

DIREITO AO ESQUECIMENTO: UM DIREITO POTESTATIVO?

RIGHT TO BE FORGOTTEN: A POTESTATIVE RIGHT?

Bernardo Souza Barbosa

Doutor em Direito Constitucional pelo IDP. Mestre em Direito Público pela FGV de São Paulo. Graduado em Direito pela FGV do Rio de Janeiro. Professor do MBA de Direito Empresarial do IBMEC. Professor convidado dos cursos de educação continuada da Abrasca. Sócio do escritório Motta, Fernandes Advogados. Procurador do Município de Nova Iguaçu. Ex-Procurador federal. Ex-Assessor jurídico da Secretaria de Desestatização, Desinvestimento e Mercados do Ministério da Economia. Ex-Presidente do Conselho de Administração da Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU. Ex-Membro do Conselho de Administração da Empresa Gestora de Ativos S.A. – EMGEA. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9137-0482> E-mail: besb13@hotmail.com

Rafael Silveira e Silva

Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília e especialização em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e do Instituto Serzedello Corrêa (ISC/TCU). Líder do Grupo de Pesquisa “Processos de Mudança Constitucional e Legal”, no IDP, e do Grupo de Pesquisa “Controle de Políticas Públicas”, no ISC/TCU. Modificação e áreas de pesquisa: políticas públicas, estudos legislativos, análise do processo decisório, análise institucional, governança e judicialização. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7014-6935> E-mail: rafael.silva@idp.edu.br

Resumo: Os casos centrados na aplicabilidade do direito ao esquecimento colocam em colisão os direitos fundamentais de liberdade de informação e de tutela da privacidade, evidenciando a complexidade da tarefa de ponderar os valores e circunstâncias em jogo. Nesse sentido, apresenta-se neste artigo perspectiva de leitura do direito ao esquecimento que impede a sua interpretação como um direito potestativo contra a coletividade. Seu campo protetivo deve ter contornos limitados, especialmente quanto aos efeitos da tutela jurisdicional para fins de pedidos de perdas e danos, e não de providência jurisdicional que possibilite limitar o direito difuso de toda a coletividade de acesso à informação e à preservação de sua memória coletiva.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direito potestativo. Direito à informação.

Abstract: The cases focused on the applicability of the right to be forgotten put the fundamental rights of freedom of information and protection of privacy into collision, highlighting the complexity of the task of considering the values and circumstances at stake. In this sense, this article presents a perspective of reading the right to be forgotten, which prevents its interpretation as a potential right against the

collectivity. Its protective field must have limited contours, especially with regard to the effects of judicial protection for the purpose of claims for damages, and not a judicial measure that makes it possible to limit the diffuse right of the entire community to access information and to preserve its collective memory.

Keywords: Right to be forgotten. Potestative right. Right to information.

Sumário: Introdução – **1** O contexto normativo dos direitos fundamentais em choque – **2** Os contornos do direito ao esquecimento – **3** A quem compete a decisão de ter acesso ou não à informação? – Conclusão – Referências

Introdução

O direito ao esquecimento é uma categoria jurídica que garantiria a possibilidade de que determinados fatos ocorridos na vida de uma pessoa, embora verdadeiros, não venham ao conhecimento público por meios de comunicação, após o transcurso de determinado lapso temporal. Em tempos de avanços tecnológicos, que facilitaram sobremaneira o acesso à informação a partir de meios que elevam as possibilidades de perpetuidade do armazenamento e disponibilidade dessas informações e de notícias, o direito ao esquecimento ganhou espaço relevante em debates no âmbito jurídico.

Mas o direito ao esquecimento não é necessariamente uma novidade, e as experiências internacionais já testemunham discussões a respeito do tema, ao menos desde o início do século XX. O primeiro caso emblemático foi Melvin *versus* Reid, em 1918, no Estado da Califórnia, Estados Unidos. Nesse conflito, o recurso foi movido por Gabrielle Darley, que, no passado, havia sido acusada de homicídio, tendo sido inocentada e, depois, passado por um processo de ressocialização. A discussão sobre o direito ao esquecimento originou-se quando a cineasta Doroty Reid resolveu produzir um filme sobre a vida privada e passada da Sra. Darley, anos após a absolvição. Após seu recurso à justiça, a Sra. Darley obteve decisão pela reparação aos danos ocorridos pela exposição indevida de sua vida privada. Entendeu a corte californiana que ela tinha o direito de ser esquecida por fatos de sua vida passada, visto que, em um momento posterior ao esgotamento do processo criminal e de seus efeitos, a exposição de todo esse périplo lhe causaria inegável sofrimento.

No Brasil, as discussões do direito ao esquecimento ganharam maior notoriedade pelo conflito entre princípios constitucionais. Por um lado, há uma linha interpretativa que equipara o direito ao esquecimento ao direito fundamental à proteção da intimidade da pessoa, consubstanciada na tutela de sua honra, privacidade, imagem e, de maneira mais objetiva, à sua dignidade. De outro lado, há a

liberdade de expressão e informação, as quais advogam a plena liberdade de cada um se expressar, sem qualquer tipo de censura ou controle de conteúdo, assim como de divulgar e noticiar informações a terceiros, direitos que, igualmente, gozam de *status* constitucional e que figuram como um direito fundamental cardeal do Estado democrático de direito. Assim, a questão imediatamente subsequente que se põe é: qual desses direitos fundamentais deve prevalecer em um dado caso concreto quando aparentemente contrapostos?

A resposta para essa pergunta perpassa por debates centralizados em torno das noções de interesse público, dignidade da pessoa humana, abuso de direito e boa-fé, englobando, por assim dizer, dimensões dotadas de altíssimo grau de abstração, dificultando, dessa maneira, a tarefa do intérprete responsável por resolver conflitos dessa espécie. Foi o que aconteceu no caso “Áida Curi”. Áida foi vítima de um crime sexual seguido de morte no Rio de Janeiro, em 1958. A emissora Rede Globo, por meio do programa “Linha Direta”, exibiu a história desse crime, motivando os familiares da vítima a ingressarem com ação judicial, para obter indenização por danos materiais, morais e à imagem da vítima, tendo em vista a memória emocional e traumática a que a família foi submetida com a exibição do programa.

Essa questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF),¹ e, em 2021, entendendo a repercussão geral da matéria, fixou a seguinte tese (Tema nº 0786):

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

Nesse sentido, sopesando os direitos em jogo, o STF definiu que a aceção do direito ao esquecimento como medida obstativa da divulgação de fatos ou dados não encontra, autonomamente, amparo na Constituição, cabendo aos magistrados analisar as circunstâncias específicas de cada caso e verificar eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação. Ocorre que essa tese não representou, na prática, um ponto final nas controvérsias

¹ Recurso Extraordinário nº 1.010.606 – Min. Rel. Dias Toffoli. Recorrente: Nelson Curi e outro. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A.

relacionadas ao assunto, como se pressupunha. A Suprema Corte segue sendo provocada a esclarecer como aplicar, em casos concretos, a tese abstratamente estabelecida,² em especial diante do texto da segunda parte da tese fixada pelo STF, que, no âmbito do STJ, vem sendo lida e interpretada como uma autorização ao magistrado para, a depender das circunstâncias do caso, fazer cessar a violação.³ Com isso, permanece a dúvida se o direito ao esquecimento pode ser manejado como fundamento para, em certas situações, ainda que excepcionais, impor medida impeditiva à divulgação de determinada matéria ou informação.

Nesse contexto de permanente insegurança jurídica sobre o tema, pretende-se, neste artigo, contribuir para os debates doutrinários, procurando responder ao seguinte questionamento: em conflito dessa natureza, o direito difuso da coletividade, de ter acesso à informação, pode ser obstaculizado a partir de o questionamento submeter ao alvedrio de uma dada pessoa, como se a essa fosse garantido um direito potestativo de definir se, quando, como e onde serão divulgadas determinadas informações a seu respeito?

1 O contexto normativo dos direitos fundamentais em choque

A colisão entre princípios constitucionais⁴ é verificada, sobretudo, da dialética da Constituição brasileira, a qual reúne e estabelece valores diversos que, eventualmente, se chocam. Nesse sentido, é de se pontuar o registro feito por Pilatti (2008, p. 1), que realça a pluralidade de segmentos e agentes no processo de formação da Constituição de 1988:

Entre 1º de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988, o edifício do Congresso Nacional, em Brasília, transformou-se em ponto de afluência de

² Recurso Extraordinário nº 1.379.821 – Min. Rel. André Mendonça. Recorrente: Globo Comunicação e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França.

³ Trecho da ementa do julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ: “9. De fato, no caso em exame, conforme análise pormenorizada dos fatos e julgamento desta Turma, constatou-se exatamente a situação abusiva referida pelo Supremo, situação para a qual aquele Tribunal determinou: em sendo constatado o excesso na divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais, se proceda o julgador competente ao estancamento da violação, com base nas legítimas formas previstas pelo ordenamento. 10. Sublinhe-se que tal excesso e o ataque aos direitos fundamentais do autor foram bem sintetizados no voto condutor, que salientou que a permissão de nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, no caso concreto, significaria uma segunda ofensa à dignidade, justificada pela primeira, uma vez que, além do crime em si, o inquérito policial se consubstanciava em reconhecida ‘vergonha nacional’ à parte”.

⁴ A referência a princípios constitucionais se justifica na medida em que, entendidos como mandados de otimização, na acepção de Robert Alexy, os direitos fundamentais em referência possuem caráter de princípio em razão de sua densidade normativa.

múltiplos setores organizados da sociedade brasileira. Ali aconteceu um processo decisório caracterizado pelo dissenso, pela intensa e permanente mobilização de atores coletivos internos e externos, por votações altamente polarizadoras [...].

Ao mesmo tempo em que se reconhece o caráter dialético do texto constitucional, não se pode olvidar de sua unidade, que impõe que a interpretação da Constituição não pode ser feita em tiras, aos pedaços (GRAU, 2012). Ou seja, eventuais atritos entre valores constitucionais devem ser harmonizados caso a caso, eis que a noção em torno desse princípio pressupõe que não existe hierarquia jurídica entre as normas constitucionais. A esse respeito, Barroso (2004, p. 10) já indicava:

Embora os princípios e regras tenham, em tese, uma existência autônoma, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Por isso, a pergunta anteriormente formulada não pode ser respondida com uma assertiva que, *prima facie*, aponte que um direito fundamental deve preponderar sobre o outro, quando esses estão, na verdade, nos mesmos patamares axiológicos (BARROSO, 2004).

Na busca pelo equilíbrio e integridade do texto constitucional, a influência de Alexy (2008) permanece preponderante. Para o autor, o intérprete deve buscar solucionar os princípios em choque por meio da ponderação, à luz do contexto e das circunstâncias concretas. A ponderação é uma técnica de raciocínio aplicável para a solução de casos difíceis em que a simples subsunção do fato à norma não se mostra possível ou suficiente, tendo em vista a existência de uma pluralidade de normas de mesma envergadura aplicáveis ao fato, indicando soluções díspares.

Por meio da ponderação, o intérprete realiza, à luz do caso concreto e de suas circunstâncias e contexto, o sopesamento de cada uma das normas constitucionais aplicáveis, de forma a decidir, mediante concessões recíprocas, e preservando ao máximo possível cada uma delas, qual delas deve prevalecer na hipótese examinada.

Portanto, na colisão de direitos fundamentais que, por essência, exprimem valores de alta densidade, como o são o respeito à privacidade e a liberdade de comunicação, o intérprete não consegue, aprioristicamente, definir quais dos direitos

fundamentais deve prevalecer. Segundo Mendes (1994), essa resposta só é obtida como resultado da ponderação dos valores *vis-à-vis* as circunstâncias do caso, eis que são elas os elementos definidores do conflito.

Nesse sentido, realçando o olhar atento que o intérprete deve direcionar para as circunstâncias do caso, vale citar a reflexão de Ávila (2005, p. 25-26):

[...] é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crendice de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar [...].

Não obstante, ressalta-se a crítica feita por Streck (2013, p. 363), em que aproxima a noção em torno da ponderação da discricionariedade:

Ou seja, a ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetivamente e qualitativamente, os problemas que a concretude apresenta ao direito. Não esqueçamos que nos defrontamos cotidianamente com as mais variadas decisões sustentadas na ponderação de princípios. Assim, por exemplo, há decisões deferindo o direito a aluno de curso de biologia a não dissecar animais (qual o direito fundamental que estaria violado?), assim como decisões que, por vezes deferem e por vezes indeferem remédios para doentes em estado grave (nos dois casos, usa-se a ponderação), sem falar no uso arbitrário do princípio da dignidade da pessoa humana, que serve para resolver, por intermédio do sopesamento de princípios, os mais diversos conflitos, propiciando múltiplas e multifacetadas respostas no sistema. Ponderação, assim, está ligada à discricionariedade e esta não escapa do positivismo, que tem nela, na discricionariedade, o seu ponto de estofo. Tudo isso não permite que eles saiam dos braços da filosofia da consciência, que depende do *subjectum*.

Essas considerações sobre como se alcançar o equilíbrio em casos em que direitos entrem em rota de conflito, independentemente de a metodologia a ser adotada ser encarada como ponderação ou arbitrariedade/subjectividade, corroboram a necessidade de amadurecimento acadêmico e jurisprudencial sobre conflitos típicos dessa natureza, como é o caso dos rotineiros litígios entre liberdade de expressão e informação *versus* direito ao esquecimento. Apenas com o salutar

desenvolvimento das discussões sobre o tema – e, pois, do aprimoramento da aplicação da ponderação enquanto técnica interpretativa –, é que será possível diminuir a insegurança jurídica acerca da matéria, a qual, como visto, permanece existindo mesmo após a recente fixação de tese em repercussão geral pelo STF.

De fato, não se pode negar a recorrência no mau uso da ponderação, sem o rigor necessário e sem a aplicação dogmática dos seus subprincípios, quase como um argumento de autoridade suscitado para se chegar a um resultado pre-determinado a partir de interesses e percepções subjetivas do aplicador da técnica, o que, porém, não afasta a sua importância.

Feitos esses apontamentos iniciais, e antes de avançar propriamente na reflexão central deste artigo, é importante delimitar, sob a ótica jurídica, o que cada vertente do conflito em referência advoga em seu favor para compreender a pretensão e os efeitos jurídicos que cada uma das partes litigantes pretende ver implementados.

Quando se fala em conflitos que tratam do direito ao esquecimento, está em jogo, de um lado, a liberdade de informação, consistente no direito de qualquer pessoa comunicar fatos livremente e, adicionalmente, ao direito difuso de ser deles informado e, de outro, os denominados direitos da personalidade da pessoa humana que se diz lesada pela divulgação de determinada informação, os quais englobam a proteção à honra, intimidade, imagem, compreendidos esses na cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana.

Embora fortes sob a perspectiva valorativa, esses direitos não possuem densidade em sede constitucional⁵ capaz de definir os contornos das respectivas aplicabilidades em situações específicas, de maneira que cabe ao intérprete fazê-lo diante do contexto e circunstâncias concretas. Nessa tarefa, qualquer sentido interpretativo que se pretenda dar a esses direitos não pode se descurar da evolução do comportamento coletivo, demarcado e orientado por balizas condizentes ao perfil de cada princípio objeto da ponderação.

Retomando as considerações sobre os direitos em jogo, registre-se, sobre a vertente da liberdade de informação, a importância, em tempos de acirrados debates sobre *fake news*,⁶ de que a tutela do direito esteja intrinsecamente relacionada

⁵ Como observado por Lins (2009, p. 54), “[...] considera-se densificada, em nível constitucional, a norma que fornece critérios claros e precisos para sua concretização”.

⁶ A menção às *fake news* é proposital dado que é um fenômeno cujo crescimento se deu muito por conta dos avanços da tecnologia, os quais impactam, de igual maneira, o surgimento de discussões sobre o direito ao esquecimento. Sobre a origem das *fake news*, vale citar o resgate histórico feito por Amato (2021, p. 38): “Retomando as definições conceituais do início deste tópico, podemos compreender a especificidade do fenômeno das fake news. Não se trata da mentira propagada dentro de uma pequena comunidade com fronteiras locais, nem da quebra dos segredos da corte em uma sociedade estratificada. Trata-se de um fenômeno vinculado à própria tecnologia dos novos meios de comunicação de massa – as plataformas

à forma de seu exercício, não desfrutando de proteção constitucional o agente que porventura maneje esse direito de forma abusiva (TOFFOLI, 2019). Nas palavras de Barroso (2005, p. 113), haverá o “exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério de sua veracidade”. Ainda segundo o citado autor, veracidade da informação, portanto, é pressuposto essencial à configuração – consequentemente também à sua proteção – do direito de informação constitucionalmente tutelado: “A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental” (BARROSO, 2005, p. 113).

Nesse sentido, é oportuna a análise feita por Carvalho (1999, p. 97) a respeito do tema: “[...] O que se deve exigir dos órgãos de informação é a diligência em apurar a verdade; o que se deve evitar é a despreocupação e a irresponsabilidade em publicar ou divulgar algo que não resista a uma simples aferição”.

Esses contornos da liberdade de expressão e informação são fundamentais para delimitar, adequadamente, a discussão que se põe, afastando, para fins deste artigo, discussões laterais que porventura possam surgir do exercício daquele direito relacionadas à apuração da veracidade ou não da informação. Isso é, o direito ao esquecimento não serve para proteger a pessoa de informação mentirosa que venha a ser divulgada contra a sua pessoa. Para esses casos, o remédio ofertado pelo ordenamento jurídico é outro. Se o direito ao esquecimento for aplicado, tratar-se-á de um placebo, e não de um agente capaz e habilitado a combatê-lo.

2 Os contornos do direito ao esquecimento

Fixada, pois, a premissa de que o direito de informação de que se trata é aquele exercido para noticiar fatos verificáveis, e não falsas informações que busquem tão somente violar a esfera de direitos de terceiro, é possível que, ainda assim, a pessoa a que os fatos noticiados façam referência reivindique o direito ao esquecimento para ver resguardada a sua privacidade por fato que, no seu entender, desabone, sob alguma perspectiva, a sua pessoa. É aqui que surge, então, a pergunta que precisa ser respondida e que o STF ainda não conseguiu solucionar, em definitivo, com a fixação da tese em repercussão geral: o exercício do direito

digitais. [...] Porém, especificamente nos meios digitais há uma distinção no nível da mensagem: a informação é confirmada por uma série de mensagens similares de pessoas de confiança (geralmente parentes, amigos e colegas de trabalho). Assim, por meio da redundância (que caracteriza o aspecto massificado dos meios de disseminação), a mentira repetida ganha o valor social de ‘verdade’”.

ao esquecimento por alguém pode colocar toda a coletividade em um estado de absoluta sujeição?

O julgador que seja confrontado com demanda cuja discussão recaia sobre o direito ao esquecimento deverá examinar a robustez da pretensão, consubstanciada na alegada violação à intimidade de determinada pessoa, *vis-à-vis* o direito de informação, compreendido, recorde-se, tanto pelo direito de comunicar fatos livremente, quanto pelo direito difuso de ser deles informado.

De forma pragmática, aquele que reivindica o direito ao esquecimento o faz ao argumento de que, com o passar do tempo, a veiculação de determinada informação a seu respeito é ofensiva à sua intimidade, privacidade, imagem ou honra. A principal pretensão de quem o reivindica, portanto, é de ser esquecido, como a própria nomenclatura sugere, de modo a interromper qualquer associação de seu nome ou imagem a eventos ocorridos no passado.

É digno de nota o registro contido na justificativa do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil,⁷ o qual reconheceu o direito ao esquecimento como parte integrante da tutela da dignidade da pessoa humana, que ressaltou a estreita relação do tema com a ressocialização do condenado na esfera criminal.⁸

Nessa ótica que associa o esgotamento dos efeitos da legislação penal ao direito esquecimento, é esclarecedora a manifestação de Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao esquecimento no âmbito do Recurso Extraordinário nº 1.010.606 – Min. Rel. Dias Toffoli (2017, p. 137):

Cumprida a pena, os fatos que cercam o ato criminoso precisam ser superados pela sociedade; não podem ser eternamente reprisados seja lá por quem for, onde quer que for. É da nossa Constituição a vedação expressa às penas de caráter perpétuo - art. 5º, inc. XLVII - e do nosso Código Penal a imposição de um marco temporal dos efeitos das penas, de cinco anos a contar da data de seu cumprimento ou extinção - art. 64, inc. I. Superado o lapso dos cinco anos, não há critério material apto a valorar o delito cometido.

Os tribunais nacionais, em especial as cortes superiores, já enfrentaram diversos processos em que a tese do direito ao esquecimento fora arguida. Em um dos mais notáveis sobre o tema, o da chacina da Candelária, o Ministro

⁷ A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

⁸ “O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização”.

Luis Felipe Salomão⁹ procurou resolver esse conflito transpondo à esfera civil justamente o racional dos efeitos da legislação penal sobre a matéria:

Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas irreversivelmente consumadas. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. [...] Não se pode, pois, nestes casos, permitir a eternização da informação.

Dito de outro modo, o argumento central seria o de que, uma vez esgotado os efeitos da legislação penal, aquele que outrora figurou na esfera penal como ofensor passaria a incorporar o direito de ver seu nome dissociado daquele episódio, desabonador na sua essência, que a própria lei penal não mais lhe atribui valor.¹⁰

Aparentemente, os argumentos acima expostos poderiam viabilizar uma maior densidade jurídica ao direito ao esquecimento. Teria, então, tal direito a característica de ser potestativo? Na seção seguinte serão trazidos mais argumentos para enriquecer esse debate.

3 A quem compete a decisão de ter acesso ou não à informação?

Atribuir exclusivamente à pessoa que se diz ofendida o poder de definir se determinada informação pode ou não ser divulgada à toda coletividade significaria conferir, aprioristicamente, um caráter absoluto à proteção da privacidade de uma pessoa, anulando, por completo, a liberdade de informação de terceiros, o que não é compatível com a noção de unidade da Constituição discutida anteriormente, dado que, nessa hipótese, a consequência do exercício do direito ao esquecimento seria a supressão, por completo, do direito de terceiros divulgarem ou noticiarem determinadas informações ou delas terem ciência.

⁹ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. REsp nº 1.334.097/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. *DJ*, 10 set. 2013.

¹⁰ Sobre a influência do direito penal na compreensão do direito ao esquecimento, vale registrar que há projeto de lei (Projeto de Lei nº 4.418/20) em trâmite na Câmara dos Deputados que busca instituir e regulamentar o chamado direito ao esquecimento penal, com vistas a positivar o direito de pessoas condenadas não serem citadas nominalmente ou de forma que facilite a sua identificação após determinado lapso temporal do cumprimento da pena. Esse projeto demonstra que as discussões em torno da temática não se restringem aos ambientes da academia jurídica e tribunais, estendendo-se para o âmbito legislativo.

Significaria, em outros termos, tratar o direito ao esquecimento como um direito potestativo, de maneira a atribuir o poder decisório sobre o acesso à informação tão somente àquela pessoa que afirma se sentir lesada pela sua divulgação, submetendo, dessa maneira, toda a coletividade a um estado de sujeição de sua vontade. Nesse aspecto, vale registrar que, intrinsecamente à noção de direito potestativo, está o estado de sujeição que o seu exercício promove perante terceiros, tal como argumenta Amorim Filho (1997, p. 729):

[...] uma das principais características dos direitos potestativos é o estado de sujeição que o seu exercício cria para outra ou outras pessoas, independentemente da vontade destas últimas, ou mesmo contra sua vontade. Assim, por exemplo, o mandatário, o donatário e os outros condôminos, sofrem os efeitos da extinção do mandato, da doação, e da comunhão, sem que possam se opor à realização do ato que produziu aqueles efeitos.

A nota marcante de um direito potestativo é que ele não pode ser contestado pela parte que a ele se sujeita, de forma que, em uma relação em que se tenha, de um lado, um titular de direito potestativo, do outro lado dessa relação jurídica estará alguém em uma posição de mera sujeição ao exercício do direito do outro, não lhe sendo franqueada a possibilidade de ofertar resistência legítima, sob a ótica jurídica, no sentido de obstar o livre exercício daquele direito. Por essa razão, ratificando os exemplos descritos na citação anterior, encontram-se na jurisprudência do STJ casos julgados em que se reconhece a qualidade de direito potestativo ao direito de condômino de bem indivisível requerer a extinção do condomínio, restringindo, portanto, a possibilidade de objeção ao exercício desse direito pelo(s) outro(s) condôminos.¹¹

Se o direito ao esquecimento for compreendido como o direito de não ser lembrado contra a sua vontade, com força jurídica para impedir a circulação de determinadas informações para a coletividade, estar-se-á conferindo ao direito ao esquecimento o tratamento dispensado a um direito potestativo, em que a contraparte (a coletividade) seria colocada em posição de absoluta sujeição à vontade da outra (a pessoa que se diz lesada) no que se refere ao exercício do direito de liberdade de expressão e informação. O efeito prático desse tratamento seria o

¹¹ “Correto o deferimento do pedido de alienação judicial do imóvel, pois a utilização exclusiva do bem por parte da requerida impossibilita o autor de dispor do bem. Constitui, finalmente, direito potestativo do condômino de bem imóvel indivisível promover a extinção do condomínio mediante alienação judicial da coisa”. Trecho da ementa do REsp nº 1.852.807/PR, Terceira Turma do STJ. Recorrente: Cristiano Zorzela. Recorrido: Sheila Aparecida da Silva, julg. 10.5.2022.

esvaziamento, por completo, de um direito fundamental em favor da observância de outro direito fundamental, ao exclusivo critério daquele que se diz atingido pela divulgação de determinada informação.¹²

Portanto, a tentativa de compreender o direito ao esquecimento como um direito que se aperfeiçoa com a vontade autônoma da parte que se diz lesada no sentido de não ser lembrada contra a sua vontade extrapola os estreitos limites e legítimos interesses por detrás desse direito que se conecta, como visto, com o próprio desenvolvimento da dignidade da pessoa.

Entretanto, essa forma de lidar com o direito ao esquecimento é objeto de crítica por Sarmento (2015, p. 193):

O reconhecimento de um suposto direito de não ser lembrado, por fatos desabonadores ou desagradáveis do passado, se afigura francamente incompatível com um sistema constitucional democrático, como o brasileiro, que valoriza tanto as liberdades de informação, expressão e imprensa, preza a História e cultiva a memória coletiva.

O que Sarmento enfatiza é a avaliação sobre tais acontecimentos: alguns deles apresentam significado relevante que extrapola o interesse individual, pois que repercutiu em várias dimensões de boa parte da sociedade, impactando sua percepção sobre os fatos sociais, sua forma de ver e interpretar os acontecimentos, suas expressões políticas, culturais, entre outros aspectos.

Nesse sentido, como bem foi trazido de forma pioneira por Halbwachs (2013), a memória torna-se um fenômeno social do passado, que repercute e se mantém como memória coletiva de uma sociedade. Para o referido autor, a conexão entre a memória individual, circunscrita, vivida ou repassada por uma pessoa, também diz respeito a uma comunidade, ou grupo, essa lembrança vai se tornando um patrimônio desse coletivo.

Segundo Nora (1993), as memórias coletivas se expressam nos “os lugares de memória”. Segundo o autor, três características ajudam a compreender a constituição desses lugares: (i) materialidade, quando se expressa em museus, arquivos, monumentos, comemorações, santuários etc.; (ii) funcionalidade, que indica a cristalização da lembrança que permite sua transmissão; e (iii) simbologia, já que remete acontecimentos vividos por grupos restritos, não necessariamente por pessoas ainda vivas, mas que carregam representações para uma maioria que

¹² É curioso pensar, nesse sentido, que, se enfrentada dessa forma, a liberdade de expressão e informação de toda a coletividade ficaria sujeita à manifestação de vontade de uma única pessoa, alegando o direito ao esquecimento, a qual só se concretiza, na prática, pela própria garantia de todos de se expressar livremente.

não participou do evento. Ainda segundo ao autor, a existência dos lugares de memória confunde-se com os permanentes esforços pela sua perenidade, ou seja, há possibilidades de haver um processo gradual de esquecimento: “[...] se o que [os lugares de memória] defendem não estivesse ameaçado, não se teria a necessidade de construí-los. Se vivêssemos verdadeiramente as lembranças que envolvem, eles seriam inúteis” (NORA, 1993, p. 13).

Sobre esses elementos – os quais não podem ser sonegados – pairam o conflito entre direito à informação e direito ao esquecimento, compreendendo valores de estatura constitucional e basilares do Estado democrático de direito, com repercussões diretas na vida social. É a partir daí que surge a necessidade de refletir sobre a titularidade propriamente dita sobre a informação, se da pessoa a quem diga, direta ou indiretamente, a respeito, ou se da coletividade.

O problema não reside no diferencial numérico dos interesses contrapostos, isso é, pessoa ofendida *versus* toda a coletividade – ou, por assim dizer, titularizado por um número indefinido de pessoas –, com a prevalência da última apenas por contemplar maior número de sujeitos afetados, mas, sim, na superposição de um direito sobre o outro, com o total aniquilamento de um deles, com todos os efeitos deletérios dessa opção, desconsiderando a necessidade de que eles sejam ponderados à luz do caso concreto.

Isso não passou despercebido por Sarmiento (2015, p. 200), que alertou para a capacidade de os direitos fundamentais serem aplicados em caráter igualitário e universal para todos:

Assim, afirmar que há um direito fundamental a não ser lembrado, contra a sua vontade, por fatos passados constrangedores ou desagradáveis, é atribuir este direito a todas as pessoas. Porém, em praticamente todos os acontecimentos existem aspectos cuja recordação pode causar embaraço ou sofrimento para alguém.

Por isso, nem para um nem para outro deve prevalecer o pêndulo aprioristicamente, de maneira que devem ser estabelecidos parâmetros e limites para a defesa de cada um dos direitos em jogo, estipulando, de maneira menos subjetiva possível, os efeitos jurídicos que podem ser alcançadas com o acolhimento de uma tese jurídica, como é o caso do direito ao esquecimento.

O decurso do tempo é fator relevante a ser considerado na equação da ponderação, pois a sua consequência natural é a perda da contemporaneidade da informação e, em certa medida, da sua relevância enquanto acontecimento histórico. Entretanto, não existe uma relação necessária de equivalência entre atualidade da informação e o peso que a sociedade lhe confere, existindo, portanto,

informações referentes a fatos antigos de pouquíssima relevância e, de outro lado, alguns de extrema relevância para a sociedade a despeito da sua distância temporal com o presente.

Assim, sonegar eventos e fatos ocorridos no passado como se não tivessem ocorrido é perigoso para a história e memória do país como um todo. O amadurecimento de uma dada sociedade é um processo permanente de aprendizado, lastreado nas experiências vividas por sua população. Justamente por isso é possível identificar diferenças tão visíveis ao redor das culturas do mundo e até mesmo dentro de um mesmo país, especialmente aqueles de amplos contornos geográficos como o Brasil.

Sonegar o passado impede a sociedade de conhecer o que se passou e de ter uma opinião a respeito do assunto, até mesmo para digerir o que aconteceu e extrair aprendizados e lições, dando curso à natural marcha do processo de evolução, ou mesmo de involução, que a sociedade passa no decorrer da história.

No entanto, o risco não é só esse. A depender da informação que se quer ver esquecida, o impacto para a sociedade pode ser ainda mais grave. Basta pensar em traumáticos eventos que resultaram no extermínio de milhares de pessoas, de que é exemplo o nazismo, de tragédias de violação a direitos humanos e de violência estatal, como o massacre do Carandiru, ou nos eventos mais recentes das centenas de mortes e de destruição ambiental ocorridos nos municípios de Brumadinho e Mariana (MG), com repercussões na longa cadeia de responsabilidades, indenizações e recuperação do ecossistema. Ocultar informações a respeito de assuntos dessa natureza aumenta a chance de indesejadas repetições no presente ou futuro daquilo que aconteceu no passado.

Com base no enfoque dado por Sarmiento (2015), percebe-se o risco à higidez do sistema constitucional democrático e à sociedade no tratamento do direito ao esquecimento como um direito potestativo capaz de obstar o livre exercício da liberdade de expressão e informação, notadamente pelo potencial negativo e multiplicador de medidas restritivas da livre circulação de informações se a decisão para definir a sua possibilidade de transmissão recair sobre cada indivíduo a que a informação diga respeito ou se referencie.

O sinal vital da memória de uma sociedade é determinado pela intensidade da liberdade de expressão e informação. Na medida em que a intensidade diminui, perdem-se elementos necessários no processo de construção de uma sociedade informada e, por conta disso, madura. Por sua vez, se a intensidade aumentar, a memória coletiva se firma de maneira sólida, advindo daí as externalidades positivas de se ter um passado bem delineado para o aproveitamento de um futuro melhor.

Sobre essa perspectiva, existem vários exemplos de externalidades verificadas na sociedade brasileira cujo gatilho necessário para a sua concretização foi

a livre circulação de informações, mesmo envolvendo episódios desabonadores para algumas pessoas, as quais, muito provavelmente, não seriam alcançadas se houvesse algum óbice ao livre trânsito pelo acolhimento da tese do direito ao esquecimento para essa finalidade. Sem a pretensão de fazer juízo de valor sobre essas externalidades, apenas a título de exemplo, cite-se a inovação legislativa de qualificar o crime de homicídio como crime hediondo,¹³ proveniente de movimento que contou com amplo apoio popular impulsionado pela ausência de restrições ao livre trânsito de informações, sendo que, nesse exemplo, os debates em torno do tema ocorreram a partir de um caso concreto que, certamente, aos agressores não agradavam qualquer referência ou lembrança sobre o episódio. Ao julgar, em 2020, pedidos de natureza de obrigação de não fazer e de indenização, o STJ destacou, em relação ao primeiro, a necessidade de se preservar a história e memória da sociedade.¹⁴

Acrescente-se, ainda, o caráter instrumental da liberdade de expressão de que trata Barroso (2004, p. 20):

Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras Liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Uma sociedade com informação limitada, em maior ou menor grau, é uma sociedade desinformada, sem história e, portanto, sem aprendizado. Não por outra razão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil, condenou o Estado brasileiro, dentre outros motivos, por não ter adotado as medidas cabíveis na apuração dos fatos e por ter obstado o acesso a informações e à verdade, nos seguintes termos:

¹³ Lei nº 8.930, de 6.9.1994.

¹⁴ “Importante registrar que o referido fato penal alcançou tanta proeminência histórica que, em virtude da mobilização popular iniciada pela mãe da vítima à época do delito, resultou em relevante alteração legislativa: o reconhecimento do tipo de homicídio qualificado como crime hediondo, conforme previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/1990. Desse modo, sob pena de apagamento de trecho significativo não só da história de crimes famosos que compõem a memória coletiva, mas também de ocultação de fato marcante para a evolução legislativa mencionada, não há razões para acolher o pedido concernente à obrigação de não fazer”. Trecho do voto do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva no REsp nº 1.736.803/RJ, Terceira Turma do STJ. Recorrente: sigilo. Recorrido: sigilo, julg. 28.4.2020.

[...] o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada, indicados nos parágrafos 180 e 181 da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 137 a 182 da mesma. O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido.¹⁵

A condenação em referência, dirigida ao Estado brasileiro, reforça a faceta difusa do direito à informação, consistente no direito de toda a coletividade ter acesso ou meios de obter acesso à informação, sendo atribuição do Estado preservar essa memória coletiva.¹⁶

A vertente da memória não esgota todas as situações em que o direito ao esquecimento, se entendido como um direito potestativo, pode ameaçar o direito à informação da coletividade. É apenas um exemplo que revela o perigo de o intérprete se furtar ao necessário exercício da ponderação entre os princípios em colisão à luz das circunstâncias fáticas, sob o pretexto de apresentar uma solução supostamente mais simples e prática para a resolução do conflito entre direitos.

Por isso, o direito ao esquecimento não pode ser encarado como um direito potestativo daquele que se sinta lesado pela veiculação de alguma informação. Sobre esse ponto, Binenbojm (2014) alerta para o risco de o direito ao esquecimento ser utilizado como forma de impor censura aos meios de comunicação: “Portanto, os contornos do direito ao esquecimento não podem ser elásticos a ponto de torná-lo verdadeiro estratagema para queimar os arquivos dos produtores de conhecimento, cultura e informação – uma espécie de censura no retrovisor”.

¹⁵ P. 114 da sentença datada de 24.11.2010 (Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020).

¹⁶ Nesse mesmo sentido, cite-se Pereira (2020): “Assim como não há sociedade sem história, não há história sem preservação da memória. E cabe especialmente ao poder público a preservação desse direito humano que se apresenta como fundamental à dignidade”.

A compreensão do direito ao esquecimento como medida impeditiva da livre circulação de informações sobre a liberdade de expressão e informação tem potencial de, sistematicamente, censurar, silenciosamente, os meios de comunicação, na medida em que estes podem ser desincentivados a noticiar determinadas informações se considerarem o ônus financeiro que podem vir a sofrer com demandas indenizatórias. Em larga escala, o efeito disso é a formação de uma sociedade sem memória, cega, censurada e receosa de punições decorrentes do exercício da liberdade de expressão e informação, características que se distanciam daquelas presentes em um Estado democrático de direito.

O intérprete deve compreender que, ao censurar determinada informação a pretexto de defender o direito ao esquecimento de alguém, afetará o direito de toda a coletividade de se informar. Assim é que o direito difuso de ser informado deve se sujeitar ao resultado da ponderação realizada pelo tomador de decisão e não a um direito potestativo da parte que o invoca.

Prevalecendo no caso o direito ao esquecimento, a sociedade fica impedida de ter acesso a determinada informação sem a possibilidade de, ela própria, valorá-la. Ou seja, os destinatários do direito à informação podem ter o seu direito comprometido sem que possam avaliar a relevância daquele conteúdo para si. A prevalecer o direito ao esquecimento, de acordo única e exclusivamente com a vontade da pessoa que se sentir ofendida, estar-se-á cerceando, de forma desproporcional, o direito difuso de toda sociedade em ter acesso a informações cujo valor somente cada uma das partes dela integrante pode atribuir.

Por essa razão, a aplicação do direito ao esquecimento como forma de obstar a livre circulação de informações, ainda que excepcionalmente, não se sustenta em um Estado democrático de direito que zela pela liberdade de expressão e informação, representando um risco real à sua higidez. Isso não significa que o direito ao esquecimento deve ser descartado como forma de tutelar a privacidade das pessoas, mas, sim, que o espectro de sua aplicabilidade deve ser delimitado em conformidade com os outros direitos fundamentais previstos na Constituição.

Nessa perspectiva, se obstar a livre circulação de informações não deve ser franqueado ao direito ao esquecimento, mas, sim, perquirir quais os efeitos que ele pode produzir e o que deve ser considerado para fins de assegurá-lo em um caso concreto.

O reconhecimento ou não do direito ao esquecimento no caso concreto depende de uma avaliação objetiva, e não subjetiva, de vários fatores que devem necessariamente englobar, dentre outros, o propósito da divulgação da informação, o interesse da sociedade no tema, a atualidade do assunto, a forma e o contexto em que a pessoa foi exposta.

Ponderando sobre o tema, o Professor Anderson Schreiber, em manifestação registrada na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre

o direito ao esquecimento,¹⁷ assinala a impossibilidade de se atribuir ao direito ao esquecimento um caráter de propriedade da informação à pessoa que se sentir lesada, reforçando, nesse sentido, a sua não caracterização como um direito potestativo:

O direito ao esquecimento não é, portanto, um direito de apagar os fatos ou de reescrever a história, porém, um direito de que a exposição pública da pessoa humana seja sempre feita de modo contextualizado, e que o seu passado não seja transformado no seu presente sem uma forte justificativa.

Além de desqualificá-lo como direito potestativo habilitado a obstar a divulgação de informações de maneira unilateral, a ponderação de Schreiber (2017) lança um olhar sobre os fatores pertinentes que devem ser ponderados para o reconhecimento do direito ao esquecimento no caso concreto, notadamente relacionados ao modo do exercício do direito de liberdade de expressão e informação.

Esses fatores devem ser avaliados objetivamente pelos magistrados, casuisticamente, para medir eventual indenização que venha a ser fixada ao veículo divulgador da informação pelo uso desproporcional da liberdade de expressão e informação, mas não para silenciá-la. Essa é a solução que, a um só tempo, elimina os riscos de tratar o direito ao esquecimento como um direito potestativo e reconhece os direitos de privacidade da pessoa que se diz lesada pela divulgação da informação.

Retomando o racional que se fez anteriormente, embora o direito ao esquecimento seja um placebo para combater a divulgação de informações inverídicas, a ele deve ser dado o *status* de antídoto para garantir compensação material àque-la pessoa que seja lesada pelo uso desproporcional da liberdade de expressão e informação, a ser comprovada em cada caso concreto e de forma objetiva pela avaliação de *standards*, como, exemplificativamente, mencionado anteriormente.

Com isso, busca-se compatibilizar o reconhecimento de ambos os direitos, sem que a solução em eventual conflito redunde no aniquilamento de um sobre o outro. Propõe-se, assim, uma mudança de perspectiva no tratamento do direito ao esquecimento, que, quando reconhecido em determinado caso concreto, não deverá conduzir à uma tutela jurisdicional que importe em obstar a livre circulação da informação. Essa perspectiva elimina o subjetivismo de magistrados em todo o território nacional que são instados a decidir demandas que buscam cessar o livre trânsito de informações para toda a coletividade, preservando, a um

¹⁷ Audiência pública de instrução relativa ao Recurso Extraordinário nº 1.010.606 – Min. Rel. Dias Toffoli, p. 107.

só tempo, a liberdade de expressão e informação e os direitos de intimidade da pessoa que se diz lesada, mediante a aferição, em cada caso, da necessidade de compensá-la e em que medida, se houver provas de exercício abusivo do direito de comunicar fatos.

Conclusão

Os litígios entre os defensores do direito ao esquecimento e os defensores do direito à informação são consequência natural da dialeticidade da Constituição e realçam a importância de os aplicadores do direito discutirem e amadurecerem critérios para balancear princípios de igual estatura que porventura entrem em colisão.

O conceito de direito potestativo possui como nota definidora a submissão de um sujeito ao exercício do direito por outrem. Amparado nessa noção, buscou-se refletir se o direito ao esquecimento não representaria um direito potestativo, o qual submeteria o acesso à informação de toda coletividade ao juízo daquele que se diz afetado pelo conteúdo divulgado.

E, a partir dessa reflexão, verifica-se o perigo à democracia e à liberdade se o direito de toda coletividade a ter acesso à informação for condicionado ao arbítrio de uma ou mais pessoas que se sintam lesadas pela sua divulgação. Isso não significa que o direito ao esquecimento deva ser, sempre, descartado, mas, sim, que a sua vocação seja servir de elemento para configurar responsabilidade civil, e não restringir a livre circulação de informações. Afinal, a proteção de direitos fundamentais pode ser efetivada de diferentes maneiras, não existindo um caminho único e absoluto para resguardar determinado direito.

Sob essa perspectiva, o direito ao esquecimento mantém a sua importância na tutela da dignidade das pessoas, sem, entretanto, comprometer o núcleo basilar do direito difuso à informação.

Referências

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMATO, Lucas Fucci. Fake news: regulação ou metarregulação? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 29-53, abr./jun. 2021.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, v. 86, n. 744, p. 725-750, out. 1997.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em: 1º jun. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III.

BINENBOJM, Gustavo. Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor. *Jota*, 16 out. 2014. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-ao-esquecimento-censura-retrovisor-16102014>. Acesso em: 1º jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao esquecimento no bojo do Recurso Extraordinário nº 1.010.606* – Min. Rel. Dias Toffoli. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAOTESQUECIMENTO_Transcries.pdf. Acesso em: 1º jun. 2022.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. Tradução de Beatriz Sidou. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2013.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176193/000487451.pdf?sequence=3>. Acesso em: 1º jun. 2022.

NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. *Projeto História*, São Paulo, n. 10, p. 7-28, dez. 1993.

PEREIRA, Diego. Direito à memória: da lembrança ao esquecimento. *Jota*, 29 set. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-a-memoria-da-lembranca-ao-esquecimento-29092020>. Acesso em: 1º jun. 2022.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988*. Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, p. 190-232, jan./mar. 2016. Parecer. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/76/70>. Acesso em: 1º jun. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 343-367, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350/6377>. Acesso em: 1º jun. 2022.

TOFFOLI, Dias. Fake news, desinformação e liberdade de expressão. *Interesse Nacional*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 9-18, jul./set. 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOSA, Bernardo Souza; SILVA, Rafael Silveira e. Direito ao esquecimento: um direito potestativo? *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 2, p. 95-115, abr./jun. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.02.005.

Recebido em: 01.04.2023

Aprovado em: 10.06.2023