



ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606/RJ: DIREITOS DE PERSONALIDADE, PONDERAÇÃO E MÉTODO

ANALYSIS OF THE EXTRAORDINARY APPEAL 1.010.606/RJ: PERSONALITY RIGHTS, WEIGHTING AND METHOD

<i>Recebido em:</i>	24/06/2021
<i>Aprovado em:</i>	18/07/2021

Rodrigo Valente Giublin Teixeira¹

Walter Lucas Ikeda²

RESUMO

Diante do julgamento do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, ocorrido em fevereiro de 2021, em que se entendeu pela incompatibilidade do direito ao esquecimento no sistema jurídico brasileiro, a presente pesquisa se presta à seguinte pergunta: é possível identificarmos um método objetivo e claro para que qualquer jurista saiba antecipadamente se existe um determinado direito? Testa-se a hipótese de que não existe um método claro e objetivo, o que abre grande margem da subjetividade ao julgador, permitindo decidir, em

¹ Doutor em Direito pela PUC/SP. MBA em Business Law pela FGV. Mestre em Direito pela UEL/PR. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI – Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Professor Titular do Doutorado, Mestrado e da Graduação na UniCesumar. Advogado. Endereço eletrônico: rodrigo@rodrigovalente.com.br.

² Doutorando em Ciências jurídicas pela Cesumar. Mestre em Ciências Jurídicas pela Cesumar. Pós-graduado pela PUCPR. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Graduando em Filosofia pela Cesumar. Professor da graduação e iniciação científica da Unifamma. Advogado. Endereço eletrônico: walterlucasikeda@gmail.com



tese, por qualquer decisão. Para se alcançar o objetivo de análise do método de julgamento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do direito ao esquecimento, que decorreria dos direitos de personalidade, a temática deve perpassar pela análise do voto do relator e a teoria da decisão judicial. Ao final, colhe-se como principais contribuições a verificação de um método, mas cujos critérios não são expressos.

Palavras-chaves: Direitos de personalidade. RE 1.010.606/RJ. Método. Ponderação. Direito ao esquecimento.

ABSTRACT

Upfront of the judgment of Extraordinary Appeal 1.010.606/RJ, it happened in february 2021, in which the incompatibility of the right to be forgotten in the Brazilian legal system was understood, this research lends itself to the following question: is it possible to identify an objective and clear method for any jurist to know in advance whether there is a certain right? The hypothesis that there is no clear and objective method is tested, which opens a large margin of subjectivity to the judge, allowing to decide, in theory, for any decision. To achieve the objective of analyzing the method of judgment used by the Supreme Court on the right to be forgotten, which would result from personality rights, the theme must permeate the analysis of the rapporteur's vote and the theory of the court decision. At the end, the main contributions are the verification of a method, but whose criteria are not expressed.

Keywords: Personality rights. RE 1.010.606/RJ. Method. Weighting. Right to be forgotten

1 INTRODUÇÃO/ CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O juiz fica limitado à lei? Ao direito? O que é direito? O que é direito de personalidade? Como saber se existe um determinado direito de personalidade? Para responder às



perguntas, seria necessário indicar um método objetivo e claro para que um determinado objeto fosse testado, para, então, verificar se o objeto é direito de personalidade ou não.

E se estivermos diante de uma teoria chamada direito ao esquecimento, há como sabermos de antemão, por um método objetivo e claro, se é um direito de personalidade ou não? Este tema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, sob repercussão geral, ao analisar o famoso caso Aída Curi, cujo método utilizado na decisão será objeto deste trabalho.

A presente pesquisa não tem por objeto nem objetivo a análise pormenorizada do julgado do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, uma análise exaustiva da teoria do direito ao esquecimento, dos direitos da personalidade ou da técnica de ponderação, apesar de suas necessárias menções, limitando-se à exposição mínima para contextualização da análise, considerando que o julgado é público e em meio digital, a fim de observar o método utilizado, a partir do voto do relator.

Após a percepção de que o direito limitado à codificação não seria suficiente para regular uma sociedade cada vez mais complexa, com mudanças cada vez mais frequentes, surge a necessidade de uma técnica legislativa que permita ao direito acompanhar com velocidade as mudanças sociais, assim adotou-se a técnica de legislar por meio de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

Além da técnica legislativa, há por uma complexidade de fatores que colocam os princípios e o Judiciário no centro do debate do direito, em que os princípios têm protagonizado cada vez mais as decisões do Poder Judiciário, não isentos de críticas, como o solipsismo de suas decisões e a arbitrariedade que a fundamentação por princípios permitem, o que justificam a análise mais detida do julgado.

Dessa forma, temos o seguinte problema de pesquisa: é possível identificar um método objetivo e claro na decisão do Supremo Tribunal Federal, a partir do voto do relator, que torne possível que todos os juristas cheguem à mesma conclusão do Supremo Tribunal



Federal pelo mesmo método utilizado para o exercício da técnica de ponderação envolvendo direitos de personalidade?

Propõe-se na presente pesquisa colocar em teste a seguinte hipótese: não há critérios objetivos e claros de método na técnica de ponderação, o que permitiria, em última análise, observar que não é possível antever o que é ou não é direito.

O objetivo geral desta pesquisa é de verificar o método de ponderação de direitos de personalidade no Supremo Tribunal Federal, a partir da análise do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, julgado sob repercussão geral, que versou sobre o direito ao esquecimento.

Para se alcançar o objetivo geral desta pesquisa, elegem-se dois objetivos específicos: a) a análise do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, especialmente quanto ao voto do relator, tendo em vista que houve concordância da maioria dos ministros com o voto do relator, e também diante do limite de espaço e escopo da pesquisa; e b) a análise da técnica de ponderação e de direitos de personalidade, incluindo o direito ao esquecimento, para refletir-se sobre o método de ponderação.

A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva, exploratória, qualitativa, utilizando-se de fontes bibliográficas, em especial, o voto do relator do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, Ministro Dias Toffoli. Quanto à análise do julgado, será utilizado o método preponderantemente indutivo, pois será analisado o julgado, a partir do voto do relator, para se extrair sínteses e conclusões para o objetivo geral desta pesquisa.

Sobre a estrutura do artigo: a primeira seção do artigo tratará da análise do voto do Relator e do recorte de alguns pontos que são necessários para a análise e ao cumprimento do objetivo deste trabalho, realizando em primeiro momento de um breve contexto do julgado, para em seguida, passar à análise da estrutura, principais fundamentos e método do voto do relator; a segunda seção do artigo cuidará do cotejo de apontamentos metodológicos do voto do Relator para reflexões sobre o método utilizado.



2 BREVE CONTEXTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606/RJ

A TV Rede Globo lançou em 29.03.1990 uma primeira versão do programa Linha Direta, que durou até 24.06.1990, uma segunda versão foi lançada em 27.05.1999 e durou até 06.12.2007. A inspiração veio de programas americanos de sucesso, como *Yesterday*, *Today and Tomorrow* e *The unsolved Mysteries*; e buscava incentivar os telespectadores, por meio da reconstituição de crimes não solucionados, a fornecer pistas que auxiliassem as autoridades a solucionar os casos (REDE GLOBO, 2021).

O programa Linha Direta apresentava dois casos policiais por episódio, e os casos eram pesquisados por um repórter que viajava para apurar os fatos, buscando documentar indícios, entrevistas e imagens que envolvam a investigação, a fim de montar o roteiro para apresentação aos telespectadores (REDE GLOBO, 2021).

A fim de concretizar a proposta do programa, era disponibilizada uma central telefônica durante 24 horas por dia, e desde 2000, também era possível realizar denúncias pela internet, em que todas as denúncias eram feitas com sigilo, totalizando 380 criminosos encontrados pelas autoridades (REDE GLOBO, 2021).

Em 2004, o programa televisionou o caso do assassinato de Aída Curi, ocorrido em 1958, no Rio de Janeiro, seu desenvolvimento nas investigações policiais e análise pelo Poder Judiciário. Os irmãos de Aída Curi ingressaram com uma ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores para a exposição do caso, e o reconhecimento do direito ao esquecimento (BRASIL, 2021).

O juízo de primeiro grau³ julgou improcedentes os pedidos, esta decisão foi mantida, por maioria, na Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Os

³ Autos 123305-77.2004.8.19.0001. 47ª Vara Cível da Capital.



irmãos da vítima interpuseram o Recurso Extraordinário, autuado sob o número 1.010.606, e que foi analisado sob repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2021).

O julgamento da demanda ficou sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 11.02.2021, sob repercussão geral, e, por maioria⁴, seguiram o entendimento do Relator:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível (BRASIL, 2021).

Doravante, analisar-se-á a estrutura, os principais fundamentos e o método do julgado, a partir do voto do relator.

2.1 Análise da fundamentação do voto do relator: à procura de um método

Não é objetivo deste trabalho a análise pormenorizada de cada item da fundamentação do voto do relator, até pela limitação de escopo e espaço deste trabalho, e por se tratar de um documento que pode ser acessado publicamente, a análise da fundamentação do julgado se presta à análise do método de julgamento e fundamentação utilizados.

⁴ Vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, o Ministro Marco Aurélio. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso



O julgado é dividido da seguinte forma: I) perspectiva histórica; I.1) do droit à l'oubli ao direito ao esquecimento; I.2) um recorte necessário: a diretiva europeia. O julgado; Google Espanha e a amplitude de seu desfecho frente ao tema em apreciação nestes autos; II) direito ao esquecimento: nomenclatura e elementos essenciais; II.1) nomenclatura; II.2) elementos essenciais do “direito ao esquecimento”; a) licitude da informação; b) decurso do tempo: o aspecto temporoespacial; III) existiria um direito fundamental ao esquecimento?; IV) direito ao esquecimento em âmbito digital?; V) violação ao direito constitucional da liberdade de expressão; VI) o necessário diálogo constitucional; VII) proposta de tese; e VIII) do caso dos autos.

A fim de analisar o mérito da causa, o Relator, na seção I, subseção I.1, inicia uma perspectiva histórica do chamado direito ao esquecimento. A primeira menção a um direito que remeta ao esquecimento é atribuída a Gerard Lyon-Caen, pelos seus comentários à decisão do caso *l'affaire Landru*, de 1967, que julgou o pedido de indenização pela utilização de nome e trecho da vida da ex-amante de um serial killer, este figuraria numa espécie de documentário ficcional.

Mesmo no Tribunal francês, a utilização da expressão foi marginalizada, apenas utilizado em julgados pontuais, tendo o Tribunal recorrido aos institutos vigentes. Tanto que o julgamento do caso citado pelo Gerard Lyon-Caen, junto ao Tribunal de Grande Instance de La Seine, foi procedente pela caracterização de atentado violento ao pudor, e em recurso, foi reformado, julgado improcedente pela publicidade de outros materiais à época.

Foram indicados julgados alemães, entre os quais, o caso Lebach e Lebach II, retirado de uma matéria no Conjur⁵, como um caso amplamente divulgado na doutrina nacional, em que um assassino de quatro soldados, próximo à sua libertação, pediu o impedimento da

⁵ São utilizadas diversas fontes para o desenvolvimento do voto. Foram usadas teses de doutorado, artigos acadêmicos publicados, livros, audiências públicas, reportagens, sites entre outros, em que se destaca a omissão em apontar qual o critério dos materiais utilizados.



difusão de um documentário sobre o crime e, após derrotas nas instâncias ordinárias, logrou êxito no Tribunal Constitucional Federal, sob o fundamento do direito de personalidade do condenado, não especificamente pelo direito ao esquecimento.

A partir do julgado Lebach e Lebach II, foram extraídas algumas conclusões pelo Relator, entre as quais: a) a prioridade da informação sobre a reportagem de crimes, respeitando a finalidade informativa; b) não há um prazo determinado para evitar trazer à tona determinados fatos; c) a importância do prazo tem conexão com o objetivo de ressocialização do infrator; d) a reabilitação do infrator necessita de condições internas e externas; e e) a informação poderia ter sido emitida sem a identificação do denunciante.

Foram analisados julgados da Califórnia (EUA), em que se destaca o caso *Melvin v. Reid*, em que havia um direito à privacidade na perspectiva de ser deixado em paz, e que passou a ser utilizada como representação do direito ao esquecimento. O caso foi julgado procedente, mas sob o fundamento de preservação da reabilitação de condenados.

O relator conclui que os julgados analisados, muitas vezes utilizados pela doutrina como precedentes do direito ao esquecimento, tiveram delineamentos bem diferentes do reconhecimento ao direito ao esquecimento.

Já no item I.2, o Ministro Relator Dias Toffoli, trata do caso González, apreciado no Tribunal de Justiça da União Europeia, em que pediu ao Google e ao Jornal La Vanguardia Ediciones SL para que não associassem mais o nome de González ao leilão de seu imóvel por uma dívida de longa data. Este julgado irradiou em diversos vetores, fomentando a ideia de um direito ao esquecimento, mas o julgado foi claro em tratar que a proposta seria da liberdade de proteger a privacidade de seus dados, para que a pessoa realizasse a escolha de fornecê-los ou não.

Doravante, na seção II, o Relator aborda a falta de um consenso semântico ao termo, e para tentar encontrar uma identidade comum ao termo direito ao esquecimento, analisa seus contornos perante a licitude da informação e o decurso do tempo.



Quanto à licitude da informação, devemos extrair as hipóteses de informações ilícitas ao abordar o direito ao esquecimento, pois há regramento jurídico próprio quando se trata da proteção jurídica dos direitos de personalidade perante informações inverídicas ou publicadas ilicitamente.

Doravante, ainda que a informação seja lícita, deve existir uma distância temporal, elemento central nas audiências públicas em defesa da existência do direito ao esquecimento, que tornaria os fatos descontextualizados com a identidade atual daquela pessoa.

Dessa forma, relacionando o elemento da licitude da informação e do decurso do tempo que descontextualiza a identidade daquela pessoa, o Relator entendeu que o direito ao esquecimento seria a pretensão de impedir a divulgação de informações lícitas, mas que o tempo descontextualizasse ou retirasse o interesse público relevante daquelas informações.

Assim, após analisar os precedentes que embasariam a defesa pelo direito ao esquecimento, por alguns, e após a delimitação do que seria o direito ao esquecimento, o Relator passa à verificação da existência do direito ao esquecimento na seção III.

Existiriam 3 posições quanto ao direito ao esquecimento: que é um direito fundamento explícito; direito fundamental implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana; e a que não reconhece a existência do direito ao esquecimento como direito fundamental autônomo. Em todas as correntes se percebe uma íntima relação com os direitos da personalidade e sua livre personalidade.

Nesse sentido, o Relator destaca que o direito ao esquecimento seria para tutelar outros direitos de personalidade já concebidos, e no âmbito dos direitos fundamentais, sua diferença com os demais seriam tão limítrofes que não teria uma autonomia, e é nesse sentido que para o Relator: “A meu ver, a resposta para tais questionamentos é claramente no sentido da inexistência no ordenamento jurídico brasileiro de um direito genérico com essa conformação, seja expressa ou implicitamente” e “O que existe no ordenamento são



expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações” (BRASIL, 2021, p. 33).

A posição do Relator, a despeito de entender pela inexistência do direito ao esquecimento, o respeito ao direito de personalidade deve ser assegurado, erigindo limites à liberdade de expressão, e de informação lícitamente obtida e divulgada, que é de interesse de toda a sociedade.

Seguindo, na seção IV, o Relator trata do desenvolvimento normativo do tratamento de dados e sua circulação, que culminou no Regulamento Geral sobre Proteção de Dados da União Europeia, e a Lei Geral de Proteção de dados Pessoais no Brasil, e nestas normas não há dispositivo que trate de assegurar proteção aos sujeitos para que não possam ser confrontados quanto aos dados que, no passado, tenham sido lícitamente objeto de divulgação, mas resguardando a personalidade humana.

Já na seção V, o Relator reforça a construção de uma jurisprudência consistente no Supremo Tribunal Federal em defender a liberdade de expressão, que deve ser harmonizada com outros direitos e valores constitucionais, encontrando limites na alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação. Nesse sentido, o Relator conclui que o direito ao esquecimento propõe a ocultação de informação verdadeira em publicação lícita, e acarreta em conduzir notícias fidedignas à incompletude, o que não desejável pela ordem constitucional.

Na seção VI, o Relator trata da harmonização de princípios constitucionais dentro de uma ótica de sistema, analisando precedentes entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, destacando que em princípio, prevalece a liberdade de expressão, inclusive pela história da América Latina.

Pontuando a posição do Ministro Roberto Barroso, o Relator aponta que a liberdade de expressão transferiria o ônus argumentativo àquele que deseja afastar a liberdade de expressão, apesar de comumente termos a ideia de que não há um peso *a priori* aos direitos



fundamentais, pois “[...] prima facie, em princípio, é ela, a liberdade de expressão, que deve prevalecer” (BRASIL, 2021, p. 56), sem que isso hierarquize os direitos fundamentais.

Ao final da Seção VI, o Relator reforça que os direitos de personalidade devem ser protegidos, utilizando-se os diversos meios já disponibilizados, sem a utilização de meios que criem obscurantismo para as informações verdadeiras e publicadas licitamente, em que não se poderia atribuir de maneira absoluta e em abstrato **“maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de unidade da Constituição”** (BRASIL, 2021, p. 61).

Na seção VII, o Ministro Relator propõe a tese de que é incompatível com a Constituição o direito ao esquecimento, como pretensão de obstar fato verídico e licitamente obtido pelo decurso do tempo, tutelando-se os direitos de personalidade caso a caso.

E na derradeira seção VIII, ao analisar o caso concreto, entendeu o Relator como ilegítima a pretensão de direito ao esquecimento, pois são fatos verídicos e licitamente obtidos à época, e o decurso do tempo não o tornou ilícito. Ainda, o programa não causou nenhuma lesão aos direitos de personalidade da vítima ou de seus familiares, e promoveu, neste e em outros episódios, questionamentos jurídicos-sociais sobre a violência contra a mulher que não podem e não devem ser esquecidos.

3 CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA E A IMPORTÂNCIA DO MÉTODO.

Na Europa oitocentista, havia um clima que premia pela segurança jurídica, o desenvolvimento social e econômico requestavam ajustes normativos. Na França as estruturais econômicas e sociais interagiam com novos termos, como: fábrica, liberal, conservador, greve ou nacionalidade; e todas estas novas condições sociais precisariam de uma nova e segura regulação.



Esta fase de regulação será conhecida como sistema fechado, em que as normas terão validade quando promulgados pela autoridade histórica ou estatal, com a exclusividade da produção normativa e com a pretensão de totalidade social, organizados em um código, são exemplos desta linha o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) – Código Civil da Alemanha e o Código de Napoleão (MARTINS-COSTA, 2000, p. 179).

Com o desenvolvimento social posterior à da codificação, cujas mudanças foram cada vez mais rápidas, percebeu-se que as mudanças legislativas não conseguiriam acompanhar a realidade social, demonstrando a necessidade de mudanças na regulamentação da vida social. Nesse passo, o sistema fechado passa a ser aberto, dando maior mobilidade social, este processo se dá em muito pela mudança das técnicas legislativas e da linguagem legislativa. A legislação passa a trazer indicação de valores, programas e resultados desejáveis para o bem comum e utilidade social, a fim de permitir maior mobilidade social (MARTINS-COSTA, 2000, p. 179).

É a partir desta mudança de paradigma, ao ser inaugurado o pós-positivismo, que no Brasil ocorreu com a Constituição Federal de 1988, que se levanta a necessidade de maior rigor no método, na fundamentação das decisões judiciais e da hermenêutica.

A fundamentação da decisão é direito fundamental esculpido no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, e no art. 489, do Código de Processo Civil de 2015; mas, além disso, são essenciais para uma ordem aberta de intérpretes constitucionais (HÄBERLE, 2002), pois é implícita a ideia de que somente se pode debater a Constituição se todos souberem as regras do jogo da hermenêutica e do método.

Com efeito, no sistema fechado utilizava-se um método puramente dedutivo, em que se buscava o encaixe da situação fática em um tipo normativo, e assim se aplicava o direito. Já no sistema aberto, existe uma entrada de valores no direito que são percebidas pelo julgador, em que os princípios também são normativos e podem ter colisão, sendo balanceados no caso concreto, idealmente pela teoria da ponderação.



A valorização do método, da fundamentação e da hermenêutica são indeléveis a um processo democrático, em que as partes podem efetivamente entender como se chegou a determinada conclusão, especialmente naqueles casos em que não há um tipo legal específico para o caso, sob o risco de se permitir que a discricionariedade ou a subjetividade do julgador seja a fonte da decisão judicial, o que é chamado por Lênio (STRECK, 2010) de solipsismo judicial.

Como uma espécie de norte não vinculativo a análise proposta neste trabalho, aponta-se a técnica de ponderação de Alexy (2008), em que se busca delinear um método de colisão de princípios, abstraindo uma regra, ou seja, o resultado da colisão de princípios é uma regra que seria aplicada como subsunção ao caso concreto.

Os princípios, na perspectiva de Alexy, relacionam-se à argumentação jurídica como critérios valorativos, a fim de otimizar a ordem, e o jurista realiza a harmonização entre os comandos conflitantes, com a criação de uma regra de precedência condicionada ao contexto de fato e direito do caso concreto, criando uma rede objetiva de valores (MORAIS; ZOLET, 2016).

A técnica alexyana busca o que chamamos de pretensão de correção, que seria a relação entre as decisões judiciais que se utilizam de juízos de valor, seja em subsunção ou ponderação, e sua justificação racional (MORAIS; ZOLET, 2017, p. 246). Para alcançar esta finalidade, devem estar presentes a justificação interna e a externa.

Objetivamente, a justificação interna se destinaria a demonstração de como os enunciados jurídicos, texto ou interpretação atribuído se relacionariam com os fatos e à conclusão, indicando o passo a passo da cadeia de preposições da decisão à norma. Já a justificação externa atribuiria racionalidade à decisão, expondo os motivos da escolha das premissas iniciais utilizadas para a atribuição de direito fundamental ou colisão de princípios ao caso concreto (MORAIS; ZOLET, 2017, p. 275-276).



Ainda, os argumentos jurídicos, na ótica alexyana, podem ser classificados em argumentos institucionais ou não institucionais, ou seja, são institucionais se derivam de uma fonte autoritativa, como a legislação, os precedentes e a dogmática consolidada; ou são não institucionais se caracterizam apenas como argumentos morais, pragmáticos ou éticos (MORAIS; ZOLET, 2017, p. 280).

Uma vez que estão expostas as balizas da ponderação de Alexy, considerando o escopo e espaço da proposta deste trabalho, também se fará uma análise acadêmica quanto ao método de pesquisa realizado, ponderando os critérios de fonte de pesquisa, metodologia entre outros.

3.1 Análise de cada seção do julgado

Nesta subseção, será realizada a análise metodológica, jurídica e acadêmica do voto do relator, com a finalidade de tentar identificar um método que possa anteceder os julgados do Tribunal, ressalta-se que não se trata de identificar pesos ou valores *a priori* do caso concreto, nem discutir o mérito da decisão, mas do método, entendido como a fórmula ou o passo a passo da decisão do RE 1.010.606/RJ, que colocou em pauta a existência ou não do direito ao esquecimento e sua harmonização com direitos da personalidade e fundamentais.

Apesar da importância de saber como realizar a efetivação dos direitos humanos (BOBBIO, 2004, p. 45), que podem ser fundamentais ou de personalidade (SCHREIBER, 2013), devemos retomar a discussão do que é direito ou não, e realizar um acordo semântico em âmbito constitucional, a fim de que não se permita usar de princípios para decisões de qualquer posição (RODRIGUES JR, 2019, p.47), e que foi observado na seção I e II, do voto do Relator.

Na seção I e II do voto, inicialmente fez-se uma espécie de genealogia aos precedentes daquilo que muitos indicavam do chamado direito ao esquecimento, em que se realizou,



dentro de um recorte mais objetivo, a contextualização do direito comparado e daqueles precedentes; e em segundo momento, realizou-se uma investigação semântica e jurídica do que a pretensão ao direito ao esquecimento traria e dos termos que lhe são mais associados.

Metodologicamente, as duas primeiras seções não colocaram de forma expressa a posição, os argumentos e o contexto de quem buscava rebater, também não se verificou ao longo do voto do critério expresso das fontes utilizadas nas seções, que foram desde colunas de sites jurídicos⁶ à teses de doutorado, incluindo a ausência de critério expresso do que não poderia ser usado.

Quanto à seção III, busca-se encontrar uma autonomia do direito ao esquecimento, valendo-se de outros casos enfrentados pelo Tribunal, em que se concluiu pela não autonomia do chamado direito ao esquecimento, e se destaca a utilização de 6 notícias do site do Conjur⁷ para demonstrar que a proteção aos direitos da personalidade não tem menção ao aspecto temporal.

Todavia, destaca-se que não foram enfrentadas as argumentações e fundamentos de decisões do Superior Tribunal de Justiça que aplicaram o direito ao esquecimento, inclusive com enunciado alinhado com a IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, na seção de jurisprudência em teses do Tribunal, em que são listados precedentes.⁸ Aponta-se, por amostragem, o item 4 da ementa do RESP 1660168/RJ, que reconheceu o direito ao esquecimento como direito fundamental, mencionando expressamente o aspecto temporal, publicado em 05.06.2018:

⁶ Aqui se destaca o uso do site CONJUR, utilizado por diversas vezes no voto.

⁷ Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/>>

⁸ Na seção de Jurisprudência em Teses, edição n. 137: DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE – I, temos o seguinte enunciado: “10) A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento, ou seja, o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores à honra. (Vide Enunciado n. 531 da IV Jornada de Direito Civil do CJF)”, e são listados os seguintes julgados: REsp 1660168/RJ, AgInt no REsp 1599054/RJ, AgInt no REsp 1593873/SP, REsp 1369571/PE, REsp 1334097/RJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 07 de jun. 2021.



4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, **seja pelo decurso do tempo**. (Sem grifo no original).

Além disso, apesar do critério pela coluna Conjur, há considerável produção acadêmica sobre o direito ao esquecimento, em que há muitos posicionamentos de sua existência. Em pesquisa no Google Acadêmico, com o termo “direito ao esquecimento e tempo”, em 06 de junho de 2021, surgiram aproximadamente 127 mil resultados. Em pesquisa junto à Biblioteca de Teses e Dissertações, com o termo “direito ao esquecimento”, em 06 de junho de 2021, foram encontrados 466 resultados, sendo 112 teses e 354 dissertações, nesta mesma plataforma, a utilização de “direito ao esquecimento e tempo”, em 06 de junho de 2021, gerou 133 resultados, sendo 36 teses e 97 dissertações.

Na seção IV, houve uma análise genealógica das normas que tratam das proteções de dados, propondo um cotejo de seus fundamentos e ferramentas de proteção com o que pretende o direito ao esquecimento, em que se trouxe um contexto social rico e de interpretação teleológica do julgado que fomentou a regulamentação do tratamento de dados, e ao enumerar os casos positivados em que deve ser interrompido o tratamento de dados, o Relator, ao seu sentir, pontua que o legislador foi propositalmente silente em reconhecer o direito ao esquecimento, o que, em tese, em outra interpretação, poderia ser observado como direito fundamental implícito.

No tocante à seção V, a liberdade de expressão é colocada como fator de avanço das instituições democráticas do país, e aqui se encontram linhas de técnica de decisão ricas,



como a de que “como regra geral, não são admitidas restrições prévias ao exercício dessa liberdade” (BRASIL, 2021, p. 51), colocando o limite deste direito à alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação.

Ainda na seção V, o Relator destaca expressamente a ponderação do direito ao esquecimento como interesse não apenas do comunicante, mas também de toda a coletividade que será cerceada de conhecer fatos em toda a sua amplitude, deixando clara a prevalência da coletividade à informação.

Na seção VI também temos destacada uma espécie de criação de regra de prioridade no contexto do acesso à informação, em que o Relator faz referência expressa à “[...] ideia de harmonização dos princípios constitucionais (BRASIL, 2021, p. 53)”.

Um critério pontuado pelo Relator foi de conhecer os critérios de precedência nessa ponderação, aproximando-se a justificação externa alexyana. Ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.815, de relatoria da Ministra Carmén Lúcia, que tratou da liberdade de expressão e da privacidade dos biografados; e do voto do Ministro Roberto Barroso no julgamento, ao que se extraiu a seguinte prioridade:

Tanto quanto possível, portanto, deve-se priorizar: o complemento da informação, em vez de sua exclusão; a retificação de um dado, em vez de sua ocultação; o direito de resposta, em lugar da proibição ao posicionamento, o impulso ao desenvolvimento moral da sociedade, em substituição ao fomento às neblinas históricas ou sociais. Máxime em sistemas jurídicos com acanhada tradição democrática, essa ordem de precedência deve ser observada (BRASIL, 2021, p. 57)



Esta ordem de precedência vai ao encontro do que se busca com a ponderação de Alexy, com as ressalvas devidas, em que se encontram regras claras e objetivas para a harmonização de comandos conflitantes na ordem jurídica, em determinado contexto, aplicando-se depois uma espécie de subsunção.

Na proposta de tese, na seção VII, observou-se a síntese do que seria o chamado ao direito ao esquecimento, seguindo o acordo semântico proposto na decisão, e deixou aberta as possibilidades de restrição, de forma casuística:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais.

Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. (BRASIL, 2021, p. 62).

Por derradeiro, na seção VIII, ao analisar o caso concreto, observa-se a análise fática do caso em cotejo com a defesa dos direitos de personalidade, e ainda argumentando-se a importância do debate jurídico e social de violência às mulheres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se verifica nas razões do voto é que houve o seguinte passo a passo: a) uma proposta genealógica inicial, buscando os precedentes daquilo que se chama de direito ao



esquecimento; b) a proposta de um acordo semântico com a finalidade de delimitar o que seria e o que pretende o direito ao esquecimento; c) a análise de autonomia do instituto e a proteção aos direitos de personalidade; d) a verificação do direito ao esquecimento com as regulamentações de proteção de dados; e) a ponderação entre o chamado direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, em que foram elaboradas regras de precedência; f) a proposta da tese; e g) a análise do caso concreto.

Quanto à justificação interna e externa alexyana, percebe-se que há uma busca de harmonização sistemática entre normas e julgados, atendendo o que se busca com a justificação interna, com as ressalvas interpretativas que poderiam ser diferentes; e a justificação externa é mencionada em alguns lapsos do voto, mas sem tanta clareza.

Também se observam argumentos tanto institucionais e não institucionais, especialmente na análise de precedentes e da interpretação de normas que regulamentam a proteção de dados; e argumentos não institucionais como a importância do debate da violência contra a mulher.

Metodologicamente, percebe-se que fez falta àqueles que se propõem a analisar o voto, uma seção ou uma abertura de metodologia em que o Relator faria exposição: dos critérios de materiais utilizados; dos precedentes que seriam utilizados; das normas analisadas; dos objetivos específicos, e o porquê destes, que seriam elencados para resolver o caso concreto; qual o eixo teórico utilizado, seria a da ponderação alexyana? Seria o esclarecimento de uma cláusula geral para uma verificação de subsunção?; entre outros critérios que deixasse claro para a sociedade, como intérpretes constitucionais, quais são as regras do jogo escolhidas pelo Tribunal. Não há como desvincular a decisão judicial da subjetividade do julgador, os julgadores devem ser imparciais, mas a história de vida de cada um não lhe permitem serem neutros, e o que se busca não é uma decisão mecanizada ou robótica, mas em que as regras do jogo fiquem claras à sociedade, pois não se pode participar



do debate democrático e constitucional sem saber quais são suas regras, caso contrário, as regras mudam a cada rodada ao gosto de quem dá as cartas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Fernando de Brito; RIGÃO, Livia Carla Silva. Cultura da periferia e as canções de rap: um olhar para as “vozes silenciadas” a partir da filosofia de Enrique Dussel. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 1, 2020.
- BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: 2004.
- BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 16 de mai. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (turma). **Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ**. Distrito Federal. Acórdão publicado em: 11.02.2021. Recorrente: Nelson Curi e Outro(s). Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Dias Toffoli, julgado em 04.02.2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>. Acesso em: 15 de mai. 2021.
- COSTA, Fabrício Veiga; PINTO, Alisson Alves. A ressocialização do detento a partir do prazo para o cumprimento da função social da empresa na sociedade contemporânea. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 3, 2019.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LOZANO, Luis Gerardo Rodríguez. León duguit y el servicio público: ideas para el siglo XXI. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 1, 2020.



LUCAS, Douglas Cesar. Direitos humanos, identidade e a política de reconhecimento de Charles Taylor. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 3, 2019.

MAGLIACANE, Alessia. L'armee des reserves dans la mondialisation: la parabole de la femme italienne de la constitution au post-fordisme. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 3, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Supremo tribunal federal e diálogo institucional: há um controle jurisdicional de políticas públicas no brasil? **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 3, 2019.

MORAIS, Fausto Santos de Moraes; BORTOLI, Jose Carlos Kraemer. Da razão institucional ao voto: aplicação da teoria de Alexy no RE 845.779. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v.22, n.1, 2017, p. 261-287. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10648/5986>. Acesso em: 05 de jun. 2021.

MORAIS, Fausto Santos de Moraes; ZOLET, Lucas. A expansão dos direitos fundamentais e a contribuição teórica de Robert Alexy. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n.2, 2016, p. 127-136. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1505>. Acesso em: 06 de jun. 2021.

REDE GLOBO. **Memória Globo**. Linha Direta. Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/jornalismo-e-telejornais/linha-direta/>. Acesso em: 15 de mai. 2021.

RODRIGUES JR, Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.



SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FERREIRA; ANDRECIOLI, Sabrina Medina. Direitos personalidade das mulheres sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana como axioma justificante.

Revista Direitos Humanos e Democracia. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unijuí. Mestrado em Direitos Humanos, 8, n. 15, p. 290-307, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. A impossibilidade de racionalidade dos direitos da personalidade sem um purismo metodológico: uma crítica a partir do debate entre Kelsen e Schmitt. **Revista de Brasileira de Direito (IMED)**, v. 16, n. 1, p. 1 - 27, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minoria feminina e constituições republicanas brasileiras: análise de 1891 a 1988 pela inclusão das mulheres. **Argumenta Journal Law - UENP (Jacarezinho)**, vol. 33, n. 1, p. 361-382, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi. Quarta revolução industrial, inteligência artificial e a proteção do homem no direito brasileiro. **Revista Meritum – FUMEC, Belo Horizonte**, vol. 15, n. 4, p. 300-311, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; TATIBANA, Caroline Akemi. COVID-19, idoso e a liberdade de locomoção: uma análise do decreto municipal n. 21.118/20 de São Bernardo do Campo à luz dos direitos de personalidade. **Revista Jurídica - FURB**, vol. 24, n. 55, set./dez. 2020, p. 1 - 26.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; SOUZA, Bruna Carolina de. Os direitos humanos e a proteção aos seus defensores: análise à luz da salvaguarda dos direitos de personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)** - ISSN 2318-5732 - v. 8, n. 3, 2020, p. 159-180.

SRECK, Lênio Luiz. **O que é sito: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.