RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO

V O T O V O G A L

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida por este Supremo Tribunal Federal, interposto por Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi, em face de Globo Comunicação e Participações S/A, com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

> "***INDENIZATÓRIA***. ***PROGRAMA*** '***LINHA DIRETA JUSTIÇA***'. ***AUSÊNCIA DE DANO***.
>
> *Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado 'Linha Direta Justiça'.*
>
> *1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas.*
>
> *2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais.*
>
> *Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos.*
>
> *A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.*

Em elaboração

> *O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.*
>
> *Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento do seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.*
>
> *Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator.*" (**com meus grifos**)

Em suas razões do apelo extremo, os recorrentes alegam violação aos arts. 1º, III, 5º, *caput*, III, IV, IX, X e XIV, e 220, § 1º, *in fine*, da Constituição Federal, sustentando, em suma, que:

> "*(...) propuseram esta ação ordinária contra a TV Globo, aduzindo o direito subjetivo a obterem indenizações pelo uso indevido do nome, imagem (real e fictícia) e história de sua falecida irmã, Aída Curi, além dos próprios. As indenizações requeridas se baseiam em danos materiais e morais, os primeiros para se ressarcirem do que a apelada lucrou com a exploração ilegal do patrimônio dos recorrentes, e em danos morais, estes pelo profundo sofrimento oriundo do revolvimento total de um evento dramático e lutuoso que o tempo havia desencantado.*
>
> *Com efeito, no longínquo ano de 1958, a irmã dos recorrentes (Aída Curi) foi estuprada e arremessada viva de um alto edifício em Copacabana, por jovens de classe média, crime amplamente explorado pela mídia à época, de forma sensacionalista e em proporção tamanha que acabou por estigmatizar toda a família Curi.*
>
> *Passadas muitas décadas, o tempo colaborou para os recorrentes finalmente se livrarem deste estigma fúnebre que havia se tornado um predicado inseparável de suas vidas, ajudando-os a diminuir o sofrimento que reflorescia ante a exploração midiática de seu drama àquela época.*

Em elaboração

Certo dia, os recorrentes começaram a ser procurados por pessoas ligadas à TV Globo, para serem entrevistados, pois seria veiculado um programa televisivo sobre o crime que levou sua irmã à morte.

Indignados, recusaram-se a dar entrevistas, e notificaram cartorariamente a recorrida, pedindo-lhe que não explorasse a dor familiar, e registrando que, se isto ocorresse, submeteriam esta ilegalidade ao Poder Judiciário, para fins indenizatórios.

O programa (Linha Direta Justiça) acabou sendo transmitido em rede nacional (talvez internacionalmente e em DVD), revoltando-os não só pela veiculação em si, mas, sobretudo, pelo desatendimento ao seu pedido e pela forma grosseira e chocante com que os fatos foram encenados, inclusive mediante a inclusão de cenas impactantes de radical e desnecessária violência.

Além disto, não bastasse o uso não-autorizado da história e vida da família Curi, a TV Globo utilizou-se de fotos verdadeiras de Aída e dos recorrentes, explorando comercialmente as suas imagens, enriquecendo indevidamente à custa alheia.

Outrossim, o programa televisivo não se mostrou ilícito somente pelos fatos acima, mas, sobretudo, pelo fato dele não representar um ato jornalístico (ou de imprensa). Na realidade, o programa consubstanciou um verdadeiro filme adaptado para a televisão (um teleteatro segundo o voto vencido em apelação), sem nenhuma natureza jornalística, e sem nenhuma relevância social, porquanto carente de requisito fundamental para a caracterização da atividade jornalística, que a contemporaneidade.

Diante desta conjuntura, os recorrentes propuseram a presente demanda, requerendo indenização no que tange ao lucro obtido pela recorrida através do uso da imagem, nome e história suas e de Aída Curi. Requereram, também, indenização por dano moral, porquanto o sofrimento apaziguado pelo tempo foi revolvido pelo programa televisivo, e exacerbado ante a (desnecessária e cruel) veiculação das mais tristes cenas da vida dos apelantes.

No desenrolar do processo, apesar da injustificável e despótica sonegação de livros contábeis e documentos por parte da recorrida, foi elaborado um laudo pericial contábil, que concluiu, categoricamente, que a TV Globo lucrou (logo que já descontadas as despesas) com a

Em elaboração

> *veiculação do programa sobre Aída Curi a quantia histórica de R$ 1.102.998,46.*
>
> *Feitos os memoriais, foi proferida a sentença de total improcedência, cuja fundamentação se lastreia em premissas jurídicas distorcidas sobre a garantia da liberdade de expressão (à qual se deu caráter absoluto e quase fundamentalista) e, especialmente, com base numa equivocada compreensão do programa televisivo questionado, desconsiderando a sua natureza exclusivamente comercial, sem nenhum cunho jornalístico."*

Os embargos de declaração opostos contra mencionado acórdão foram rejeitados.

O recurso especial não foi provido.

Com o trânsito em julgado do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal, onde foram inicialmente autuados como **ARE 833.248/RJ**.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não provimento do apelo extremo em parecer cuja ementa reproduzo abaixo:

> *"CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 786. DIREITO A ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA VÍTIMA OU POR SEUS FAMILIARES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROGRAMA TELEVISIVO. VEICULAÇÃO DE FATOS RELACIONADOS À MORTE DA IRMÃ DOS RECORRENTES NOS ANOS 1950.*
>
> *1. Tese de Repercussão Geral Tema 786: Não é possível, com base no denominado direito a esquecimento, ainda não reconhecido ou demarcado no âmbito civil por norma alguma do ordenamento jurídico brasileiro, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão por censura ou exigência de autorização prévia. Tampouco existe direito subjetivo a indenização pela só lembrança de fatos pretéritos.*

Em elaboração

2. Há vasta gama variáveis envolvidas com a aplicabilidade do direito a esquecimento, a demonstrar que dificilmente caberia disciplina jurisprudencial desse tema. É próprio de litígios individuais envolver peculiaridades do caso, e, para reconhecimento desse direito, cada situação precisa ser examinada especificamente, com pouco espaço para transcendência dos efeitos da coisa julgada, mesmo em processo de repercussão geral.

3. Consectário do direito a esquecimento é a vedação de acesso à informação não só por parte da sociedade em geral, mas também de estudiosos como sociólogos, historiadores e cientistas políticos. Impedir circulação e divulgação de informações elimina a possibilidade de que esses atores sociais tenham acesso a fatos que permitam à sociedade conhecer seu passado, revisitá-lo e sobre ele refletir.

4. É cabível acolher pretensão indenizatória quando divulgação de informação de terceiro resulte em violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da Constituição da República), sendo dispensável para tal finalidade reconhecimento de suposto direito a esquecimento.

5. É inviável acolher pretensão indenizatória, quando o acórdão recorrido conclui, com base no conjunto fático-probatório, por inocorrência de violação a direitos fundamentais devido a veiculação, por emissora de televisão, de fatos relacionados à morte da irmã dos recorrentes, nos anos 1950.

6. Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário."

O Ministro Dias Toffoli, Relator, deu provimento ao agravo em recurso extraordinário, para admiti-lo, o que implicou a reautuação do processo como **RE 1.010.606/RJ**.

O ilustre Relator, objetivando colher elementos instrutórios para o feito, convocou audiência pública, a fim de "*ouvir o depoimento de autoridades e expertos sobre i) a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil e ii) a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando-se a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com*

Em elaboração

aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade".

Com nova vista dos autos, a Procuradoria-Geral da República ofertou parecer assim ementado:

> "*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 786. DIREITO AO ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA PRÓPRIA VÍTIMA OU PELOS SEUS FAMILIARES. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO. ABORDAGEM DE FATOS RELACIONADOS A CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. IMPRESCINDIBILIDADE.*
>
> *1. Proposta de tese de repercussão geral Tema 786: 'O direito ao esquecimento consiste em desdobramento do direito à privacidade, devendo ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão'.*
>
> *– Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário.*"

Na condição de *amici curiae*, foram admitidas as seguintes entidades:

a) Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI;

b) Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio);

c) Artigo 19 Brasil;

d) IBDCIVIL – Instituto Brasileiro de Direito Civil;

e) Google Brasil Internet Ltda.;

f) Instituto Palavra Aberta;

g) Pluris – Instituto de Direito Partidário e Político;

h) Yahoo! do Brasil Internet Ltda.;

i) Verizon Media do Brasil Internet Ltda. (atual denominação de Yahoo! do Brasil Internet Ltda.); e

j) Instituto Vladimir Herzog IVH.

Em elaboração

É o relatório. **Decido**.

O recurso deve ser admitido. Há de fato uma questão constitucional relevante agitada nos autos, que consiste em saber se o "direito ao esquecimento" decorre da Constituição brasileira, mais especialmente do direito à imagem e do direito à privacidade (CF, art. 5º, X).

Como ficou bastante claro no voto do Ministro Luís Felipe Salomão, Relator do Recurso Especial 1.335.153/RJ, interposto nestes autos e não provido pelo Superior Tribunal de Justiça, a questão discutida na apelação tangencia tanto aspectos de direito infraconstitucional quanto de direito constitucional, *verbis:*

> *"É inegável que o conflito aparente entre a liberdade de expressão/informação, ora materializada na liberdade de imprensa, e atributos individuais da pessoa humana – como intimidade, privacidade e honra – possui estatura constitucional (art. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, arts. 220 e 221 da Constituição Federal), não sendo raras as decisões apoiadas predominantemente no cotejo hermenêutico entre os valores constitucionais em confronto.*
>
> *Porém, em contrapartida, é de alçada legal a exata delimitação dos valores que podem ser, eventualmente, violados nesse conflito, como a honra, a privacidade e a intimidade da pessoa, o que, em última análise, atribui à jurisdição infraconstitucional a incumbência de aferição da ilicitude de condutas potencialmente danosas e, de resto, da extensão do dano delas resultante.*
>
> *Forma-se, a partir daí, um cenário perigoso ao jurisdicionado, que, em não raras vezes, tem subtraídas ambas as vias recursais, a do recurso especial e a do recurso extraordinário."*

O risco de negativa de jurisdição é efetivamente ponderável, dado que o tema situa-se numa área em que os dispositivos constitucionais pertinentes têm alto grau de abstração e apenas podem ser aplicáveis às situações particulares mediante o uso de técnicas interpretativas

Em elaboração

que pressupõem alguma imersão nos fatos da causa e em dispositivos legais — ou na falta deles.

Como o tema constitucional foi admitido para debate no Plenário, assumida a repercussão geral da hipótese, não me parece conveniente que este Tribunal abstenha-se, a esta altura, de emitir juízo sobre o mérito da controvérsia constitucional. Isso sem embargo do fato de que, em muitos casos semelhantes, o Supremo tenha considerado insuscetível de repercussão geral controvérsias em torno do reconhecimento de dano moral por ofensas à imagem das pessoas. Exemplificativamente, nos seguintes precedentes:

> "*EMENTA: DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. MATÉRIA FÁTICA E INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Não há repercussão geral quando a controvérsia refere-se à indenização por dano moral decorrente de responsabilidade civil extracontratual.*"
>
> (**ARE 945.271 RG**, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 15-06-2016 PUBLIC 16-06-2016)

> "*EMENTA: CONSUMIDOR. DANO MORAL. INADIMPLEMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. MATÉRIA FÁTICA E INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.*"
>
> (**ARE 927.467 RG**, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG 15-12-2015 PUBLIC 16-12-2015)

> "*Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCLUSÃO DE NOME EM SISTEMA DE ANÁLISE, AVALIAÇÃO E PONTUAÇÃO DE RISCO DE CRÉDITO, MANTIDO POR INSTITUIÇÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. MATÉRIA*

Em elaboração

> *INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A controvérsia relativa à legitimidade dos sistemas de análise, avaliação e pontuação de risco de crédito a consumidor (denominados 'concentre scoring', 'credit scoring' ou 'credscore'), mantidos por instituição de proteção ao crédito, bem como a existência de danos indenizáveis por inserção do nome de consumidor nesses sistemas, é matéria disciplinada por normas infraconstitucionais, sendo apenas reflexa e indireta eventual ofensa a normas constitucionais. 2. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.*"
>
> (**ARE 867.326 RG**, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 17-04-2015 PUBLIC 20-04-2015)

É que aqui temos uma situação realmente peculiar, em que se discute o problema do chamado "direito ao esquecimento", que acabou sendo admitido como vigente no Brasil, ao menos como razão de decidir, no acórdão do STJ que julgou o recurso especial. Esse reconhecimento, inclusive com a invocação incidental de dispositivos da Constituição Federal, torna conveniente a ativação da jurisdição constitucional, de modo que a Suprema Corte expresse claramente a sua posição sobre problema tão delicado como é o de avaliar-se a existência, ou não, do chamado "direito ao esquecimento" no ordenamento jurídico nacional.

De resto, o acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, expressamente apreciou a questão do "esquecimento", em face da liberdade de comunicação e expressão, à luz da Constituição Federal. **Está pré-questionado**, **portanto**, **o tema constitucional**.

Por essas razões, e atendidos os pressupostos formais pertinentes, conheço do recurso.

Passo ao exame do mérito, cujo cerne está na questão de saber se existe ou não um "direito ao esquecimento" ou "direito de ser esquecido" no ordenamento jurídico nacional.

Em elaboração

A primeira coisa que verifico é que já foram proferidos inúmeros julgados por tribunais brasileiros aplicando o denominado "direito ao esquecimento". Portanto, nada melhor para a compreensão do fenômeno do que observá-lo em suas manifestações concretas. Para não me alongar muito, e considerando que o STJ tem sido a principal fonte jurisprudencial do tema, limito-me a catalogar resumidamente alguns dos julgados daquele tribunal que trataram do assunto:

> a) No **AgRg no REsp 1.875.382/MG**, o STJ declarou que registros de folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados maus antecedentes, com base na "**teoria do direito ao esquecimento**";
>
> b) No **REsp 1.736.803/RJ**, o STJ firmou que a publicação de reportagem com conteúdo exclusivamente voltado à divulgação de fatos privados da vida contemporânea de pessoa previamente condenada por crime e de seus familiares revela abuso do direito de informar, previsto pelo art. 220, § 1º, da Constituição Federal, e viola o **direito à privacidade**, consolidado pelo art. 21 do Código Civil, por representar indevida interferência sobre a vida particular dos personagens retratados, dando ensejo ao pagamento de indenização. Foi mencionado o "direito ao esquecimento", mas o STJ não viu em tal direito a eficácia necessária para proibir publicações futuras;
>
> c) No **AgRg no REsp 1.751.708/SP**, o STJ, apesar de reconhecer que as condenações antigas não devem ser consideradas maus antecedentes, declarou que não se compreende no "direito ao esquecimento" a faculdade de pedir a destruição dos registros públicos dessas condenações;
>
> d) No **REsp 1.660.168/RJ**, o STJ declarou que, em circunstâncias excepcionalíssimas, o Poder Judiciário pode intervir para fazer cessar o vínculo criado nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardem relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo **decurso do tempo** (o "**direito ao esquecimento**" foi mencionado como um dos fundamentos);

Em elaboração

> e) No **AgInt no REsp 1.593.873/SP**, o STJ decidiu em sentido oposto ao da letra anterior, considerando que não cabe ao Judiciário interferir nos ***sites* de busca**, que não teriam responsabilidade pelo conteúdo das páginas da internet. Ou seja, deixou-se de aplicar o "direito ao esquecimento" por razões ligadas à própria **estrutura da *internet***.
>
> f) No **REsp 1.369.571/PE**, admitiu-se o esquecimento como um "**princípio da responsabilidade civil**", para condenar uma empresa jornalística a indenizar um cidadão mencionado em notícia contemporânea, que o teria ligado falsamente a crime do período militar. O **direito ao esquecimento**, neste caso referido, à **anistia**, foi mencionado; e
>
> g) **No REsp 1.334.097/RJ**, o STJ admitiu a condenação de emissora de televisão a indenizar o autor da ação por danos morais, em razão da exibição de programa sobre a "Chacina da Candelária", com base no **direito ao esquecimento**, já que o autor fora **absolvido no processo criminal**.

O Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, por seu turno, chegou a expedir o **Enunciado nº 531**, com a seguinte redação: "*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o "direito ao esquecimento*".

Pelos exemplos acima, e por outros que se colhem na casuística dos tribunais, pode-se perceber que o "direito ao esquecimento" tem sido aplicado no Brasil principalmente em três tipos de situação: 1º) para impedir o uso de **registro criminais antigos** na exacerbação de penas ou medidas administrativas ligadas ao campo criminal; 2º) para condenar emissoras de TV a indenizar *ex post facto*, em razão da **veiculação de notícias** sobre pessoas a respeito das quais é mencionado o envolvimento, **geralmente como acusadas**, em crimes já prescritos, anistiados, com pena cumprida ou com absolvição transitada em julgado; e 3º) para **desindexar** o nome do interessado de alguma notícia antiga (geralmente falsa, mas não necessariamente), **em *sites* de busca**.

Em elaboração

Só por aí já se percebe a grande abrangência desse suposto "direito ao esquecimento", que vai do penal ao cível, das emissoras de TV aos motores de busca da internet. Analisando o quadro normativo brasileiro, facilmente se percebe que não há nenhuma norma infraconstitucional expressa ou tácita que garanta tão amplo direito. E, mesmo que se admita, por interpretação constitucional, que tal direito decorreria **diretamente** da Carta de 1988 (da dignidade humana, do direito à intimidade, à imagem e à privacidade), a verdade é que a heterogeneidade dos litígios e das soluções mostram que, para ser reconhecido, esse "direito" precisaria ser adequadamente institucionalizado, com indicação precisa dos **sujeitos ativo e passivo**, do **conteúdo**, das **formas de aquisição** e dos **procedimentos** para a sua realização. Nada disso existe.

Constata-se, também, a partir dos exemplos jurisprudenciais, que as soluções encontradas poderiam perfeitamente ter sido obtidas prescindindo-se da referência ao "direito ao esquecimento". Bastaria mudar o ângulo de observação, da pessoa de quem se fala ou indexa para a pessoa/entidade que fala ou indexa. Assim, poder-se-ia falar em **abuso do direito de informar** (nos casos das emissoras de TV), **abuso do direito de punir** (nos casos dos registros criminais antigos), ou **abuso da livre iniciativa** (nos casos dos motores de busca). E o **abuso de direito** tem previsão legal de grande envergadura semântica – art. 187 do Código Civil.

Na verdade, o "direito ao esquecimento", pelo visto, tem sido uma **solução heurística** encontrada pelos tribunais para resolver litígios aos quais os magistrados, apesar da falta de legislação ou até mesmo por isso, conseguem conectar-se, revivendo-os mentalmente por meio da "**fantasia empática**" (Max Weber. **Economia y Sociedad**, México: Fondo de Cultura Económica, 1969, I, pp. 6-7). Os exemplos do exterior, se bem que tenham sido importantes na cunhagem do *nomen juris* e no oferecimento de exemplos modelares, não seriam relevantes se os nossos magistrados não

Em elaboração

sentissem, também eles, a necessidade de uma resposta conveniente para as situações típicas de aplicação do "direito ao esquecimento".

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei nº 4.657/42, art. 4º) não apenas autoriza, como determina que o juiz busque alternativas hermenêuticas para casos não previstos em lei. Evidentemente, essa norma de sobredireito pressupõe que o juiz considere **não intencional** a omissão legislativa, de modo tal que uma situação que deveria estar regulada, não esteja assim. A percepção de que a omissão legislativa é involuntária envolve a **compreensão empática do litígio** e a projeção intelectual dos seus efeitos, considerando o desdobramento causal esperado a partir daquela compreensão.

O que se nota é que o STJ e outros tribunais vêm, na verdade, colmatando uma **omissão legislativa** que consideram existir. Ao resolver litígios em que a **passagem do tempo** tem uma clara **relevância não antevista pelo legislador**, os tribunais têm buscado instituir consequências jurídicas apropriadas para as espécies que têm em mãos. Esse trabalho hermenêutico, **quando realizado caso a caso**, é legítimo e faz parte do processo de acomodação do direito escrito aos contextos em que tem de ser aplicado.

Todavia, quando os tribunais, a partir de uma heurística particular, concebem a existência de um **instituto jurídico geral e abstrato**, tal como um "direito ao esquecimento", então se tem um uso excessivo da metodologia decisória, porque, na verdade, isso pode induzir à **falsa compreensão** de que efetivamente existe um tal "direito" no Brasil. E isso não é apenas um problema de nomenclatura; pode haver repercussões práticas importantes, dada a forte simbologia que está embutida na ideia de dizer-se que existe um "direito ao esquecimento", quando, de fato, há apenas uma **vaga ideia** sobre isso, aplicada a um punhado de casos concretos.

Em elaboração

A liberdade de comunicação, por exemplo, pode ser tolhida se a jurisprudência criar um ambíguo "direito ao esquecimento", cujos limites ninguém sabe exatamente quais são. Os *sites* de busca podem ser inundados de pedidos de desindexação, sob o argumento de que essa ou aquela situação já teria sido atingida pelo "direito ao esquecimento". As digitalizações de jornais e documentos antigos, que ocorrem em muitas instituições, podem-se ver ameaçadas. Os entes públicos podem enfrentar dificuldades para gerir e trocar informações, visto que a todo momento podem ser confrontados com o esfíngico "direito ao esquecimento".

Mesmo o legislador, se resolver voltar a sua atenção para essa questão, visando a instituir o "direito ao esquecimento" entre nós, ver-se-á diante de um problema muito complexo e matizado. A expressão verbal desse direito, caso se queira conceber uma definição global, que abarque as diferentes manifestações em que a sua incidência tem sido cogitada, não será simples. Isso porque o assim chamado "direito ao esquecimento" ou "direito de ser esquecido" tem várias acepções. Em geral, pode-se dizer que é faculdade de opor-se à **ressuscitação**, **por difusão ou acesso estruturado**, de **informações sensíveis sobre pessoa natural**, quando houver transcorrido **intervalo de tempo suficiente para gerar descontextualização ou anacronia** entre o fato e a sua nova divulgação. Mas o legislador deverá ainda resolver muitas dúvidas, entre elas: o direito ao esquecimento é apenas a faculdade de pedir reparação após a divulgação/indexação ou é o direito à própria interdição da divulgação/indexação? Deve-se ou não estipular prazos para reclamar, em certas situações típicas? O direito ao esquecimento é renunciável? É prescritível? O tratamento da difusão (por jornal escrito, rádio ou TV) deve ser o mesmo do acesso estruturado (*sites* de busca na *internet*)? As informações sensíveis abrangem apenas as estigmatizantes ou quaisquer outras cuja publicidade contemporânea seja indesejada pelo titular do direito? O direito ao esquecimento se aplica à reconstituição artística ou científica de um fato? As informações sensíveis devem ser

Em elaboração

apagadas ou apenas permanecerem em repouso? Quem são os legitimados para invocar o direito ao esquecimento? Contra quem deve ser invocado? Deve haver uma pena pecuniária ou criminal para o violador do direito ao esquecimento, para além da indenização por eventuais danos? A reiteração da ofensa ao direito ao esquecimento deve ser mais rigorosamente punida?

Enfim, essas e muitas outras circunstâncias acidentais, com as respectivas soluções, teriam de ser prognosticadas em um texto que viesse a instituir o "direito ao esquecimento". Apenas a atividade legiferante, com toda a liberdade de debate e deliberação que lhe é ínsita, tem legitimidade e capacidade técnica para projetar e executar semelhante missão.

Acresce que a **implementação** de uma lei que criasse o "direito ao esquecimento" poderia enfrentar algumas **dificuldades práticas** nada desprezíveis, de tal modo que seria necessária também a concepção de procedimentos específicos para concretizar a pretensão ao esquecimento nas muitas manifestações em que ela pode-se expressar.

A mera constatação de que o tempo desvanece certas reivindicações, ou de que há paz no esquecimento, não tem a densidade necessária para institucionalizar um direito subjetivo em termos gerais. É muito antigo, e, até certo ponto, trivial, o reconhecimento de que o tempo, como uma das dimensões do ser e do conhecer, produz efeitos transversais sobre convivência humana, sendo normalmente associado ao esquecimento e ao perdão. Já no Velho Testamento (Levítico 25:8-16), o ano do Jubileu, que se repetia a cada transcurso do período de 50 anos, era celebrado pelos antigos judeus como uma época de perdão de dívidas, da alforria de escravos, enfim um ano de libertação do passado. Também é antiquíssima a associação do esquecimento à paz, como se vê, por exemplo, na Odisseia (IX, 82-104), quando Homero refere-se aos lotófagos como um povo pacífico, porque permanentemente esquecidos do passado.

Em elaboração

Entre uma noção elementar dessas, porém, e a composição textual de um direito subjetivo, vai longa distância. Os romanos, com sua prodigiosa capacidade de traduzir ideias abstratas em mecanismos jurídicos funcionais, criaram o instituto da prescrição na via pretoriana, especialmente para estabilizar situações de fato consolidadas (posse) pela passagem do tempo. Depois, Teodósio II institucionalizou esse mecanismo em uma lei geral. Se consultarmos hoje as normas de qualquer país ocidental sobre a prescrição, veremos quantas ricas nuances aquela simples ideia da obliteração paulatina de um direito pela passagem do tempo veio a adquirir, quando convertida em um mecanismo jurídico operativo: início da contagem, suspensão e interrupção da contagem do prazo, prazos diferenciados, imprescritibilidades, etc.

Com isso, quero dizer que, para transubstanciar verdades prosaicas em direitos subjetivos, nos estados contemporâneos, é preciso o envolvimento do legislador, tanto por razões de **legitimidade democrática** como por conta das **técnicas apropriadas** para antecipar e normatizar a imensa quantidade de sutilezas que frequentemente suscita esse tipo de procedimento, e para antever as inúmeras articulações que as novas normas estabelecerão com outras partes do ordenamento jurídico.

O caso particular do "direito ao esquecimento" apresenta ainda uma dificuldade adicional. É que os registros de memórias estão sofrendo transformações disruptivas com as novas tecnologias. Se a escrita alfabética representou o primeiro passo para a formação e a preservação por longo tempo de um vasto conjunto de memórias, a ponto de ter-se atribuído o epíteto de pré-história a tudo aquilo que ocorreu antes dela, o registro fotográfico, cinematográfico ou audiovisual em meio digital, além do uso de mecanismos inteligentes capazes de ler e inter-relacionar esses registros, pode ser considerado o começo da pós-história, para usar a expressão de Vilém Flusser (FLUSSER, Vilém. Pós-história: vinte instantâneos e um modo de usar. São Paulo: Annablume, 2011).

Em elaboração

A própria indexação da informação é um bom exemplo de como **não é fácil antecipar** as consequências de tecnologias que alteram o modo como o **ser humano relaciona-se com os registros de informações**. Walter Ong (ONG, Walter; HARTLEY, John. **Oralidad y escritura**. **Tecnologias de la palavra** (Spanish Edition). Fondo de Cultura Económica. Edição do Kindle, *passim*) explica que a ideia de um índice para consultar uma obra escrita não apareceu antes da invenção da prensa de tipos móveis. Isso porque, na época dos manuscritos, não havia dois textos iguais; logo não teria como se organizar um índice geral. Foi com a prensa de tipos móveis que a escrita passou a constituir objetos escritos idênticos, os livros como hoje os conhecemos. Mas ali por volta do século XV ou XVI, a escrita ainda não estava totalmente dissociada da oralidade, e pensava-se num texto como algo para ser lido em voz alta e em grupo, de modo a simular uma conversa. Nas conversas, era recorrente empregar-se a expressão "*lugares-comuns*", que vinha da oralidade antiga (da retórica grega), para designar expressões ou pensamentos que constantemente apareciam nos discursos. Então, quando os livros começaram a ser impressos em escala, convinha estabelecer um mecanismo para levar os leitores aos lugares-comuns, por isso, cogitou-se de usar um indicador associado ao número da página, a essa altura perfeitamente idêntico nos vários exemplares. A palavra "*index*" é uma forma abreviada do original "*index locorum communium*". O índice alfabético, assim, foi uma encruzilhada entre as culturas auditivas (orais) e as culturas visuais (da escrita em livros impressos). Qual a ideia por trás da indexação eletrônica senão essa de levar o usuário da *internet* aos "lugares-comuns" (*sites* de interesse) que ele deseja ver? Mas, ao mesmo tempo, quem poderia cogitar, há algumas décadas, que esses "lugares-comuns" seriam imagens das pessoas como elas são realmente nas suas vidas íntimas, notícias constrangedoras sobre fatos ocorridos no passado, ou mesmo informações sobre ligações dessas pessoas com fatos específicos? E quem poderia imaginar um "índice inteligente", dinâmico, que age por si mesmo e muda, segundo um mecanismo matemático intrincado, conforme a menção a algumas

Em elaboração

"palavras-chave", para revolver e organizar de modo hierárquico centenas de milhões de "páginas" em poucos segundos?!?

Essa pequena reflexão, creio eu, é capaz de demonstrar **a enorme complexidade da disciplina do que deverá ser um "direito ao esquecimento", devidamente institucionalizado**.

Portanto, **estou de acordo com o Relator quanto a não haver ainda, no Brasil, o chamado "direito ao esquecimento"** como categoria jurídica individualizada e autônoma.

Investigo a questão agora sob a perspectiva da liberdade de informação e de comunicação. Bem, a liberdade de comunicação é ampla e, de fato, não pode ser limitada previamente, segundo a nossa Constituição (art. 5º, IX: "*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*"). Assim, não vislumbro nenhuma possibilidade de extrair-se do texto da Constituição norma, seja sob que denominação for, que proíba a veiculação da notícia em si ou que exija a autorização prévia dos envolvidos para ser veiculada.

Rememoro, neste ponto, a vigorosa mensagem emitida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.815/DF (Ministra Cármen Lúcia, j. em 10/06/2015), segundo a qual não é admissível a censura prévia no direito brasileiro, sob nenhum pretexto. Naquela ocasião, discutia-se o problema das biografias não autorizadas, e o Tribunal, embora tenha declarado a inviabilidade da censura prévia, deixou claro, por outro lado, que a liberdade de expressão ou de informação pode eventualmente ser exercida de forma abusiva e, por isso, pode gerar o direito de resposta e o dever de indenizar.

Creio que a problemática deste caso está nisto: houve **abuso do poder de informa**r, apto a gerar o **dever de indenizar**, previsto na Constituição (art. 5º, X)?

Em elaboração

Os incisos IX e X do art. 5º da Constituição preceituam:

> *"Art. 5º*
> *(...)*
> *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; (...)"*

Sendo o jornalismo o recorte e a amplificação de fatos de interesse, naturalmente ele pode chocar-se contra a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas — às vezes com legitimidade, às vezes, não. Encontrar o tênue limite que separa o **jornalismo legítimo**, que tanta importância tem para a democracia, do **abuso jornalístico**, é tarefa que demanda a verificação de **circunstâncias concretas** e do próprio **ethos jornalístico**. Logo, não é possível estipular-se a *priori* um "direito ao esquecimento" contra a imprensa, tanto mais porque um fato pretérito pode voltar inesperadamente a ter relevância. Agora mesmo vivemos uma pandemia que, em alguns aspectos, recorda aquela do ano de 1918. Assim, uma reportagem que volte às notícias daquele ano e traga informações verídicas da época é perfeitamente legítima. A História não pode ser apagada.

É claro que, nesse caso que cogitei, é simples a percepção da legitimidade jornalística, tanto pela **distância temporal**, que praticamente elimina a possibilidade de que algum vivente atual se considere prejudicado pela notícia restituída ao cotidiano, como pelo fato de a pandemia ser um assunto de **óbvio interesse coletivo**. Mas fatos antigos da vida privada também podem vir a apresentar interesse jornalístico posterior, pelas mais diversas razões, especialmente em se tratando de pessoas com alguma projeção social ou cultural. Assim, uma pessoa pode ver divulgado um fato desabonador do seu passado, se ela, por

Em elaboração

exemplo, planeja lançar-se candidata a algum cargo público importante. Uma pessoa célebre que defenda certa causa social ou política pode ter recrudescido algum fato passado incompatível com a defesa dessa causa, etc.

Por outro lado, é preciso reconhecer que existe o **mau jornalismo**, que é aquele que abusa das prerrogativas para criar notícias falsas ou para **causar sensação à custa da intimidade alheia**. E, mesmo aqui, é preciso ter prudência para não tolher a atividade informativa, senão quando ela for claramente lesiva à intimidade ou à imagem de alguém, e não apenas detestável, porque, no afã de debelar a mentira e a vulgaridade, pode-se sufocar a verdade ou cercear a válida distração do público.

Toda colisão entre a liberdade de comunicação e a vida privada das pessoas deve-se resolver de maneira **tópica** e levando-se em conta, por um lado, os cânones do **bom jornalismo**, e, por outro, os sintomas do **mau jornalismo**. Somente assim compatibilizam-se as duas normas constitucionais acima citadas (CF, art. 5º, IX e X), que não são excludentes reciprocamente.

Na hipótese que temos sobre a mesa, a **moldura fática estabelecida nas instâncias ordinárias** indica que faltou ao órgão de comunicação maior responsabilidade. A começar pela circunstância de que a **vítima do crime não era uma pessoa pública**, senão que se tornou conhecida pelo infeliz acontecimento já referido muitas vezes desde 1958. O **tempo transcorrido** desde o fato e a ausência de qualquer elemento novo que trouxesse relevância a ele é também um fator que depõe contra a conveniência da ressurreição pública do crime — daí a invocação do suposto "direito ao esquecimento". A **oposição expressa da família**, **anterior à exibição do programa**, também poderia ter sido considerada pela empresa de comunicação, embora não fosse um fator impeditivo. Mas, o mais flagrante excesso do programa veiculado, supostamente com

Em elaboração

fins jornalísticos, está em **encenar dramaticamente o crime**, **com o uso de imagens não autorizadas da vítima**, para causar sensação e alimentar uma curiosidade mórbida, **em prejuízo da imagem de uma pessoa vítima de crime sexual**, **morta há décadas**.

É neste ponto, no dano à imagem da falecida e dos seus familiares, por uma conduta **evidentemente fora do padrão de bom jornalismo**, que está o cerne do dever de indenizar. Não cogito de apagar os fatos, nem de proibir a sua divulgação oportuna, respeitosa com a vítima, sempre que a conveniência do momento assim o justifique. O que é inaceitável é tripudiar sobre a memória da falecida, trazendo inopinadamente à tona velhas feridas, **sem nenhum propósito informativo**, **sem nenhuma justificativa nos fatos presentes**. A exposição do nome da vítima, nesse contexto, torna-se um verdadeiro *bullying*. Se o objetivo era entreter, que se usassem nomes fictícios, que se assumisse o caráter artístico da matéria em todas as suas consequências.

O interesse pelos temas menores ou mórbidos não é vedado ao jornalismo. Aliás, é-lhe conatural desde o Mundo Antigo. Conta-se que Cícero, nas suas longas estadas fora de Roma, recebia notícias de seu amigo Caelius, por meio de cartas, que era o "jornalismo" da época. Em dada carta, Caelius escreveu que não ocorrera nada de relevante, exceto se Cícero quisesse saber sobre ninharias como casamentos, divórcios e adultérios entre pessoas proeminentes. E é claro que ele queria...

O problema não está no assunto, está no que a divulgação pode gerar de dano, sem o correspondente interesse público que justifique a notícia e sem a observância dos **padrões éticos do bom jornalismo**.

Se, nos primórdios do jornalismo, como disse um editor em 1690 nos Estados Unidos, toda "a responsabilidade pelo fabrico das notícias era de Deus ou do Diabo", a verdade é que nos órgãos atuais de imprensa a

Em elaboração

necessidade de criar notícias todo dia para preencher os espaços é muito grande, como explica Nelson Traquina:

> "*Com o novo jornalismo, desenvolveu-se a ideia de que competia ao próprio jornal andar atrás da 'notícia'; era preciso encher o jornal com notícias que poderiam interessar os leitores. Para responder à procura, a própria empresa jornalística teve que crescer, empregando mais pessoas para a produção de notícias. Assim, emergiu uma nova figura no jornalismo – o repórter. O repórter tornou-se uma ocupação integral no jornalismo.*"
>
> (**Nelson Traquina**. **Teoria do Jornalismo**: Porque as notícias são como são. Editora Insular. Posição 405. Edição do Kindle)

E é justamente nessa ânsia por fabricar notícias que o jornalismo pode, aqui e ali, ofender direitos individuais fora do abrigo que a sua justa liberdade de informar lhe confere. As tecnologias digitais facilitaram imensamente o trabalho de publicação e hoje praticamente todos podem tentar de algum modo escrever e divulgar "notícias". O resultado tem sido, entre outros, a explosão de notícias falsas (*fake news*) por superabundância de meios de expressão. Então, conquanto a censura nunca seja uma boa solução, isso mostra que existe **a necessidade de autocontenção** para que a liberdade de expressão viceje de maneira saudável, **especialmente entre os profissionais da comunicação**, até como forma de dignificar o seu trabalho.

Os Códigos de Ética afirmam que os jornalistas precisam apresentar **compaixão** para com aqueles que são atingidos pela cobertura jornalística, especialmente jovens delinquentes, **vítimas de crimes sexuais** e fontes inexperientes ou incapazes de dar o seu consentimento (nesse sentido, ver o Código de Ética da *Society of Professional Journalists*, disponível em: SPJ Code of Ethics – Society of Professional Journalists).

Aída Curi, não é demais mencionar, foi vítima de um crime sexual brutal. Se, no passado, as mulheres vítimas desse tipo de crime eram

Em elaboração

tratadas sem a menor consideração, muitas vezes até como culpadas pelo fato, o certo é que a elevação do próprio nível civilizatório felizmente impôs o abandono dessa forma de encarar os fatos de uns tempos para cá, e o jornalismo não pode mostrar-se alheio a isso. A divulgação de cenas de estupro passou recentemente a ser crime (Lei nº 13.718/2018). Para fins jornalísticos, admite-se a divulgação, **vedada a identificação da vítima** (CP, art. 218-C, § 2º: "*Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos*").

Certo, pode-se dizer que, no caso dos autos, a divulgação foi fictícia, e não de imagens reais — até porque não há imagens reais do crime —, e que não havia qualquer lei sobre a matéria à época. Ora, o que importa é que **o nome da vítima do crime sexual foi novamente trazido à tona, de forma despropositada, cruel e sem qualquer importância pública**.

Admitir a exibição de cenas assim leva a um paradoxo: **a vítima viva, que pode protestar e defender-se, por lei não deve ter o nome revelado, mas vítima morta, que não mais tem meios para defender a sua honra e imagem, pode ser exposta e ter o seu nome sempre repetido por gerações e gerações depois de seu falecimento**.

Ou a um segundo paradoxo, ainda mais chocante: se algum dos criminosos viesse à justiça, segundo a jurisprudência citada no começo deste voto, poderia ser indenizado, visto que ou a pena foi cumprida, ou está prescrita, de modo que não pode mais o nome do condenado ser ligado publicamente aos fatos. E o nome da vítima pode???

Se a matéria era artística, e não jornalística, volto a insistir, que se trocassem os nomes dos envolvidos, de modo a evitar a **desnecessária exposição da vítima verdadeira**.

Em elaboração

Nem se pode dizer que o programa teria utilidade social, por exemplo, de ajudar na captura dos culpados pelo crime. Ora, 50 anos depois da ocorrência dos fatos, qualquer crime estaria irremediavelmente prescrito no Brasil, de modo que não haveria mais como punir ninguém.

Também **não é certo dizer que o crime tem uma importância histórica**. Nenhum elemento particular desse crime indica ter ele uma relevância especial para a história do país ou mesmo do Rio de Janeiro. Trata-se de um **crime comum**, embora com notável crueldade. O **constante reavivamento da notícia**, **por si só**, **não torna um crime histórico**, mas apenas indica **midiatização reiterada**, com profundo desprezo pela memória da vítima.

Considero, assim, que a interpretação dada, pelo tribunal de origem, aos arts. 5º, IX e X; 220, § 1º, e 221, IV, da Constituição não está de acordo com o seu real significado normativo, **admitida a moldura fática soberanamente estabelecida nas instâncias ordinárias**.

Houve dano moral na hipótese, **que excepcionalmente reconheço nesta via extraordinária**, **em razão da repercussão geral proclamada pelo Tribunal e da necessidade de expressar o alcance dos arts**. 5º, IX e X; 220, § 1º, e 221, IV, **da Constituição**, **que não abrangem** "**direito de ser esquecido**", mas protegem a imagem das pessoas, **em especial das vítimas de crimes sexuais**, contra publicações que as exponham desnecessariamente, fora dos padrões éticos do bom jornalismo.

Acresce que, superada a admissibilidade do recurso, incide, na hipótese, a Súmula nº 456: "*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*". Daí a justificativa para que o Tribunal possa reconhecer **o dever de reparar**

Em elaboração

dano moral (***an debeatur***) nesta via extraordinária, porquanto isso decorre do art. 5º, X, da Constituição Federal. **Não é viável no recurso extraordinário**, **porém**, **fixar valores de dano moral** (***quantum debeatur***), porque, para isso, seria necessário investigar **aspectos fáticos e infraconstitucionais** que têm relação com o caso.

A discussão, nesta via extraordinária, apenas pode versar sobre a existência ou não do **dano moral**, que está diretamente ligada ao direito fundamental à imagem e à privacidade e configura-se *in re ipsa*. Já a apuração de possível **dano material** pressuporia inviáveis discussões de ordem fática, pois o próprio tribunal de origem deixou claro que a matéria fática carecia de prova:

> "*Muito embora seja realmente evidente o caráter comercial da produção, que realmente não se enquadra como jornalística, é certo que* ***não restou provado nestes autos que a veiculação deste episódio em específico tenha sido capaz de majorar os lucros da Ré***, ***porque não provado que os anunciantes tenham sido atraídos pela veiculação do programa***, *como, aliás, bem realçou o eminente Relator no voto vencedor.*
>
> *Nesta trilha, sabendo-se que* ***os danos materiais somente são indenizáveis mediante prova cabal de sua existência***, ***afasta-se o direito dos Apelantes em obter indenização*** *a este título.*" (**com meus grifos**)

Em tal contexto, pedindo vênia para divergir parcialmente do eminente Relator, **dou parcial provimento ao recurso**, apenas para **reconhecer o direito à indenização por dano moral aos autores**, a ser fixado na instância de origem, dada a natureza infraconstitucional e fática dos elementos necessários para a aferição do seu valor monetário.

Proponho a seguinte tese: "*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*

Em elaboração

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".

É como voto.

Em elaboração