VIII CONGRESSO DA FEPODI

DIREITO CONSTITUCIONAL

A532
Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização VIII Congresso Nacional da FEPODI – São Paulo;

Coordenadores: Sinara Lacerda Andrade Caloche, Abner da Silva Jaques e Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa – São Paulo, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-262-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br
Tema: Universalização do conhecimento e democratização da pesquisa

1. Pós-graduação. 2. Pesquisa. 3. Universidade. 4. Universalização do Conhecimento. 5. Democratização do Conhecimento. I. VIII Congresso Nacional da FEPODI (1:2021 : São Paulo, SP).

CDU: 34

VIII CONGRESSO DA FEPODI

DIREITO CONSTITUCIONAL

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 18 e 19 de março de 2021, o VIII Congresso Nacional da FEPODI, de maneira virtual, em que os eixos temáticos da edição foram a “universalização do conhecimento” e a “democratização da pesquisa”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da Associação Nacional dos Pós-Graduandos (ANPG), da Universidade de Marília (UNIMAR), do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 22 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na oitava edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 163 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 15 Grupos de Trabalhos, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Sinara Lacerda Andrade Caloche

Presidente da FEPODI

Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa

Vice-presidente da FEPODI

Abner da Silva Jaques

Tesoureiro da FEPODI

A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO – TESE 786 /STF. DISTINÇÃO ENTRE DIREITO AO ESQUECIMENTO E DIREITO À DESINDEXAÇÃO

L'INCONSTITUTIONNALITÉ DU DROIT À L'OUBLI – THÈSE 786/STF. DISTINCTION ENTRE LE DROIT À L'OUBLI ET LE DROIT À LA DÉSINDEXATION

Fábio Luís Procópio Braga Yamaoka
Isa Gabriela de Almeida Stefano

Resumo

Em 11 de fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal fixou a Tese 786 com o entendimento de que é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento. Os termos "direito ao esquecimento" e "direito à desindexação" são frequentemente utilizados como sinônimos, entretanto, não se confundem. Direito ao esquecimento consiste no direito de o indivíduo não ser lembrado por situações pretéritas constrangedoras ou vexatórias, ainda que verídicas. Direito à desindexação é o direito de uma pessoa demandar que seu nome, quando pesquisado em sites de busca, seja desvinculado de páginas de internet que apresentem conteúdos irrelevantes ou desatualizados sobre ele. A Tese 786 não se refere ao direito de desindexação.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento, Direito à desindexação, Tese 786/stf

Abstract/Resumen/Résumé

Le 11 février 2021, le STF (Cour de Cassation brésilienne) a promulgué la Thèse 786, selon laquelle l'idée du droit à l'oubli est inconstitutionnelle. Les expressions « droit à l'oubli » et « droit à la désindexation », fréquemment employées comme synonymes, sont pourtant différentes. Le droit à l'oubli est compris comme une garantie qu'on ne se souviendra pas de l'individu pour des situations embarrassantes ou vexatoires vécues dans le passé. Le droit à la désindexation est compris comme le droit d'un individu de demander que les informations dérisoires ou dépassées concernant sa vie soient supprimées des moteurs de recherche lorsqu' on recherche son nom sur Internet. La Thèse 786 ne fait pas référence au droit à la désindexation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Droit à l'oubli, Droit à la désindexation, Thèse 786 /stf

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi apelidada de Constituição Cidadã, pois restabeleceu a democracia no Brasil e, em contraposição ao regime ditatorial antecedente, positivou diversos direitos humanos, transformando-os, também, em direitos fundamentais[1].

Os diretos fundamentais devem ser compreendidos como todos aqueles que estiverem diretamente vinculados à efetividade da dignidade da pessoa humana e dos direitos previstos no *caput* do artigo 5º da CF.

Os direitos e garantias fundamentais, no entanto, não são ilimitados e têm seus limites nos demais direitos igualmente previstos na Constituição[2].

O direito ao esquecimento não está previsto expressamente na Carta Magna, mas há posicionamento no sentido de que decorre de direitos fundamentais, como os direitos à dignidade humana, à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem (arts. 1º, III, e 5º, X, CF).

Os direitos fundamentais em eventual colisão com o direito ao esquecimento são os direitos à livre manifestação do pensamento, à liberdade de expressão e ao acesso à informação (art. 5º, IV, IX e XIV, CF).

As colisões de direitos fundamentais criam uma tensão dialética entre princípios estruturantes da ordem constitucional que se resolve em cada caso mediante a aplicação da ponderação dos valores e interesses em conflito.

A relevância da discussão sobre a validade, ou não, do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de referido direito vir a restringir a aplicação de outros direitos fundamentais, levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a existência

---

[1] As expressões "direitos do homem" e "direitos fundamentais" são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2007, p. 393)

[2] Os direitos e garantias individuais, consequentemente, não são absolutos e ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*) e, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (STF. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 607.107/MG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Publicado em: 14 de abril de 2020)

de repercussão geral da matéria e, consequentemente, conhecer e julgar o Recurso Extraordinário (RE) n. 1.010.606/RJ.

O presente trabalho, de revisão bibliográfica e documental, de natureza descritiva, tem como objetivos expor as diferenças entre o direito ao esquecimento e o direito à desindexação, com a intenção de trazer pontos relevantes que contribuam para a discussão sobre os temas, e a tentativa de demonstrar que a Tese 786 não deve ser aplicada ao direito à desindexação.

2. DESENVOLVIMENTO

Em março de 2013, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal reconheceu a existência do direito ao esquecimento: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento[3].

Silva Guedes define o direito ao esquecimento como o direito de o indivíduo não ser lembrado por situações pretéritas constrangedoras ou vexatórias, ainda que verídicas[4].

O Tribunal de Justiça da União Europeia proferiu, em 13 de maio de 2014, acórdão reconhecendo, em determinadas situações, o direito de uma pessoa exigir do operador de um motor de busca, neste caso, o Google, a supressão de alguns resultados (*links* que direcionam a outras páginas da internet) da lista exibida quando uma pesquisa é efetuada a partir de nome dessa pessoa[5].

O caso citado no parágrafo anterior – Google Spain contra Mario Costeja González – estimulou a discussão sobre direito ao esquecimento e direito à desindexação e se tornou paradigma em diversos países.

Houve, inclusive, decisão semelhante no Brasil:

> Tem-se, assim, uma via conciliadora do livre acesso à informação e do legítimo interesse individual, porque não serão excluídos da busca referências ao nome da recorrida, mas serão ocultados definitivamente os resultados advindos de uma busca que faça referência a seu nome em conjunto com termos que remetam ao resultado hoje exibido. O que se evitará é, tão somente, que uma busca direcionada a informações sobre a sua pessoa, por meio da inclusão de seu nome como critério de busca, tenha por resultado a indicação do fato desabonador noticiado há uma década, impedido a superação daquele momento. (STJ. Terceira Turma. Recurso Especial n.

[3] Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142. Acesso em: 7 de fevereiro de 2021.

[4] **Direito ao esquecimento**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/direito-ao-esquecimento/#:~:text=O%20direito%20ao%20esquecimento%20%C3%A9%20desdobramento%20da%20dignidade%20da%20pessoa,ou%20vexat%C3%B3rias%2C%20ainda%20que%20ver%C3%ADdicas. Acesso em: 8 de fevereiro de 2021

[5] Processo C-131/12. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4673818. Acesso em: 9 de fevereiro de 2021.

> 1.660.168/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Relator do acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicação: 5 de junho de 2018.)

Um dos indiciados por um crime de 1993, que ficou conhecido como "Chacina da Candelária", entrou com uma ação contra a Rede Globo de televisão, por causa de um programa que foi ao ar em 2006. Ele entendeu que a exposição de seu nome e de sua imagem, 13 anos após o fato, era ilícita e pediu danos morais. O Ministro do STJ, Luís Felipe Salomão, ao julgar o Recurso Especial (REsp) n. 1.334.097/RJ, relativo a este caso, reconheceu o direito ao esquecimento e manteve a condenação da Globo em R$ 50.000,00 por danos morais:

> [...] a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato –, pode significar **permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado**.
> [...] o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado [...]
> Assim como acolhido no direito estrangeiro, não tenho dúvida da aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com olhos centrados na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também extraído diretamente do direito positivo infraconstitucional.

Em 11 de fevereiro de 2021, o STF, em sessão plenária, negou o reconhecimento do direito ao esquecimento[6]. A maioria entendeu que configuraria censura e que o ordenamento jurídico pátrio possui mecanismos para punir eventuais abusos do direito de expressão; o único a divergir e reconhecer o direito ao esquecimento, desde que seja analisado caso a caso e aplicado apenas em situações excepcionais, foi o Ministro Edson Fachin. O Supremo fixou a Tese 786:

> É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais.
> Eventuais excessos ou abusos no exercício de liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir de 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.

Os defensores do direito ao esquecimento, no ordenamento brasileiro, frequentemente citam como referência a reabilitação criminal (arts. 743 a 750 do Código de Processo Penal), que permite ao condenado, desde que atendidas certas exigências (dentre elas o decurso de

[6] Os Ministros Kassio Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Rosa Maria Pires Weber, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Enrique Ricardo Lewandowski, Gilmar Ferreira Mendes, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello e Luiz Fux acompanharam o voto do Relator, Ministro José Antonio Dias Toffoli, no sentido de que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição, o Ministro Luiz Edson Fachin divergiu do Relator e reconheceu a possibilidade de direito ao esquecimento e o Ministro Luís Roberto Barroso se declarou impedido.

quatro a oito anos, a depender se é reincidente ou não), requerer que a condenação deixe de constar de sua certidão.

Este instituto, no entanto, não é puramente um direito ao esquecimento, pois a condenação será retirada da certidão do condenado, mas não da folha de antecedentes judicial, ou seja, a condenação criminal não desaparece por completo, apenas deixa de ser acessível a todos; é, inclusive, considerada como mau antecedente em eventual condenação por crime superveniente. Portanto também possui características do direito à desindexação.

Segundo Magalhães Martins (2020, p. 10):

> O direito à desindexação [...] representa a possibilidade de se pleitear a retirada de certos resultados (conteúdos ou páginas) relativos a uma pessoa específica de determinada pesquisa, em razão de o conteúdo apresentado ser prejudicial ao seu convívio em sociedade, expor fato ou característica que não mais se coaduna com a identidade construída pelo sujeito ou apresentar informação equivocada ou inequívoca. A desindexação não atinge a publicação em si, pois não importa em remoção de conteúdo ou página da web, mas sim na eliminação de referências a partir de pesquisas feitas com base em determinadas palavras-chave.

Desta maneira, possível compreender que, apesar de possuírem pontos semelhantes, não são sinônimos.

Ehrhardt Jr. (2019, p. 9) esclarece a distinção entre o direito ao esquecimento e o direito à desindexação:

> [...] o direito ao esquecimento pode ser entendido como "[...] o direito de uma determinada pessoa não ser obrigada a recordar, ou ter recordado certos acontecimentos de sua vida". Ao passo que a desindexação é a exclusão dos resultados de buscas de provedores de pesquisa de *hyperlinks* que direcionam os usuários a páginas de *internet* que apresentem conteúdos irrelevantes ou desatualizados sobre o indivíduo.

A professora Cíntia Rosa Pereira de Lima entende que o direito ao esquecimento e o direito à desindexação têm naturezas jurídicas distintas[7].

O Ministro Dias Toffoli, no voto do recurso extraordinário que declarou a incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição, também entende que são dois institutos distintos:

> [...] o TJUE partiu de premissas semelhantes às contidas nas tradicionais invocações do direito ao esquecimento, distinguindo-se sua conclusão pela peculiaridade de que o caso respeitava ao âmbito digital [...] concretizando-se, no caso – na opção adotada pelo TJUE – pela determinação aos provedores de busca de desindexação dos **links** da **web** que referenciavam dados pessoais do pleiteante.

[7] **Direito ao esquecimento deve ser analisado caso a caso, defende professora da Universidade de Ribeirão Preto**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346385&tip=UN

> Compreendidos os pressupostos adotados pelo TJUE, destaco que **nestes autos não se travará uma apreciação do exato alcance da responsabilidade dos provedores de internet em matéria de indexação/desindexação de conteúdos obtidos por motores de busca.**
>
> [...] **não se confundindo, portanto – e ao contrário do que se propala – desindexação com direito ao esquecimento.** (STF. RE n. 1.010.606/RJ. Voto do Relator: Ministro Dias Toffoli. 4 de fevereiro de 2021.)

Ainda nesse voto, o Ministro Dias Toffoli destaca que o STF reconheceu a repercussão geral de matéria relativa à constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet no que tange à exigência de ordem judicial para a retirada ou a indisponibilização de conteúdo ilícito e à responsabilização do provedor, que será julgada no RE n. 1.037.396.

3. CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento consiste no direito do indivíduo de não ser lembrado por situações pretéritas constrangedoras ou vexatórias, ainda que verídicas.

O STF fixou a Tese 786 que diz que a Constituição é incompatível com a ideia de um direito ao esquecimento e que os eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso.

Apesar de os termos – direito ao esquecimento e direito à desindexação – muitas vezes serem confundidos e utilizados como sinônimos, esse entendimento, citado no parágrafo anterior, não se estende ao direito à desindexação, pois possem naturezas jurídicas diversas.

O direito de desindexação pode ser definido como o direito de uma pessoa exigir, quando efetuada pesquisa com seu nome em determinado mecanismo de busca, a supressão de *links* a sítios de internet que apresentem conteúdos irrelevantes ou desatualizados sobre ele, ou seja, sua desvinculação com páginas específicas, sem que haja, contudo, a exclusão destas páginas da internet.

Possível inferir que o direito à desindexação tem relação íntima com os sistemas digitais e com a internet.

O entendimento do Supremo referente ao direito ao esquecimento, portanto, não deve ser aplicado ao direito à desindexação; este também será julgado, pelo STF, com repercussão geral e ensejará a fixação da Tese 987.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.334.097/RJ. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Publicado em: 10 de setembro de 2013. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 8 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp n. 1.660.168/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Relator do acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicado em: 5 de junho de 2021. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923405/recurso-especial-resp-1660168-rj-2014-0291777-1/inteiro-teor-595923409. Acesso em: 8 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário n. 607.107/MG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Publicado em: 14 de abril de 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3810647&numeroProcesso=607107&classeProcesso=RE&numeroTema=486. Acesso em: 7 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário n. 1.010.606. Relator: Ministro José Antonio Dias Toffoli. Publicado em: 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603. Acesso em: 12 de fevereiro de 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. 21. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

DIREITO ao esquecimento deve ser analisado caso a caso, defende professora da Universidade de Ribeirão Preto. **Notícias STF**. Publicado em: 12 de junho de 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346385&tip=UM. Acesso em: 9 de fevereiro de 2021.

EHRHARDT JR., Marcos; ANDRADE MODESTO, Jéssica. **Direito ao esquecimento e direito à desindexação: uma pretensão válida? Comentários ao acórdão proferido pelo STJ no REsp nº 1.660.168-RJ**. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/36776/21077. Acesso em: 11 de fevereiro de 2021.

MAGALHÃES MARTINS, Guilherme. **Direito ao esquecimento na era da memória e da tecnologia**. vol. 1019/2020. p. 109-153. DTR\2020\8414. Revista dos Tribunais, 2020.

SILVA GUEDES, Luiza Helena da. **Direito ao esquecimento**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/direito-ao-esquecimento/#:~:text=O%20direito%20ao%20esquecimento%20%C3%A9%20desdobramento%20da%20dignidade%20da%20pessoa,ou%20vexat%C3%B3rias%2C%20ainda%20que%20ver%C3%ADdicas. Acesso em: 8 de fevereiro de 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça (Grande Secção). Processo C-131/12 de 13 de maio de 2014. Google Spain SL e Google Inc. contra Agência Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja Gonzáles. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4673818. Acesso em: 8 de fevereiro de 2021.