despeito dessa expressa negativa de vigência circunscrita, calha mencionar que a lei acima citada (LGPD) refere-se ao tratamento dos dados pessoais, enquanto, nesta demanda, discute-se o "direito ao esquecimento" no aspecto da publicização (aberto ao público em geral), rememoração ou reescrita de correlação pessoal a fatos pretéritos longinquamente correlacionados a passagens de determinada história retratada pelo acadêmico, pelo jornalista ou pelo autor de trabalho artístico, com conotação subjetiva pessoal tida como vexatória, humilhante ou discriminatória a alguém, o que pode ou não incluir dados pessoais, tais como nome, qualificação (endereço residencial e/ou profissional), e-mail, telefone etc.

Guardando um paralelo entre os direitos em questão: enquanto que, no suposto "direito ao esquecimento", a preocupação parece ser com os fatos e sua conotação pessoal negativa a alguém são o objeto principal envolvendo a divulgação, a pesquisa ou a obra, podendo conter acidentalmente dados pessoais acessórios; ao revés, na LGPD, os dados pessoais são o objeto da proteção normativa pelo seu tratamento e divulgação, sendo os fatos pretéritos, que porventura o acompanhem direta ou indiretamente, mera informação acessória.

Veja-se o art. 5º que apresenta os conceitos legais mais importantes:

"Art. 5º. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem

racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

(...)

XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo”.

Em seus arts. 7º e 11, a LGPD permite que, mesmo os dados pessoais, incluindo os sensíveis, desde que sofram procedimento de anonimização, podem ser repassados para fins de realização de estudos por órgão de pesquisa.

A própria lei realizou o balizamento, de forma prévia, trazendo uma resposta condizente com os direitos constitucionais em jogo.

Mutatis mutandis, não há nenhum empecilho que os fatos pretéritos, ao serem rememorados com uma finalidade pública atual, também possam ser objeto de anonimização, caso **não** ocorra desnaturação da informação, guardando um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, na visão de Robert Alexy.

No que se refere à colisão entre direitos fundamentais, tive oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“Nas colisões entre direitos fundamentais diversos assume peculiar relevo a colisão entre a liberdade de opinião, de imprensa ou liberdade artística, de um lado, e o direito à honra, à privacidade e à intimidade, de outro.

(...)

Questão embaraçosa refere-se ao direito ou bem que há de prevalecer no caso de colisão autêntica. Formulada de maneira explícita: **quais seriam as possibilidades de solução em caso**

de conflito entre a liberdade de opinião e de comunicação ou a liberdade de expressão artística (CF, art. 5º, IX) e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (CF, art. 5º, X)? Ou, seria legítima a recusa de um pai em autorizar que se faça transfusão de sangue em um filho com base em convicção religiosa?

É possível que uma das fórmulas alvitradas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos fundamentais.

Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico. Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos fundamentais somente é admissível em casos especialíssimos.

(...)

A Corte Constitucional alemã reconheceu, expressamente, que, 'tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente a restrição legal expressa'.

Ressalte-se, porém, que o Tribunal não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente se logra estabelecer uma hierarquia precisa entre os diversos direitos fundamentais constitucionalmente contemplados.

Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do

recurso à concordância prática (*praktische Konkordanz*), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.

Uma tentativa de sistematização da jurisprudência mostra que ela se orienta pelo estabelecimento de uma ‘ponderação de bens tendo em vista o caso concreto’ (*Güterabwägung im konkreten Fall*), isto é, de uma ponderação que leve em conta todas as circunstâncias do caso em apreço (*Abwägung aller Umstände des Einzelfalles*), estabelecendo-se uma prevalência condicionada.

Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma ‘lei de ponderação’ segundo a qual, ‘quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção’.

(...)

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III).

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade de pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, **inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade**)”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 238/241, grifo nosso)

Consequentemente, tem-se que o direito à liberdade de informação ou de comunicação (art. 220, parte final do *caput* e § 1º, da CF) não pode ferir a intimidade, a vida privada ou a imagem de qualquer pessoa, de forma indiscriminada **no tempo e na forma de publicização** (ferramentas de busca, produções acadêmico-literárias, programas jornalísticos etc.), **além de demandar que reste presente alguma finalidade pública, social ou histórica atual no revolvimento dos fatos antigos**, resguardando-se àquela o direito de ter a sua personalidade resguardada (nome, imagem e privacidade) e incluindo-se a possibilidade, *a posteriori*, de vindicar direito de resposta, reparação indenizatória ou qualquer outra tutela prevista no ordenamento jurídico.

É isso o que consta do art. 20 do Código Civil, *in litteris*:

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e **sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais**”. (grifo nosso)

Esta Corte teve a oportunidade de decidir o tema correlato à intimidade e à privacidade na ADI 4.815 Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2016, culminado em dispensar a autorização do personagem biografado para publicação de obra literária ou audiovisual que envolva biografia.

Nesse julgado, esta o STF entendeu que, para a “*coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias*”, ao final, decidindo-se pela inexigibilidade de “*autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também*

*desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)”, **resguardando-se, porém, o direito de resposta e a reparação de danos.***

Ou seja, ao mesmo em que permitiu a publicação de obras biográficas sem a necessidade de autorização do biografado ou de pessoas retratadas de forma coadjuvante, **também possibilitou a via resoluta do direito de resposta e da correspondente ação indenizatória.**

Diferentemente do citado caso da biografias não autorizadas, no qual se otimizou o direito à liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, resguardando-se a tutela reparatória indenizatória ou corretiva (direito de resposta), entendo que, no caso em questão, não é possível aprioristicamente relevar qual exatamente deve prevalecer, na linha hermenêutica construída na Alemanha.

A Corte infraconstitucional alemã - Bundesgerichtshof, BGH VI ZR 405/18, p. 10s., apesar, de no caso concreto, negar a aplicação do direito ao esquecimento, acabou por reforçar a existência do próprio direito. Sobre o ponto, cito, no voto, o magistério de Karina Nunes Fritz, o qual, em resumo, apontou que:

“Em grau de recurso, o *Bundesgerichtshof* confirmou o entendimento das instâncias inferiores, reafirmando a existência do direito ao esquecimento - literalmente: direito a ser esquecido (*Recht auf Vergessenwerden*) - mas negando-o no caso concreto, posto que o direito ao esquecimento, como todo direito fundamental, não é absoluto e precisa ser ponderado concretamente junto com os demais direitos fundamentais em colisão”. (FRITZ. Karina Nunes. *Direito ao esquecimento não é absoluto, diz Bundesgerichtshof*. Revista eletrônica Migalhas. 11 de nov. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/german-report/336206/direito-ao-esquecimento-nao-e-absoluto--diz-bundesgerichtshof>. Acesso em 3.2.2021)

Nesses termos, o direito à intimidade, à vida privada à proteção à imagem, como atributos do direito de personalidade e da dignidade

humana, quando em conflito com o direito à liberdade de imprensa e de informação deve considerar algumas balizas: o fator do decurso do tempo entre o fato e a publicização; interesse histórico, social e público atual na divulgação dos fatos e dados pessoais; o grau de acessibilidade da informação; e a possibilidade de divulgação anonimizada dos dados pessoais sem que se desnature a essência da divulgação.

Em resumo, deve ser permitida a divulgação jornalística, artística ou acadêmica de fato histórico distante no tempo, incluindo os dados pessoais, desde que estejam presentes o interesse histórico, social e público atual, observado o grau de acessibilidade e possa ocorrer a desnaturação da informação em caso de anonimização do fato (ausência de identificação de determinada pessoa em quaisquer dos elementos que compõe a personalidade - nome e demais dados pessoais, além de voz ou imagem).

Ao revés, não havendo essa desnaturação, no processo de anonimização dos fatos, esta tornar-se-ia imperiosa, devendo, nesse caso, assegurar-se o direito de resposta e/ou indenização, na mesma linha da ADI 4.815 Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2016, (biografias não autorizadas).

Com todas as vênias, penso que aqui a discussão deve assumir outro olhar dos debates já realizados neste julgamento, sob o prisma de analisar eventual preponderância do interesse público, social ou histórico atual em retratar ou reescrever fatos – ou interpretações destes – do passado remoto ou distante de outrem que, na maioria das vezes, se quer esquecer, incluindo a discussão sobre a forma, o meio e a abrangência da divulgação.

Assim sendo, *a posteriori*, deve-se perscrutar a finalidade de uso ou divulgação dos dados pessoais, analisando se, na divulgação do fato (remoto ou longínquo) – e das circunstâncias deste –, restava presente interesse público, histórico ou social atual, que necessitasse ser lembrado ou melhor esclarecido.

Além disso, a abrangência da acessibilidade da informação ao público também ser ponderada à luz do caso concreto. Quanto menor for

aquela, maior deverá ser a liberdade de informar; ao revés, quanto maior a acessibilidade do público, maior deverá ser o crivo da análise sobre a (des)necessidade de identificação dos envolvidos no fato.

Exatamente por essa razão (*“que o filme não permitia a identificação do queixoso”*), o Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1999, negou o pedido de impedir a exibição de programa sobre crime notório após considerável transcurso do tempo, diante da preponderância da proteção da liberdade comunicativa e de radiodifusão. (BVerfGE 348/98, Caso *Lebach II*, j. 25.11.1999, Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/11/rk19991125_1bvr034898.html. Acesso em: 3.2.2021)

Nesses termos, no que se refere ao modo ou à forma de divulgação, tenho que deve ser resguardada a intimidade e vida privada do envolvido em determinado fato pretérito **destituído** de interesse público, social ou jornalístico, aferidos por justificativas atuais, pois a exposição do participante principal ou de coadjuvantes do fato com descrição dos atributos de sua personalidade, tais como nome e/ou qualificação (descrições que facilmente identifiquem o envolvido), vulnera os arts. 1º, III, c/c art. 5º, X, da CF e merecem reparos, *a posteriori*, para evitar novas exposições negativas, vexatórias ou degradantes, nos termos do art. 20 do Código Civil.

Sendo assim, entendo que é possível compatibilizar o direito fundamental à privacidade e ao resguardo da imagem, além da dignidade da pessoa humana, com a liberdade de informação assegurada pela Constituição Federal, mormente ao assegurar que os fatos remotos ou distantes no tempo, que interessem à memória da sociedade, possam ser divulgados, desde que presentes o interesse público, histórico ou social atual(is) e observado o grau de acessibilidade da informação, de forma que, sem que ocorra a desnaturação da informação, seja possível anonimizar o fato ou qualquer outro elemento de identificação dos autores e das vítimas de delitos ou circunstâncias vexatórias, intimidatórias ou humilhantes, assegurando, assim, a adequada proporcionalidade da concordância prática com o direito à liberdade de

expressão e de comunicação, resguardando-se a via resoluta do direito de resposta ou indenização, *a posteriori*, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Parlamento.

3) *Caso concreto*

In casu, tal como apontado nas instâncias originárias, a reportagem parece indicar e repete, várias vezes, que a suposta ingenuidade da vítima teria sido um das circunstâncias que teriam colaborado para o desenrolar dos acontecimentos, o que denota uma leitura humilhante e vexatória dos fatos para a família da vítima, cuja atitude não pode sequer ser vista ou interpretada como uma das concausas determinantes de crime tão bárbaro.

Tal fato está muito bem descrito no voto-vencido da Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro (eDOC 10, p. 80/87), o que não configura revolvimento do quadro fático probatório, o qual é vedado pela súmula 279 desta Corte, mas perfaz mera requalificação jurídica de acordo com o panorama fático-probatório descrito pelo acórdão recorrido (reenquadramento jurídico dos fatos), que é aceito pela jurisprudência do STF. A conferir os precedentes de ambas as Turmas e do Plenário:

“CONSTITUCIONAL. FUNDAÇÃO PÚBLICA. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. ESTABILIDADE. ESTÁGIO PROBATÓRIO NÃO CUMPRIDO ATÉ O ADVENTO DA EC 19/98. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADO ÓBICE DAS SÚMULAS 279, 282 E 356 DO STF. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I O tema constitucional versado nos autos foi objeto de debate e decisão prévios pelo Tribunal de origem. Não incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. **II A decisão atacada não revolveu fatos e provas constantes nos autos, mas sim realizou o enquadramento jurídico dos fatos relatados na espécie, o que é possível nessa estreita via extraordinária.** III - Agravo regimental improvido”. (AI-AgR 802.046, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 25.11.2010, grifo nosso)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 279/STF. Valoração, caracterização, classificação e requalificação de dados constantes nos autos, que não importem a necessidade de reabertura da fase instrutória, não se confundem com reexame de fatos e provas, vedado no julgamento de recurso extraordinário. Agravo regimental ao qual se nega provimento”. (AI 677.843 ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 14.11.2011, grifo nosso)

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Deserção. Artigo 511 do Código de Processo Civil. Revaloração da prova pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Reenquadramento jurídico dos fatos. Possibilidade. Certidão cartorária. Negativa de fé pública. Não ocorrência. 1. A revaloração da prova e o reenquadramento jurídico dos fatos não se confundem com o revolvimento de suporte fático-probatório, sendo plenamente franqueados aos tribunais superiores. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2. Não viola o art. 93, inciso XIV, da CF a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, a par do conteúdo de certidão cartorária, reconhece a deserção de recurso com base em interpretação de dispositivo do Código de Processo Civil. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 820.433 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 30.5.2016, grifo nosso)

No caso dos autos, extrai-se que era totalmente desinfluyente para a comunicação do desenrolar dos fatos o histórico de vida, além da exposição de fotos pessoais da vítima, sem contar a versão da suposta ingenuidade desta em aceitar subir à cobertura de um edifício na companhia de outra pessoa.

Nesse caso, a matéria extrapolou o direito de informar e trouxe uma visão deturpada ao público, expondo indevida e vexatoriamente a vítima, em programa televisivo de cadeia nacional.

Sendo assim, é caso de dar parcial provimento ao apelo extremo

para registrar que viola o direito à intimidade, à vida privada e a proteção ao nome e à imagem como atributos do direito da personalidade, a exposição de fotos e histórico pessoal, mediante interpretação indevida e vexatória de fatos em reportagem televisiva que expõe e rememora fatos ocorridos em passado distante, determinando a devolução ao Tribunal de origem para apreciar o pedido de indenização por danos morais, sob tais premissas e nos termos do art. 20 do Código Civil.

4) Voto

Ante o exposto, pedindo vênias ao relator, voto pelo provimento, em parte, do recurso extraordinário, acompanhando, na conclusão, o Min. Nunes Marques, ao entendimento de que é indenizável moralmente, a exposição humilhante e/ou vexatória de dados pessoais (imagem, nome e demais elementos de identificação) de pessoa (autor ou vítima) envolvida em fato ocorrido há décadas, em matéria televisiva de alcance nacional, ainda que presente interesse histórico, social ou público atual, com fundamento no direito à intimidade, à vida privada e à proteção ao nome e à imagem, determinando a devolução ao Tribunal *a quo* para que aprecie o pedido indenizatório moral, nos termos do art. 20 do Código Civil.

Como proposta de tese, apresento a seguinte sugestão:

“1. Na hipótese de conflito entre normas constitucionais de igual hierarquia constitucional (direito à liberdade de imprensa e de informação) frente aos direitos da proteção à imagem, honra e vida privada, além da dignidade da pessoa humana, deve-se adotar a técnica da concordância prática, demandando análise pontual sobre qual direito fundamental deve prevalecer, para fins de direito de resposta e/ou indenização, sem prejuízo de outros instrumentos a ser 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

RE 1010606 / RJ

acessibilidade ao público; e a possibilidade de divulgação anonimizada dos fatos sem que se desnature a essência da informação”.

É como voto.