






## DIREITO AO ESQUECIMENTO E AS NUANCES NO CAMPO DA REPARAÇÃO MORAL

### RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE NUANCES IN THE MORAL REPAIR

1. Zilda Mara Consalter; 2. Denise Antunes; 3. Taís Fernanda Kusma

1.  <https://orcid.org/0000-0002-4257-0939> Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1995), mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2004) e doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (2016). Atualmente é professor do Instituto Brasil de Pós-Graduação, professor do Instituto Busato de Ensino, membro docente permante do curso de mestrado da Universidade Estadual de Ponta Grossa e professor não titular - adjunta da Universidade Estadual de Ponta Grossa. E-mail: zilda@uepg.br

2.  <https://orcid.org/0000-0002-6466-280X>. Mestranda em Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG); Juíza de Direito aposentada do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR); Especialista em Direitos Humanos e Questão Social pela PUC-PR (2019-2020); Pós-Graduada em “*Fundamentos Críticos: Los Derechos Humanos como procesos de lucha por la dignidade*” pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha (2019); Conciliadora do CEJUSC 2º Grau do TJPR. E-mail: deniseantunes46@gmail.com

3.  <https://orcid.org/0000-0002-4899-8717>. Bacharela em Direito (UEPG, 2014). Mestranda em Direito (UEPG, 2022-atual), Pós-graduada em Direito Público (UNIMAIS, 2023); em Direito Penal e Criminologia (UNINTER, 2019) e em Direito Ambiental (UFPR, 2016). Assessora Jurídica (TJPR). Professora (Anhanguera - Ponta Grossa/PR). E-mail: tais.kusma@gmail.com

DOI: 10.5281/zenodo.13826429.

Recepção: 29/05/2024

Aprovação: 17/09/2024

### RESUMO

Adentra na seara do direito ao esquecimento e, mais especificamente, nas nuances acerca dos danos morais, eis que essa vem se mostrando uma possível alternativa aos casos que envolvem o tema. Assim, aplicando-se o método cartesiano, e por meio da pesquisa documental indireta (revisão bibliográfica, julgados e doutrina), a investigação se desenvolve no sentido de esclarecer os entendimentos das Cortes do país (sendo este o problema de pesquisa), e de averiguar qual o status atual da definição de posicionamento jurídico sobre a reparação moral, consubstanciando-se no objetivo geral da investigação. Em respeito ao método adotado, no desenvolvimento do texto foi efetuada breve abordagem sobre a antinomia de princípios constitucionais (direito da personalidade e direito à informação), seguindo-se comentando sobre o “critério da ponderação” quando do julgamento de casos. Também se analisou o *leading case* do STF (Tema 786), o qual estabeleceu, como regra geral, que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição. Incursionou-se na divergência apresentada por alguns Ministros no que tange à admissão do dano moral, tema instigante em face de não se tratar de publicação ou equivalente de conteúdo inverídico e, *prima facie*, sem a possibilidade de indicar a causa para a reparação moral.



**Palavras-chave:** Direito de ser deixado só; Indenização extrapatrimonial; Direitos da personalidade; Repercussão geral no. 786 do STF.

#### ABSTRACT

It explores the right to be forgotten, and more specifically, the nuances regarding moral damages, as this has emerged as an alternative in cases involving the theme. Thus, applying the Cartesian method, and through indirect documentary research (notably literature review, case law, and doctrine), the investigation was developed to clarify the understandings of the higher courts of the country (this being the research problem) and to ascertain the current status of the legal positioning on moral reparation, embodying the general objective of the investigation. In

respect of the adopted method, the text development included a brief approach on the antinomy of constitutional principles (between the right of personality and the right to information), followed by comments on the "balancing criterion" when judging cases. The leading case of the STF (Topic 786) was also analyzed, which established, as a general rule, that the right to be forgotten is incompatible with the Constitution. The article delved into the divergence presented by some justices regarding the admission of moral damages, an intriguing topic given that it does not involve publication or equivalent of false content and, *prima facie*, without the possibility of indicating the cause for moral reparation.

**Key-words:** Right to be left alone; Moral reparation; Personality rights; Leading case n. 786 from Brazilian Supreme Court.

#### INTRODUÇÃO

O estudo do direito ao esquecimento enquanto categoria jurídica no Brasil, perpassa pela observância inicial de uma questão importante: é preciso destacar que esse direito – que é um desdobramento de outros valores fundamentais e do direito geral da personalidade, abarcando a intimidade, o desejo de ficar só, entre outros – sofre preconceito e uma certa dificuldade na compreensão do que consistiria de fato.

Diante deste estado d'arte, quem entende que esquecer faz parte da fisiologia humana, bem como se mostra em algo saudável e recomendável em determinadas circunstâncias da vida, tem enfrentado dificuldades na sua aquiescência pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela comunidade em geral, o que se reflete em julgados e no senso comum sobre o tema.

Em muitas hipóteses, o que se vem ponderando que é esse direito não deve ser tutelado pelo arcabouço jurídico nacional, tendo o Tema 786 do STF posto fim à discussão. E, nesta circunstância, a última réstia de amparo que caberia àquele que tem o interesse de prosseguir com seu projeto de vida, sem que fatos pretéritos venham lhe assolar a todo momento, seria a reparação



civil de cunho extrapatrimonial. Esse ponto, por si só, justifica um estudo mais detalhado acerca das possibilidades jurídicas de tutela ao esquecimento enquanto categoria.

Assim sendo, a abordagem do direito ao esquecimento e, mais especificamente, a análise crítica das nuances acerca dos danos morais nos casos que envolvem o tema, será aqui averiguada em face do posicionamento tomado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.010.606/21 (Tema 786). Nisso mostra-se o problema de pesquisa, eis que ainda se tem proferido várias decisões judiciais sobre o assunto, e nem sempre coadunando com o posicionamento esposado pelo STF, que tem repercussão geral.

Desse modo, o objetivo central da investigação foi entender as várias nuances, no campo da reparação civil, que pode o direito ao esquecimento investir-se.

Em pesquisa eminentemente teórica, de cunho qualitativo e com o suporte da técnica de pesquisa documental indireta (revisão das fontes bibliográfica e de julgados, sem prejuízo da análise da legislação atual), a investigação se desenvolveu com a aplicação do método dedutivo na abordagem da temática e também na concepção do texto, que é composto da seguinte maneira:

Como premissa maior, em que pese à primeira vista conceber que no Brasil ainda não há o direito ao esquecimento como categoria jurídica, sobreleva constatar que, no cenário brasileiro, o direito ao esquecimento pode ser extraído do desdobramento de princípios como da intimidade (CRFB) e da privacidade (CCB), além de integrar o direito geral da personalidade.

A premissa menor gira em torno da breve abordagem sobre a “antinomia de princípios constitucionais” (de um lado o direito da personalidade e, do outro lado, os direitos fundamentais, como os direitos à informação, liberdade de expressão, e liberdade de imprensa). Segue-se comentando sobre o “critério da ponderação” quando, então, a atenção especial será dada ao julgamento do Recurso Extraordinário mencionado acima.

Na sequência - e já chegando à necessária especificação que o método científico exige - trata-se do julgamento em apreço, com repercussão geral reconhecida – consubstanciado no Tema 786 -, que estabeleceu que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição, contudo, eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso - visando proteger a honra, a imagem e a privacidade.



Concluindo a abordagem, adentra-se na esfera da responsabilidade civil no que tange às reparações de ordem moral, analisando-se o instigante instituto “direito ao esquecimento”, tema esse que será cada vez mais tratado no cenário jurídico em face do avanço acelerado do mundo das mídias digitais. Nesse aspecto, incursiona-se na divergência apresentada por alguns Ministros quanto à admissão do dano moral, não se olvidando que, quando o assunto é referente a indenização na esfera do direito ao esquecimento (e ainda que se proponha a análise casuística), a regra é a da ausência do dever de indenizar por danos morais, porque não há espelhamento de conteúdo inverídico, equivocado, ilícito ou por meio irregular.

## 1 DIREITO AO ESQUECIMENTO ENQUANTO CATEGORIA JURÍDICA NO BRASIL

Na análise do direito ao esquecimento enquanto direito da personalidade, por fruto da sua desinência enquanto direito à intimidade do indivíduo, ainda carece ser melhor entendido para, talvez assim, ser considerado uma categoria jurídica digna de tutela e também, quiçá, como um direito autônomo da pessoa humana. Assim, impera construir o entendimento sobre essa faceta do direito a ser deixado só.

Assim, o direito ao esquecimento envolve a possibilidade de desconsiderar fatos que aconteceram no passado do indivíduo, além de vexames, tragédias, angústias e constrangimentos...

Entrementes, exemplos do cotidiano dão conta que não se trata apenas de fatos tidos como incômodos à pessoa, e sim os que lhe causem tristezas, más recordações ou lhe coloque num lugar que não é mais o seu. Tome-se como exemplo puramente ilustrativo, o caso de um transexual ser lembrado pelo seu nome no registro civil e não pelo seu nome social. Isso não lhe causa vexame, mas lhe impõe nítido constrangimento, eis que não coaduna com a sua aparência atual e nem com o projeto de vida por si seguido. Outro exemplo é o de resgatar o fato de que uma pessoa foi vítima de um estupro, de abuso sexual ou *porn revenge*, sendo que dita lembrança não lhe traz sensação vexatória, mas sim profunda tristeza e angústia.

É intuitivo que esses fatos, mesmo calcados em situações verídicas, não devem ser de conhecimento público após determinado tempo decorrido. Isso implica dizer que eles não podem transformar-se em penas eternas àquele que já sofre os dissabores naturais de ter passado por alguma



dessas situações. A lembrança indiscriminada e inoportuna seria, em estreito resumo, punir o vitimado ou o vulnerabilizado.

Notadamente, todos esses fatores podem ser motivo ao apelo do direito ao esquecimento, eis que preserva a vida privada, a intimidade, a liberdade, a incolumidade psíquica e emocional, a identidade, a honra e, em *ultima ratio*, a dignidade do indivíduo.

Vale dizer, inclusive, que se percebe o propósito voltado à inclusão social, pois o direito ao esquecimento incorpora a ideia de pessoa e do direito da personalidade, fundamental à possibilidade de ressocialização (Guimarães, 2023, p. 32)), por exemplo, de um ex-presidiário em reabilitação (previsto no CP no artigo 94). Nessa hipótese ele propicia a retomada de um amplo processo de ressocialização (tido também como um direito fundamental) e de inclusão social.

O direito ao esquecimento é também conhecido como o “direito de ser deixado em paz” ou o “direito de estar só”. No cenário estadunidense, é abordado o direito à privacidade, e é lá conhecido como “*the right to be let alone*”. Para Kelly e Satola (2017, p. 2), o direito ao esquecimento, em uma perspectiva ampla, representa:

O direito de um indivíduo de apagar, limitar, ou alterar registros passados que possam induzir a erro, sejam redundantes, anacronistas, vergonhosos, ou que contenham dados irrelevantes associados com a pessoa, possivelmente pelo nome, para que então esses registros passados não continuem a impedir presentes percepções sobre indivíduo.

Assim, esse direito toca diretamente ao princípio da autodeterminação do indivíduo, a quem deve ser permitido seguir com o seu projeto de vida, sem ataques anacrônicos ou lembranças descontextualizadas.

Ainda no intuito de melhorar o design do direito ao esquecimento enquanto direito autônomo e categoria jurídica, pode-se mencionar três concepções, as quais, em convergência, trazem noção do ‘poder agir’ de cada indivíduo: a primeira delas é notada para designar o direito reconhecido na esfera judicial, visando evitar que o passado administrativo ou judicial do indivíduo seja permanentemente resgatado. Essa, sem dúvida, é a melhor delas. No entanto, outras possibilidades denotam o mesmo intuito: a possibilidade de apagamento ou remoção de informações pessoais (seria uma segunda concepção) e a possibilidade de remoção de dados pessoais publicados na internet, ou a restrição de acesso a referidos dados por terceiros, através dos sites de pesquisa ou ‘motores de busca’



(consubstanciaria a terceira concepção) (Consalter, 2017, p. 181-183). Estas últimas, é bom que se diga, já alçaram voos independentes e ganharam matiz de direito próprio, tendo sido aceitas em diversos julgados nacionais, mas descoladas do conceito de esquecimento enquanto direito. Dessa maneira, o melhor é focar na primeira concepção, traduzida neste trecho:

[...] pode-se delinear o direito ao esquecimento como um direito subjetivo, de titularidade individual e não absoluto, resultante do desdobramento do direito fundamental à intimidade, mediante o qual o interessado no exercício de sua liberdade, autonomia, e determinação individual, controla se fatos pertencentes ao seu passado, podem ou não ser retomados no presente ou no futuro, como forma de salvaguardar a sua integridade emocional, física, profissional e social além de resguardar, eficazmente, a sua vida íntima (Consalter, 2017, p. 188).

Nessa perspectiva, trata-se também da “[...] possibilidade de autogovernar a própria memória e de poder reagir de algum modo à ‘implacável memória coletiva da internet’, além de impedir que as pessoas fiquem prisioneiras de ‘um passado destinado a não passar’” (Rodotà, 2008, p. 41-42). E muito embora existam referências ao direito do esquecimento no campo jurídico desde o início do século XX<sup>1</sup>, tal tema tomou dimensão hodiernamente em face da popularização e massificação do uso da internet.

A doutrina atual indica (Lucena, 2019), com precisão, que na contemporaneidade, os indivíduos estão inseridos na sociedade da informação e que ela é caracterizada pelo enorme fluxo de dados, incluindo aqueles individuais e sensíveis, e essas informações são disponibilizadas e transmitidas pelo mundo inteiro, sem barreiras temporais ou territoriais. Além disso, são armazenadas e facilmente acessadas por intermédio da rede internacional de computadores. É nesse contexto que Consalter (2017, p. 20), esclarece que o direito à reserva da vida íntima, por suas características eminentemente imateriais, vem sofrendo um importante desafio com a evolução atual nas áreas tecnológica e científica.

A partir desse delineamento, concebe-se o direito ao esquecimento como instrumento apto a proteger a pessoa, seu livre desenvolvimento e sua dignidade. Esse direito visa coibir a veiculação

<sup>1</sup>. *V.G.* nos Estados Unidos – caso “Red Kimono” (1931)(Disponível em: <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>) e Alemanha - “caso Lebach” (1969) (Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html>).



de informações pretéritas, que digam respeito a questões individuais e pessoais, a partir da aferição da presença de alguns critérios (Lucena, 2019).

No campo legal, o direito ao esquecimento vem sendo tangenciado, mesmo que de modo sutil. Veja-se: além do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD - (Lei n. 13.709/2018) adentram na seara da proteção dos direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Possuem a meta, também, de criar cenário de segurança jurídica, com a padronização de regulamentos e práticas para promover a proteção de todo cidadão que esteja no Brasil, inclusive visando parâmetros internacionais existentes.

Reforçando o aporte jurídico deste direito, agora do prisma internacional, do contexto da Lei de Proteção de Dados Pessoais (União Europeia) extrai-se o princípio da “autodeterminação informativa”, mencionado no seu inciso II do artigo 2º. Sobreleva compreender que a “autodeterminação informativa” é o direito que cada indivíduo tem de controlar e proteger seus dados pessoais, e ratifica a possibilidade de o titular ter domínio sobre os seus dados pessoais, ainda que o tratamento dessas informações por outrem seja legítimo. Sobressai ainda a ideia de que o indivíduo titular de dados pessoais, além de ter o controle, deve contar com a transparência e segurança, sobre a destinação dada às suas informações pessoais, bem como das metodologias utilizadas para o tratamento de seus dados. Tal enfoque é corroborado no seguinte ensinamento:

O direito à autodeterminação informativa, que garante o poder do indivíduo referente ao fornecimento e utilização dos seus dados pessoais, também age como norma de proteção, ou seja, como direito objetivo no âmbito privado e, nessa medida, deve ser levado em consideração pelos juízes em um caso concreto. [...] a dimensão objetiva do direito à autodeterminação informativa decorre não apenas um dever de proteção contra o conhecimento não autorizado por terceiros, mas também um dever de proteção contra o consentimento meramente aparente (ou fictício) quanto ao tratamento de dados (Mendes, 2020, p. 15).

A propósito, no ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal tratou do direito à “autodeterminação informativa” quando do julgamento em medida cautelar, cuja decisão foi proferida na ADI 6.387 (sendo que outros partidos também ajuizaram as ADIs 6388; 6389; 6390; 6393). A decisão em apreço suspendeu a eficácia da Medida Provisória n. 954, de 17/4/2020 - atualmente com vigência encerrada (Brasil, 2020) -, a qual dispunha sobre o compartilhamento de dados por empresas



de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Em outras palavras, o STF analisou a constitucionalidade da MP 954/2020, a qual previu o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o IBGE para a produção de estatística oficial durante a pandemia da Covid-19.

O posicionamento do STF, pelo do voto da relatora Rosa Weber, reconheceu o direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais e o direito à autodeterminação informativa (Brasil, 2020). Na ementa da decisão, de início, consta que, decorrência dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no artigo 2º, I e II, da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. Deflui-se, inclusive, o entendimento de que “não existem mais dados neutros ou insignificantes”, uma vez que qualquer dado que leve à identificação de uma pessoa pode ser utilizado para a formação de perfis informacionais que serão usados por empresas e pelo Estado, razão pela qual qualquer dado que possibilite a identificação de uma pessoa merece proteção constitucional (Brasil, 2020).

A Ministra relatora enfatiza que o uso dos dados pelas empresas e pelo poder público deve ser feito de forma legítima, com os parâmetros enunciados adequadamente para os titulares dos dados, como a finalidade e o modo de utilização dos dados objeto da norma, o que não se apresentava na referida Medida Provisória n. 954/2020. Sobreleva frisar que restou comentado que o direito à autodeterminação informativa não é absoluto, posto que, pode, em confronto com o interesse público ou outros valores constitucionais, sofrer restrições pelo legislador e intérprete (Brasil, 2020).

Por sua vez, antes da lei supra comentada, em 2014, fez-se a primeira menção ao direito ao esquecimento no sistema legal brasileiro, quando tomou vigência o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). O texto, em nenhum momento menciona o termo ‘esquecimento’, mas prevê a remoção de um conteúdo, sejam dados pessoais ou ilícitos, em casos de ofensa à honra. É a primeira lei do Brasil a estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres sobre o uso da internet no país. Lembre-se





que o STJ, quando do julgamento do AgInt no Recurso Especial n. 1.593.873 – SP, ocorrido em novembro de 2016, mencionou que:

O Marco Civil da Internet dispôs apenas parcialmente quanto ao direito ao esquecimento, uma vez que seu artigo 7º, I e X, prevê (apenas) a prerrogativa do particular solicitar, independentemente de justificativa, a exclusão daqueles dados pessoais que ele próprio haja fornecido ao provedor de aplicação de Internet. (Brasil, 2016).

Saliente-se, contudo, que o artigo 7º da lei em apreço (*caput* e inciso I), estabelece que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e aos usuários é assegurado o direito de requerer a exclusão definitiva dos dados pessoais ao término da relação jurídica entre as partes envolvidas.

Segundo Consalter (2017, p. 181) que, em terras nacionais, embora seja mais utilizado atualmente na esfera criminal (quando se trata de reabilitação criminal), o direito ao esquecimento pode ser invocado civilmente a fim de tutelar outros direitos do indivíduo, como por exemplo, o de poder exigir que fatos de seu passado não sejam indefinidamente reiterados e trazidos na atualidade, de modo anacrônico. Imprescindível é deixar claro o direito ao esquecimento impede a retomada de fato sem que haja sentido para tal intento ou com o fim puramente lucrativo, ou ainda, imbuído pela perversão (maldade). Nesse sentido, a pessoa interessada não se valerá do direito ao esquecimento quando estão envolvidos, por exemplo, interesse histórico, memória, interesse público e informação.

E a despeito de toda a celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca desse assunto, o direito ao esquecimento vem sendo postulado nas ações brasileiras, principalmente porque possui, em seu fundamento, forte ligação na tutela da dignidade da pessoa humana, princípio já mencionado. Tanto é fato que a pretensão envolta na dignidade inclui o direito ao esquecimento, que tal tema restou explicitado no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil promovido pela CJF/STJ, em 2013, nos seguintes termos: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. E quando da justificativa dada ao Enunciado, deu-se ênfase à constatação de que os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando atualmente e, após, fez-se menção ao fato de o direito ao esquecimento ter sua origem histórica no campo das condenações criminais (pois, exsurge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização, como já dito no artigo).



Confirmando os limites para usar do respaldo do direito ao esquecimento (v.g. uma informação histórica marcante), sobreveio importante esclarecimento de acordo com os seguintes: “Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados” (Schreiber, 2011, p. 165). Sobressai-se, portanto, a constatação de que o direito ao esquecimento não atribui a nenhum titular a pretensão certa em apagar fatos pretéritos ou dar outro caminho à sua jornada passada.

No âmbito do capítulo dos direitos à personalidade no Código Civil brasileiro, o qual envolve os artigos 11 a 21, percebe-se a tutela jurídica ao instituto, e deflui-se que o rol desses direitos não é taxativo, posto que se encontra em constante evolução diante das mudanças constantes da sociedade mundial atual (Consalter, 2017, p. 83).

O direito à vida privada está positivado no artigo 21, o qual narra o seguinte: “Artigo 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. De toda sorte, esse direito é derivado de outro direito, qual seja, o direito à intimidade (direito à intimidade sobre fatos passados), retomando assim o lugar de ser, na verdade, um direito da personalidade para sua efetiva proteção (Consalter, 2017, p. 276-277).

E para além do acima mencionado, há autores como Martins (2021), por exemplo, que defendem, inclusive, a fundamentalidade deste direito, o que elevaria o seu jaez ao âmbito constitucional.

Em outras palavras, existe a percepção de que o direito ao esquecimento é um desdobramento do direito à vida privada, integrando o quadro dos direitos da personalidade, do qual se extrai a possibilidade jurídica do titular insurgir-se em determinadas situações.

Nessa ordem de ideias, observar-se-á que os direitos da personalidade vão, por vezes, confrontar com outros direitos também tidos como fundamentais. Ou seja, no estudo do tema, comum é perceber a ocorrência de tensões entre direitos fundamentais e, assim, sobreleva comentar sobre a antinomia de princípios constitucionais, e a aplicação do critério da ponderação quando do julgamento da demanda.



## 2 ANTINOMIA JURÍDICA E MÉTODO DA PONDERAÇÃO

Como já mencionado alhures, há parte da doutrina que defende a fundamentalidade do direito ao esquecimento, principalmente enquanto decorrente dos direitos constitucionais à intimidade e privacidade, bem como da dignidade da pessoa humana. (Guimarães, 2023; Martins, 2021; Consalter, 2017).

Assim, concebido, quando se adentra no estudo da “antinomia de princípios constitucionais”<sup>1</sup> em que o debate se calca nos direitos fundamentais. E quando se trata do direito ao esquecimento, observa-se que, de um lado, está o direito fundamental da pessoa e, do outro lado, (outros) direitos fundamentais, como o direito à informação, liberdade de expressão, e liberdade de imprensa.

Enquanto direito fundamental individual, tem-se que toda pessoa tem o poder para controlar o uso dos aspectos constitutivos de sua identidade – o que inclui, por exemplo, o corpo, o nome e a imagem. Tal direito é mencionado no artigo 5º, X, da Constituição.

É, pois, o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos (Schreiber, 2011, p. 165).

Por sua vez, em casos tais, cogita-se (também) de outra banda, a liberdade de imprensa e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, também constitucionalmente assegurados, nos termos do artigo 5º, IX da Constituição. Mais e, em resumo, indica-se que poderá ocorrer afronta grave e inaceitável violação a direitos fundamentais, como o direito à informação (artigo 5º, inciso XIV, CRFB), liberdade de expressão (artigos 5º, inciso IV e 220 da CRFB) e liberdade de imprensa (artigo 220, §1º da CRFB).

Existem, portanto, dois bens jurídicos tutelados: de um lado, exsurge a inviolabilidade da vida privada e da honra, e do outro, a importância da atividade de comunicação e informação.

Como se disse acima, sobre a antinomia de princípios, a doutrina também chama esse fenômeno de “colisão aparente de direitos fundamentais”. Aliás, segundo Steinmetz (2001, p. 20), as

---

<sup>1</sup> Maria Helena Diniz (2001, p. 19) entende que "antinomia é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular".



constituições democráticas contemporâneas, entre as quais figura a brasileira de 1988, consagram um extenso catálogo de direitos fundamentais. Continua o jurista, afirmando:

Abstratamente, esses direitos mantêm entre si e com outros bens constitucionalmente protegidos uma relação de harmonia. Porque são atribuídos por normas constitucionais, não há entre eles ordenação hierárquica e nem exclusão *a priori*. Contudo, na vida social, seja nas relações individuais, seja nas relações entre indivíduo e poderes públicos ou comunidade, nem sempre se verifica a realização plena, harmônica e simultânea dos direitos fundamentais de diferentes titulares. Com frequência, *in concreto*, há conflitos de direitos: entre a liberdade de expressão e comunicação e os direitos da personalidade (direito à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada); entre o direito à efetividade jurisdicional e a segurança jurídica; entre a liberdade de criação artística e o direito à honra; entre a liberdade de imprensa e a segurança pública interna; entre a liberdade de circulação e a saúde pública etc. A esse fenômeno a dogmática constitucional denomina de *colisão de direitos fundamentais* (Steinmetz, 2001, p. 20-21).

Como antinomia jurídica que é, poder-se-ia submeter a resolução de tais conflitos aos critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas. São eles: hierárquico (lei superior revoga lei inferior), cronológico (lei posterior revoga lei anterior) e de especialidade (lei especial revoga lei geral) (Bobbio, 2010, p. 240-270).

Entretanto, como afirmou Steinmetz (2001, p. 20-22), em se tratando de princípios de ordem constitucional, não há ordenação hierárquica e nem exclusão *a priori* e, então, quando se está diante de conflitos entre princípios radicados no corpo normativo da Constituição da República de 1988, isso se torna impossível.

Passa-se, então, a adotar o “critério da ponderação”, defendida por corrente que é adotada pela maior parte da doutrina e da jurisprudência, da qual deflui-se um posicionamento intermediário e, defende que nenhum direito fundamental é absoluto, de modo que, em caso de conflito, deve-se realizar uma ponderação entre eles para determinar qual deverá prevalecer em um determinado caso concreto.

Tal corrente frisa que a Constituição brasileira não permite a hierarquização dos princípios, incluindo o direito ao esquecimento. Cada caso deve ser ponderado, para que haja o menor sacrifício possível para cada interesse. Aliás, a definição da ponderação de interesses é tida como “[...] o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que



determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão" (Steinmetz, 2001, p. 140).

Na obra de Schreiber, há o ensinamento de que para a solução para aplicação do direito ao esquecimento, deve-se passar pela análise objetiva de cada caso, na medida em que se prove que um fato do passado atrapalhe efetivamente um indivíduo no presente. "O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados" (Schreiber, 2011, p. 165).

O mesmo autor ainda acrescenta: "E não raro o exercício do direito de esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento" (Schreiber, 2011, p. 166).

Nessa linha, impossível não trazer à lume as lições de Robert Alexy, filósofo alemão, em sua obra *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Nela, ele destaca a imperiosa racionalidade dos juízos de ponderação entre os princípios jurídicos e faz a indicação de uma fórmula adequada quando se trata de caso de colisão normativa (Lei da Colisão). Assevera que "quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção" (Alexy, 2001, p. 160).

E, é nessa ordem de ideias, que Alexy passa a frisar que, de forma racional, deve-se ponderar o grau de importância das consequências jurídicas de ambos os princípios em tensão e, se a questão não restar solucionada, passa-se a colocar as consequências jurídicas dos princípios ainda em colisão numa balança (metáfora do peso, ponderação), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto.

No caso do direito ao esquecimento, há a percepção de que as tensões entre direitos fundamentais (em sentido amplo) ocorrem entre direitos fundamentais individuais e interesses fundamentais coletivos, sendo que não há uma relação de precedência incondicionada.

A partir disso, é intuitivo acatar a teoria de Alexy (2001, p. 161) acerca da ponderação em casos tais, posto que, além de averiguar o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios e analisar a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, deve ser realizada a ponderação no sentido de descobrir se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.



Nas palavras de Alexy (2001, p. 160), resulta que a ponderação da intervenção no âmbito da personalidade através de uma emissão radial de um tipo por outro, tem que avaliar o interesse concreto a cuja satisfação sirva e a que for adequada<sup>1</sup> (trad. livre das autoras). Segue o filósofo fazendo referência à regra constitutiva para as ponderações do Tribunal Constitucional Federal, afirmando que quanto maior o grau de satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro<sup>2</sup> (Alexy, 2001, p. 161, em tradução livre das autoras).

A crítica existente aponta para a difícil tarefa referente à atribuição de pesos aos princípios em conflito, não se olvidando de que o referido método da ponderação de interesses é dotado de uma dose acentuada de discricionariedade judicial, mormente diante da percepção de que os conceitos sobre o que seja justiça e promoção da dignidade humana são, geralmente, de cunho subjetivo.

### 3 *LEADING CASE* - RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 (STF) – TEMA 786

No ano de 2021, o Supremo Tribunal Federal decidiu em repercussão geral e por maioria, que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição, complementando que eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso. Tal comando se deu no Recurso Extraordinário (RE) 1.010.606, em 11 de fevereiro de 2021 e, assim dispõe:

Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido.

[...]

6. O caso concreto se refere ao programa televisivo Linha Direta: Justiça, que, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou, dentre alguns casos verídicos que envolviam vítimas de violência contra a mulher, objetos de farta documentação social e jornalística, o caso de Aída Curi, cujos irmãos são autores da ação que deu origem ao presente recurso. Não cabe a aplicação do direito ao esquecimento a esse caso, tendo em vista que a exibição do referido programa não incorreu em afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares. Recurso extraordinário não provido.

<sup>1</sup> No original: “Además, resulta que [...] la ponderación de la intervención en el ámbito de la personalidad a través de una emisión radial de ese tipo; por otra, hay de evaluar el interés concreto a cuya satisfacción sirva la que es adecuada” (Alexy, 2001, p. 160).

<sup>2</sup> No original: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2001, p. 161).



8. Fixa-se a seguinte tese: “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 das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível” (Brasil, 2021).

A partir desse delineamento, o STF concluiu que é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento que possibilite impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos em meios de comunicação. Segundo a Corte, eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, com base em parâmetros constitucionais e na legislação penal e civil.

Ainda, nota-se que o STF expõe duas teses:

Além dos Ministros concluírem que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição, complementa que eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso.

Impõe-se observar que o RE 1.010.606 foi tido como *leading case*, e pois exsurgiu (a segunda tese) referente ao Tema 786 (Repercussão Geral): “Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”. Nele, o relator, min. Dias Toffoli, foi acompanhado pelos Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Luiz Fux. Edson Fachin reconheceu o direito ao esquecimento, mas entendeu que não cabe cogitá-lo no caso apresentado. Luis Roberto Barroso declarou suspeição. O entendimento divergente parcial foi apresentado por Nunes Marques e Gilmar Mendes, pois eles admitiram o dano moral.

Como se pode extrair da ementa transcrita acima (Brasil, 2021), o caso analisado na repercussão geral sobreveio de pedido formulado por familiares da vítima de um crime de grande repercussão nos anos 1950 no Rio de Janeiro, e buscavam reparação pela reconstituição do caso, em 2004, no programa “Linha Direta”, da TV Globo, sem a sua autorização. Tratava-se da reconstituição da morte de Aída Cury no programa, acerca do assassinato de Aída. Os irmãos de Aída Cury entraram



na Justiça contra a emissora, mas o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que a Constituição garante a livre expressão de comunicação. A família entrou com recurso, que chegou ao STF em 2017.

O voto do relator, Ministro Dias Toffoli, foi seguido integralmente pela Ministra Rosa Weber, para quem a liberdade de expressão deve ser plena e contra ela não deve existir restrição arbitrária. A Ministra Cármen Lúcia, ao votar pelo desprovimento do recurso, salientou o direito à verdade histórica no âmbito do princípio da solidariedade entre gerações e considerou que não é possível, do ponto de vista jurídico, que uma geração negue à próxima o direito de saber a sua história: “Quem vai saber da escravidão, da violência contra mulher, contra índios, contra gays, senão pelo relato e pela exibição de exemplos específicos para comprovar a existência da agressão, da tortura e do feminicídio?” (Brasil, 2021).

Alexandre de Moraes votou pelo desprovimento total e frisou que o reconhecimento genérico, abstrato e amplo do direito ao esquecimento configura censura prévia, e frisou que não há permissão constitucional para limitar preventivamente determinado conteúdo (Brasil, 2021).

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o relator e trouxe à tona o critério da ponderação, posto que no seu entendimento, enquanto categoria, o direito ao esquecimento só pode ser apurado caso a caso, em uma ponderação de valores, de maneira a sopesar qual dos dois direitos fundamentais (a liberdade de expressão ou os direitos de personalidade) deve ter prevalência (Brasil, 2021).

Luiz Fux, frisou que no caso analisado, os fatos do caso são notórios e que assumiram domínio público, tendo sido retratados não apenas no programa televisivo, mas em livros, revistas e jornais, e acompanhou o relator pelo desprovimento do recurso (Brasil, 2021).

A resultante dos votos ensejou a divergência parcial (votação parcial provimento do RE), sendo esposado o entendimento a favor da estipulação de indenização por dano moral ao caso paradigmático.

#### 4 NUANCES SOBRE A REPARAÇÃO MORAL

Como se disse acima, a questão da responsabilidade civil em casos tais, possui algumas nuances, ou seja, quando o assunto é referente a indenização na esfera do direito ao esquecimento (e





ainda que se proponha a análise casuística), a regra é a da ausência do dever de indenizar por danos morais, porquanto não haja espelhamento de conteúdo inverídico, equivocado, ilícito ou por meio irregular (v. g. artigos 186 e 187 do CCB).

Sobre essa questão, e não obstante tal fator, pode-se admitir o direito à tutela de natureza inibitória que tem respaldo na legislação nacional. A propósito, lembra-se da lição do jurista Sérgio Branco (2017, p. 174), tem-se que a informação a ser esquecida deve passar pelo crivo da licitude, posto que

A veracidade da informação deve estar presente para invocar o direito ao esquecimento. Tratando-se de informação falsa, outros devem ser os mecanismos a serem preferencialmente utilizados, tais como o direito de resposta ou o dever de o meio de comunicação atualizar a informação com os dados mais novos ou mais precisos [...]. Ainda que nestes casos vá-se ao extremo de se suprimir a informação de acesso ao público por ordem judicial, não se deve qualificar tal hipótese como direito ao esquecimento, já que não é algo que se queira esquecer, apagar, mas tão somente informação que, por ser falsa, deve ser combatida por violar outros direitos.

Faltaria, pois, o elemento ilicitude (o ato ilícito) que compõe o nexo de causalidade da responsabilidade civil, para recair na indenização.

Nada obstante, a análise deve sempre recair caso a caso e o tema é controverso, tanto que se constata divergência de entendimentos entre os Ministros do STF, como se disse acima, no que tange à estipulação de dano moral. Nesse passo, tem-se que foi acerca da responsabilidade civil que ficaram parcialmente vencidos os Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes. Esses Ministros avaliaram que o direito ao esquecimento é incompatível com o direito brasileiro, mas opinaram que a TV Globo deveria indenizar a família de Aída Cury por noticiar de forma vexatória a morte da jovem. O Ministro Nunes Marques, entendeu que a exposição humilhante ou vexatória de dados, da imagem e do nome de pessoas (vítimas) é indenizável, ainda que haja interesse público, histórico e social, devendo o tribunal de origem apreciar o pedido de indenização. O Ministro concluiu que, na hipótese de conflito entre normas constitucionais de igual hierarquia, como no caso, é necessário examinar de forma pontual qual deles deve prevalecer para fins de direito de resposta e indenização, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Legislativo (Brasil, 2021).



Gilmar Mendes divergiu parcialmente do relator e seguiu o voto de Nunes Marques. Conforme o Ministro, deve ser permitida a divulgação jornalística ou acadêmica de fatos e, inclusive de dados pessoais, desde que haja interesse público ou histórico. Contudo, se os dados pessoais não forem essenciais para o estudo ou notícia ou se houver abusos, cabe direito de resposta e indenização dos autores, como no caso de biografias não autorizada, declarou Gilmar. Na análise do Ministro, a reconstituição da morte de Aída Cury foi humilhante para a família da vítima, uma vez que afirmou que a jovem foi ingênua nos fatos que culminaram em seu homicídio. Dessa maneira, Gilmar se posicionou no sentido de ocorrer a devolução do processo para a primeira instância, para avaliar indenização por danos morais à família (Brasil, 2021).

Acerca do julgamento no STF, como muito bem pontuaram Deocleciano; Lobo e Viana (2022), a regra geral continua sendo pela liberdade de expressão para fatos lícitos obtidos e divulgados licitamente, ainda que se retomem fatos passados, aliás, nesse olhar a conclusão não poderia ser diferente em respeito à memória histórica coletiva, com a ressalva incluída no julgamento, a qual mantém a possibilidade da análise do caso concreto a fim de evitar excessos ou abusos. E ainda a jurista complementa que, objetivamente, a violação do direito à privacidade, através da divulgação não autorizada bem como a intromissão na privacidade de alguém, enseja ao interessado o direito de pleitear dano moral ou material, gerando o dever de indenizar. Isso, por curial, não fica alterado.

Nessa linha de pensamento, Guimarães (2023, p. 51) ainda pondera um outro fator nessa equação: para o autor, a responsabilidade civil clássica seria “[...] eficaz até certo ponto no ambiente digital, já que se nada é esquecido a memória eterna da internet faz com que o dano também seja eterno, mesmo que reparado”. Para ele, indenizar monetariamente não impede que a vítima continue a sofrer os efeitos deletérios da retomada descontextualizada, como é o caso Aída Cury no episódio em análise.

Nota-se que, normalmente, a pretensão voltada ao direito ao esquecimento, é de interesse de pessoas envolvidas no campo criminal, seja porque responderam a uma ação criminal e foram absolvidos, seja aquelas pessoas que já cumpriram a pena estipulada. Conforme já dito, não é à toa que o direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais, isso porque existem várias normas (v.g. Artigo 93, CP e 202, LEP) que indicam o direito do ex-detento à ressocialização.



Repita-se que não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (v.g. justificativa ao Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal e pelo STJ, já mencionado).

Existem julgados (um exemplo será tratado adiante) que dão conta da situação em que o autor da ação demonstra que a indicação de seu nome em *sites* como o Google, JusBrasil, Escavador etc., possui uma força devastadora, mormente quando se adentra no mercado de trabalho, o qual exige qualificação técnica, recomendação, bons antecedentes etc. É evidente que alguém que tem vinculado a seu nome um processo criminal ou uma ação movida contra um ex-empregador conta com empecilhos que dificultam sobremaneira, quando não impedem, a obtenção de um posto de trabalho (está-se falando de problema diretamente ligado ao seu direito de preservação da imagem, intimidade e vida privada - artigo 5º, X, da CRFB).

Na decisão tomada pelo colegiado do TJRS, de 2018 (Apelação Cível n. 70077405017, o exemplo referido acima), em casos assim, é deliberado que não se fala em dever de indenizar pecuniariamente um suposto dano moral, pois o fato é oficial, correto, verídico. E que, não obstante, mesmo lícito, não há óbice em acolher a pretensão de natureza inibitória que encontra respaldo na legislação nacional vigente. Frisa ainda o relator do julgado que: “não há dúvida que a censura não é estimulada, mas existe a prerrogativa de, pela via judicial, a parte interessada ver cessar prejuízo oriundo do serviço disponibilizado pelo provedor de aplicações que lida com determinado conteúdo de terceiro” (Rio Grande do Sul, 2018).

Por sua vez, importante fazer referência a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815 (julgada em junho de 2015), e que ganhou dimensão por tratar de casuísticas sobre biografias não autorizadas (e que se inclui na seara do direito ao esquecimento), e nesse caso o STF privilegiou a liberdade de expressão e imprensa, em detrimento da proteção da privacidade, ressaltando, contudo, a possibilidade de controle concreto para reparação de abusos (Brasil, 2015).

O julgado afastou a exigência de autorização prévia para a publicação de biografias "não autorizadas", levando em consideração o caráter de investigação histórica na narrativa da vida de uma pessoa pública, restando a quem se sentir prejudicado o direito de pleitear em juízo a análise do caso concreto.



Nessa linha, Martins (2021, p. 30) entende que “o âmbito de aplicação do direito ao esquecimento é mais amplo do que o do diário ou autobiografia, embora haja uma zona cinzenta comum, do ponto de vista das liberdades de expressão e de informação”. Sobreleva anotar que, embora tenha enaltecido um dos princípios constitucionais sobre o outro, a decisão garantiu a possibilidade de busca pela indenização, incluindo o dano moral (Brasil, 2015).

## 5 ADMISSIBILIDADE DA INDENIZAÇÃO EM CASOS DE EXCESSO E ABUSO DO DIREITO DE LIBERDADE

Quando se depara com a admissão do pagamento de indenização, é relevante citar o primeiro recurso julgado pela 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça no caso “Chacina da Candelária” (Recurso Especial n. 1.334.097RJ), julgamento que se deu em 2013 (Brasil, 2013): ocorre que o autor da demanda se tratava de um homem inocentado da acusação de envolvimento na chacina (1993), e que anos após sua absolvição foi retratado pelo mesmo programa acima referido, da rede Globo. Consta que o autor se recusou a dar entrevista para a Globo sobre os fatos, e em junho do ano de 2006, mesmo assim, o programa foi ao ar, tendo o apontado como envolvido na chacina, porém absolvido. Embora o fato fosse verídico, o recorrido insistiu que a transmissão do programa trouxe ao público uma situação já superada e esclarecida, trazendo assim a existência de imagens negativas, cuja qual desencadeou o ódio social, o que não somente afetou sua pessoa como também a seus familiares.

O STJ rejeitou as alegações da emissora de TV de não infringir a privacidade e intimidade, pois os fatos relatados no programa haviam sido tornados públicos e discutidos. A emissora foi condenada a pagar cinquenta mil reais como reparação pela ofensa à sua dignidade. Não obstante o julgamento, essa questão ficou por um tempo em aberto, por causa da decisão do STF dada em repercussão geral (RE 1.010.606/RJ), já focada neste estudo (Brasil, 2021). Todavia, mesmo após a publicação do Tema 786, o STJ manteve a decisão anterior em todos os seus termos.

Uma gama de recursos e decisões se seguiu a partir de 2013, quando então em abril de 2021, com o trânsito em julgado do *leading case* - RE n. 1.010.606/RJ com repercussão geral -, e por causa do RE no REsp n. 1.334.097/RJ, o Ministro Jorge Mussi restou determinada a remessa dos autos ao relator do Recurso Especial para análise do juízo de retratação, pois entendeu que a decisão então



tomada por sua Corte – STJ –, destoaria, em princípio, do Tema 786/STF. Assim, os autos foram devolvidos à 4ª Turma, para que o STJ proferisse juízo de retratação em razão do imbróglio causado pelas interpretações do *leading case*. Isso deixou a finalização da demanda envolvendo a Rede Globo em aberto até agosto de 2021, quando este Tribunal se manifestou mais uma vez sobre o tema (Brasil, 2021).

Entrementes, o relator Ministro Luis Felipe Salomão expôs que não seria o caso de exercer juízo de retratação por entender que o Tema 786/STF (RE 1.010.606/RJ) “está de acordo com a decisão tomada pelo STJ”, no caso do réu absolvido na Chacina da Candelária, afirmando a compatibilidade entre os acórdãos do STJ e STF, culminando em ratificar o julgado. Ele foi acompanhado pela maioria dos votantes (Brasil, 2021).

O caminho indicado pelo Ministro Luís Felipe Salomão em face do conteúdo do julgamento ter sido como o mais apropriado, segue no sentido de que atende à segunda parte da tese emanada da repercussão geral do STF, que asseverou ser indispensável o resguardo dos direitos da personalidade das vítimas de crimes, inclusive dos seus familiares, sobretudo no que tange aos crimes bárbaros. Ademais, ele ressalta que os pressupostos admitidos pelo Supremo Tribunal Federal foram coincidentes com aqueles nos quais se estruturou a decisão tomada no Recurso Especial pela 4ª. Turma do STJ (10/9/2013), justificando-se a confirmação do julgado proferido pelo STJ e, daí, colocando um ponto final na discussão.

De importância ímpar aqui esclarecer que, o entendimento do STJ em não exercer o juízo de retratação, está calcado no paralelo feito com o teor da decisão relatada pelo Ministro Luís Felipe Salomão e o conteúdo do Tema 786: no acórdão proferido em 01/02/2022, o Ministro Salomão comenta que a segunda parte da tese emanada da repercussão geral do STF, asseverou-se o indispensável resguardo dos direitos da personalidade das vítimas de crimes, inclusive dos seus familiares, sobretudo no que tange aos crimes bárbaros:

[...] todos esses julgamentos têm algo em comum, além da necessidade de compatibilidade interpretativa entre a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana, a intimidade e privacidade; a exigência de análise específica – caso a caso – de eventuais abusos nas divulgações, da necessidade de atualização dos dados, da importância dos fatos, do desvio de finalidade ou na exploração ilícita das informações (Brasil, 2021).



Desse modo, não bastasse a literalidade da segunda parte da tese apresentada (Tema n. 786/STF), os pressupostos que alicerçaram o entendimento do Supremo Tribunal Federal foram coincidentes com aqueles nos quais se estruturou a decisão tomada no recurso especial pela Quarta Turma do STJ (10/9/2013), justificando-se a confirmação do julgado proferido pelo colegiado (Brasil, 2021).

Asseverou, em resumo, que se constatou exatamente a situação abusiva referida pelo Supremo, situação para a qual aquele Tribunal determinou a Tese 786, e no caso do STJ, decidiu-se que, muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado, culminando em manter a condenação por dano moral arbitrada em cinquenta mil reais (Brasil, 2021).

Ao decidir acerca da retratação, no voto do Ministro Salomão, estabeleceu-se que a programação da Rede Globo ocorreu em abuso de direito e a despeito da insurgência da parte e que "Não se pode, para narrar a história, atropelar os outros direitos fundamentais" (Brasil, 2021). E em havendo abuso de direito (artigo 187, CC), cabível (e mantida) a condenação à reparação moral do ofendido. Diga-se, pois, que entendimento do Ministro Salomão traz conclusão lógica e adequada ao caso. Nada obstante, a Globo insistiu, apresentado novo Recurso Extraordinário, quando então o Ministro Jorge Mussi (18/3/2021), acabou admitindo o RE, e em 25/4/2021, os autos foram remetidos (em grau de recurso) para Supremo Tribunal Federal.

Bem, perante o STF, agora se trata do RE 1.379.821/RJ, com relatoria do Ministro André Mendonça, e até o fechamento da pesquisa (25/5/2024), encontrava-se com a Procuradoria Geral da República, e, pois, indefinido.

Na mesma linha, outros julgados têm sido proferidos pelo STJ, mantendo as decisões anteriores a Tese com repercussão geral no 786, v. g., o do Recurso Especial 1.660.168/RJ (3ª Turma), relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em junho de 2022 pelo STJ, que tem mantido suas decisões de outrora e não realizando a retratação solicitada (Brasil, 2022).



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção maior no estudo se distancia de valorar a decisão integral tomada pelo Supremo Tribunal Federal quando do Recurso Extraordinário n. 1.010.606/21/RJ, sendo a ideia primordial averiguar a possibilidade de reparação moral em casos de direito ao esquecimento. Por isso, impôs a análise do *leading case*, posto que tal julgamento, ao tempo que definiu que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição, deixou claro que se constatados eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação, passa-se a análise de caso a caso. Lembre-se que, no caso, por maioria, admitiu-se a reparação moral.

Pode-se concluir que exsurgiram desse comando judicial duas manifestações distintas, e uma das hipóteses abre a possibilidade de analisar excessos ou abusos e, pois, culmina na reparação de danos morais.

O assunto se mostrou intrigante porque, na esfera do direito ao esquecimento, a regra é a da ausência do dever de indenizar por danos morais. Repita-se que nesse contexto, não há espelhamento de conteúdo inverídico, equivocado, ilícito ou por meio irregular, a ensejar a referida indenização (v.g. ato ilícito, nos termos do artigo 187 do CC). Aliás, em um dos casos, não se olvide que foi admitida a tutela inibitória.

As nuances da indenização por dano moral seguiram demonstradas, seja diante da decisão tomada pelo STF (*leading case* – Tema 786), seja em face do estudo de outros casos julgados no decorrer do artigo, notadamente o caso “Chacina da Candelária” contra a Rede Globo (STJ - Recurso Especial n. 1.334.097/RJ) em que, justamente por causa da reparação do dano moral, “abriu-se” novamente esse caso, em que já havia sido estipulado dano moral perante o STJ, sob o argumento da segunda parte da tese com repercussão geral.

O fato é que a reparação moral nem sempre se mostrará inexorável. Como a própria Tese estabelece, há que se apreciar caso a caso. E em havendo os requisitos para a reparação extrapatrimonial, que seja a mesma estabelecida pelos julgadores. E nem se afirme que o direito ao esquecimento já não pertence à discussão, que envereda para a pura teoria geral da responsabilidade civil por abuso de direito. Esse direito ainda é o substrato e o pano de fundo da discussão, como bem



ressaltou a Ministra Nancy Andrighi no seu voto no Recurso Especial n. 1.660.168/RJ (3ª Turma) (Brasil, 2022).

Dessa forma, atingindo o propósito definido no estudo, demonstrou-se, assim, as nuances acerca da análise da indenização por danos morais quando do pleito tendente ao direito ao esquecimento (e por causa de eventuais excessos ou abusos), mormente diante da decisão com Repercussão Geral, proferida pelo STF. E, mais: o futuro trará (ou não) as novidades sobre o desfecho de outros casos que resultaram em estipulação de danos morais na esfera do direito ao esquecimento pelo STJ (sem juízo de retratação) que, se já não seguiram para o STF em sede de Recurso Especial, certamente ainda terão o mesmo destino.

Por ora, resta aguardar.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 531. **Enunciados da VI Jornada de Direito Civil**, 26/4/2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142> e em <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>. Acesso em 06 maio 2024.

BRASIL. **Medida provisória n. 954, de 17 de abril de 2020**. Poder Executivo, Brasília, 2020. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm). Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4815**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julg. 10/6/2015. DJE n. 18, divulgado em 29/01/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>. Acesso em: 25 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6387** (conexos ADIs 6388, 6389, 6390, e 6393). Relatora Ministra Rosa Weber. Julg. 07/5/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>. Acesso em 26 maio 2024.





BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito ao esquecimento: acompanhe o julgamento em tempo real (o julgamento prossegue nesta quinta-feira). Até o momento, a maioria dos Ministros entende que não há direito ao esquecimento no Brasil. **Portal do STF**, Notícias, 10/02/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460320&ori=1>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.010.606**. Relator Ministro Dias Toffoli. Repercussão Geral, tema: 786. DJE 20/05/2021. DJE n. 96, divulgado em 19/05/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.379.821**. Relator Ministro André Mendonça. Ainda a ser julgado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6391096>. Acesso em: 26 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.334.097/RJ**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julg. 28/5/2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 26 maio 2024.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. Tradução Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

GUIMARÃES, João Alexandre Silva Alves. O direito ao esquecimento como preceito fundamental para o direito de personalidade e a prevenção de um dano eterno. **Revista IBERC**, v. 6, n. 3, p. 30-55, set./dez. 2023 [www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc](http://www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc). Acesso em: 16 set. 2024.

KELLY, Michael J.; SATOLA, David. The Right to be Forgotten. **Law Review**, University of Illinois, n. 1, p. 1-65, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2965685](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2965685). Acesso em: 24 maio 2024.

LUCENA, Marina Giovanetti Lili. **O direito ao esquecimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen, 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento como direito fundamental. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-ao-esquecimento-como-direito/>. Acesso em:

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020.



RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70077405017**, Nona Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em: 18-12-2018. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70077405017&conteudo\\_busca=documento\\_text](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70077405017&conteudo_busca=documento_text) . Acesso em: 26 maio 2024.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira; LOBO, Júlio Cesar Matias; VIANA, Janile Lima. Uma análise crítica da atual posição do Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao esquecimento. **Revista Brasileira De Direito Civil**, v. 31, n 02, pp. 203-222, 2022. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/810>. Acesso em: 16 set. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 19, n. 2, p. 491-530, maio/ago. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.