

**APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ESFERA PRIVADA: DIMENSÃO DE DIREITOS HUMANOS, CONFLITOS CONSTITUCIONAIS E DESAFIOS REGULATÓRIOS NA ERA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

APPLICABILITY OF THE RIGHT TO FOREGROUND IN THE PRIVATE SPHERE: DIMENSION OF HUMAN RIGHTS, CONSTITUTIONAL CONFLICTS AND REGULATORY CHALLENGES IN THE ERA OF THE INFORMATION SOCIETY

Danilo Henrique Nunes<sup>1</sup>

Lucas de Souza Lehfeld<sup>2</sup>

**RESUMO**

O estudo analisa a recepção e aplicação do direito ao esquecimento na doutrina pátria, em face da colisão evidente de direitos fundamentais. Contudo, não se limita ao entendimento doutrinário sobre o tema, mas debruça-se sobre a jurisprudência do direito brasileiro no que tange à dignidade da pessoa humana e à proteção de dados em ambiente virtual, dada à relevância que o tema possui, tanto de caráter científico como social e acadêmico, uma vez que no Brasil ainda é pouco estudado. Importante destacar que, apesar da notoriedade e pouco de produz cientificamente sobre cidadania digital como um dever fundamental, cabendo amplo debate já que o estudo dos direitos fundamentais é sempre algo muito benéfico, pois, entra em pauta novas garantias aos cidadãos. O presente artigo baseia-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com a utilização dos métodos hipotético-dedutivo e indutivo.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Direitos fundamentais; Direito ao Esquecimento; Personalidade.

**ABSTRACT**

The study analyzes the reception and application of the right to oblivion in homeland doctrine, in the face of the evident collision of fundamental rights. However, it is not limited to the doctrinal understanding on the subject, but it is concerned with the jurisprudence of Brazilian law regarding the dignity of the human person and the protection of data in a virtual environment, given the relevance that the subject has, both of character scientific as social and academic, since in Brazil it is still little studied. It is important to emphasize that, despite the notoriety and little scientific production of digital citizenship as a fundamental duty, there is a wide debate, since the study of fundamental rights is always very beneficial, since new guarantees for citizens are in the

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Advogado, jornalista e professor universitário. Email: [dhnunes@hotmail.com](mailto:dhnunes@hotmail.com)

<sup>2</sup> Pós doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, mestre e doutor em Direito pela PUC-SP, docente do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Email: [lehfeldrp@gmail.com](mailto:lehfeldrp@gmail.com)

pipeline. The present article is based on bibliographical and jurisprudential research, using the hypothetic-deductive and inductive methods.

**Keywords:** Human Rights; Fundamental rights; Right to Forgetfulness; Personality.

## **1. INTRODUÇÃO**

A motivação que levou a escolha do tema se deu ao fato que as discussões a respeito do direito de ser esquecido terem ganhado espaço nas pesquisas jurídicas internacionais.

O direito de ser esquecido pode ser considerado como a capacidade jurídica que um sujeito possui de evitar a propagação de informações pessoais comprometedoras ou que de qualquer forma, possam lesar os envolvidos. Cabe ressaltar que o tema ainda é novo no Brasil, e vem sido tema de debates na esfera jurídica tanto pelo conflito entre princípios fundamentais, quanto pela polêmica que vem surgindo com ações a respeito.

A relevância desse estudo possui caráter tanto científico quanto social e acadêmico, uma vez que no Brasil ainda é um tema pouco estudado, apesar da notoriedade. Cabe ressaltar que o estudo dos direitos fundamentais é sempre algo muito benéfico, pois, entra em pauta novas garantias aos cidadãos.

A problemática desse estudo se manifesta por meio da seguinte questão: Como se enquadra o Direito do Esquecimento no Ordenamento Jurídico Nacional?

Pretende-se analisar a recepção e aplicação do direito ao esquecimento na doutrina pátria, analisando a colisão de direitos fundamentais. Como objetivos específicos, podemos citar: a discussão sobre direitos de personalidade: direito a honra, a vida privada, a intimidade e a imagem com o advento das redes sociais; a análise de como se dá a aplicação do direito ao esquecimento no Brasil; ressaltar a jurisprudência relevante sobre o tema em comento, por exemplo.

A metodologia adotada para a elaboração deste trabalho será a pesquisa bibliográfica. No tocante à metodologia adotada, essa abrange, basicamente, o estudo de trabalhos, dentre estes: livros, artigos, dissertações e teses.

## **2. REVISÃO DE LITERATURA**

### **2.1 DIREITOS DE PERSONALIDADE**

A Constituição Federal de 1988 elevou os direitos da personalidade ao status de direitos fundamentais, buscando tornar mais efetiva a defesa da dignidade humana (MELLO, 2015).

A personalidade é considerada o primeiro bem pertencente ao ser humano. Ela está dividida em categorias imateriais de bens, dentre eles estão: a vida, a honra e a intimidade. A personalidade, para Iglesias (2003, p. 2) “é o conjunto de bens referentes à parte intrínseca do ser, e uma vez violados tais bens, o ordenamento jurídico lhes confere proteção.”

A proteção dos direitos de personalidade ganha uma importância ainda maior atualmente, pois vivemos na sociedade das redes sociais. Isso significa que não há mais distância entre a privacidade e a esfera pública, com notória e sucessiva expropriação da intimidade contra a própria vontade do titular. E, não raro, esse fácil acesso aos meios de comunicação, acaba por permitir a invasão à esfera privada do indivíduo, exibindo fatos que, eventualmente, causam prejuízo à dignidade humana dos envolvidos (RAMOS FILHO, 2014, p. 35).

O autor afirma ainda que os direitos da personalidade podem ser classificados em três grupos:

- a) Integridade física: como o direito à vida, ao corpo e ao cadáver;
- b) Integridade intelectual: como o direito à autoria científica ou literária, dentre outras manifestações do intelecto;
- c) Integridade moral: como o direito à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, dentre outros.

## **2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICABILIDADE EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

A constitucionalização no Brasil, de acordo com Flávia Piovesan (2012, p. 80), ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988:

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil.

Uma definição bem abrangente e que deixa claro o papel do poder público em face dos Direitos Humanos é a de Fernando Barcellos de Almeida (1996):

Direitos Humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em Declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.

Foi em decorrência da democratização do país que o campo de proteção dos direitos foi significativamente ampliado. Piovesan (2012, p. 83) descreve a preocupação do legislador constituinte em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar aos indivíduos como imperativo de justiça social, uma vez que o conteúdo da Constituição prevê um extenso rol de direitos no preâmbulo da Carta Magna, elenca a cidadania e a dignidade da pessoa humana como os principais fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, e por fim, positiva variados postulados como objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

Hodiernamente, a proteção internacional dos direitos humanos recebe um tratamento que finca suas bases nos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, um relativo a direitos civis e políticos e o outro aos direitos sociais, econômicos e culturais, os quais decorrem da solene Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Esses pactos, entretanto, não são os únicos a se ocuparem da questão, já que inúmeros outros instrumentos jurídicos surgiram após a solene decisão política que culminou naquela Declaração Universal, com o objetivo de implementá-la e dar-lhe efetividade. (GUERRA, 2002).

Portanto, a constitucionalização dos direitos humanos no Brasil além de positivizar formalmente os direitos no ordenamento jurídico pátrio, previu valores éticos, propósitos e princípios no texto constitucional, sobretudo o princípio da dignidade humana. (BARRETTO, 2010).

Segundo Silveira e Rocasolando (2010), “de forma generalizada, a sociedade entende “direitos humanos” como o conjunto dos direitos essenciais da pessoa humana e de sua dignidade”.

“A priori” é preciso compreender o significado de “direitos humanos”, objeto do presente estudo, em consonância com a expressão “direitos fundamentais”. Isto porque parte da doutrina tem utilizado ambos os termos como sinônimos com o mesmo conceito e conteúdo, sem saber ao certo ao que cada um se refere. A própria Magna

Carta de 1988 não é precisa no emprego dos mesmos, conforme constatação feita por Sarlet (2010, p. 27):

[...] a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, §1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, inc. IV).

Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma carta de intenções e princípios sem força normativa que não pode impor-se coativamente aos atores internacionais. (GUERRA, 2002).

Indaga-se se existe alguma distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, pois ambas tratam de valores ligados à liberdade e igualdade com vistas à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Grosso modo, em termos de conteúdo não há grandes diferenças. Contudo, não se pode olvidar que os direitos fundamentais são aqueles minimamente necessários a proporcionar uma vida digna ao seu titular, ao passo que os direitos humanos têm alcance ampliado, abrangendo, assim, os direitos positivados e os que ainda aguardam para serem positivados. (BARRETTO, 2010).

Para Norberto Bobbio (1992), o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é o de fundamentá-los e sim o de protegê-los.

E, nesse mesmo sentido, Boson (1972, p. 37) assevera que:

(...) embora destituída da obrigatoriedade jurídica das convenções, tem tido o seu dinamismo frutuoso no campo da moral, da política e do Direito, interno e internacional. Assim é que tem propiciado a preparação dos Pactos dos direitos do Homem junto a todos os órgãos da ONU, e instituições especializadas, revelando sua influência construtiva através da maneira por que os governos, os secretários e os funcionários, em geral, abordam, depois dela, os problemas que dizem respeito aos direitos do Homem.

De acordo com Herkenhoff (1994), desde a antiguidade luta-se pelo reconhecimento de tais direitos, como podem ser assinalados: o Código de Hammurabi (Babilônia, século XVIII a.C - antes de Cristo), o pensamento de Amenófis IV (Egito, século XVI a. C.), a filosofia de Mêncio (China, século IV a. C.), a República de Platão (Grécia, século IV a. C.), o Direito Romano e inúmeras civilizações ancestrais. Ocorre que, na Antiguidade, não se conhecia o fenômeno da limitação do poder do Estado e as leis que o organizavam não atribuíam aos indivíduos direitos frente ao poder estatal. Por

outro lado, sem garantia legal, esses direitos padeciam de precariedade na estrutura política e o respeito a eles dependia da vontade dos governantes.

Entretanto, a maior distinção que existe entre os termos concerne ao plano de positivação, conforme ensinamento de Sarlet (2010, p. 29):

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem não é um tratado, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembléia Geral quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob a forma de uma resolução da Assembléia. Por mais de uma vez, ante gestões externas fundadas no zelo pelos direitos humanos, certos países reagiram lembrando a natureza não-convencional da Declaração (REZEK, 2002, p. 211).

Como visto os direitos humanos estão consagrados no plano internacional, ao passo que os direitos fundamentais estão positivados no plano interno, isto é, nas constituições. Dessa forma, quando os direitos humanos são consagrados na Constituição eles ganham o “status” de direitos fundamentais. Sarlet (2010, p. 32) aborda as consequências desta incorporação:

Nesse sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional.

Partindo desse pressuposto, temos que a proteção desses direitos é a tarefa mais importante. Dessa forma, ao longo da história, foram criados diversos mecanismos de proteção do ser humano contra os abusos de poder. Nessa esteira, é imprescindível

demonstrar a evolução histórica desses direitos, classificados como “Direitos Humanos”.

Até chegarmos à atual noção de dignidade humana, um longo caminho foi percorrido através dos tempos, com contribuições filosóficas desde a Antigüidade clássica, passando pelos Estóicos, depois por Cícero e difusão da cultura grega em Roma, pela Escolástica medieval de São Tomás de Aquino e, na Idade Moderna, pelas idéias de Pico de Mirandola, Francisco de Vitória e Samuel Pufendorf, firmando-se com o Idealismo de Kant.

O conceito de dignidade humana encontra-se intrínseco ao direito, e dele é emanado valores importantíssimos para as relações interpessoais. Tal conceito é uma construção histórica, e com o avanço da sociedade, passa a ser solidificado. O contexto sócio-filosófico-jurídico do mundo pós-guerra, em decorrência das atrocidades investidas contra o ser humano, buscou solidificar em leis positivas os conceitos da Declaração dos direitos do homem, visando com isso à exigibilidade dos direitos humanos e fundamentais que constituem a esfera de proteção humana. Mas este conceito é um princípio metafísico e supralegal (RIZZATO NUNES, 2009).

Ingo Wolfgang Sarlet (2005) assevera que a dependência do elemento distintivo da razão fundamenta-se justamente na proteção daqueles que, por motivo de doença física ou deficiência mental, surgem como especialmente carecedores de proteção. E finalmente: se atribui como objeto da dignidade aquilo que precede qualquer reconhecimento, subtrai-se dela, na procura da “vida humana pura”, a dimensão social, para adquirir-se, por meio disso, a indisponibilidade da dignidade.”

Conforme ensinamento de Canotilho (2000, p. 381):

Direitos humanos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais, econômicos e culturais, surgiram a partir das reivindicações operárias do Século XIX, decorrência da crise social produzida pela conjugação da prevalência das idéias do liberalismo radical, com as mudanças no sistema de produção proporcionadas pela Revolução Industrial. Caracterizam-se como direito de o particular obter, por meio do Estado, prestações de saúde, educação e segurança social.

No mesmo sentido, porém, posicionando-se na atualidade e à nossa Nação, cabe a citação de Ingo Sarlet (apud. OLIVEIRA & SALETI, 2009): “A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito instituído no Brasil em 1988 (art. 1º, III, da Constituição), partindo daí o sistema de reconhecimento, de

proteção e de efetivação dos direitos humanos, ao que se obriga o Estado por todos os seus Poderes”.

Chaves Camargo (1994) ressalta que a:

Pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.

O princípio de justiça social encontra-se inserido na Carta Magna, com o objetivo de se garantir uma vida digna a todos os homens, com a satisfação das necessidades vitais básicas, indicadas pelo próprio texto da Constituição, conforme seu art. 7º, IV: "moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social".

Com o intuito de se esclarecer o que realmente vem a ser dignidade Rizzatto Nunes (2009) aponta que: “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”.

Magalhães (2009) diz “que para começar a respeitar a dignidade tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art.6 Cf.”<sup>14</sup>, o prof. Rizzatto (2009) continua dizendo que “a esses direitos sociais devem-se somar os demais direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a intimidade, a vida privada, a honra e outros” .

Reinaldo Filho (2008) discorre sobre a noção de dignidade humana a ser preservada ao devedor:

Desde o direito romano se notam os primeiros sinais da preocupação do legislador com a preservação do mínimo suficiente para a subsistência do devedor. Nos primórdios da execução forçada, o devedor respondia com o próprio corpo (com a possibilidade inclusive de sua morte); depois, passou-se ao sistema da escravização temporária até evoluir para a execução patrimonial. Da violenta execução pessoal, a satisfação do crédito passou a ser perseguida por meio da execução sobre o patrimônio do devedor. A própria execução patrimonial também sofreu uma evolução, pois se no seu nascedouro admitia a expropriação da totalidade do patrimônio do devedor, posteriormente começou a admitir restrições em relação ao valor da dívida e a determinados bens.

Rizzatto Nunes (2009) considera, ainda, a dignidade da pessoa humana como sendo um *supraprincípio* constitucional, entendendo que se encontra acima dos demais princípios constitucionais. Como princípio fundador do Estado Brasileiro (CF art. 1º,

III), a dignidade da pessoa humana interessa não só pelo seu caráter principiológico, mas também, no presente estudo, pelo seu relacionamento com os direitos sociais.

O professor Ingo Sarlet (2009) conceitua a dignidade “a qualidade intrínseca reconhecida a cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, inspirando neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a ela condições mínimas de vida”.

Uma das consequências da consagração da dignidade da pessoa humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, constitui o seu principal objetivo, devendo sempre haver, na relação entre o indivíduo e o Estado, uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade. Desse reconhecimento jurídico, pode-se afirmar que decorre a tutela dos denominados direitos constitucionais da personalidade, os quais configuram um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada ser humano, relacionados à sua vida, saúde e integridade física, honra, liberdades física e psicológica, imagem, nome e reserva sobre a intimidade de sua vida privada (SOARES, 2010).

Necessário se faz, assim, considerar que a ligação entre a dignidade e a personalidade é indissolúvel, pois foi em função da valorização da pessoa tão somente pelo que ele é – ser dotado de dignidade – que surgiram os direitos da personalidade. Partindo-se dessa premissa, pode-se afirmar que a dignidade humana é o centro da personalidade e que os direitos da personalidade são os direitos atinentes à tutela do núcleo essencial da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, como valor fundamental da República, seria, assim, considerado como uma espécie de cláusula geral de tutela da personalidade, prevista constitucionalmente (art. 1º, III) (SOARES, 2010).

### **2.3 PRIVACIDADE NA ERA DAS REDES SOCIAIS**

A palavra privacidade aparece tanto na linguagem comum, como nas áreas de direito, psicologia, sociologia, filosofia, política, medicina, informática e outras. Mesmo sendo tão citada e aparecendo em tantas áreas, até hoje o conceito de privacidade não tem nenhuma definição fixa. O conceito não comporta nenhuma análise que seja definitiva e universalmente aceitável como tal. Parece que uma definição terminativa

seja impossível, pois nenhuma tentativa de "axiomatização" da noção de privacidade parece ser completa. O primeiro obstáculo ao abordar cientificamente a noção de privacidade é que a sua percepção difere entre culturas, tanto no espaço, como no tempo. Existem línguas em que a palavra privacidade nem surgiu ainda (em russo, por exemplo) (KASICK et. al, 2007).

A primeira tentativa significativa de esclarecer o termo "privacidade" ocorreu nos EUA, em 1890, na área do Direito. Samuel Warren e Louis Brandeis publicaram o famoso ensaio intitulado *The Right to Privacy* em 1890 que referiu-se ao invento da fotografia e seu uso na imprensa, a qual na época se tornava uma mídia de massa (ANTONIALLI; CRUZ, 2017).

Foi neste texto que teve origem a famosa, lacônica definição da privacidade como "*the right to be left alone*" (o direito de ser deixado sozinho). A imprensa detinha a possibilidade – nova então – de fotografar e citar os indivíduos sem consentimento destes, e de divulgar esse material em escala nacional. Para os autores, tal divulgação constituía uma injúria permanente aos indivíduos expostos (ANTONIALLI; CRUZ, 2017).

Essa prática, conforme os autores causava dano moral dentro dos padrões de convivência social (da época). A conclusão principal do ensaio foi: "Os indivíduos terão a proteção plena em pessoa e em propriedade como um princípio tão antigo, como a lei comum; mas foi descoberto ser necessário, as vezes, redefinir a natureza exata dessa proteção. As mudanças políticas, sociais e econômicas implicam o reconhecimento de direitos novos e a lei comum, em sua juventude eterna, cresce para corresponder às demandas da sociedade" (KASICK et. al, 2007, p. 86).

O que importa nesse momento da nossa análise do conceito de privacidade é reconhecer que existe, para cada indivíduo, certa zona que pode ser por ele considerada como invadida mediante a presença e/ou determinada atitude de outra pessoa, coisa ou outros fatores (cheiro, barulho, etc.). Normalmente, esse elemento é mais um ponto de partida para substanciar a definição de privacidade quando as tentativas de fazê-lo a partir de conceitos pretensamente mais fundamentais, como valor, direito, condição, interesse, etc. ficam incompletas, ao darem ensejo a reflexões sobre a variedade praticamente ilimitada de contextos que permitem cogitar distintas acepções ou aspectos desse conceito. Depois de falhar em enumerar esses contextos, os autores que seguem essa abordagem buscam o caminho de eliminá-los, um por um, para tentarem chegar a

algo suficientemente primordial ou abstrato, com o qual possam substanciar uma definição satisfatória e útil da privacidade (DUMIENSE & JESUS, 2007).

A perda de privacidade na época digital é um fato que não é limitado apenas aos "*netizens*". Na realidade, as principais funções da informatização – economia de tempo, dinheiro e outros recursos – rapidamente perdem importância (sendo esta presumida, embora falsa) e no lugar delas surge a onipresente função controladora (DUMIENSE & JESUS, 2007).

## 2.4 DIREITO A IMAGEM

Apesar do termo “imagem” significar a representação gráfica, plástica ou fotográfica da pessoa ou objeto, e dos seus respectivos componentes identificadores – no caso da pessoa, rosto, olhos, perfil, busto, voz, características fisionômicas –, o direito à imagem deve ser elencado entre os direitos de cunho moral, e não ao lado dos direitos à integridade física, pois os seus reflexos, em casos de violação, são sentidos muito mais no âmbito moral. Tal fato se dá em virtude da imagem corresponder à exteriorização da personalidade, englobando, a um só tempo, a reprodução fisionômica do titular e as sensações, assim como as características comportamentais que o tornam particular, destacado, nas relações sociais. (FARIAS & ROSEVALD, 2013, p. 244).

Farias e Rosenvald (2013, p. 244) ressalta que a imagem-retrato refere-se às características fisionômicas do indivíduo, ou seja, representa o aspecto visual da pessoa, literalmente o seu aspecto físico, a sua fotografia, abrangendo tanto a forma estática, como uma pintura, bem como a forma dinâmica, a exemplo de um filme. A imagem-atributo, segundo o autor, corresponde ao conjunto de características particulares da apresentação e da identificação social de uma pessoa, ou seja, a exteriorização da personalidade do indivíduo, a forma como ele é visto perante a sociedade, o seu retrato moral. Já a imagem-voz, prossegue o autor, consiste na identificação de uma pessoa através de seu timbre de voz, elemento tão identificador da pessoa quanto as suas características fisionômicas.

Farias e Rosevald (2013, p. 246) também entende que “o uso indevido da imagem de alguém, por si só, já induz a ocorrência de dano indenizável, independentemente da qualidade da imagem ou a existência de referências positivas”.

Há, também, a relativização do direito à imagem para aqueles casos necessários à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. É a chamada função social da imagem, mediante a qual pode-se relativizar a utilização de imagem do indivíduo quando se tratar de notícia ou fato de grande interesse coletivo e social. Ressalte-se, todavia, que o exercício do direito à imagem, sob o a justificativa da função social da imagem, não pode afrontar os interesses e a finalidade social do direito, bem como não podendo servir para objetivos egoísticos, em detrimento da confiança despertada na coletividade. (FARIAS & ROSENVALD, 2013, p. 254).

## **2.4 DIREITO AO ESQUECIMENTO**

Segundo Tércio Ferraz Júnior (2005, p. 265), “Tempo” e “Direito” são fenômenos que guardam uma relação intrínseca, se modo que tanto o Direito confere significação à passagem do tempo, quanto este interfere na manifestação do Direito. Caso contrário, afirma o autor que o tempo, para o ser humano, seria o mero “tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida”.

René Ariel Dotti (1980, p. 82), ao comentar sobre a decisão do Tribunal de Paris acerca do caso Marlene Dietrich, o qual, segundo o autor, foi uma pedra fundamental na construção do direito ao esquecimento, afirma que “as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida”.

Dotti (1980, p. 90) lembra mais um exemplo de caso onde fora reconhecido expressamente o direito ao esquecimento como decorrência imediata do direito à privacidade. Trata-se do caso "Melvin vs. Reid", ocorrido em 1931, julgado pelo Tribunal de Apelação da Califórnia. Nesse caso, figurava no litígio Gabrielle Darley, que havia se prostituído e acusada de homicídio no ano de 1918, posteriormente tendo sido inocentada. Gabrielle abandonara a vida licenciosa e constituiu família com Bernard Melvin, readquirindo novamente o prestígio social. Ocorre que, muitos anos depois, Doroty Davenport Reid produziu o filme chamado Red Kimono, no qual retratava com precisão a vida pregressa de Gabrielle. O marido Melvin, então, buscou a reparação pela violação à vida privada da esposa e da família, tendo a Corte californiana reconhecido a procedência do pedido, entendendo que uma pessoa que vive um vida

correta tem o direito à felicidade, no qual se inclui estar livre de desnecessários ataques a seu caráter, posição social ou reputação.

As discussões sobre o direito ao esquecimento tiveram início no Brasil em 2013, quando o Superior Tribunal de Justiça julgou os casos paradigmáticos da “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”.

O caso analisado no REsp nº 1.334.097 – RJ tratava-se da história de um dos acusados de ter participado do trágico episódio conhecido como a Chacina da Candelária, ocorrido no Rio de Janeiro em 1993, mas que ao final do processo-crime fora considerado inocente. Ocorre que, anos após a absolvição do envolvido, uma emissora de televisão produziu documentário sobre o episódio, apontando novamente o seu nome como uma das pessoas que haviam participado do crime. O indivíduo ingressou, então, com ação de indenização, argumentando que sua exposição no programa, para milhões de telespectadores, em rede nacional, reacendeu na comunidade onde reside a imagem de que ele seria um assassino, violando seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal. Alegou, inclusive, que foi obrigado a abandonar a comunidade em que morava para preservar sua segurança e a de seus familiares.

Já o caso analisado no REsp nº 1.335.153 – RJ se referia ao dos familiares de Aída Curi, estuprada e morta em 1958 por um grupo de jovens. Novamente, muitos anos após o ocorrido, a mesma emissora de televisão produziu documentário para um programa chamado “Linha Direta”, divulgando o nome da vítima e fotos reais. Para os familiares de Aída Curi, não havia mais a necessidade de se resgatar aquela história, que havia ocorrido muitos anos atrás e que já não fazia mais parte do conhecimento comum da população, apenas trazendo de volta as nefastas lembranças do crime e todo o sofrimento que o envolve, razão pela qual moveram ação contra a emissora, com o objetivo de receber indenização por danos morais, materiais e à imagem.

O direito ao esquecimento pode ser definido como pertencente ao direito da personalidade “ligado ao Direito à privacidade e à intimidade, de tal sorte que ao invocar o Direito ao Esquecimento o indivíduo pode buscar obstar a divulgação de informações ocorridas no passado” (FELIZOLA *apud* SOUZA; RABINOVICHBERKMAN, 2015, p. 53).

Na era virtual, o padrão é a lembrança e o esquecimento surge como exceção. Isso se verifica com uma simples dedução empírica, da qual surgem alguns problemas de fácil percepção, dentre eles a violação persistente da privacidade no âmbito virtual. A

Internet proporcionou maior efetivação do direito da livre expressão. No entanto, ao mesmo passo, evidenciou o que o mau uso desse direito pode acarretar à vida das pessoas, de modo geral ou particular.

Robert Alexy (2008) lembra que o direito de ser esquecido tende a ser, futuramente, enquadrada como a regra resultante de situações determinadas em que o direito à privacidade teria maior peso diante do direito à informação. Como se depreende, não há que se falar em invalidação deste último direito, previsto constitucionalmente, mas, apenas, do seu sacrifício parcial para maior aplicação do direito à privacidade nos casos de exposição de informações constrangedoras pela Internet.

### **3 CONCLUSÃO**

Diante do Exposto, é de grande importância ressaltar as conclusões a que se chegou o presente trabalho:

Vislumbrou-se o surgimento da colisão entre os direitos fundamentais: de um lado a liberdade de expressão, de informação e de imprensa e, de outro, o direito ao esquecimento, decorrente dos direitos de personalidade;

Não há liberdade sem respeito à individualidade de cada um. Da mesma forma, a igualdade não pode ser pretexto para aprisionar ou excluir. O diálogo entre liberdade e igualdade é o que permite, em cada caso concreto, distinguir o que é uso legítimo e o que é abusividade, pois essas duas condições não podem ser satisfeitas sem a quebra da unidade do Direito e a perda da sua normatividade.

### **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, **Fernando Barcellos de**. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1996.

ANTONIALLI, Dennys M. **Indenizações por dano moral ameaçam liberdade para se fazer humor na Internet**, Consultor Jurídico, 31/08/2017, disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-ago-31/dennys-antonialli-dano-moralameaca-liberdade-humor-internet>.

BARRETTO, V. de P. 2010. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 278 p.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992,

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DUMIENSE, J; JESUS, A. **Direito internacional privado: parte geral**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GUERRA, Sidney (Org.). **Direitos humanos: uma abordagem interdisciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

KASICK, Chris Jay et al, Behavioral Advertising: The Offer You Cannot Refuse, Harvard Law and Policy Review 6, 2007.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos. Gênese dos Direitos Humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 13. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

REINALDO FILHO, Demócrito. **Da possibilidade de penhora de saldos de contas bancárias de origem salarial - Interpretação do inc. IV do art. 649 do CPC em face da alteração promovida pela Lei n. 11.382, de 6.12.06**. Clubjus, Brasília-DF: 31 maio 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.18819>>. Acesso em: 1 Mai. 2017.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZEK, José F. **Direito internacional público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito Constitucional**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.

SILVERIA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Submissão: 10.07.2018

Aprovação: 20.10.2018