

APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO SOBRE A PERSPECTIVA DA VÍTIMA

Juliana Gomes Machado

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo – O direito ao esquecimento sempre trouxe grande controvérsia para a doutrina e jurisprudência brasileira. Apesar do julgamento do tema 786 pelo Supremo Tribunal Federal, a matéria não se encontra pacificada na doutrina o que demonstra a sua pertinência no atual cenário. No presente trabalho visa-se demonstrar os fundamentos apresentados na jurisprudência e na doutrina a respeito deste assunto e analisar se a interferência da mídia gera violação a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave – Direito civil. Direito da personalidade. Direito ao esquecimento. Direito fundamental. Dignidade da pessoa humana.

Sumário – Introdução. 1. Análise do tema 786 STF: possibilidade de o direito ao esquecimento ser ou não um direito fundamental. 2. Aplicação do direito ao esquecimento versus liberdade de expressão. 3. Divulgação da mídia sobre o caso Henry Borel e a dignidade da pessoa humana. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem por objeto de estudo a aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro sobre a ótica da vítima e de seus familiares que têm seus nomes vinculados à mídia, tendo por norte principal o tema 786 firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

O direito ao esquecimento é um tema historicamente não delimitado pelo legislador, que teve sua primeira previsão somente no Código Civil de 2002. Apesar de haver mais de vinte anos em relação ao referido código ainda há divergência a respeito da amplitude e limitação deste direito.

A pesquisa tem por objetivo apresentar ao leitor as divergências a respeito do tema e os óbices que o direito ao esquecimento enfrenta perante a mídia. O caso notório mais recente, é o do menino Henry Borel que após o seu falecimento, seu nome e seu caso se tornaram de grande relevância e repercussão originando a Lei n. 14.344/2022.

O trabalho se inicia com análise do tema 786 do Supremo Tribunal Federal, examinando os votos do referido julgado e a sua repercussão em relação a forma como o direito ao esquecimento deve ser tratado no atual ordenamento jurídico, sendo apresentada uma visão jurisprudencial a respeito do tema, que visa distinguir se este é um direito fundamental ou não.

O segundo capítulo traz uma visão doutrinária a respeito do direito ao esquecimento, entendido como um direito intrínseco ao da personalidade, e o seu conflito com o direito



fundamental de liberdade de expressão, sendo apresentada a aplicação da técnica da ponderação como forma de solução do conflito de direitos.

O terceiro capítulo examina a participação da mídia na propagação dos fatos e a forma e o direito a dignidade da pessoa humana. O objetivo é demonstrar a enorme relevância da dignidade da pessoa humana e como este direito é violado pela mídia por não haver uma garantia ao direito ao esquecimento.

A pesquisa é necessariamente qualitativa pois a pesquisadora usou como base bibliografias pertinentes ao tema, jurisprudência recentes e artigos da legislação com o objetivo de introduzir a temática ao leitor e demonstrar como o direito ao esquecimento vem sendo entendido e aplicado no Brasil.

A abordagem é explicativa porque apresenta questionamentos em cada capítulo com o objetivo de apresentar o posicionamento majoritária ao fim de cada um, com o propósito de conduzir ao leitor ao entendimento de que, apesar da relevância do direito ao esquecimento, este é constantemente violado.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO E O TEMA 786 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme o avanço da tecnologia a sociedade vai vivenciando mudanças que ocasionam a necessidade de adaptação. Um exemplo disto é a amplitude que as matérias jornalísticas podem ter, atualmente uma matéria tem um peso muito maior do que há vinte anos atrás devido ao meio digital. Uma matéria publicada na internet poderá tomar proporções inimagináveis, podendo ser encontrada a qualquer instante, por qualquer pessoa a qualquer hora. Esta nova realidade traz um peso maior para cada postagem, sendo necessário que aqueles que publicam e escrevem as matérias tenham uma responsabilidade maior a respeito daquilo que está sendo redigido.

Neste cenário, o direito ao esquecimento se apresenta como uma espécie de garantia fundamental que visa remediar os inconvenientes e prejuízos gerados pela enorme multiplicação de dados pessoais que passam a alimentar bancos de armazenamento e processamento fora do controle dos cidadãos, sendo necessário um controle temporal dos dados quando uma pessoa não deseja mais ser lembrada ou até mesmo que a quela informação seja relembrada.¹

¹ MARTINS, Guilherme Magalhães. Direito ao esquecimento no STF: A tese da repercussão geral 786 e seus efeitos. **Migalhas**, São Paulo, 18 de fevereiro de 2021. Disponível em:



Quando o assunto é direito ao esquecimento é impossível não discorrer a respeito do tema 786, com repercussão geral, que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2021. Este julgamento versa sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares, sendo um verdadeiro ensinamento de como os tribunais no Brasil vêm entendendo e consolidando seu entendimento sobre o assunto.²

O objetivo da Suprema Corte é de fornecer contornos mais nítidos e precisos sobre o direito ao esquecimento, sobre a perspectiva da vítima e de seus familiares. Na presente análise será pontuado tanto um voto que reconhece uma violação da dignidade da pessoa humana por parte da imprensa tanto um voto que não reconhece qualquer violação, sendo demonstrado ao fim do capítulo a tese fixada pela Corte.

O tema 786 é fruto de um Recurso Extraordinário interposto em face de decisão da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que negou provimento a apelação em face de ação indenizatória que objetiva a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça.

Os irmãos da vítima narraram ao longo do processo que a irmã foi brutalmente estuprada, violentada e morta no ano de 1958 tendo a família sofrido com intenso massacre dos órgãos de imprensa que, à época dos fatos, noticiou cada passo das investigações e do processo criminal. Após 50 anos do acontecido, a família foi obrigada a reviver a dor e sofrimento pois a história e a imagem de Aída Curi, assim como de seus irmãos, foram utilizadas novamente pela imprensa. Os autores da ação narraram que o fato de ser algo de conhecimento público e notório não extingue os direitos personalíssimos dos envolvidos.

Em seu voto, o Relator, Ministro Dias Toffoli, aborda que a verdadeira discussão do referido caso concreto é se existe ou não no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro o direito ao esquecimento. O Relator, a fim de fundamentar o seu voto, fez uma análise jurídica histórica para demonstrar se há direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro, citando diversos casos internacionais, neste artigo será citado de forma breve um caso do direito alemão e um caso dos Estados Unidos.

<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/340463/direito-ao-esquecimento-no-stf-repercussao-geral-786-e-seus-efeitos>. Acesso em: 3 jan. 2024.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.010.606 Rio de Janeiro**. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. (...) Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 3 jan. 2024.



No direito alemão, o caso Lebach³ apresentou um contorno para o direito ao esquecimento e a participação da imprensa, em que se estabeleceu que o interesse pela informação geralmente possui prioridade no caso de reportagem atual sobre determinado crime, e que esta informação não pode atingir a esfera pessoal e que não há um prazo definido para que a apresentação do fato se torne inadmissível, desta forma, na análise deste caso em específico, para o direito alemão, não haveria um decurso de tempo para que determinado fato seja exposto pela imprensa.

O caso “Melvin V. Reid”, que ocorreu nos Estados Unidos, é associado ao direito ao esquecimento apesar de sua decisão versar sobre direito à privacidade, trazendo uma aproximação entre ambos os conceitos. Nesta época, o direito à privacidade era conhecido como “direito de ser deixado em paz”, *the right to be let alone*, e a Suprema Corte da Califórnia chegou a citar, em sua decisão, o conceito de privacidade como “o direito de viver em reclusão, sem estar sujeito a publicidade injustificada e indesejada”, o que se assemelha a um direito ao esquecimento o que torna relevante a citação do referido caso.⁴

O Relator firmou o entendimento de que no ordenamento jurídico brasileiro não há direito ao esquecimento e sim direito a personalidade e que é necessário observar se no caso concreto a imprensa violou este direito. Destacou em seu voto a necessidade de haver um cuidado a mais em relação a análise dos direitos da personalidade das vítimas de crimes, sendo incluído seus familiares que estão envolvidos devido a consequência do crime.

O Relator não identificou qualquer abuso por parte da imprensa pois o programa teve por objetivo revisitar alguns crimes que abalaram o Brasil e apresentou episódios de outras vítimas de violência contra a mulher, cumprindo o seu papel jornalístico não só de informar como também de promover questionamentos jurídicos – sociais importantes sobre a violência contra a mulher.

Fundamentou que não observou qualquer violação dos direitos da personalidade, uma vez que não houve divulgação desonrosa à imagem ou nome da vítima nem mesmo de seus familiares, não havendo qualquer inconstitucionalidade. Afirmou que todos os crimes são de interesse da sociedade, mas que em alguns casos, devido a brutalidade, há uma documentação

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.010.606 Rio de Janeiro**. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. (...) Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 3 jan. 2024.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.010.606 Rio de Janeiro**. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. (...) Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 3 jan. 2024.

jornalística e que esta, em princípio, não viola a honra ou a imagem dos envolvidos, mesmo em relação a vítima, entendendo que a dor sofrida pelos familiares não deve ser recorrida pois é em verdade um reflexo do ato criminoso que será mantido como uma cicatriz. Por fim, o Relator votou no sentido do não provimento do recurso extraordinário e indeferimento do pedido de reparação de danos formulado.

Um outro voto, em sentido contrário, foi o do Ministro Nunes Marques que entendeu que o recurso deve ser admitido por haver uma questão constitucional relevante nos autos em relação ao direito a imagem e ao direito à privacidade. O Ministro destacou, como fundamentação, algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, STJ em que foi aplicado o “direito ao esquecimento”. No REsp 1.875.382-AgRG/MG⁵ o STJ declarou que registro de folhas de antecedentes muito antigos não deve ser considerados maus antecedentes, com base na “teoria do direito ao esquecimento”.

No REsp 1.736.803/RJ⁶, o STJ firmou que a publicação de reportagem com conteúdo exclusivamente voltado à divulgação de fatos privados da vida contemporânea da pessoa previamente condenada por crime e de seus familiares revela abuso do direito de informar, previsto no artigo 220, §1º da Constituição Federal, e viola o direito à privacidade, consolidado no artigo 21 do Código Civil, por representar indevida interferência sobre a vida particular dos personagens retratados.

No REsp 1.751.708-AgRg/SP, o STJ declarou que não se compreende no direito ao esquecimento a faculdade de pedir a destruição dos registros públicos das condenações antigas, apesar de estas, de acordo com o próprio entendimento da corte, não poderem ser consideradas maus antecedentes.

No REsp 1.660.168/RJ⁷ o STJ entendeu que de forma excepcional o Poder Judiciário pode intervir para fazer cessar o vínculo criado nos bancos de dados provedores de busca que

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo regimental no Recurso Especial Nº 1.875.382/MG**. Tráfico de drogas. Maus antecedentes. Condenações anteriores (...). Relatora: Ministra Laurita Vaz, 20 de outubro 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001190851&dt_publicacao=29/10/2020. Acesso em: 13 fev. 2024.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.736.803/RJ**. Ação de indenização por danos morais cumula com obrigação de fazer e não fazer. Matéria jornalística (...). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 28 de abril 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221736803%22%29+ou+%28RESP.adj+%221736803%22%29.suce>. Acesso em: 13 fev. 2024.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial Nº 1.660.168/ RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 27 de novembro 2018. Embargos de declaração no Recurso Especial. Omissão e obscuridade do acórdão embargado. Não ocorrência. (...) Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=1745050&tipo=0&nreg=201402917771&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20181219&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 13 fev. 2024.

não guardem relevância para o interesse público à informação, seja pelo conteúdo ser eminentemente privado seja pelo decurso do tempo, sendo o direito ao esquecimento um dos pontos mencionados.

Em sentido contrário, e em última análise as diversas decisões apresentadas pelo Ministro, o STJ no REsp 1.593.873-AgInt/SP⁸ decidiu que não cabe ao Poder Judiciário interferir nos sites de buscas que não possuem responsabilidade pelo conteúdo da página da internet, deixando de aplicar o direito ao esquecimento por razões relacionadas a própria estrutura da internet.

O Ministro estabeleceu que, pela análise da jurisprudência, o direito ao esquecimento tem sido aplicado no Brasil nas seguintes situações: para impedir o uso de registro criminais antigos na exacerbação de penas; para condenar a emissoras de televisão a indenizar em razão da veiculação de notícias sobre pessoas a respeito das quais é mencionado o envolvimento, geralmente como acusadas, em crimes já prescritos ou com pena cumprida ou com absolvição transitada em julgada; para desindexar o nome do interessado de algumas notícia antiga em site de buscas.

O Ministro seguiu o entendimento do Relator de que não há no Brasil “direito ao esquecimento” o que se tem é uma omissão legislativa que os tribunais tentam resolver, existindo um instituto jurídico geral e abstrato que está sendo nomeado como “direito ao esquecimento.” Para que este direito passe a existir é necessário que seja devidamente institucionalizado mediante legislação específica.

A decisão do Ministro é contrária à do Relator pois entende que houve um abuso do poder de informar o que gera um dever de indenizar. Este abuso estaria presente na falta de uma responsabilidade maior por meio da emissora uma vez que a vítima não era pessoa pública e que não houve qualquer fato novo para que fosse justificado a exposição da vítima e seus familiares.

Apesar do voto do Ministro Nunes Marques, a tese fixada foi de que é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como um poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meio de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.593.249/RJ**. Ação de indenização por danos morais cumulada com obrigação de fazer. Internet. Conteúdo ofensivo. Remoção. (...). Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, 23 novembro 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500930418&dt_publicacao=09/12/2021. Acesso em: 13 fev. 2024.

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, tanto no âmbito penal tanto no âmbito cível.⁹

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O capítulo anterior apresentou uma visão jurisprudencial a respeito do direito ao esquecimento, tendo como ponto de convergência o entendimento de que no ordenamento jurídico brasileiro não há direito ao esquecimento por ausência de previsão legal, mas há um direito a personalidade que pode ser violado quando o exercício da liberdade de expressão for usado de forma exacerbada. Este capítulo apresentará uma visão doutrinária a respeito destes direitos e o conflito entre eles.

Começando a análise pelo direito de liberdade de expressão, Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁰ entende que este direito engloba não somente a liberdade de se expressar, informar e ser informado, mas também o direito de não se expressar e não ser informado. No conceito deste autor, a liberdade de expressão também inclui faculdades diversas como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de críticas.

A liberdade de expressão possui tanto destaque que existe tanto um argumento humanista tanto um democrático a seu respeito. Para o argumento democrático o autogoverno postula um discurso político protegido das interferências ao poder e neste sentido, a liberdade de expressão é usada como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático. Já em uma vertente humanista, a liberdade de expressão é corolário da dignidade humana.¹¹ Além destas vertentes, este direito está previsto de forma expressa na Constituição Federal de 1988, nos seguintes artigos e incisos:¹²

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.010.606 Rio de Janeiro**. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. (...) Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 3 jan. 2024.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 236.

¹¹ *Ibidem*. P. 236.

¹²BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 11 jan. 2024.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:¹³

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

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

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

Uma vez previsto no artigo 5 da Constituição Federal, este é um direito fundamental que sempre será tutelado desde que não haja colisão com outro direito fundamental. Este direito tem por principal pretensão de que o Estado não exerça qualquer tipo de censura. Paulo Gustavo destaca em sua obra que quando a liberdade de expressão é exercida de forma exacerbada, há um comportamento não protegido pela lei o que pode motivar uma pretensão de reparação civil ou mesmo uma ação penal. Para o autor, a divergência existente nesta temática é se é possível que o juiz proíba uma matéria jornalista antes ou após a sua publicação quando há alegação de direito violado.¹⁴

Para o Supremo Tribunal Federal, a Constituição teria optado somente em aplicar sanção de forma posterior quando possível evidenciar como foram ultrapassados os limites do direito no caso concreto. Já em um polo contrário, Gilmar Mendes entende que a constituição não pretendeu assegurar somente eventual direito ao eventual atingido, mas que a indenização pelo dano só é necessária quando não for possível obstar a divulgação de determinada obra.¹⁵ Desta forma, pelo entendimento do Gilmar Mendes, é possível que o juiz proíba a divulgação de uma determinada matéria quando demonstrado o dano que pode ser causado, mas, uma vez sendo feita a divulgação da matéria é possível pleitear além de sua remoção uma indenização pelo prejuízo causado.

Um dos comportamentos não protegido pelo constituinte é a violação do direito da pessoa, quando aquela publicação viola a intimidade do indivíduo, a sua privacidade, honra e imagem. Este também é um direito tutelado na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5 inciso x que estabelece que são invioláveis a intimidade, vida privada, honra, imagem das

¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 08 janeiro 2024.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 253.

¹⁵ *Ibidem*.

peças, sendo assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente desta violação.¹⁶

Em um primeiro momento é necessário diferenciar o direito à privacidade do direito a intimidade. O direito à privacidade tem por objeto os comportamentos e acontecimentos que estão ligados aos relacionamentos pessoais, relações profissionais que o indivíduo não deseja que se torne conhecimento público. Por outro lado, o direito à intimidade são os momentos mais íntimos, que envolvem as relações familiares e amizades cujo conteúdo também não visa a exposição.¹⁷

O conceito do direito à privacidade é algo abrangente, havendo hesitações na doutrina em relação a uma definição e conseqüentemente ao seu objeto. Tércio Sampaio entende que este direito é subjetivo fundamental cujo titular será toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, tendo por conteúdo a faculdade de constranger terceiro ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio visando a integridade moral do titular.¹⁸

Paulo Gustavo, em uma visão constitucional, define, em sentido estrito, o direito à privacidade como a pretensão do indivíduo de não ser o foco da observação por terceiros, de não ter a sua vida assim como seus assuntos expostos ao público em geral. Neste sentido, o direito à privacidade tem a sua extensão delimitada pela forma como cada um vive a sua vida, o que justifica a dificuldade doutrinária de delimitar este direito.¹⁹

O Código Civil de 2002 passou a tratar dos direitos da personalidade entre os seus artigos 11 a 21. Flávio Tartuce destaca em sua obra que a proteção destes direitos já estava prevista anteriormente na Constituição Federal de 1988 que enumerou os direitos fundamentais, razão pela qual é necessário estudar o tema sobre uma perspectiva civil – constitucional.²⁰

O Título II da Constituição de 1988 traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas também são essenciais ao ser humano, sem elas o ser humano não consegue atingir sua plenitude e sequer pode sobreviver. Desta forma, o artigo 5º da Constituição Federal é de extrema importância para o ordenamento jurídico pois

¹⁶BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 11 jan. 2024.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 253.

¹⁸ Tércio Sampaio Ferraz, Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, p. 77. *Apud*: MENDES, Gilmar Ferreira; Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 256.

¹⁹ *Ibidem.*, p. 257.

²⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 78.



consagrou os direitos fundamentais como cláusulas pétreas.²¹ Neste sentido, Gustavo Tepedino defende a existência de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, que é tomada como valor máximo pelo ordenamento jurídico.²²

Os direitos da personalidade, por sua vez, têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais, do indivíduo e busca proteger os atributos da personalidade. Desta forma, os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade sendo possível associa-los com cinco grandes partes do Código Civil, sendo: vida e integridade física – psíquica; nome da pessoa natural ou jurídica; imagem; honra e privacidade.²³

O Enunciado 274 do Conselho Nacional de Justiça estabelece que os direitos da personalidade são regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil e em caso de colisão entre eles, deve ser aplicada à técnica da ponderação mediante o caso concreto.²⁴ Este enunciado é de extrema relevância pois pacificou uma discussão que existia a época do atual Código Civil que era se o código tinha um rol restritivo ou exemplificativo dos direitos da personalidade. A partir deste entendimento, apesar de enunciado não ter força de lei, é possível defender que há outros direitos da personalidade além dos expostos de forma expressa na lei, sendo este o caso do direito ao esquecimento.

Outro enunciado que também versa sobre direito ao esquecimento é o 531 do Conselho Nacional de Justiça, este enunciado dispõe que a origem deste direito no Brasil se deu no campo das condenações criminais, surgindo como um direito importante para que o ex-detento conseguisse a sua ressocialização. Este enunciado defende que o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria histórica, mas sim assegura a possibilidade de discutir o modo e a finalidade como determinados fatos são lembrados.²⁵O

²¹ *Ibidem*.

²² TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade n ordenamento civil – constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. T. I. p. 50. Apud: TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 78.

²³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 78. p. 79

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 274**. Dispões sobre direito da personalidade não estar regulado de forma exaustiva no Código Civil. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 8 jan. 2024.

²⁵BRASI. Conselho Nacional de Justiça. VI Jornada de Direito Civil. **Enunciado 531**. Dispõe sobre a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142#:~:text=N%C3%A3o%20atribui%20a%20ningu%C3%A9m%20o,finalidade%20com%20que%20s%C3%A3o%20lembrados>. Acesso em: 8 jan. 2024.

enunciado 576 do Conselho de Justiça Federal dispõe que o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória.²⁶

No julgamento do REsp 1.660.168/RJ, que foi julgado em 2018, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que há direito à desindexação no âmbito da internet, devendo ser retirado o conteúdo ofensivo que está relacionado a dados do passado da pessoa. No acórdão, a Terceira Turma do Tribunal fixou como tese que existem circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessário a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, entre os dados dos provedores de busca e os dados pessoais, que não guardam qualquer relevância para o interesse pública à informação, seja pelo decurso do tempo ou pelo conteúdo eminentemente privado.²⁷

Apesar do julgamento do tema 786, do Supremo Tribunal Federal, que fixou a tese de que é incompatível com a Constituição a ideia do direito ao esquecimento, a doutrina ainda defende, em sua maioria, que o direito ao esquecimento deve ser reconhecido como um dos direitos da personalidade e que o grande desafio é estabelecer a amplitude de sua incidência a fim de que não haja nenhum obstáculo para o exercício do direito à informação e a liberdade da imprensa. Em caso de colisão, é necessário retornar ao posicionamento da parte final do enunciado 274 do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece que havendo embate entre os direitos é necessário aplicar a técnica da ponderação.²⁸

Antes do Código de Processo Civil de 2015, a referida técnica não era prevista na legislação brasileira. Porém, o atual Código de Processo Civil em seu §2º artigo 489, dispõe que em caso de colisão entre normas o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais usados na ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão do magistrado.²⁹

Apesar da previsão legal, a técnica da ponderação é criticada por alguns juristas.³⁰ Lênio Luiz Streck expôs em um dos seus textos que se surpreendeu que o atual Código de Processo Civil tenha incorporado algo que não deu certo. Para Lênio, a possibilidade de que o juiz pondere a respeito da colisão entre normas é o sinônimo de dar um poder ilimitado para os juristas, uma vez que no ordenamento jurídico tanto as regras quanto os princípios são

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. VII Jornada de Direito Civil. **Enunciado 576**. Dispõe sobre o direito ao esquecimento poder ser assegurado por tutela judicial inibitória. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>. Acesso em: 8 jan. 2024.

²⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 78.

²⁸ *Ibidem*, p.83.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm Acesso em: 9 jan. 2024.

³⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 86.



considerados normas. O autor destaca que a ausência de limites para que haja a ponderação pode resultar em uma insegurança jurídica.³¹

Em uma outra corrente, Tartuce defende que a ponderação é necessária para que seja possível solucionar casos de difícil resolução, em especial aqueles em que a lei se mostra insuficiente mediante as peculiaridades do caso concreto ou se mostra ausente. Defende que nos termos do atual Código de Processo Civil a ponderação sempre deve ser fundamentada e utilizada em casos excepcionais, sendo somente quando a lei não apresentar uma solução. O autor entende que o código permitiu ao legislador, que não possui o poder de prever todos os possíveis conflitos, atribuir um pouco de seu poder ao judiciário.³²

A técnica de ponderação é ensinada por Robert Alexy que narra que a técnica deve ter quatro premissas, quatro etapas. Na primeira premissa, o autor alemão apresenta o entendimento de que os direitos fundamentais, na maioria das vezes, têm a estrutura de princípios sendo mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida para a sua satisfação não depende só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.³³

Na segunda etapa, deve ser reconhecido que em um sistema com valores constitucionais é possível que haja a ocorrência de colisões entre os princípios o que gera a restrição recíproca entre os valores tutelados. O autor destaca que a colisão entre regras e princípios é distinta, uma vez que no primeiro caso uma das regras deve ser retirada obrigatoriamente do sistema e no segundo caso não.³⁴

Na terceira fase, o aplicador do direito deve fazer uso da técnica de ponderação que nada mais é do que a solução do caso concreto de acordo com a máxima reciprocidade possível. Neste sentido, Alexy ensina uma “fórmula” em que havendo a colisão os princípios serão numerados por P1 e P2, as condições de procedência de um princípio sobre o outro será “C” e os fatores fáticos que influencia a colisão e a conclusão “T1, T2 e T3”. É necessário destacar

³¹ STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de Normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Coluna Senso Incomum. *Consultor Jurídico*. Publicada em: 8 jan. 2015. *Apud*: TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 87.

³² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 87.

³³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 91. *Apud*: TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 85.

³⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 92-93. *Apud*: TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 85.

que não é obrigatório seguir a referida fórmula, sendo esta somente um meio que o autor encontrou de elucidar seu entendimento.³⁵

Na quarta e última premissa é necessário fundamentar o motivo pelo qual uma norma, ou uma argumentação foi escolhida ao invés da outra. É necessário que esta fundamentação seja de forma objetiva e sólida para evitar qualquer tipo de confusão.³⁶ De uma forma bem sucinta, o objetivo com essas quatro premissas é de que o aplicador do direito, no momento da ponderação, se utilize da proporcionalidade e razoabilidade, mediante as peculiaridades do caso concreto, tendo sempre por objetivo assegurar ao máximo a dignidade da pessoa humana.

3. DIVULGAÇÃO DA MÍDIA SOBRE CASO HENRY BOREL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O caso Henry Borel retorna o debate, atualizando-o, sobre a linha tênue que existe entre o direito de informar e o direito à privacidade e a consequente violação a dignidade da pessoa humana. Nos dias que se sucederam ao delito, houve uma invasão, por parte da imprensa, na vida de todos os envolvidos. Durante semanas, o assunto mais comentado no jornal era o falecimento do menino Henry e os jornalistas sempre acrescentavam detalhes novos, como relato de testemunha, depoimento de seu pai visivelmente abalado e informações jurídicas também eram acrescentadas a narrativa. Citar fonte

A imprensa se utiliza do seu direito de informar, que deve ser usado para atender o interesse da sociedade ao divulgar matérias relevantes, para ultrapassar e adentrar na vida íntima das vítimas e de seus familiares. É como se para a mídia, o que realmente importasse não fosse o conteúdo da notícia, mas sim quão lesada aquela família ficou para que haja um acesso ou uma busca maior por parte dos telespectadores.

No caso do menino Henry Borel, cada detalhe foi noticiado. Desde o depoimento dos pais na delegacia, as investigações, as perícias e até mesmo o desdobramento no judiciário assim como o momento de luto que seu pai vivenciou. É notório que toda a divulgação do caso trouxe um benefício para a sociedade que foi a elaboração da Lei 14.344 de 2022³⁷ que versa

³⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 117. *Apud*: TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 85.

³⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 166-176b. *Apud*: TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 85.

³⁷BRASIL **Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022**. Institui mecanismos para a prevenção e enfrentamento da violência doméstica contra o adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14344.htm. Acesso em: 12 fev. 2024.

sobre violência doméstica e familiar contra menores de 14 (catorze) anos. Porém, é cabível a tese de que a imprensa violou a dignidade, tanto da vítima tanto de seu pai, pela grande exposição que o caso teve.

Alexandre de Moraes define a dignidade da pessoa humana como um valor espiritual e moral que é inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, sendo constituído um mínimo invulnerável que todo estado jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais.³⁸

O autor defende que o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Sustenta que o princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta um aspecto duplo, em um primeiro momento, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado seja em relação aos demais indivíduos.³⁹

Em um segundo momento estabelece um verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos seus semelhantes. Isto gera um ao indivíduo que respeite a dignidade de seu semelhante, tal qual a Constituição Federal exige que respeite a sua própria dignidade. Este dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano, sendo: viver honestamente; não prejudicar ninguém e dar a cada um o que lhe é devido.⁴⁰

É necessário destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento para a liberdade, justiça e da paz do mundo.⁴¹ Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º inciso III prevê como direito fundamental ao Estado democrático de Direito a dignidade da pessoa humana.⁴²

O artigo 5 da Constituição Federal, em seu inciso V, estabelece como direito fundamental o direito de resposta proporcional ao agravo além de indenização por dano

³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2023. E-book.

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2023. E-book.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 fev. 2024.

material, moral ou à imagem.⁴³ Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, resta configurado o dano moral sendo passível de indenização.⁴⁴

O Código Civil estabelece em seu artigo 186 que são atos ilícitos aqueles que, por meio de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que este dano seja exclusivamente moral. Em complemento, o artigo 187 estabelece que também comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, boa-fé ou pelos bons costumes.⁴⁵

O artigo 5 da Constituição Federal, em seu inciso X, prevê que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa, sendo assegurado a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.⁴⁶ Neste sentido, Alexandre de Moraes explica que os conceitos “intimidade” e “vida privada” apresentam uma diferença. A intimidade esta relacionada as relações subjetivas e íntima da pessoa, sendo suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos demais relacionamentos, inclusive relações comerciais, de trabalho e de estudo.⁴⁷

Alexandre sustenta que se encontra em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, com o direito à honra, à intimidade e à vida privada converter em instrumento de diversão ou entretenimento assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos ou quaisquer outras desgraças alheias que não demonstrem nenhuma finalidade pública ou de caráter jornalísticos em sua divulgação. Desta forma, não há dúvidas de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas que são desnecessárias para informação objetiva e de interesse público acarretam injustificado dano à dignidade da pessoa humana e autoriza a ocorrência de direito indenização por danos materiais e morais, além do direito à resposta.⁴⁸

⁴³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 fev. 2024.

⁴⁴ MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 39. ed. São Paulo: Atlas, 2023, pág. 73.

⁴⁵ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 fev. 2024.

⁴⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 fev. 2024.

⁴⁷ MORAES, *op. cit.*, pág. 78.

⁴⁸ *Ibidem*.



O autor ainda destaca em sua obra que, ainda que a pessoa tenha uma função pública ou seja um artista é necessário que seja preservado a sua imagem, honra, intimidade e vida privada, ainda que de forma mais restrita, não sendo afastado a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e que não haja qualquer nexos causal com a atividade profissional realizada.⁴⁹

CONCLUSÃO

O artigo teve seu início com a análise, sobre uma perspectiva unicamente constitucional, se o direito ao esquecimento seria ou não compatível com a atual Constituição Federal. Para tal exame foi fundamental detalhar partes do tema 786 julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que fixou como tese de repercussão geral que a ideia de um direito ao esquecimento, capaz de obstar a divulgação dos fatos pelo decurso do tema, é incompatível com a presente constituição.

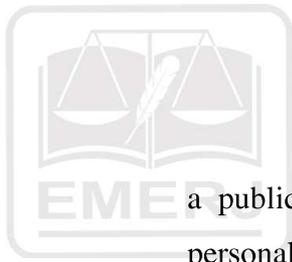
Apesar de a Suprema Corte entender que o direito ao esquecimento não é capaz de obstar a publicação de uma matéria, isto não impede de reconhecer que o uso excessivo da imagem da pessoa pode gerar danos. Neste sentido, sempre que houver um conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, é necessário usar a técnica da ponderação de valores e analisar no caso concreto qual deverá predominar.

A divulgação excessiva feita pela mídia sobre determinados casos pode ultrapassar o limite da sua liberdade de expressão e começar a lesionar a privacidade dos indivíduos. Neste viés, o entendimento de Alexandre de Moraes é de que a conversão da intimidade de uma pessoa, ou de sua família, em entretenimento causa violação direta a Constituição Federal.

O artigo se utilizou da divulgação do caso Henry Borel para demonstrar como o direito ao esquecimento é um assunto relevante na atual sociedade mesmo sem ter previsão legal expressa. É notório que, a imprensa ao buscar cada detalhe do caso e saber como a família estava se sentindo em cada momento do luto ultrapassou o seu direito de publicar a matéria, de noticiar os fatos, explorando o luto da família em prol de uma audiência maior pois há um senso comum entre as pessoas, de que a liberdade de expressão é um direito absoluto.

Desta forma, para evitar que outras famílias e vítimas tenham a sua vida exposta é importante que haja uma conscientização de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto. Ainda que não seja possível pleitear por um direito ao esquecimento capaz de impedir

⁴⁹ *Ibidem.*



a publicação de matérias, é cabível a alegação de que houve uma lesão ao direito da personalidade, ainda que a matéria tenha sido publicada anos após o fato.

REFERÊNCIAS

MENDES, Gilmar Ferreira; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

MORAES, Alexandre De. Direito Constitucional. 39. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Direito ao esquecimento no STF: A tese da repercussão geral 786 e seus efeitos. Migalhas, São Paulo, 18 de fevereiro de 2021.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.010.606 Rio de Janeiro. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 fev. 2024.