

# DIREITO AO ESQUECIMENTO: A APLICABILIDADE NORMATIVA DE UM DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E SUA IMPLICAÇÃO PRÁTICA NO DIREITO À MEMÓRIA

## RIGHT TO FORGET: THE NORMATIVE APPLICABILITY OF A CIVIL-CONSTITUTIONAL RIGHT AND ITS PRACTICAL IMPLICATION IN THE RIGHT TO MEMORY

Lucielly Tomaz Fabricio Rodrigues 1  
Igor de Andrade Barbosa 2

**Resumo:** Este artigo intenta a discussão sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento como corolário do processo de constitucionalização do Direito Civil. Considerando que a constitucionalização dos direitos opera como um filtro axiológico das normas jurídicas, a releitura dos institutos patrimoniais do Direito Civil à luz da Constituição Federal resulta na resignificação da própria gênese do Direito Civil, o que defendemos tratar-se de uma inevitabilidade, uma vez que não é plausível a sobrevivência de normas infraconstitucionais que não refletem os valores abrigados na Lei Máxima. Embora em sua classificação a Constituição Federal apresente-se rígida, é indubitável que sua cognição permite a criação de inúmeros direitos, dentre eles, o direito ao esquecimento. Destarte, a partir da análise qualitativa dos argumentos trazidos pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça em Recursos Especiais colacionados, este escrito explorou os parâmetros utilizados pelo “Tribunal da cidadania” para aplicação do direito ao esquecimento em detrimento do direito à memória coletiva, e vice-versa.

**Palavras-chave:** Direito Civil-Constitucional. Direitos Fundamentais. Direito ao Esquecimento. Direito à Memória.

**Abstract:** This article intends to discuss the applicability of the right to be forgotten as a corollary of the process of constitutionalization of Civil Law. Considering that the constitutionalization of rights operates as an axiological filter of legal norms, the reinterpretation of the Civil Law patrimonial institutes in the light of the Federal Constitution results in the redefinition of the very genesis of Civil Law, which we defend is an inevitability, since the survival of infraconstitutional rules that do not reflect the values enshrined in the Maximum Law is not plausible. Although in its classification the Federal Constitution is rigid, it is undoubtedly that its cognition allows the creation of innumerable rights, among them, the right to be forgotten. Thus, from the qualitative analysis of the arguments brought by the ministers of the Superior Court of Justice in Special Resources, this paper explored the parameters used by the “Citizenship Court” to apply the right to forgetting to the detriment of the right to collective memory, and vice-version.

**Keywords:** Civil-Constitutional Law. Fundamental Rights. Right to Forget. Right to Memory

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins (UNICATOLICA). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3792899769242487>.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4455-3996>.  
E-mail: [luciellytomaz@gmail.com](mailto:luciellytomaz@gmail.com)

Defensor Público Federal de 1ª Categoria na Defensoria Pública da União no Estado do Tocantins. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento, Especialista em Direito nas Relações de Consumo e Especialista em Direito da Concorrência e Propriedade Industrial. Professor da graduação e da pós-graduação do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins (UNICATOLICA). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5090553137017208>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6337-3873>.  
E-mail: [igor.barbosa@catolica-to.edu.br](mailto:igor.barbosa@catolica-to.edu.br)

## Introdução

A discussão acerca da constitucionalização dos direitos não é recente. Pode-se afirmar que remonta à separação das normas constitucionais e infraconstitucionais, ainda no século XVIII, cuja finalidade foi limitar o poder estatal (FILHO, 2010). Com efeito, o momento representou um progresso de proporção jurídica e política para os cidadãos da época, muito embora somente depois, com o império das constituições escritas, é que se pôde falar no início do constitucionalismo moderno.

Com essa nova realidade, a Constituição brasileira de 1934, fortemente influenciada pelas constituições do México e de Weimar (LENZA, 2018), abandonando as velhas roupagens do Estado Liberal, adotou o modelo do Estado Social de Direito, conduzindo o Estado para interferir, novamente, na liberdade econômica e vida privada dos cidadãos, agora não com o fim exclusivo de limitar a liberdade destes, mas para colaborar com a redução das desigualdades sociais. Muitos são os motivos pelos quais pode-se inferir que, atualmente, sobrevivemos à rerepresentação do Estado Social, no qual os direitos sociais são efetivados como direitos fundamentais, previstos em capítulo próprio na Constituição de 1988.

O quadro atual aquiesceu à Constituição Federal natureza de Lei Fundamental, perante a qual circulam todas as normas do ordenamento jurídico pátrio, tendo absolutamente por inadmitido qualquer ato jurídico que seja com ela incompatível. Exatamente nesse cenário é que se tornou importante a discussão acerca do movimento de constitucionalização do direito, pois se um dia foi possível a subsistência de normas antagônicas aos interesses constitucionais, o momento agora é outro, de indispensável ressignificação de normas que não reproduzem os valores existenciais tutelados pela Lei Máxima.

Dentre as normas que necessitaram de uma reavaliação perante a Constituição, encontrava-se o Código Civil, que embora preconizasse os direitos da personalidade em seu texto, interpretava-os com a doutrina individualista e econômica intrínseca do Códex. Tornou-se necessário, portanto, incorporar institutos da doutrina civilista à Constituição Federal em defesa da unidade constitucional, e, do mesmo modo, acrescentar ao Código Civil os preceitos constitucionais, sob pena de retirar toda a autonomia do Direito Civil e arruinar a sua singularidade.

Destarte, o novo sistema jurídico-constitucional aberto, característica da Constituição Federal de 1988, permitiu a produção de novos princípios ou subprincípios (SARLET, 2000). Analogamente, nos atrevemos a falar na possibilidade de formulação de novos direitos fundamentais, corolário ou não de um direito expressamente já previsto na Lei Fundamental, desde que em consonância com os seus preceitos fundamentais.

Decorrente dos direitos da privacidade, o direito ao esquecimento já é identificado como um direito fundamental implícito na Carta Maior. Isso porque, ressalvados os riscos da constitucionalização excessiva, o decisionismo judicial, a partir de reiteradas decisões que possibilita a criação de direitos constitucionais, já reconheceu o direito ao esquecimento como um dos direitos a serem defendidos pela Constituição Federal.

Neste artigo, é feita uma análise acerca da constitucionalização do Direito Civil e, como consequência, a tendência de criação de novos direitos constitucionais-civis, como o direito ao esquecimento. Não pretendemos esmiuçar-nos à compreensão de ser ou não o direito ao esquecimento um direito fundamental. Trata-se de discussão superada. Todavia, debruçar-nos-emos ao estudo da aplicabilidade concreta do direito ao esquecimento no Brasil, mediante análise minuciosa das principais decisões do Superior Tribunal de Justiça.

## Constitucionalização do Direito Civil

A Constitucionalização do Direito Civil ou Direito civil-constitucional tem como precursor o italiano Pietro Perlingieri e significa, em poucas palavras, o processo de interpretação da legislação civil à luz da Constituição Federal, o que pressupõe modificações em todo o seu sistema jurídico, precipuamente no que toca aos interesses puramente patrimoniais do Direito Civil, já que são antagônicos aos valores apadrinhados pela Constituição Federal.

É consabido que a Constituição, em posição de supremacia, exige que as normas infraconstitucionais contemporâneas a ela estejam em consonância com os seus ditames, tendo

em vista que um possível confronto direto entre elas enseja controle de constitucionalidade. Não é neste prisma que o processo de constitucionalização do Direito Civil pretende a conformidade do Direito Civil aos moldes da Constituição Federal. Por outro lado, defende-se uma reanálise dos institutos jurídicos eminentemente civis a partir da ótica constitucional, não em razão da obediência à supremacia formal e material da Constituição, mas por reconhecer as mudanças do que a sociedade considera de maior valia e a melhor adequação da Constituição à transformação desses interesses.

A metodologia civil-constitucional ganha curiosos posicionamentos, Paulo Lôbo (2010), por exemplo, leciona que não é somente a legislação civil que é interpretada à luz da Constituição, mas “a via é de mão dupla pois a aplicação das normas constitucionais entre os particulares é alimentada pelos conteúdos dos princípios de direito civil que se consolidaram na sociedade, os quais, por sua vez, são conformados aos valores constitucionais” (p. 55). Outros, no entanto, pugnam pela necessidade de ressignificação, não só do Direito Civil, mas de todo o ordenamento jurídico conforme os preceitos constitucionais, pelo motivo de estes representarem, a um só tempo, os valores sublimes do Estado.

### **A clássica dicotomia direito público-privado**

Em linha de princípio, considera-se direito o conjunto de normas capaz de regulamentar a conduta humana, ressaltando seus valores, sejam eles patrimoniais ou existenciais. Na sistemática jurídica Civil Law, há autores que ainda defendem a bipartição do direito em Direito Público e Privado. Para Barroso (2010), foi a crescente compreensão da sociedade em relação aos direitos fundamentais e as novas demandas tecnológicas que promoveu a conscientização sobre a divisão do direito em público e privado.

Assim, compreende-se como direito público o conjunto de normas a disciplinar relações em que o sujeito é o Estado, ocasião em que, ainda que o indivíduo figure como parte, estará em relação de desigualdade com o Poder Público, representado pelo Estado, uma vez que seus interesses são regulamentados por normas cogentes, as quais resguardam os interesses de maior relevância, ainda que, por via indireta, atinja interesses individuais (NUCCI, 2019).

De outra senda, o direito privado consiste em regulamentar as relações que subjazem interesses eminentemente particulares e individuais e tem como principais ramos o Direito Civil e o Direito Comercial. No direito privado, os indivíduos estão em posição de igualdade jurídica e vigoram os princípios da autonomia da vontade e liberdade negocial para regulamentar suas próprias normas, a exemplo das disposições contratuais em que os indivíduos contratantes só recorrem às normas do Códex quando não há estipulação no contrato. A bem verdade, o Código Civil é o maior exemplo de instituto que regulamenta interesses inteiramente particulares e individuais, tais como personalidade, patrimônio, família, sucessões e responsabilidade civil.

Em que pese a clássica dicotomia, alguns estudiosos acreditam tratar-se divisão ultrapassada, especialmente quando reconhecida a ascensão da descodificação do Direito Civil. A exemplo disso, Ferreira (2010), em consonância com o nosso raciocínio, informa que não há mais relevância em fracionar o direito em público e privado, além do mais, à luz da Constituição Federal, todas as normas, sejam elas de caráter público ou privado, sofrerão a influência da ressignificação conforme o texto constitucional.

Por seu turno, Luis Roberto Barroso (2010) não critica a divisão do direito em público e privado; pelo contrário, entende que “jamais significou quebra da unidade sistemática do Direito, tampouco a criação de dois domínios apartados e incomunicáveis” (p. 53). Ainda assim, o Ministro argumenta que, embora o esforço da Constituição de 1988, certo é que o Brasil nunca se libertou da herança patrimonialista.

Não é de se confundir, porém, a constitucionalização do Direito Civil, com o fenômeno da publicização, já que esta “é entendida como supressão de matérias tradicionais de direito privado trasladadas para o âmbito do direito público” (LÔBO, 2010, p.52), que promoveu o alastramento de normas cogentes, enquanto somente com a ingerência constitucional dessa intervenção estatal é que surge a figura da constitucionalização, momento em que as normas privadas, estruturadas em uma lógica proprietária, são atingidas por um processo de ressigni-

ficação perante a Constituição Federal.

### **Processo de despatrimonialização do Direito Civil**

Como já se frisou alhures, o Direito Civil, por excelência, consiste em reger as relações individuais que, em sua maioria, tratam de aspectos patrimoniais. Assim, importa notar que existem dois momentos na história em que, com a mudança de interesses, o ordenamento jurídico experimentou evoluções em seu objeto, em razão de ser fruto de expressões ideológicas que não perduram muito tempo.

Em um primeiro momento, o Estado Liberal surgiu para pôr fim ao Estado Absolutista, em que todo o poder se concentrava na mão do monarca e não havia liberdade de mercado para os cidadãos da época. Assim, o Estado Liberal abriu vista ao processo de não intervenção econômica por parte do Estado e, conseqüentemente, de ampla margem de liberdade de mercado para os cidadãos.

O estado liberal é caracterizado pelo indivíduo que busca seu próprio interesse econômico proporcionando o bem-estar coletivo, predomina a liberdade e competitividade, naturaliza a miséria,<sup>3</sup> mantém um Estado mínimo, ou seja, para os liberais, o Estado deve assumir o papel “neutro” de legislador e árbitro, e desenvolver somente ações complementares ao mercado e as políticas sociais estimulam o ócio e o desperdício e devem ser um paliativo, o que significa que a pobreza deve ser minimizada pela caridade privada (PIANA, 2009, p. 25).

Há que se salientar, porém, que os resultados do Estado Liberal serviram somente para os burgueses, tendo em vista que foi criado por eles e, evidentemente, tivera por objetivo satisfazer seus próprios interesses. Nesse diapasão, a economia transformou-se em questão sobremodo privada e, em consequência, o direito tornou-se preponderantemente Direito Civil, momento em que os princípios observados à época eram somente os que consagravam o desenvolvimento capitalista (FARIA, 1998).

Em outro plano, após uma nova visão de Estado (PIANA, 2009), surge a figura do Estado Social, em que os ideais são voltados para instituição dos direitos sociais, os quais trouxeram o Estado de volta como colaborador do desenvolvimento econômico e interventor das relações privadas, através da introdução de normas de ordem pública no direito privado.

Neste cenário, com a intervenção estatal, o Código Civil perdeu a força e deixou de ser a sede dos interesses do Estado. Por essa razão, as disposições previstas no Códex deixaram de ser a única fonte de regulamentação do direito privado e iniciou-se o alastramento de criações de leis especiais, período que ficou conhecido como “era dos estatutos” (SCHREIBER; KONDER, 2016), e o Código Civil, finalmente, caminhou para a sua descodificação, enquanto a Constituição ganhou centralidade.

À toda evidência, com a Constituição de 1988, o direito moderno não experimenta outro momento senão a reprodução do modelo do Estado Social, em que, com a ascensão da promoção dos direitos fundamentais, os valores de liberdade e igualdade com o valor pluralista (LÔBO, 2010) sobrepujaram-se aos valores patrimoniais, além da maior atuação do Estado na economia. O Direito Civil, evidentemente, não poderia deixar de ser o mais afetado com toda essa alteração dos valores estatais.

Assim, é notório que os valores existenciais abroquelados pelas Constituições modernas são de todos incompatíveis com o caráter puramente patrimonial como forma de realização humana previstos na codificação civil liberal, circunstância em que torna-se preeminente a repersonalização do Direito Civil, reconhecendo-se que o ditado constitucional pode ser aplicado diretamente aos interesses privados, “no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário” (LÔBO, 2010, p. 62).

Sobre o tema, o que se defende não é uma erradicação dos aspectos patrimoniais que revestem o Código Civil; ao revés, pretende-se, com isso, a condução dos valores patrimoniais à condição de acessórios no processo de realização humana, primando pela observância dos valores extrapatrimoniais, reconhecidos como valor máximo no texto constitucional. Por efeito, como entende a Ministra Carmen Lúcia (2018), reconhecer a influência da Constituição em aspectos privativos do Direito Civil não significa que este último perdeu a importância; ao contrário, deu-se maior importância ao Direito Civil pela interpretação da Constituição.

Diante disso, verifica-se que trazer os temas basilares do Direito Civil para a ótica constitucional e analisá-los a partir dela requer, conseqüentemente, uma ressignificação dos institutos do Direito Civil porquanto, repise-se, a Constituição Federal não tem como objeto questões patrimoniais por si mesmas, mas “somente serão consideradas merecedoras de tutela, à luz de um direito civil constitucionalizado, quando, e na medida em que, realizarem os valores não patrimoniais entabulados na Constituição” (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 91).

Sendo assim, tendo em vista que a transformação da cognição do Direito Civil é uma realidade, pode-se depreender que a aplicação do direito civil pelo Poder Judiciário já tem interpretação constitucional e esta é, por si só, desprovida de qualquer conotação econômica.

### **A aplicação dos valores constitucionais na legislação civil**

Uma das maiores evidências de constitucionalização do Direito Civil foi o reconhecimento dos direitos da personalidade, historicamente de natureza estritamente civil, como direitos fundamentais. *A priori*, urge notar que os direitos da personalidade e os direitos fundamentais não são sinônimos, visto que estes “pressupõem relações de poder e incidem em relações de direitos público, muito embora tenha eficácia perante particulares, ao passo que os direitos de personalidade incidem em relações de direito privado em que tende a haver igualdade” (DIAS, 2014, p.38). Na opinião de Ferreira (2010), é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana o responsável pela aproximação do direito constitucional do direito privado.

Assim sendo, evidentemente que a Constituição Federal, como norma suprema e qualitativamente superior às normas contidas no ordenamento jurídico, tenderia a valorizar os direitos da personalidade alçando-os ao patamar de direitos fundamentais. A esse respeito, a aplicação dos direitos fundamentais, previstos na Constituição têm maior incidência, a princípio, nas relações verticais - entre o Estado e o particular. Contudo, sublinhe-se que, a partir de uma observação da jurisprudência brasileira, Daniel Sarmiento (2010) constatou que, de modo geral, há aplicabilidade dos direitos fundamentais também nos litígios privados, a chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

Nota-se, portanto, que os direitos da personalidade foram trazidos para a ótica constitucional por preverem relações eminentemente existenciais, merecedores de atenção por parte da norma suprema, e que essa transferência dos valores previstos no Direito Civil para o plano constitucional não resulta em redução dos aspectos patrimoniais, mas complementação com base na Constituição que tem como pressuposto a uniformidade do sistema, o que explica a inadmissibilidade de conflitos normativos entre os atos praticados sob sua égide e a norma constitucional.

Todo esse processo de aplicação de normas infraconstitucionais à luz da Constituição reflete o posicionamento da ministra Carmen Lúcia (2018) de que tão logo se conquista direitos, constitucionaliza-os, de modo que “a constitucionalização não é só do direito civil, é de matérias, e se dá pela conquista de direitos que se deu em todo o mundo”.

Dessa forma, em que pese as críticas dos civilistas no que toca à constitucionalização do Direito Civil no sentido de que as constantes alterações sofridas pela Constituição Federal podem enfraquecer o Código Civil, não se pode negar que se trata de mal necessário, tendo em vista a mudança dos valores primazes da sociedade e a necessária uniformidade do ordenamento jurídico, considerando, por fim, que ninguém teria tão maestria para tratar dessa homogeneidade, senão a guardiã suprema das normas do Estado.

## Direito ao esquecimento

Com o avanço tecnológico e a velocidade incontrolável de transmissão de informações, dados e conteúdos disponibilizados na *web* e canal de rede televisiva colaboraram para um processo de congelamento de memória, cenário em que as exposições midiáticas se tornaram suscetíveis de gerar desconforto e até danos à imagem da pessoa exposta. Nesta senda, Luiz Felipe Salomão e Flávio Tartuce (2017) trazem-nos o conceito de direito ao esquecimento, que,

[...] consiste simplesmente no direito da pessoa humana de se defender contra uma *recordação opressiva de fatos pretéritos*, que se mostre apta a minar a construção e reconstrução de sua identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes (*sotto falsa luce*), de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à sua realidade atual (p. 69-70, grifo do autor).

Existem controvérsias acerca da data do surgimento do direito ao esquecimento. Alguns, como Vieira, Andrade e Vasconcelos (2019) que, muito embora não reconheçam expressamente o surgimento do direito nesta data, anunciam que a expressa menção ao direito ao esquecimento ocorreu com o famoso caso Lebach, em 1970, na Alemanha. O caso tratava-se da exposição televisiva dois anos após a condenação dos autores de um homicídio de quatro soldados, em que um ficou gravemente ferido.

O requerente, réu no processo já transitado em julgado, acudiu-se no argumento de que o reavivamento do caso prejudicaria sua ressocialização, considerando que faltava pouco para alcançar o livramento condicional. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF) deu provimento ao pedido do demandante, sob o fundamento da prejudicialidade da ressocialização e o de que não havia interesse público na repercussão do fato.

Noutro giro, João dos Passos Martins Neto e Denise Pinheiro (2014) citam o caso Red Kimono, julgado em 1931, pela Suprema Corte da Califórnia, como um motivador para o reconhecimento do direito ao esquecimento no Brasil. Na ação judicial, a requerente tratava-se de ex-prostituta que teve sua vida exposta em um filme sem seu consentimento, no qual foi retratado a acusação de homicídio em que a autora já havia logrado absolvição. Sob o fundamento de que a exposição gerou danos à sua vida privada, a Suprema Corte da Califórnia condenou o cineasta do filme.

No Brasil, a invocação ao direito ao esquecimento surgiu em momento posterior, como será apresentado posteriormente. Contudo, desde já importa notar que, utilizando o direito comparado para análise dos casos emblemáticos citados, observa-se que, embora não tenha havido, em nenhum dos casos, referência expressa a um direito ao esquecimento do indivíduo, os Tribunais Superiores dos países mencionados reconheceram se tratar de um direito individual da pessoa humana, dispensada a discussão sobre a veracidade das informações expostas, sendo objeto de discussão somente o fato de a exibição causar dano moral à imagem da parte autora.

Em que pese a carga relevância jurídica a que o direito ao esquecimento se reveste, não se pode olvidar que há autores que reconhecem a vanidade do referido instituto, a começar por François Ost (1999) que confessa a utilidade do esquecimento, mas adverte sobre sua ameaça à memória, concluindo forçosamente que a solução mais acertada seria o reconhecimento do perdão, porquanto superior às virtualidades do direito.

Outros defendem que o direito ao esquecimento é um aniquilador da memória coletiva, como Dantas (2008), forte opositora ao direito ao esquecimento, que afirma ser o direito à memória o instituto adequado para cicatrizar fatos do passado e combater a impunidade.

Veja-se, portanto, que o direito ao esquecimento é assunto de debates entre quem o eleva à categoria de instituto jurídico indispensável e quem patrocina a sua inutilidade e até perniciosidade quando colocado de frente com institutos que amparam os direitos da historicidade e memória. Respeitados os posicionamentos em contrário, certo é que o direito ao

esquecimento encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que através de precedentes judiciais.

## O direito ao esquecimento na condição de direito fundamental

Em sua difícil definição na doutrina, o direito fundamental é assunto de variados debates sobre sua gênese e concepção. Robert Alexy (2015), em seu estudo sobre a teoria dos direitos fundamentais previstos na Constituição alemã, formulou uma definição provisória sobre os direitos fundamentais, sustentando que “são normas de direito fundamental somente aquelas normas que são expressas diretamente por enunciados da Constituição alemã “disposições de direitos fundamentais” (p. 69).

Logo depois, Alexy se preocupou em não conceituar os direitos fundamentais somente em seu aspecto formal, no qual são direitos fundamentais somente os previstos no referido rol, mas considerou que outras disposições previstas na Constituição, que não estão alocadas no rol de direitos fundamentais, também expressam normas de caráter fundamental.

Diante disso, surge uma indagação: se são direitos fundamentais os considerados cláusulas pétreas e já previstos na Constituição Federal, é possível falar-se em criação de direitos fundamentais? Sobre o tema, Paulo Gustavo Gonet Branco (2017) assegura a impossibilidade de criação de cláusulas pétreas pelo Poder Constituinte Derivado, mas entende que tal fato não obsta a criação de novos direitos fundamentais, reforçando somente que o novo direito fundamental instituído não poderá ser tido como cláusula pétrea, e, portanto, é perfeitamente possível a sua abolição por uma emenda à Constituição.

Em sua percepção, Branco também nos permite compreender a viabilidade de uma emenda constitucional gerar direitos já abrangidos implicitamente pelo constituinte originário.

É o que se deu, por exemplo, com o direito à prestação jurisdicional célere somado, como inciso LXXVIII, ao rol do art. 5º da Constituição, pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Esse direito já existia, como elemento necessário do direito de acesso à Justiça – que há de ser ágil para ser efetiva – e do princípio do devido processo legal, ambos assentados pelo constituinte originário (BRANCO, 2017, p. 123).

Isto posto, podemos sustentar que o direito ao esquecimento pode ser um desses direitos que já eram concebidos pelo constituinte originário, porquanto se trata de um dos direitos da personalidade, corolário do direito à honra e à imagem da pessoa humana. A exemplo disso tem-se o art. 21 do Código Civil que preconiza a inviolabilidade da vida privada do indivíduo, tema presente no ordenamento jurídico anterior à Constituição Federal de 1988 e em nada a ela contrário.

Vagando nessas águas, compreende-se os direitos fundamentais também como representativos de direitos históricos, os quais se mostram relevantes se considerada a sua importância em um contexto social da cultura de um povo. Assim sendo, considerando a cultura tecnológica em que vivemos, é perfeitamente possível falar-se em criação de um direito fundamental ao esquecimento, que, como os demais direitos fundamentais, tem sua gênese pautada na dignidade da pessoa humana, que é a base normativa e axiológica de todo o ordenamento jurídico.

Sobre o assunto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que há um critério material e indispensável a ser observado para que um direito seja caracterizado como um direito fundamental (2010). No entanto, não esclarece qual o critério considerado, ficando a cargo do legislador e, frequentemente, do Poder Judiciário, haja vista a sua jurisdição criacionista de direitos.

À toda evidência, todos os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal repousam no princípio da dignidade da pessoa humana, erigido como fundamento da República, por reputar digna de maior proteção do Estado a condição humana da pessoa, e isso pressupor “uma releitura de todos os institutos tradicionais de direito civil, de forma a

adequá-los à nova diretriz humanista constitucional” (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 91).

Demais disso, interessa notar que para Agra (2018), o direito ao esquecimento é instituto consectário dos direitos de privacidade que foram divididos pela Constituição de 1988 em direito à intimidade, à vida privada e honra, designados direitos morais do cidadão (art. 5º, X, da CF). No entanto, para outros, como Martinez (2014), o direito ao esquecimento não representa um direito subalterno ao direito da privacidade; pelo contrário, trata-se de um direito fundamental independente dos demais direitos da personalidade.

Para Gilmar Ferreira Mendes (2017), o direito ao esquecimento trata-se de direito fundamental implícito e também encontra guarida na seara penal, como “corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade” (p. 491). De qualquer sorte, não se deve ignorar que o direito ao esquecimento constitui um desdobramento dos direitos fundamentais e merece proteção constitucional como todos os direitos abalizados como tal.

## O direito ao esquecimento segundo a metodologia civil-constitucional

Em linha de princípio, merece destaque a discussão acerca do dano moral motivado pela inobservância do direito ao esquecimento garantido à toda pessoa humana. O debate acerca da aplicação do direito ao esquecimento nos tribunais superiores será objeto de análise detida no próximo capítulo, não obstante, aproveita destacar que a maioria das vezes em que o direito ao esquecimento é lembrado e invocado decorre de sua negligência causar um dano extrapatrimonial, de ordem moral, ao indivíduo.

Nessa perspectiva, Moraes (2009) acentua, em poucas e ricas palavras, o que vem a ser o dano moral, que significa tudo aquilo que viola a condição de pessoa humana, seja ocasionando um dano material ou extrapatrimonial, ainda que tal direito ainda não pertença à uma condição jurídica. Para Carlos Alberto Bittar, “a indenizabilidade do dano moral ganha foros de constitucionalidade” tendo em vista o “extraordinário cunho ético que se revestem as normas jurídicas em determinados setores, como nos direitos da personalidade” (2003, p. 27).

Acresça-se a isso que o instituto do direito ao esquecimento e sua respectiva violação foi interpretado pelo STJ como o “direito de não ser lembrado”, o que, na opinião de Anderson Schreiber (2018) transforma o direito ao esquecimento em direito de propriedade sobre os fatos passados, incorrendo no problema de conferir natureza patrimonial aos direitos da personalidade.

Por seu turno, registre-se que a interpretação lógico-sistemática e teleológico-axiológica do direito civil-constitucional na lição de Pietro Perlingieri (2007) reconhece que a personalidade não se trata de um direito, “mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela” (p. 155-156).

Dessa forma, é indispensável estudar a ordem moral do direito ao esquecimento retomando o seu cunho subjetivo de direito pautado no valor máximo no ordenamento pátrio da dignidade da pessoa humana com intuito de remover a sua condição sobremodo econômica, ainda que a reparação de sua violação a exija.

## O reconhecimento e aplicação normativa do direito ao esquecimento no Superior Tribunal de Justiça

Como é cediço, o norte de aplicação do direito ao esquecimento é extraído da jurisprudência brasileira, não consagrado, ainda, por via legal. A exemplo disso, o STF, em 12 de dezembro de 2014, reputou constitucional e reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, que tem como tema a “Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”. Em 14 de novembro de 2016, o processo foi reatuado e passou a ser nomeado “RE 1010606”, embora ainda permaneça sem julgamento.

O caso trata-se ação de reparação por danos morais em face da TV Globo Ltda. em razão de a emissora ter divulgado a foto da vítima Aida Jacob Curi no programa Linha Direta-Justiça, cujo assassinato ocorreu em julho de 1958, reavivando o caso meio século depois e causando imensa dor à família, em especial aos irmãos, que figuraram como autores na referida ação. O STJ, em sede de Recurso Especial Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0), reconheceu a existência do direito ao esquecimento, no entanto, entendeu, por maioria, que não deveria ser aplicado ao caso em espeque. Esse foi o posicionamento de Luis Felipe Salomão, relator do referido processo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURTI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

[...] Não tenho dúvida, como antes salientado, em afirmar que, em princípio, assim com os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirar-lhe dos ofendidos, permitido que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido. Tal pretensão significaria, em última análise, por exemplo, tentar retratar o caso Doroty Stang, sem Doroty Stang; o caso Vladimir Herzog, sem Vladimir Herzog, e outros tantos que permearam a história recente e passada do cenário criminal brasileiro. 11.2. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

Ademais, o ministro ainda dividiu a demanda em dois pontos: (i) o apelo pela aplicação

do direito ao esquecimento em virtude da dor de reviver lembrança passada e (ii) imagem da vítima como meio de aferição de lucro ao programa. Para justificar a não incidência do direito ao esquecimento no caso delineado, o ministro considerou que com o passar dos anos a dor da perda para os familiares que antes parecia eterna vai reduzindo, de modo que a lembrança não causa mais a mesma ferida como outrora.

Quanto ao segundo ponto, afirmou o ministro que, por ter havido somente uma única exposição real da vítima, e, ainda assim não ter sido utilizada de forma degradante ou desrespeitosa, não merecia provimento o pedido de indenização por exibição de imagem, mesmo que sem a autorização prévia da família.

Por sua vez, também merece destaque o julgamento de outro caso brasileiro emblemático conhecido como “Chacina de Candelária”, também de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão. Denunciado por ser um dos autores do crime, J.G.F., ao final do processo, foi absolvido no Tribunal do Júri por negativa de autoria. Após anos de sua absolvição, a emissora de televisão Rede Globo reativou o caso no mesmo programa “Linha Direta-Justiça” e mencionou seu nome como um dos partícipes do crime, embora tenha esclarecido que havia sido inocentado. Neste caso, na ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda., a 4ª Turma do STJ, em 2013, por unanimidade, condenou a Globo a pagar R\$ 50 mil de indenização por danos morais, por reconhecer que, uma vez absolvido, J.G.F. adquiriu o direito de ser esquecido.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

[...] A despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem tampouco a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem mostrou-se 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, que, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado.

Por essa razão, observa-se que sobre o direito ao esquecimento, em linha jurispruden-

cial, muito embora reconhecido, campeia certa indecisão quanto ao seu campo de atuação. Como visto, para o ministro Luis Felipe Salomão (2013), em órbita criminal, a imagem e nome da vítima é indispensável para menção ao caso fatídico, enquanto a do ofensor é prescindível. Não foi difícil reconhecer a aplicabilidade normativa do direito ao esquecimento no último caso, porquanto o lesionado se tratava de pessoa absolvida que pretendia se ressocializar.

Ocorre que esse fato, por si só, não justifica a não aplicabilidade do direito ao esquecimento no caso da Aida Curi, tendo em vista que a exposição em rede televisiva foi feita sem o prévio consentimento dos familiares, além de a imagem reproduzida ser de Aida Curi já falecida, ensanguentada ao chão, circunstância em que não pode falar-se em ausência de forma degradante ou desrespeitosa na reprodução da imagem e nem deixar de considerar o abalo emocional passível de indenização.

### Direito ao esquecimento ou direito à desindexação?

O debate acerca do direito ao esquecimento não paira tão somente nas demandas judiciais em que figuram no polo passivo produções televisivas, principalmente se considerada a era da sociedade informacional em que vivemos. Diante disso, fala-se em um direito à desindexação do nome do indivíduo em mecanismos de buscas que o associe a algum fato inverídico ou até verdadeiro, mas que é digno de esquecimento por parte da sociedade por causar constrangimentos à pessoa.

Um caso mais recente de incidência e reconhecimento deste instituto no Superior Tribunal de Justiça foi o Recurso Especial n. 1.660.168 - RJ (2014/0291777-1), em que os direitos da personalidade foram aplicados em detrimento do direito à informação, desta vez com o pedido de desindexação do nome da demandante em notícias relacionadas às suspeitas de fraude no concurso público para magistratura no Rio de Janeiro, em que a autora fora inocentada pelo CNJ. No polo passivo da demanda figuraram Google, Yahoo e Microsoft, ora recorrentes.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA *INTERNET*. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...] o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente lembrado e perenizado por sistemas automatizados de busca.

6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido.

7. No caso concreto, passado mais de uma década desde o

fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando *link* de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial.

O julgamento teve como base o precedente da União Europeia, julgado em 2014, em que o Google figurou como polo passivo e o pedido também era o de desindexação do nome do demandante dos mecanismos de buscas, já que direcionavam ao “anúncio de um leilão imobiliário organizado após processo de penhora para a quitação de dívidas previdenciárias devidas pelo Sr. G.” (STF, 2018).

O Tribunal considerou que a Diretiva 95/46 deve ser interpretada no sentido de que a atividade descrita no artigo 2º, alínea b), qualifica-se como “tratamento de dados pessoais” e de que o operador do motor de busca deve ser considerado como “responsável” pelo referido tratamento. Dessa forma, cumpridos os requisitos legais, o operador de mecanismos de busca é obrigado a remover os links para páginas web e demais informações, publicadas por terceiros e contendo dados pessoais relativos a uma pessoa, resultante da pesquisa ligada ao seu nome. É possível que os dados sejam removidos mesmo nas hipóteses em que a publicação em si seja lícita e precisa, pois, com o decurso do tempo, as informações podem tornar-se inadequadas, irrelevantes ou excessivas em relação aos fins para os quais foram processadas e, portanto, incompatíveis com a Diretiva (STF, 2018).

Destarte, convém registrar que há posicionamentos que tratam o direito ao esquecimento e o direito a desindexação como institutos idênticos e quem defenda algumas distinções. Em conformidade com o segundo posicionamento, acreditamos que o direito ao esquecimento e o direito a desindexação comportam diferenças, mas que não os tornam institutos antagônicos, isso porque defendem os mesmos interesses.

Assim, defendemos que o direito à desindexação é um corolário do direito ao esquecimento, e não o contrário. Isso porque o direito de desindexar o nome do indivíduo a uma notícia exposta na internet trata-se de instituto jurídico recente, considerando a evolução tecnológica. Desse modo, o direito ao esquecimento, dada a sua natureza genérica, transforma-se no direito mais amplo, enquanto o direito à desindexação é instituto mais específico.

Outrossim, nota-se que muito embora o pedido da ação judicial no Resp n. 1.660.168 - RJ tenha sido de desindexação do nome da requerente aos mecanismos de busca do Google, Yahoo e Microsoft, o deferimento do pedido deu-se pautado no direito ao esquecimento, de forma a corroborar, então, com o entendimento de ser o direito à desindexação uma espécie do gênero direito ao esquecimento, específico em razão de ter espaço nas discussões em que o esquecimento invocado está no direito digital.

De mais a mais, há de ressaltar-se que a decisão final no referido Recurso Especial não foi de retirar o acesso do público ao nome da demandante, sob o argumento de que

Concordar com tal solução, no contexto normativo brasileiro, equivale a atribuir a um determinado tipo de provedor de aplicação de internet – no caso, os provedores de busca – a função de um verdadeiro censor digital, que vigiará o que pode ou não ser facilmente acessado pelo público em geral, na ausência de qualquer fundamento legal (STJ, 2018).

Demais disso, observa-se que todos os julgamentos ora colacionados reconheceram o direito ao esquecimento como corolário dos direitos da personalidade, em que pese o Resp n. 1.335.153 - RJ, conhecida as suas razões, tenha entendido pela sua não aplicabilidade no caso apresentado. Ainda assim, importa notar que, ao menos na jurisprudência, o reconhecimento da existência de um direito ao esquecimento é fase superada, e no que toca à doutrina, são rechaçadas as que negam a sua existência.

## **O direito à memória coletiva ou historicidade: proteção constitucional e aplicação quando em confronto com o direito ao esquecimento**

Em razão de o direito ao esquecimento representar uma proteção à memória individual, anda na contramão com o instituto conhecido como direito à memória coletiva, que tem previsão constitucional e, conforme advoga Dantas (2008) consiste “no poder de acessar, utilizar, reproduzir e transmitir o patrimônio cultural, com o intuito de aprender as experiências pretéritas da sociedade e assim acumular conhecimentos e aperfeiçoá-los através do tempo” (p. 57). Para a autora, forte opositora do direito ao esquecimento, reconhecer o direito à memória coletiva imprime o uso de uma livre investigação ao passado, empregada como meio de cicatrizar acontecimentos angustiantes do passado por meio do combate à impunidade, e não do esquecimento.

Em termos constitucionais, o direito à memória coletiva é consagrado como patrimônio cultural da sociedade a ser preservado, como prevê o art. 256, *caput*, “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (BRASIL, 1988).

Isso não exclui, por óbvio, a necessidade constitucional de defesa à individualidade humana, pois se uma pessoa tem o direito de ter fatos de sua vida esquecidos, de igual modo, a sociedade não tem o direito de conservar a memória em relação a esses fatos, ignorando a memória individual simplesmente para favorecer uma memória coletiva. O mesmo se diga em relação à aplicabilidade do direito ao esquecimento em detrimento daquela, por isso tão necessária a análise do caso concreto.

Assim sendo, o direito à memória coletiva, em contrapartida com o direito ao esquecimento, encontra-se previsto expressamente no texto constitucional, mas esse fato, por si só, não constitui óbice para a aplicação desse último quando estiver em conflito com aquele, haja vista não haver qualquer imposição legal de que os direitos previstos expressamente na Constituição devem ser aplicados prioritariamente aos implícitos, tendo eles – direitos implícitos e explícitos, o mesmo peso.

Outrossim, em que pese defendamos que o direito ao esquecimento e o direito à memória coletiva representam duas faces opostas de uma moeda, há quem sustenta que, na verdade, os dois institutos se complementam, como Ferreira (2011), ao considerar que, para a produção de novas memórias, é necessário o esquecimento das antigas. Sem embargo, embora curioso o apontamento da autora, incontestemente é que o direito ao esquecimento e o direito à memória reiteradamente vezes entram em conflito; aliás, por essa razão é que surgiu o direito ao esquecimento, quando se percebeu que a aplicabilidade de um direito à memória irrestrito obstaculizava os direitos individuais do sujeito como pessoa humana.

Assim, a própria jurisprudência brasileira compreende o direito ao esquecimento e o direito à memória como institutos antagônicos, tendo em vista que sempre que uma parte invoca o direito ao esquecimento, a outra reitera seu direito à memória e vice-versa. Como prova disso, tem-se os julgamentos explicitados em capítulo anterior, em que o STJ, quando admitia a aplicabilidade do direito ao esquecimento, justificava a negativa de incidência do direito à informação, incluindo-se neste caso também o direito à memória.

Sobre o tema, considerando que o direito à memória e o direito ao esquecimento são reconhecidos como direitos fundamentais, defende-se uma necessária ponderação dos dois

institutos. Essa é a orientação de Alexy (2015), quando sustenta que o conflito entre princípios deve ser solucionado com base na aplicação de um em detrimento de outro. Enquanto que o conflito entre normas exige que uma seja declarada inválida ou que se haja uma cláusula de exceção autorizando a sua aplicação.

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições (ALEXY, 2015, p. 93).

A esse norte, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo (2018) ensinam que, no conflito entre princípios, a solução mais acertada é a conciliação entre eles, observadas as condições do caso concreto, sem que, para isso, seja necessário a exclusão de um dos princípios do ordenamento jurídico pelo simples fato de estar em contradição com o outro. Nessa perspectiva, sublinhe-se que reconhecer a aplicação do direito ao esquecimento quando em conflito com o direito à memória coletiva não significa o extermínio desta. Pelo contrário, assentir que os dois direitos estão em par de igualdade representa que, dada as peculiaridades do caso concreto, um será executado, enquanto o outro deixado de lado, na medida da mais lúdima justiça.

O que se pretende com isso não é aniquilar os direitos da memória para que se faça prevalecer um direito individual da pessoa humana de ser esquecida. É necessário, contudo, a análise de cada caso, se os fatos podem ou não serem omitidos, considerando que podem se tratar de episódios históricos de tamanha relevância que seu esquecimento poderia acarretar em um vácuo na história da sociedade. Em todo o caso, o encargo é conferido ao magistrado, como responsável pela aplicação do direito e às vezes até pela criação, na ausência de regulamentação, haja vista a proibição da escusa de julgamento.

## Considerações Finais

O movimento da constitucionalização do direito se deu, como pensam muitos, a partir do neoconstitucionalismo, construído com a Constituição de 1988 e responsável por ressignificar toda a ordem jurídica e transformar a Lei Fundamental em um filtro axiológico de todo ordenamento pátrio. Com isso, a supremacia da Constituição e necessidade de uniformidade das normas infraconstitucionais à ela exigiram a aproximação do Direito Civil aos preceitos constitucionais, processo esse que resultou em uma transformação de um direito que regulava situações sobremodo privadas para um que devesse estrita obediência ao fundamento da República: a dignidade da pessoa humana, valor superior à toda diretriz patrimonial.

Destarte, o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil proporcionou uma maior vinculação das normas infraconstitucionais à discricionariedade das decisões judiciais, o que gerou um movimento conhecido como “ativismo judicial”, o qual indica o Poder Judiciário como órgão que interfere e toma para si incumbências do Poder Legislativo e reitera o poder criacionista da Constituição Federal. Neste cenário, o direito ao esquecimento encontra guarida e evidência.

Somente com a ingerência do Poder Judiciário de criar, por meio de reiteradas decisões, direitos constitucionais, é que se pôde reconhecer a existência de um direito da personalidade civil, ainda que não previsto no Código Civil e, conseqüentemente, um direito fundamental, ainda que não expresso na Constituição Federal: o direito ao esquecimento.

À vista disso, este escrito buscou compreender e revelar o direito ao esquecimento como procedência do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, bem como discutir acerca da sua aplicabilidade prática no Brasil em detrimento do direito à memória que, diferente daquele, encontra previsão constitucional.

Como ficou evidente, os Tribunais não possuem entendimento sólido sobre o norte de aplicação do direito ao esquecimento, em que pese reconheçam sua maior aplicabilidade na seara criminal. Certo é que pelos julgados expostos no presente texto, observou-se que a aplicação do direito ao esquecimento no campo cível ainda é muito temerária se comparada aos julgados do direito internacional. No entanto, somos esperançosos em acreditar na mudança de entendimento jurisprudencial tão logo abunde as demandas pelo conhecimento do instituto à, pelo menos, maioria dos brasileiros.

## Referências

ACIOLI, B. L.; JÚNIOR, M. A. A. E. **Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil**. In: Revista brasileira de políticas públicas. vol. 7. n. 3. Direito e mundo digital, 2017.

AGRA, W. M. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ANDRADE, F. S. de. **A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual**. Disponível em: [http://www.scielo.org/co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0123-43662013000100004](http://www.scielo.org/co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662013000100004). Acesso em: 16 out. 2019.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, C. A. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html). Acesso em: 16 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.334.097** - RJ (2012/0144910-7), 4ª Turma do STJ, Brasília, DF, 28 de maio de 2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num\\_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF). Acesso em: 14 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.335.153** - RJ (2011/0057428-0), 4ª Turma do STJ, Brasília, DF, 28 de maio de 2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36170660&num\\_registro=201100574280&data=20140801&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36170660&num_registro=201100574280&data=20140801&tipo=91&formato=PDF). Acesso em: 10 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.660.168** - RJ (2014/0291777-1), 3ª Turma do STJ, Brasília, DF, 08 de maio de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923405/recurso-especial-resp-1660168-rj-2014-0291777-1/inteiro-teor-595923409?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Boletim de jurisprudência internacional: direito ao esquecimento**. 5. ed. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI5DIREITOAQUESQUECIMENTO.pdf>. Acesso em: 31 out. 2019.

DANTAS, F. S. **O direito fundamental à memória**. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2008.

DIAS, E. R. **Situações jurídicas existenciais e jusfundamentalidade**. In: TEPEDINO, G.; FACHIN,

L. E.; LÔBO, P. **Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

FARIA, J. E. **Ideologia e função do modelo liberal de direito e estado.** Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451988000100008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451988000100008). Acesso em: 15 out. 2019.

FEITOSA, M. L. P. A. M.; JUNIOR, M. A. A. E.; SANTIAGO, M. C. P. **Temas de direito civil-constitucional: da constitucionalização à humanização.** vol. II. João Pessoa: IDCC, 2017.

FERREIRA, C. W. D. **Contratos e eficácia dos direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2010.

FERREIRA, M. L. M. **Políticas de memória e políticas de esquecimento.** In: Aurora revista de arte, mídia e política. n. 10: 2011.

FILHO, M. G. F. **Curso de direito constitucional.** 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÚCIA, C. In: UniCEUB. **A constitucionalização do Direito Civil.** 2018. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=pp\\_O1ThTX4Q](https://www.youtube.com/watch?v=pp_O1ThTX4Q). Acesso em: 13 out. 2019.

MARCONNI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINEZ, P. D. **Direito ao Esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade de informação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, M. C. B. de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NUCCI, G. S. **Instituições de Direito Público e Privado.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OST, F. **O tempo do direito.** Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Tradução: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIANA, M. C. **A construção do perfil do assistente social no cenário educacional.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico.** 2. ed. Novo Hamburgo: Freevale, 2013.

SARLET, I. W. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SCHREIBER, A. **Direito ao esquecimento**. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2017.

SCHREIBER, A; KONDER, C. N. **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

VIEIRA, J. R.; ANDRADE, M. C. S. A.; VASCONCELOS, V. J. G. **Do esquecimento à desindexação: a evolução internacional da controvérsia do direito ao esquecimento e as limitações da jurisprudência brasileira**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], v. 20, n. 2, p. 397-418, 12 dez. 2019.

Recebido em 3 de março de 2020.

Aceito em 20 de julho de 2020.