

**EFETIVIDADE DO DIREITO A SER ESQUECIDO**  
*EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN*

**Maria Helena Diniz**

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Livre Docente e Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, por Concurso de Títulos e Provas. Professora de Direito Civil no Curso de Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Professora de Filosofia do Direito, de Teoria Geral do Direito e de Direito Civil Comparado nos Cursos de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil Comparado nos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Membro da Academia Paulista de Direito (Cadeira 62-patrono Oswaldo Aranha Bandeira de Mello); da Academia Notarial Brasileira (Cadeira 16-patrono Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda), do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro. Presidente do Instituto Internacional de Direito – IID, São Paulo (Brasil).  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2679610153406796>.

Submissão: 05.12.2016.

Aprovação: 22.03.2017.

**RESUMO**

Trata-se de uma análise sobre: a) direito a ser esquecido como um direito da personalidade; b) a relação existente entre o direito e o tempo e a relação do ser humano com o seu tempo; c) a possibilidade de esquecimento de fatos já publicados numa época em que a internet não esquece de nada nem de ninguém; d) a efetividade do direito a ser esquecido, evitando nova publicação de dados ou de experiências traumáticas para que antigas mágoas não venham a tona e e) a possibilidade de reparação por meio da responsabilização civil por dano moral e/ou patrimonial, por dano existencial e pela perda da chance.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito a ser esquecido; Direito da personalidade; Liberdade de informação; Direito à memória; Direito à esperança; Responsabilidade civil.

**ABSTRACT**

*The present paper analysis: a) the right to be forgotten as a right of the personality; B) the relation between law and time and the relationship of the human being with his time; C) the possibility of forgetting facts already published in an era in which the Internet does not forget anything or anyone; D) the effectiveness of the right to be forgotten, avoiding a new*

*publication of data or traumatic experiences so that old grievances do not come to light, and e) the possibility of reparation through civil liability for moral and/or material damage, for existential damage and by the loss of chance.*

**KEYWORDS:** *Right to be forgotten; Right of personality; Freedom of information; Right to memory; Right to hope; Civil responsibility*

---

## **1 NOTA DA AUTORA**

O direito a ser esquecido é um tema bem atual, visto que se vê tolhido em razão do progresso tecnológico, que vem aperfeiçoando, cada vez mais, o armazenamento de dados, facilitando a evocação de fatos pretéritos publicados para reproduzi-los no momento atual, dificultando o pleno desenvolvimento da personalidade no ciclo de vida da pessoa envolvida, por aprisioná-la ao passado, atingindo sua privacidade, sua imagem-atributo, sua honra, identidade pessoal etc., podendo dar origem a uma reparação civil por dano moral e/ou patrimonial.

Urge uma efetivação do direito a ser esquecido, voltado à concretização do direito à esperança de um amanhã melhor e de uma segunda chance para a construção de uma vida digna.

Por tal razão, preciso será refletir sobre o controle de informações ofensivas a direitos da personalidade, e, especialmente, ao direito à privacidade histórica, evitando que sejam lembrados por anos a fio fatos passados, que a pessoa envolvida ou seus familiares querem esquecer, para assegurar um mínimo existencial, alcançar o direito à felicidade e garantir a efetividade do direito a ser esquecido.

## **2 DIREITO A SER ESQUECIDO COMO UM DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

O direito a ser esquecido é um dos direitos da personalidade, por ser um direito subjetivo *excludendi alios*, de defender a memória privada e de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo esse bem inato, valendo-se de ação judicial, não para impor um dever de esquecer uma dada informação, mas para impedir que se recorde,

injustificadamente, mediante uma nova divulgação, que pode causar dano a um projeto de vida e ao livre desenvolvimento da personalidade.<sup>1</sup>

O direito a ser esquecido é um direito da personalidade, incluído na categoria do direito à integridade moral, tendo proteção própria e possibilitando a concretização do respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento jurídico-normativo dos direitos da personalidade.

Pelo Enunciado 531 do CJF a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito a ser esquecido, com isso, a pessoa poderá ter a pretensão de que certa informação sobre seu passado por estar ligada à sua privacidade, à sua imagem, a sua honra etc., não seja mais divulgada, impedindo ou dificultando seu acesso a terceiros, para que caia no esquecimento, desde que não envolva interesse público. É preciso esclarecer, ainda, que o direito a ser esquecido tutela: a) pessoa que não deseja rememorar lesão sofrida por fato pretérito de conduta negativa, como, por ex. ocorreu com uma senhora norte americana que viu a realização do filme “*The Red Kimono*”, que visava explorar sua vida pregressa de prostituição e de acusação de homicídio, pois tendo sido absolvida, moveu ação judicial nos USA contra o produtor de cinema, pois havia se casado e vivia honradamente. A demanda foi julgada procedente e a decisão procurou tutelar seu direito à privacidade e admitiu o seu direito a ser esquecida e o seu direito à felicidade, pois passou a ter uma vida exemplar, não mais justificando ataques desnecessários ao seu caráter ou à sua reputação<sup>2</sup>; e b) pessoa que não deseja lembrar algum comportamento positivo, como: um ato de coragem ao resistir, por ex., a um estupro e provocar a morte do agressor; o desejo de uma celebridade de ficar só e viver em paz<sup>3</sup>.

Para Pablo Domingues Martinez o direito a ser esquecido é fundamental, por ser essencial ao desenvolvimento da personalidade humana, possibilitando que a pessoa impeça que sua memória pessoal seja lembrada, a qualquer momento, por terceiros.<sup>4</sup>

René Ariel Dotte<sup>5</sup> afirma que o direito a ser esquecido é “a faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público”.

---

<sup>1</sup> TELLES JR. Goffredo. Direito subjetivo. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 28, p. 345-46. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 134-135; CASTELLANO, Pere Simón, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Valência, Tirant lo Blanc, 2012, p. 133.

<sup>2</sup> URABAYEN, Miguel, *Vida privada e informació-un conflicto permanente*, Pamplona: Ediciones-Universidade de Navarra, 1977, p. 120 a 127.

<sup>3</sup> CONSOLI, Giuseppe, *Il diritto all'oblio. Atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997* (Enrico Gabrielle-org). Nápoles, Ed. Scientifiche Italiane, 1999, p. 53.

<sup>4</sup> MARTINEZ, Pablo D., *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 80

### 3 DIREITOS CONEXOS AO DIREITO A SER ESQUECIDO

O direito a ser esquecido é um *direito autônomo*, que integra, como vimos, o rol dos direitos da personalidade. É um dos aspectos do direito da personalidade, derivado da proteção à intimidade e a privacidade histórica e relacionado com a honra, a imagem, ao nome, mas se tornou uma categoria autônoma, ante o princípio da dignidade humana.<sup>6</sup> Deles é independente por estar vinculado à memória individual, bem jurídico que integra a personalidade da pessoa.

O direito a ser esquecido é o de não ter sua privacidade histórica devassada, a qualquer tempo, por terceiros. O passado de uma pessoa não pode ser exposto para ser objeto de diversão pública ou de curiosidade alheia. É o direito da pessoa à autodeterminação informativa, ou seja, de controlar seus dados pessoais, de decidir se fatos pretéritos alusivos à sua vida poderão ser, ou não, novamente, alvo de noticiários, comentários, filmagens que possam afetar sua vida presente ou futura.

A opção entre a memória e o esquecimento é da pessoa, por isso o direito a ser esquecido é facultativo.

O direito a ser esquecido não pretende apagar o passado de alguém, mas, tão somente, preservar sua privacidade histórica, imagem, honra, etc... criando empecilho à exploração de fato pretérito que, em razão do decurso do tempo, não tenha atualidade ou interesse público na sua nova divulgação ou obtendo permissão para obtenção de remoção de dados a ele relacionados, visto que sua republicação poderá lesar direitos da personalidade. Cabe, portanto, ao titular desse direito decidir se o fato deve, ou não, ser divulgado, desde que não haja interesse público. Para Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder o direito a ser esquecido seria o de autodeterminação informativa por conferir ao seu titular um real poder sobre suas próprias informações e dados<sup>7</sup>.

Por ser tutelado juridicamente não precisa estar em conjunto com a identidade, a intimidade, a honra etc; embora possam estar, em certos casos, conexos, mas isso não faz com que sejam integrantes um do outro.

---

<sup>5</sup> DOTTI, René Ariel, O direito ao esquecimento e a proteção do “habeas data”, *Habeas data* (Teresa Wambier-coord), São Paulo, RT, 1998, p. 300.

<sup>6</sup> KHOURI, Paulo R., O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, *Revista do direito do consumidor*, 89: 463-464, 2013.

<sup>7</sup> MORAIS, Maria Celina B. de e KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões*. Rio de Janeiro, Renovar, 2012, p. 287.

O direito à honra e o direito à imagem têm correlação com o direito a ser esquecido, pois se houver divulgação de fato ocorrido no passado, sem qualquer interesse público, poderá haver violação do direito à honra e à imagem.

Entretanto, nada obsta que alguém pleiteie indenização pelo uso não autorizado de sua história, sem que tenha tido qualquer gravame à sua honra, como ocorreu nos USA, em 1910, com um garoto de 11 anos, que, em razão de sua genialidade, já discutia com mestres sobre difíceis temas matemáticos, e obteve graduação em Harvard aos 16 anos, tornando-se uma celebridade. Cansado de tudo isso, ao atingir a maioridade, optou pelo anonimato. E, em 1937, a revista *The New Yorker* publicou texto *Where are they now?*, reavivando o passado dessa pessoa, que passou a viver num bairro pobre, exercendo profissão para qual não necessitava de seus incomuns talentos matemáticos e fazia questão que ninguém soubesse de seu passado glorioso. Todavia, a ação por ele proposta, não vingou, ante o fato de a imprensa não ter feito referência a fato reprovável ou censurável nem atingido a honra ou reputação do autor.

Há uma conexão entre o direito a ser esquecido e direito à intimidade ou à privacidade. Não se pode negar que o direito à privacidade ou à intimidade, é um dos fundamentos do direito a ser esquecido, pois seu titular pode escolher como, onde e quando pretende que sua história seja difundida.<sup>8</sup>

No direito a ser esquecido há vários aspectos como identidade, lembranças pessoais, aventuras amorosas, privacidade, vida profissional, etc... mas todas essas facetas são independentes apesar de poderem ser conexas.

Se houver nova divulgação da notícia de que um notável profissional plagiou letra de música alheia, este fato atingirá sua imagem-atributo; mas não afetará sua intimidade. Se

---

<sup>8</sup> A privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela. A privacidade volta-se a aspectos externos da existência humana como recolhimento na própria residência sem ser molestado, escolha do modo de viver, hábitos, comunicação por via epistolar ou telefônica, etc.

Intimidade diz respeito a zona espiritual reservada da pessoa, aspectos internos do viver da pessoa, ou seja, a sua maneira de ser, como segredo pessoal, dor pela perda de ente querido, relacionamento amoroso, situação de pudor, etc.

FERREIRA DA SILVA, Edson (*Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2003, p. 51) observa que o direito à intimidade seria o poder de subtrair do conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da vida privada, que, segundo um senso comum, detectável, em cada época e lugar, interessa manter sob reserva”.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, São Paulo, Saraiva, 1980) define vida privada como aspectos que não se deseja ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não se deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna. É o direito que tem o titular de controlar o uso das informações que lhe dizem respeito.

Consulte: NERY COSTA, André B. Direito ao esquecimento na internet a *scarlet letter digital*, in Anderson Schreiber (coord). *Direito e mídia*, Atlas, 2013, p. 196.

houver nova publicação da notícia de que um ator é portador de Aids, sem sua anuência, ter-se-á, além da divulgação de sua moléstia, a publicação não consentida de sua fisionomia, reveladora de seu aspecto doentio, afetando sua imagem-retrato e sua intimidade, que ficarão expostas ao público. O direito a ser esquecido independe, portanto, do direito à intimidade apesar de ter forte conexão com ele, em certos casos.

O direito a ser esquecido tem conexão com a privacidade histórica, visto que visa garantir a escolha de vida, feita pela pessoa, contra qualquer ato de divulgação de fato passado, que, na atualidade, não apresente interesse público, e, conseqüentemente, evitaria sua estigmatização social, possibilitando que mantenha o controle e o domínio sobre dados ou informações pessoais, determinando quando, como e até que ponto poderão ser transmitidas a terceiros fazendo valer seu direito de voltar à sombra, ficando longe da mídia<sup>9</sup>.

Fácil é perceber que somente o fator temporal, acompanhado da atualidade e do interesse público, justificaria uma nova divulgação de acontecimento pretérito.

O direito a ser esquecido está relacionado com o direito à identidade pessoal, que é o conjunto de caracteres e atributos que possibilitam a individualização da pessoa na sociedade<sup>10</sup>. Se assim não fosse, dar-se-ia a pessoa uma imagem distante da que lhe é própria no momento presente, visto que se lhe atribuiria ideias, que não mais professa e nas quais não mais se reconhece, conferindo-lhe uma distorcida projeção social de sua personalidade. O direito à privacidade e o da identidade pessoal estão atrelados aos direitos de ser esquecido, uma vez que o da privacidade, diz respeito a assuntos particulares, sem relevância para o interesse público e o da identidade pessoal, atinente à atividade da pessoa, que poderá reconstruir, se for acatado o direito a ser esquecido, uma projeção social diversa da existente no pretérito, diante da mudança ocorrida na conduta e na vida do titular desse direito.

É imprescindível que as informações pretéritas fiquem no passado, preservando assim a privacidade e a real identidade do titular, que depende do momento presente, demonstrando, como a pessoa é e como pensa na atualidade.

O direito à honra objetiva guarda uma relação com o direito a ser esquecido, por dizer respeito, como ensina De Cupis, ao valor moral íntimo da pessoa, como a estima de terceiros, ou seja, a consideração social, o bom nome ou a boa fama ou o sentimento ou consciência da própria dignidade pessoal. O mesmo se diga do direito à imagem-atributo, que é a visão social

---

<sup>9</sup> MEZZANOTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Nápoles, Ed. Scientifiche Italiane, 2009, p. 55.

<sup>10</sup> SESSAREGO, Carlos F. *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 113.

a respeito do indivíduo, isto é, o conjunto de atributos cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente.<sup>11</sup>

Íntima é a conexão do direito a ser esquecido com esses direitos, por dizer respeito ao resguardo da reputação adquirida por seu titular no meio social, para que fatos pessoais passados, positivos ou negativos, não sejam lembrados, possibilitando livre desenvolvimento da personalidade. Mas é preciso ressaltar que o direito a ser esquecido não se confunde aqueles direitos da personalidade por ser um *direito autônomo*.

Para Cíntia Rosa Pereira de Lima “o direito ao esquecimento é um direito autônomo de personalidade através do qual o indivíduo pode excluir ou deletar as informações a seu respeito quando tenha passado um período de tempo desde a sua coleta e utilização e desde que não tenham mais utilidade ou não interfiram no direito da liberdade de expressão, científica, artística, literária e jornalística”<sup>12</sup>

O direito à liberdade de expressão, o de informar e o de ser informado encontram, portanto, obstáculos no direito a ser esquecido.

O direito de liberdade de expressão está previsto na CF, art. 220, que assim reza: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Abrange o direito de informar, o direito de ser informado (CF, art. 5º, XXXIII, Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13) e o direito de acesso à informação (art. 5º, XIV da CF; Lei n. 12.527/2011). Apesar da tutela constitucional, a matéria publicada não pode extrapolar a interesse da parte lesada, é preciso harmonizar de um lado a liberdade de expressão e o direito à informação e de outro lado a intimidade, a privacidade, a honra objetiva e a imagem, sem olvidar do respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

#### **4 SOLUÇÃO POSSÍVEL DO CONFLITO PERMANENTE ENTRE DIREITO A SER ESQUECIDO E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO**

O exercício da liberdade de expressão ou do direito de informar deve estar limitado pelo respeito aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana.

---

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. Direito à imagem e sua tutela, *Estudos de direito do autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem a Carlos Alberto Bittar*. Eduardo C. B. Bittar e Silmara J. Chinelato (orgs). Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002, p. 80.

<sup>12</sup> PEREIRA DE LIMA, Cíntia R. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro, *Doutrinas essenciais de direito constitucional*, v. 8, São Paulo, RT, 2015, p. 511-543.

A liberdade de informação e o direito de ser informado podem colidir com o direito a ser esquecido, causando gravame a outros direitos da personalidade, ou seja, à vida privada, à honra, à imagem, ao nome de pessoa cujos fatos pretéritos poucos recomendáveis, que, sem terem qualquer relevância social, foram novamente divulgados sem anuência sua.

A atividade jornalística deve ser livre para informar a todos sobre fatos cotidianos de interesse público, mas está limitada pelos direitos da personalidade. Se se divulgar alguma informação sobre fato pretérito, poderá ocorrer colisão entre direito de informação e direito da personalidade surgindo, então, responsabilidade civil por abuso praticado pela imprensa que abrange o conflito de dois direitos fundamentais: a liberdade de informar e a tutela do direito a ser esquecido.

Qual deverá ter prevalência? O direito à liberdade de informação ou de expressão ou o direito a ser esquecido, se ambos são direitos da personalidade e também direitos fundamentais, assegurados constitucionalmente?

Estamos diante de uma *antinomia real* ou *lacuna de conflito*, por não haver na ordem jurídica qualquer critério normativo para sua solução, a não ser pela edição de uma nova norma que escolha uma das normas conflitantes, ou pelo emprego da interpretação corretiva-equitativa, refazendo o caminho da fórmula normativa, tendo presente fatos e valores, para aplicar o significado objetivado pelas normas conflitantes, optando pela que for mais justa no caso concreto. Embora seja solucionável, ela não deixa de ser uma antinomia porque a solução dada pelo órgão judicante a resolve tão somente no caso concreto, não suprimindo sua possibilidade no todo do ordenamento jurídico.

Como a antinomia é uma situação anormal, uma realidade que impõe a determinação da estrutura da incompatibilidade normativa e uma tomada de posição conveniente à solução do conflito, dever-se-á preferir a decisão razoável à racional (LINDB, arts. 4º e 5º e CPC/2015, art. 8º). O órgão judicante deverá, com prudência objetiva, mediante o emprego da técnica da ponderação, verificar os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinado caso concreto, pois somente se esses resultados concordarem com fins e valores que inspiram a norma, em que se funda, é que ela deverá ser aplicada.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que existe uma impropriedade na menção à técnica da ponderação no art. 489, §2º do CPC/2015, que “dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da

hermenêutica jurídica clássica- as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais”.

Karl Larenz afirma que a técnica da ponderação determina o alcance, em cada caso concreto, dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que, porventura, venham colidir entre si.

Pelo Enunciado 274 CJF aprovado na IV Jornada de Direito Civil havendo colisão entre direitos da personalidade dever-se-á aplicar a *técnica da ponderação*, pois, assim, prescreve: “os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

E o CPC, art. 489, §2º, por sua vez, trata do uso do critério da ponderação, ao dispor: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

O órgão julgante, por meio de ponderação deverá, então, sopesar as normas conflitantes, alusivas aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais fazendo comparação entre elas aplicando aquela que for mais justa ao caso concreto (LINDB, art. 5º).

Neste sentido a lição de Antonio Carlos Morato e Maria Cristina de Cicco: “É necessário ponderar a tutela do direito ao esquecimento com a liberdade de informação, procurando um ponto de equilíbrio entre o direito de narrar os acontecimentos e de informar os membros da sociedade e o fundamental direito de cada um a não ver prejudicada a natural evolução da própria personalidade com uma nova difusão de notícias que repropõem uma identidade cristalizada e não evoluída no tempo e, portanto, frequentemente não mais correspondente ao atual papel do indivíduo na sociedade. Ponderação que deverá ser efetuada mediante o exame dos interesses em conflito em relação ao fundamento dos princípios colidentes, isto é, a dignidade da pessoa humana e sempre em concreto, jamais em abstrato.”

Para Karl Larenz dever-se-á aplicar a ponderação quando houver conflito entre o direito da personalidade de alguém com o direito de personalidade ou direito fundamental de outra pessoa, averiguando: de um lado, a importância para a opinião pública do assunto em questão, a seriedade e a intensidade do interesse na informação e de outro lado, a espécie

(esfera privada ou apenas esfera profissional) e a gravidade (modo deformado e injurioso da reportagem) do prejuízo causado ao bem da personalidade.

Diante do conflito entre o direito a ser esquecido e a liberdade de informação, caberá ao órgão julgante, analisar, com prudência objetiva, cada caso *sub judice*, atendo-se, utilizando o critério da ponderação, aos arts. 4º e 5º da LINDB e ao art. 8º do CPC/2015, que o conduzirão à aplicação do princípio do respeito à dignidade humana (CF, art. 1º, III), que se justifica pelo princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) e pelo mais alto princípio de justiça *suum cuique tribuere*. Nessa colisão o magistrado deverá, na lição de Roseline Letterson, ainda, no caso concreto, sopesar o custo-benefício dos diferentes direitos da personalidade conflitantes, averiguando se há preponderância do interesse da mídia ou da pretensão ao esquecimento.

O magistrado deverá, convém repetir, aplicar, diante da antinomia real, os arts. 4º e 5º da LINDB, fazendo uso dos princípios gerais de direito (art. 1º, III, CF) e do critério do *justum*, lançando mão de uma *interpretação corretivo-equitativa*. Levando em conta o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, ante o disposto no CPC/2015, art. 8º que prescreve: “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

É preciso deixar bem claro que essa interpretação corretivo-equitativa do órgão julgante lhe confere um poder discricionário e não uma arbitrariedade. É uma permissão de apreciar equitativamente, segundo a lógica do razoável (Recaséns Siches) interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Calouste Guebenkian, 2014, p. 575 a 583; FERRIANI, Luciana de P. Assis, *O direito ao esquecimento como um direito da personalidade*, dissertação de mestrado apresentada em 2016 na PUC; BITAN, Hubert, *Droit et expertise du numérique*, Paris: Wolter Kluwer, 2015, p. 315; BOCCHINI, Fernando e QUADRI, Enrico, *Diretto privato*, Torino: Giappichelli, 2014, p. 295; LETTERSON, Le droit à l'oubli, *Revue du droit public*, 1996, n. 2, p. 419; DINIZ, Maria Helena, *Conflito de normas*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 71-72; GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, Giappichelli, 1959, p. 5 e sgts; RECASÉNS SICHES, *La nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, 1950, p. 128, 255 a 258; MORATO, Antonio Carlos e DE CICCIO, Maria Cristina, Direito ao esquecimento: luzes e sombras, in Renato de M. J. Silveira (org), *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*, São Paulo: Liber Ars, p. 99; NERY JR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, 2015, p. 1156 e 1157.

## 5 RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO DO DIREITO A SER ESQUECIDO

Vicenzo Miceli, Jean Rivero e René Ariel Dotti apontam, com razão, a necessidade de haver limitação à liberdade de informação e aos direitos da personalidade (como p. ex. o direito a ser esquecido) para o viver em sociedade, pois cada direito corresponde a um dever do próprio titular, para consigo mesmo e para com outrem. Assim, os “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”. (Enunciado n. 139 do CJF).

Pela Lei de Acesso à Informação, art. 31, deve haver equilíbrio entre os direitos fundamentais, pois reza: “O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”.

Tanto o direito a ser esquecido como o direito à liberdade de expressão devem sofrer limitações, tendo por suporte o respeito à dignidade da pessoa humana, que prevalece sobre o direito de informar, de ser informado e a liberdade de expressão.

O exercício do direito de informação (CC, art. 20) e do direito ao livre acesso à informação não são absolutos, vedada está divulgação de notícias sensacionalistas de fatos pretéritos, que exponham, indevidamente, a intimidade ou a privacidade histórica ou acarretem danos à honra e à imagem, ofendendo o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF). O exercício daqueles direitos encontra restrições se conflitarem com direitos da personalidade até mesmo a publicidade que venha a divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la constitui violação a direito da personalidade (Enunciado 278 do CJF).

Pode-se limitar a fruição do direito à privacidade histórica interligada ao esquecimento tendo por base o consenso do titular, o resguardo de saúde pública, a segurança nacional, o

interesse público, a notoriedade de pessoa pública, os fins culturais ou científicos e o exercício de cargo público.

Portanto, o exercício do direito a ser esquecido pode sofrer restrições:

- a) se se tratar de pessoa notória, ou ocupante de cargo público de destaque, mas isso não constitui permissão para devassar sua intimidade. Pessoa que se torna pública pela fama ou significação intelectual, moral ou política não pode alegar ofensa a direito da personalidade se a nova divulgação de fato do seu passado estiver ligada à ciência, à moral, à política. Isto é assim, porque a nova difusão de fato pretérito sem seu consentimento deve estar relacionada com sua atividade ou com o direito à informação;
- b) se procurar atender à administração ou serviço de justiça ou de polícia;
- c) se se tiver de garantir segurança pública, em que prevalece o interesse social sobre o particular;
- d) se a nova divulgação atender ao interesse público em busca de verdade para formação da opinião pública.

Daí surgem as seguintes questões:

Como saber se a informação a ser novamente divulgada é de interesse público ou do interesse da imprensa? Quem decide se determinada notícia é de interesse público ou privado?

O interesse público é o que diz respeito ao Estado. Pela CF, art. 221, a imprensa deve ter como princípio o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família e não pode desprezar a dignidade da pessoa humana. Logo, o órgão de comunicação não poderá ser o responsável pelo controle das informações privadas, visto que não tem o poder de delimitar o conceito de *interesse público*.

Assim, o direito a ser esquecido prevalecerá se houver apenas interesse particular e se a divulgação do fato do passado, com o decurso do tempo perdeu a atualidade, protegendo-se, então, a vida privada e o direito à própria história. Se houver interesse público, o direito de informação, terá preferência, caso em que se beneficiará a memória coletiva e não a individual.

Poderão por exemplo valer-se do direito a ser esquecido:

- a) criminosos, que cumpriram pena e se reabilitaram, ou anistiados, para que haja sua reintegração social;

- b) os acusados injustamente de algum ilícito ou absolvidos, que outrora tiveram seu nome divulgado, por ocasião da divulgação do crime;
- c) vítimas de crime e seus familiares para que fatos pretéritos traumáticos não sejam lembrados;
- d) aqueles que praticaram atos pouco recomendáveis no passado, e mudaram de comportamento, para que não se eternize informação desprovida de interesse histórico ou público;
- e) os que tiveram dados divulgados pela internet e não desejam que sejam lembrados, por serem destituídos de relevância social.

Poderá haver conflito entre o direito a ser esquecido, atingindo direitos da personalidade (honra, imagem, privacidade e intimidade), e a liberdade de expressão ou de informação e o direito a ser informado. O direito a ser esquecido prevalecerá sobre os demais se não estiver em jogo o interesse público, reconhecendo-se a existência de um mero interesse particular do seu titular.

Se, após o decurso do tempo, a nova divulgação de um fato antigo for lesiva a direito da personalidade por desrespeitar, por ex., a reputação da pessoa ou privacidade, não havendo qualquer real interesse público no conhecimento desse evento, nem atualidade de informação, essa notícia não deverá ser difundida e os dados pessoais deverão ser excluídos porque são inapropriados.

Certeiras são as palavras de Franco Pizzete: “o direito ao esquecimento nasceu como uma manifestação do direito à privacidade e também em razão da dignidade da pessoa humana. Porém, em confronto com os direitos fundamentais da liberdade de informação, de imprensa e de expressão, a proteção específica do direito ao esquecimento existirá não para limitar a propagação de uma notícia legitimamente conhecida ou de interesse público, ao contrário restringirá a sua propagação somente se a divulgação não tiver este tipo de interesse”.

Qualquer pessoa que, no momento presente, tiver vida regrada, possui direito à felicidade, devendo ficar livre de republicação de fatos pretéritos ou de ataques desnecessários à sua reputação, desde que não envolvam interesse público.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Consulte: MICHELI, Vincenzo, *La personalità nella filosofia del diritto*, Milano, 1922, p. 30 e 31; DOTI, René Ariel, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidade e limites*, São Paulo, Revista dos

## 6 EFETIVIDADE DO DIREITO A SER ESQUECIDO E SEUS MEIOS PROTETIVOS COMO LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO

A proteção do direito a ser esquecido como um direito autônomo hodiernamente, ganha relevância pela necessidade de uma solução diante da rapidez de divulgação de fatos pelos meios de comunicação e da digitalização da sociedade, pois a internet causa perenidade de dados.

Se a pessoa é o fim do direito, sendo dotada, como sujeito de direito, de direitos fundamentais e de direitos da personalidade, poderá, obviamente, propor ações para tutelar o direito a ser esquecida.

O art. 12 do Código Civil prescreve:

“Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”

Se assim é o lesado direto (vítima) e os indiretos (cônjuge, companheiro, parentes) pela violação do direito a ser esquecido poderão pleitear a cessação de ameaça ou lesão e reclamar indenização por perdas e danos.

Para obter restrição de publicação ou da circulação de informação que contenha fato que deve ser esquecido, em razão de decurso de tempo e da falta de interesse público, para que o titular possa viver em paz, hábil seria a tutela inibitória e, ainda, mais acertadamente a tutela provisória de urgência.

A *tutela inibitória* está amparada pelo:

- a) art.5º, XXXV da CF/88 que assim reza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.
- b) art. 497, parágrafo único do CPC/2015 que
- c) prescreve:

---

Tribunais, 1980, p. 184, 194 a 222; FELBERG, Rodrigo, *A integração social dos cidadãos egressos*, São Paulo, Atlas, 2015, p. 82, 83.

“Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.”.

A tutela inibitória tem por escopo impedir, definitiva e imediatamente, a violação do direito a ser esquecido, vedando publicação ou circulação de fato pretérito em jornais ou revistas, programas de TV ou de rádio, internet (p. ex. remoção de conteúdo de *site*; bloqueio de *site*, filtragem de notícia pelo *site* de busca) por ter perdido utilidade no momento presente e por ser contrária a direito da personalidade. Com isso, evitar-se-á a ocorrência de dano, pois essa ação inibe a prática, reiteração ou a continuação do ilícito. É uma forma de tutela preventiva, visto que impede a violação do direito, mediante proibição de reprodução de fatos relativos ao autor da ação, que não têm, na atualidade, relevância pública, tendo por base a inviolabilidade de direito da personalidade, como o da privacidade histórica, o da intimidade, o da honra objetiva ou o de imagem-atributo.

Pode-se, portanto, evitar a publicação de fato pretérito por meio de tutela inibitória (CPC, art. 497, parágrafo único), independentemente de culpa ou dolo ou de existência de dano, bastando a mera aferição da possibilidade de risco iminente a direito da personalidade.

David Cury Neto observa que a tutela inibitória também se reveste de significado quanto aos danos econômicos do indivíduo, pondo este a salvo de cadastros negativos mantidos por organismos bancários ou de proteção ao crédito, cujos bancos de dados deverão ser atualizados com frequência por seus responsáveis, de sorte a impedir que espelhem realidade já superada ou inexistente.

Com a tutela inibitória protege-se, portanto, o direito a ser esquecido por impedir a atividade lesiva, evitando nova publicação de evento ocorrido no passado, que, no momento presente, não possui a relevância de outrora, nem apresenta interesse público. É, sem dúvida, um remédio processual eficaz para inibir ação indevida da imprensa.

Mas, se ocorrer divulgação desnecessária daquele evento, que deve ser esquecido, qualquer que seja o meio de veiculação, cabível será a *tutela provisória de urgência*, havendo elementos evidenciadores da probabilidade do direito e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo (CPC/2015, art. 300).

A tutela de urgência contém caracteres de medida cautelar e antecipação de tutela, se houver evidência de probabilidade de direito (*fumus boni iuris*) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). Se constatados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* o órgão julgante deverá concedê-la e poderá, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória para ressarcir eventuais prejuízos que o requerido possa sofrer, porém tal caução poderá ser dispensada se a parte economicamente não puder oferecê-la (CPC, art. 300, §1º). A tutela de urgência poderá ser concedida liminarmente, no início do processo, e sem a oitiva prévia da parte contrária ou após justificação prévia (CPC, art. 300, §2º).

E, além disso, pelo art. 536, §1º do CPC/2015:

“No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”.

É possível que o órgão julgante aplique *multa cominatória* para evitar consumação ou continuidade do ato ilícito e determine a *busca e apreensão de material* ofensivo ao direito a ser esquecido, assegurando sua retirada de circulação ou impedindo sua exibição em quaisquer programas.

A remoção de dados, no Brasil, dar-se-á por via judicial. Usuário de internet, que se sentir lesado pela divulgação de informações sobre seu passado em *sites*, poderá requerer, em juízo a retirada do conteúdo do veículo de informação original e não apenas do *link* obtido no *site* de buscas. O lesado em seu direito a ser esquecido deverá discriminar, com detalhes, o conteúdo, que o prejudicou, cuja remoção pretende, ou seja deverá indicar a *Uniform Resource Locator (URL)* onde o conteúdo se encontra armazenado.

Pelo Enunciado 404 do CJF, aprovado na V Jornada de Direito Civil: “A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente sobre o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas”.

A Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) assegura o direito fundamental de acesso à informação, e limita sua aplicação, determinando que, quanto às informações pessoais, dever-se-á respeitar intimidade, privacidade, honra e imagem da pessoa.

Em razão da agilidade dos meios tecnológicos, diante de abusos de certos usuários, para proteger a vítima a Comunidade Europeia procurou alterar a Diretiva 95/45/CE, em 2012, art. 17, que, tratando do direito a ser esquecido e da supressão de dados, apresenta 4 hipóteses que admitiriam seu exercício, como bem nos ensina Pere Simon Castellano: a) a retirada do consentimento pelo interessado ou a expiração do prazo para a conservação desses dados; b) a oposição do interessado quanto ao tratamento dos seus dados pessoais, ressalvada a existência de motivos imperiosos e legítimos, pelo responsável pelo tratamento das informações, que prevaleçam sobre os direitos e as liberdades individuais do interessado; c) a ilegitimidade do tratamento dos dados, quer pela ausência de autorização do interessado, que pela falta de motivos a justificar o seu tratamento; e, d) a ocorrência de exceções à faculdade de supressão dos dados pessoais pelo interessado, nos casos de livre exercício do direito à liberdade de expressão, por motivos de interesse público no âmbito da saúde pública, para o exercício da investigação histórica, estatística e científica ou em cumprimento de uma obrigação legal imposta pelo Direito da União Europeia ou pela legislação de Estado-membro, sempre que relacionada a um objetivo de interesse público e que seja proporcional à finalidade visada.

E acrescenta no art. 17º, nº 1: O titular dos dados tem direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento de dados pessoais que lhe digam respeito e a cessação da comunicação ulterior desses dados, especialmente em relação a dados pessoais que tenham sido disponibilizados pelo titular dos dados quando ainda era uma criança, sempre que se apliquem um dos motivos seguintes: (a) Os dados deixaram de ser necessários em relação à finalidade que motivou a sua escolha ou tratamento; (b) O titular dos dados retira o consentimento sobre o qual é baseado o tratamento nos termos do art. 6º, nº 1, alínea a), ou se o período de conservação consentido tiver terminado e não existir outro fundamento jurídico para o tratamento dos dados, (c) O titular dos dados opõe-se ao tratamento de dados pessoais nos termos do artigo 19º; (d) O tratamento dos dados não respeita o presente regulamento por outros motivos”. O dispositivo versa, ainda, sobre a responsabilidade daquele que trata dos dados pessoais alheios, notadamente quando disponibilizados a terceiros (nº 2), e os limites impostos ao direito ao apagamento (nºs 3 a 8).

A Lei n. 12.965/2014 procura, ao regulamentar a rede mundial de computadores, o uso da internet (art. 1º), o respeito à liberdade de expressão (art. 2º, *caput*) e aos direitos humanos, ao desenvolvimento da personalidade e ao exercício da cidadania em meios digitais (art. 2º, I), dando suporte à proteção do direito a ser esquecido, no art. 7º, X, ao prescrever a possibilidade de exclusão definitiva de dados pessoais fornecidos pelo usuário a terceiro que opera na Internet, após o término da relação existente entre ambos, ressalvada a hipótese de guarda obrigatória de registros prevista legalmente e no art. 19 e §1º ao tratar da responsabilização civil por danos do provedor de aplicação da internet, havendo ordem judicial específica, contendo identificação clara do conteúdo infringente, para tomar providencias, dentro do prazo assinalado, nos limites técnicos do serviço.

O PL n. 7881/2014, pretende obrigar remoção de *links*, ao prescrever no art. 1º: É obrigatória a remoção de *links* dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, sobre o envolvido, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida.

O Projeto de Lei n. 1676/2015, por sua vez, no art. 3º, dispõe:

“O direito ao esquecimento é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público. Parágrafo único. Os titulares do direito ao esquecimento podem exigir dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, independentemente de ordem judicial, que deixem de veicular ou excluam material ou referências que os vinculem a fatos ilícitos ou comprometedores de sua honra”.

Possível será, portanto, a remoção de dados pessoais ou da notícia de fatos deletérios de vida passada publicada indevidamente em *site*, jornais arquivados em biblioteca ou sede de empresa jornalística, por exemplo.

Não se pode, ainda, olvidar do *habeas data* (CF, art. 5º, LXXII; Lei n. 9507/97; *BAASP 1893:35, 1936: 33*) que também respalda o direito à verdade e à memória, uma vez que assegura não só o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, mas também a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

E, além disso, o CPC/2015, art. 369 assegura o uso de todos os meios legais e moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos.

Portanto, o *habeas data* que é uma ação especial para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (*habeas data* preventivo) e para retificação de dados inverídicos ou incorretos, existentes nos registros informativos, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (*habeas data* corretivo). Trata-se de remédio para tutelar certos direitos garantidos constitucionalmente, como os direitos à honra, à tranquilidade, a ser esquecido, ao patrimônio, à privacidade, à boa fama contra atos praticados por órgãos públicos ao anotarem e registrarem informações sobre a pessoa, pois todos aqueles valores poderão ser vulnerados por informação errônea.

Observa, ainda, Newton de Lucca que é urgente uma Emenda Constitucional que proteja a pessoa se for atacada por jornalistas, instituindo o *habeas midia* no Brasil, que é meio protetivo individual, coletivo ou difuso, tanto de pessoas físicas como jurídicas que sofrerem ameaça ou lesão ao patrimônio jurídico indisponível (honra, privacidade, etc) em razão de eventuais abusos cometidos pela mídia.

Se o dano por ofensa ao direito a ser esquecido já se consumou por ter havido uma indevida republicação de fato passado ou de informação já divulgada outrora, haverá responsabilidade civil do lesante. Assim, se houver violação ao direito a ser esquecido, ante a repercussão em outros direitos da personalidade, ter-se-á à reparação do dano moral e/ou patrimonial.

Realmente, como já dissemos, o direito objetivo autoriza a pessoa a defender sua dignidade e sua personalidade, pois como vimos alhures, para Goffredo Telles Jr, os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a integridade física e psíquica, a sociabilidade, a reputação, a honra, a privacidade etc.

Além do próprio ofendido (lesado direto) poderão reclamar reparação por dano patrimonial ou moral seus herdeiros, seu cônjuge ou convivente, membros de sua família (lesados indiretos) por ofensa ao direito a ser esquecido. Todas as pessoas têm direito de propor ação de indenização, ingressando em juízo *jure proprio*.

O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano causado pela indevida divulgação de fato pretérito é fonte geradora de responsabilidade civil, que é uma sanção civil de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima. A

responsabilidade civil é um problema que surge a cada atentado sofrido por alguém em seu direito a ser esquecido, por constituir um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, tornando imprescindível a criação de solução que sanem tais lesões, pois o direito não poderá tolerar que ofensas desse porte fiquem sem qualquer reparação.

A responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano causado a outrem, desfazendo tanto quanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao *status quo ante* (sanção direta), mediante restauração, reconstituição ou recomposição natural da lesão sofrida com divulgação de fato passado, que, infelizmente, em caso de violação do direito a ser esquecido nem sempre é possível (p. ex. invasão de privacidade histórica, atentado à intimidade ou a honra), e mesmo quando possível é insuficiente para reparar integralmente o dano. Assim, por ex. em relação a uma matéria divulgada em internet ou em veículo de comunicação social a vítima tem p. ex. *direito à resposta* ou retificação gratuita e proporcional ao agravo à sua privacidade, honra, intimidade, reputação, nome, imagem. Tal direito deverá ser exercido no prazo decadencial de 60 dias, contado da data da divulgação, publicação ou transmissão da matéria ofensiva, mediante correspondência com aviso de recebimento. Urge lembrar que a retratação espontânea não impede o direito de resposta nem prejudica a ação de reparação por dano moral. O ofendido poderá requerer que a resposta ou retificação se dê no mesmo espaço, dia da semana e horário do agravo. E se o gravame se deu por meio de mídia impressa, de circulação periódica, a resposta ou retificação dar-se-á na edição seguinte à ofensa ou em edição extraordinária (CF, art. 5º, V e X; Lei n. 13188/2015).

Ante a impossibilidade da reconstituição natural na *restitutio in integrum* ou reparação *in natura* pelo desagravo, há o recurso à “situação material correspondente” ou indenização por equivalente, ou seja, operar-se-á uma conversão da obrigação em dívida de valor (CC, art. 947), garantindo-se sempre o restabelecimento total do equilíbrio violado pelo evento danoso. No caso de atentado ao direito a ser esquecido é mais comum o pagamento de certa soma em dinheiro, ou seja, de uma indenização (sanção indireta), tendo-se a “execução por equivalente”, como ponderam Marty e Raynaud.

Hipótese em que deverá haver uma plena e integral reparação dos direitos do lesado, até onde suportarem as forças do patrimônio do lesante, apresentando-se para o lesado (direto ou indireto) como uma compensação pelo prejuízo sofrido por força de violação ao direito a ser esquecido.

O dano moral causado pelo desrespeito ao direito a ser esquecido, é uma lesão ao direito da personalidade (privacidade, intimidade, honra, imagem, etc) e não pressupõe a

verificação de sentimentos humanos como dor; angústia; sofrimento; humilhação; desgosto; o complexo ou trauma que sofre a vítima ou o lesado indireto, pois estes estados de espírito constituem a consequência do dano. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão: a) de dano moral, sem pedir um preço para sua dor ou vexame, mas um lenitivo que atenua, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro. Não há quantia capaz de corresponder ao sofrimento, à humilhação ou abalo emocional pelo impacto de um ato lesivo ao direito de ser deixado em paz; b) de dano patrimonial, mediante comprovação de lucros cessantes, dano emergente, dificuldade de obter trabalho ou crédito no mercado, por ex.

Além disso, a ofensa ao direito a ser esquecido pode abranger não só um eventual benefício perdido como também a *perda da chance*, de frustração de uma oportunidade em que seria obtido um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência da nova divulgação indevida de fato pretérito, que requer o emprego do tirocínio equitativo do juiz, distinguindo a possibilidade da probabilidade e fazendo uma avaliação das perspectivas favoráveis ou não à situação do lesado, para atingir a proporção da reparação e deliberar seu *quantum*. A indenização não seria de ganho que deixou de ter, mas da chance. Realmente, em certos casos, o esquecimento pode constituir-se como diz Fabiana Santos Dantas, em uma segunda chance, no recomeço de vida para a pessoa. Nesse sentido a perda da chance é um bem que deve ser tutelado juridicamente.

A perda da chance é, portanto, um dano real indenizável se se puder calcular o grau de probabilidade de sua concretização.

A perda da chance, oriunda de lesão extrapatrimonial, abarca o *dano existencial*, ou o dano a um projeto de vida, por ser uma lesão à existência e à dignidade da pessoa, decorrente da violação de um de seus direitos fundamentais, que provoca frustração ou modificação nas atividades cotidianas por ela exercidas na consecução de um plano ou projeto de vida pessoal, dando azo a um ressarcimento para que haja proteção à personalidade. O atentado ao direito a ser esquecido provoca dano existencial por comprometer a consecução de um objetivo pretendido por causar uma alteração nos hábitos da vítima e uma deterioração em sua qualidade de vida, por perder o convívio com seu grupo, por sofrer privação em sua liberdade ou em seu direito de fazer o que aprouver ou de concretizar suas metas. O dano à existência gera mudança brusca no dia a dia, modificando a relação da vítima, na esfera familiar, social, negocial, etc.

As normas que regem a indenização por dano moral podem ser aplicadas na ressarcibilidade do dano existencial (CF, art. 1º, III, art. 5º, V e X, CC, arts. 12, 186, 927, 948; STJ Súmulas 137, STF Súmula 491).

O direito a ser esquecido é, na verdade, o de defender a *integridade moral*: a honra; o recato; o segredo pessoal, doméstico, profissional; a segurança moral; a imagem; a intimidade; a identidade pessoal, sexual, familiar e social; o nome, etc. Como todos os direitos da personalidade, é tutelado em cláusula pétrea constitucional, não se extingue pelo seu não uso, nem seria possível impor prazos para sua aquisição ou defesa. Logo, se a pretensão for indenização civil por dano moral direto, em razão de lesão a direito da personalidade (p. ex. integridade psíquica, privacidade, imagem etc.), ter-se-á na nossa opinião, a imprescritibilidade, mas se a pretensão for a obtenção de uma reparação civil por dano patrimonial ou moral indireto, o prazo prescricional será de três anos (CC, art. 206, §3º, V). Isto porque a prescrição alcança os *efeitos patrimoniais* de ações imprescritíveis, como as alusivas às pretensões oriundas de direito da personalidade.<sup>15</sup>

O direito a ser esquecido está tutelado juridicamente, pois o ofendido poderá utilizar dos meios protetivos acima indicados, admitidos por lei, em busca da concretização do direito à esperança de obter uma vida melhor.

## CONCLUSÃO

O direito a ser esquecido, por ser um direito da personalidade, merece proteção jurídica. Qualquer pessoa, que se tenha envolvido em acontecimento público, poderá, com o decorrer do tempo, pleitear o esquecimento de lembrança daquele fato, desde que não esteja fundado em necessidade histórica, por ser lesiva à sua privacidade, à sua reputação ou a sua honra objetiva e por não haver interesse contemporâneo na segunda divulgação daquele fato<sup>16</sup>. O reconhecimento do direito a ser esquecido é um instrumento para tutelar a condição da

---

<sup>15</sup> Sobre a tutela do direito a ser esquecido, *vide*: NERY JR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2015, p. 857 a 89, 1183 a 1186; ARENHART, Sérgio C. *A tutela inibitória da vida privada*; 2001; MURITIBA, Sérgio S. *Tutela inibitória e dos direitos da personalidade*, RP, 122: 22 e segts; CURY NETO, David. *Tutela civil do direito ao esquecimento*, dissertação de mestrado apresentada na PUCSP, em 2015, 158 a 186; FERRIANI, Luciana de Paula Assis, *O direito ao esquecimento como um direito da personalidade*. Tese de doutorado apresentada na PUCSP em 2016-p. 128 a 135; CASTELLANO, Pere Simon, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valência, Tirant lo Blanch, 2012, p. 170; MALERBI, Diva P. *Perfil do habeas data*, São Paulo, RT, 1989, SIQUEIRA JR, Paulo H. *Habeas Data: remédio jurídico da sociedade de informação, O direito na sociedade de informação*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 251-74; DINIZ, Maria Helena, *Norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 157 a 159; DANTAS, Fabiana S. *Direito fundamental à memória*, Curitiba, Juruá, 2010, p. 197.

<sup>16</sup> LETTERON, Roseline, *Le droit à l'oubli*, in *Revue du droit public*, 1996, n. 2, p. 413 e 414.

pessoa envolvida num fato pretérito, possibilitando-lhe o ingresso em juízo, para fazer valer o esquecimento de informação daquele fato, que, além de ter perdido a atualidade, não apresenta qualquer interesse público.

A importância desse direito é tão grande que a sua ofensa dará azo à indenização por dano moral e/ou patrimonial e existencial, e por perda da chance, dando legitimidade para que o lesado ingresse em juízo contra o lesante, com ação de responsabilidade civil para reparação do gravame sofrido. Podendo, ainda, para obter restrição da publicação daquela informação fazer uso da tutela inibitória, da tutela provisória de urgência, da remoção de dados, do *habeas data* etc.

E se houver colisão entre o direito a ser esquecido e o da liberdade de manifestação de pensamento, de informar e o de ser informado, tais interesses opostos não poderão ser protegidos, concomitantemente, num dado caso concreto, e, por tal razão, o órgão julgante deverá buscar, com base na técnica da ponderação e no critério do *justum* a solução mais viável, aplicando os arts. 4º e 5º da LINDB, e o art. 8º do CPC, atendo-se à ideia de que o exercício da liberdade de expressão não é pleno e só deve realizar-se se não causar dano a alguém e se respeitar o direito a ser esquecido.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio C. *A tutela inibitória da vida privada*; 2001.

BITAN, Hurbert, *Droit et expertise du numérique*, Paris: Wolter Kluwer, 2015.

BOCCHINI, Fernando e QUADRI, Enrico, *Diritto privato*, Torino: Gianppichelli, 2014.

CASTELLANO, Pere Simón, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Valência, Tirant lo Blanc, 2012.

CONSOLI, Giuseppe, *Il diritto all'oblio. Atti del convegno di studi del 17 maggio 1997* (org. Enrico Gabrielle). Nápoles, Ed. Scientifiche Italiane, 1999.

CURY NETO, David. *Tutela civil do direito ao esquecimento*, dissertação de mestrado apresentada na PUCSP em 2015

DANTAS, Fabiana S. *Direito fundamental à memória*, Curitiba, Juruá, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, vols. 1 e 7, 2015.

\_\_\_\_\_ Direito à imagem e sua tutela, *Estudos de direito do autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem a Carlos Alberto Bittar*.

Eduardo C. B. Bittar e Silmara J. Chinelato (orgs). Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002.

\_\_\_\_\_ *Conflito de normas*, São Paulo, Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_ *Norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo, Saraiva, 2009.

DOTTI, René Ariel, O direito ao esquecimento e a proteção do “habeas data”, *Habeas data* (Teresa Wambier-coord), São Paulo, RT, 1998.

\_\_\_\_\_ *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, São Paulo, Saraiva, 1980.

FELBERG, Rodrigo, *A integração social dos cidadãos egressos*, São Paulo, Atlas, 2015.

FERREIRA DA SILVA, Edson. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2003.

FERRIANI, Luciana de P. Assis, *O direito ao esquecimento como um direito da personalidade*, dissertação de mestrado apresentada na PUCSP em 2016.

GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, Giappichelli, 1959.

KHOURI, Paulo R., O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, *Revista do direito do consumidor*, 89: 463-464, 2013.

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2014.

LETTERSON, Roseline Le droit à l’oubli, *Revue du droit public*, 1996, n. 2.

MALERBI, Diva P. *Perfil do habeas data*, São Paulo, RT, 1989.

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

MEZZANOTE, *Il diritto all’oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Nápoles, Ed. Scientificue Italiane, 2009.

MICHELI, Vincenzo, *La personalità nella filosofia del diritto*, Milano, 1922.

MORAIS, Maria Celina B. de e KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões*. Rio de Janeiro, Renovar, 2012.

MORATO, Antonio Carlos e DE CICCIO, Maria Cristina, Direito ao esquecimento: luzes e sombras, in Silveira, Renato de M. J.; *Estudos em homenagem a Ivete Senise Ferreira*, São Paulo, Liber Ars, 2015.

MURITIBA, Sérgio S. Tutela inibitória e dos direitos da personalidade, *RP*, 122: 22 e segts.

NERY COSTA, André B. Direito ao esquecimento na internet a scarlet letter digital, in Anderson Schreiber (coord). *Direito e mídia*, Atlas, 2013.

NERY JR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, 2015.

PEREIRA DE LIMA, Cíntia R. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro, *Doutrinas essenciais de direito constitucional*, v. 8, São Paulo, RT, 2015.

RECASÉNS SICHES, *La nueva filosofía de la interpretacion del derecho*, México, 1950.

SESSAREGO, Carlos F. *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

SIQUEIRA JR, Paulo H. *Habeas Data: remédio jurídico da sociedade de informação, O direito na sociedade de informação*, São Paulo, Atlas, 2007.

TELLES JR. Goffredo. Direito subjetivo. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 28, p. 345-46.  
URABAYEN, Miguel, *Vida privada e información-um conflito permanente*, Pamplona: Ediciones-Universidade de Navarra, 1977.